

Universidad Femenina del Sagrado Corazón

Facultad de Derecho

Escuela Profesional de Derecho

EL DERECHO AL CONSENTIMIENTO EN EL PROCESO DE
CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U
ORIGINARIOS EN EL PERÚ

Tesis presentada por:

DIANA MILENY UCHUYPUMA TUPIA

Para obtener el Título Profesional de:

Abogada

Asesora: Mosi Marcela Meza Figueroa

Cod. Orcid: ID - 0000-0003-0383-0109

Asesor: Manuel Eduardo Ramírez Jefferson

Cod. Orcid: ID - 0000-0003-0563-3272

Lima – Perú

2021

Los miembros del jurado han aprobado el estilo y contenido de la tesis sustentada por:

DIANA MILENY UCHUYPUMA TUPIA

Mtro. Mario Remo Romero Antola

Dra. Millitza Clara Franciskovic Ingunza

Mag. Susana Fabiola García Merino

Mag. Mosi Marcela Meza Figueroa

Mtro. Mario Remo Romero Antola
Decano
Facultad de Derecho



RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene por objeto implementar el derecho al consentimiento en el proceso de consulta previa con la finalidad de salvaguardar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, especialmente los que están vinculados a su propia existencia. Asimismo, se encontró una vasta data en la jurisprudencia internacional de los sistemas regionales, instrumentos internacionales, normas legales y normas infralegales que coadyuvaron a fortalecer esta postura. En ese sentido, es relevante mencionar que la aplicación de este derecho en la realidad peruana es viable, pues no solo respeta los derechos consuetudinarios de las comunidades étnicas, sino también los del sector empresarial.

Palabras clave: Pueblos Indígenas, Derechos Colectivos, Consulta Previa, Consentimiento, Supuestos del consentimiento, Análisis Económico del Derecho, Convenio 169 de la OIT, Ley 29785, Reglamento de la Ley de Consulta, Organismos Supranacionales, Derecho Comparado.

ABSTRACT

The purpose of this research work is to implement the right to consent in the prior consultation process in order to safeguard the collective rights of indigenous or native peoples, especially those that are linked to their own existence. Likewise, vast data was found in the international jurisprudence of regional systems, international instruments, legal norms and sub-legal norms that helped to strengthen this position. In this sense, it is relevant to mention that the application of this right in the Peruvian reality is viable, since it not only respects the customary rights of ethnic communities, but also those of the business sector.

Keywords: Indigenous Peoples, Collective Rights, Prior Consultation, Consent, Assumptions of consent, Economic Analysis of Law, ILO Convention 169, Law 29785, Regulation of the Consultation Law, Supranational Organizations Comparative Law.

ÍNDICE

RESUMEN.....	4
INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I: EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN.....	11
Descripción de la realidad.....	11
Problema General.....	12
Problemas Específicos.....	12
Objetivo General.....	12
Objetivos específicos.....	13
Hipótesis General.....	13
Hipótesis Específicos.....	13
Importancia de la Investigación.....	14
Limitaciones de la Investigación.....	14
Metodología de la investigación.....	15
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	16
2.1 Antecedentes.....	16
2.2 Marco Dogmático.....	17
2.2.1 Terminología.....	17
2.2.1.1 Pueblos Indígenas u Originarios.....	17
2.2.1.2 Pueblos Tribales.....	18
2.2.1.3 Comunidades Campesinas.....	19
2.2.1.4 Comunidades Nativas.....	21
2.2.1.5 Pueblos Afrodescendientes.....	22
2.2.2 Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas.....	23
2.2.2.1 Derecho a la libre autodeterminación o autonomía.....	24
2.2.2.2 Derecho a la identidad étnica y cultural.....	30
2.2.2.3 Derecho a la participación.....	37
2.2.2.4 Derecho a la consulta previa.....	54
2.2.2.5 Derecho a deliberar sus prioridades de progreso.....	60
2.2.2.6 Derecho a conservar y reforzar sus costumbres e instituciones.....	64
2.2.2.7 Derecho a la jurisdicción especial.....	75
2.2.2.8 Derecho a la propiedad sobre los territorios y tierras.....	79
2.2.2.9 Derecho a los recursos naturales.....	93
2.2.2.10 Derecho a la salud intercultural.....	101

2.2.2.11	Derecho a la educación intercultural y a la lengua/idioma.....	105
Consulta Previa		116
2.2.3.1	Concepto.....	116
2.2.3.2	Principios	123
2.2.3.2.1	Pro homine o favor libertatis.....	123
2.2.3.2.2	Buena fe	124
2.2.3.2.3	Previo.....	124
2.2.3.2.4	Flexible	124
2.2.3.2.5	Culturalmente adecuada.....	125
2.2.3.2.6	Transparente	125
2.2.3.2.7	Razonable y proporcional	126
2.2.3.2.8	Informado.....	127
2.2.3.2.9	Libre, y sin coacción o condicionamiento	127
2.2.3.2.10	Progresividad y no regresividad	128
2.2.3.3	Etapas	129
2.2.3.3.1	Identificación de la medida a consultar	129
2.2.3.3.2	Identificación de los pueblos indígenas u originarios.....	129
2.2.3.3.3	Publicidad.....	129
2.2.3.3.4	Información	129
2.2.3.3.5	Evaluación interna	130
2.2.3.3.6	Diálogo.....	130
2.2.3.3.7	Decisión.....	131
2.2.4	Derecho al consentimiento	133
2.2.4.1	Concepto.....	135
2.2.4.2	Principios	139
2.2.4.2.1	Libre	139
2.2.4.2.2	Previo.....	139
2.2.4.2.3	Informado	140
2.2.4.2.4	Buena fe	141
2.2.4.3	Supuestos	141
2.2.4.3.1.	Desplazamiento forzoso	141
2.2.4.3.2	Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos.....	144
2.2.4.3.3	Medidas especiales de salvaguarda.....	145

2.2.4.3.4	Desarrollo, utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo	147
2.2.4.3.5	Actividades militares.....	148
2.2.4.3.6	Enajenación de tierras	149
2.2.4.3.7	Bienes de índole cultural, intelectual, religioso y espiritual	150
2.2.4.3.8	Afectación a la vida cultural.....	153
2.2.4.3.9	Planes de desarrollo o inversión a gran escala	156
2.2.4.3.10	Programa de investigación, experimentación biológica o médica, y la esterilización	157
2.2.4.3.11	Conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas.....	158
2.2.4.3.12	Establecimiento de Áreas Naturales Protegidas.....	160
2.2.4.4	Unificación y análisis del derecho al consentimiento dentro de la normatividad peruana	163
2.2.4.5	Análisis Económico del Derecho.....	297
2.3	Marco Normativo.....	311
2.3.1	Convenio 169 de la OIT.....	311
2.3.2	Declaración de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas	314
2.3.3	Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas	316
2.3.4	Ley de Consulta Previa	317
2.3.5	Reglamento de la Ley de Consulta Previa	320
2.4	Marco jurisprudencial	323
2.4.1	Organismo Nacional	323
2.4.1.1	Tribunal Constitucional.....	323
2.4.2	Organismos supranacionales	330
2.4.2.1	Corte Interamericana de Derechos Humanos	330
2.4.2.2	Tribunal Europeo	337
2.4.2.3	Tribunal Africano	340
2.5	Derecho Comparado	343
2.5.1	América Latina	343
2.5.2	Asia.....	388
2.5.3	África.....	409
2.6	Casuística Nacional.....	411
2.6.1	Caso Bagua.....	411
2.6.2	Caso Las Bambas	415

CAPÍTULO III: PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LEY	420
CONCLUSIONES.....	434
RECOMENDACIONES	436
REFERENCIAS	438
ANEXO.....	488



INTRODUCCIÓN

El proceso de consulta previa es un mecanismo que tiene por finalidad garantizar los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas u Originarios (identidad cultural, libre determinación de los Pueblos, entre otros). Esta consulta debe ser libre, informada y de buena fe, además, debe incorporar los intereses y necesidades de este sector vulnerable. En la actualidad, este proceso se ha convertido también en una política pública, la cual genera nuevas oportunidades de diálogo entre el Estado y los Pueblos Indígenas u Originarios.

El instrumento jurídico internacional que reconoce y desarrolla el derecho a la consulta previa es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), mientras que, a nivel interno, tenemos la Ley N°29785, “Ley del Derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios”, que entró en vigencia el 06 de diciembre del 2011 y fue reglamentada mediante el Decreto Supremo 001-2012-MC. Dichas disposiciones normativas forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, son de obligatorio cumplimiento en nuestro país.

En la presente tesis, defenderemos la importancia de incorporar el derecho al consentimiento en el proceso de consulta previa. Consideramos, pues, que este derecho protege el principio de libre determinación de los pueblos y su subsistencia, ya que durante varios años se han realizado proyectos de desarrollo a gran escala sin respetar los derechos a la tierra, territorios, recursos naturales y vida cultural. Los efectos de una medida de esta naturaleza beneficiarán a los cincuenta y cinco (55) pueblos indígenas u originarios que habitan en la Amazonía y los Andes del Perú.

Finalmente, se quiere empoderar a los Pueblos Indígenas u Originarios respecto de los alcances de sus derechos en materia de acceso a sus recursos naturales y a la distribución de los beneficios para su explotación. Además de propiciar la reflexión y el debate sobre los hallazgos y desafíos para una eficaz implementación del proceso de consulta previa, la presente tesis tiene como finalidad coadyuvar al goce pleno de los derechos colectivos de este sector vulnerable y crear un diálogo horizontal y real entre el Estado y la población indígena.



CAPÍTULO I: EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

Descripción de la realidad

Las múltiples manifestaciones sociales indígenas que se presentaron en los últimos años, y a la falta de eficiencia de las políticas públicas han ocasionado una resistencia por parte de los grupos sociales indígenas y campesinos, respecto a los proyectos de inversión extractiva o de infraestructura, motivados por el desconocimiento y la falta de confianza.

Es importante señalar que en el Perú anteriormente se ha discutido sobre esta problemática, pero no se le ha dado la debida relevancia, ya que se han manejado intereses particulares. Como se puede apreciar en los siguientes casos: el Baguazo, Caso Las Bambas, Apumayo, entre otros.

En ese mismo sentido, se debe mencionar que en los últimos años se ha logrado ponderar el consentimiento de los Pueblos Indígenas u Originarios, logrando así el primer proceso de consulta previa gracias al Pueblo Maijuna –Kichwa, el presente proceso culminó en un acuerdo entre ambas partes, respecto a las siguientes cuestiones: sobre la trocha carrozable Napo, Zonificación en el expediente técnico y el cambio de nombre del área de conservación regional. (2008-2013).

A razón de ello las poblaciones indígenas se ven en la necesidad de realizar marchas y crear organizaciones (Unión Nacional de Comunidades Aymaras-UNCA, Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú-ONAMIAP, Federación Nacional de Mujeres Campesinas, Artesanas, Indígenas, Nativas y Asalariadas del Perú-FENMUCARINAP, Confederación Nacional Agraria-CNA, Confederación

de Nacionalidades Amazónicas del Perú-CONAP, Confederación Campesina del Perú-CCP Y la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana - AIDSESEP) para lograr que al momento de tomar una decisión se tenga en cuenta su consentimiento.

Problema General

¿Resulta necesario legislar el derecho al consentimiento en el proceso de consulta previa a favor de los Pueblos Indígenas u Originarios en el Perú?

Problemas Específicos

¿La incorporación del derecho al consentimiento en el proceso de consulta previa garantiza los derechos constitucionales de los Pueblos Indígenas u Originarios en el Perú?

¿La legislación del derecho al consentimiento ayuda a identificar los conflictos que derivan de la decisión final del estado peruano en el proceso de consulta previa respecto al no consentimiento de los pueblos indígenas u originarios?

¿Es relevante la delimitación de los supuestos del derecho al consentimiento de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta previa?

Objetivo General

Estimar la necesidad que los Pueblos Indígenas u Originarios tengan derecho al consentimiento en el proceso de Consulta Previa en el Perú

Objetivos específicos

Describir los conflictos que se derivan de la decisión final del estado peruano en el proceso de consulta previa sobre el no consentimiento de los pueblos indígenas u originarios.

Estimar si el derecho al consentimiento en el proceso de consulta previa garantiza los derechos constitucionales de los Pueblos Indígenas u Originarios en el Perú.

Especificar los supuestos del derecho al consentimiento vinculante de los pueblos indígenas u originarios para el estado peruano en el proceso de consulta previa

Hipótesis General

La estimación de la legislación del derecho al consentimiento de los pueblos indígenas u originarios del proceso de consulta previa beneficiará a los Pueblos Indígenas u Originarios, en cuanto: a la prevención y resolución de conflictos sociales, al respeto y cumplimiento de la voluntad de los pueblos indígenas u originarios en los supuestos de excepcionalidad.

Hipótesis Específicos

La estimación de la legislación del derecho al consentimiento disminuirá los conflictos que derivan de la decisión final del estado peruano en el proceso de consulta previa sobre el no consentimiento de los pueblos indígenas u originarios.

La estimación del derecho al consentimiento en el proceso de consulta previa garantiza los derechos constitucionales de los pueblos indígenas u originarios en el Perú

La especificación de los supuestos del derecho al consentimiento vinculante de los pueblos indígenas u originarios para el estado peruano en el proceso de consulta previa asegura la autonomía de los pueblos

Importancia de la Investigación

La presente investigación se justifica por el gran impacto teórico-jurídico que esta representa en nuestra sociedad, ya que la misma busca dar a conocer la relación entre el estado y las comunidades originarias, aplicando el enfoque intercultural y la libre determinación de los pueblos, respetando sus costumbres y tradiciones, lo que se manifiesta en el Convenio 169 de la OIT, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas y en la Declaración Americana sobre los pueblos indígenas.

La importancia de la presente investigación será la de aportar elementos que conlleven a mantener un equilibrio entre la participación del Estado y la decisión de los pueblos indígenas u originarios, en el marco de la aplicación de la Ley 29785, Ley de Derecho a la Consulta Previa.

Limitaciones de la Investigación

Una de las limitaciones encontradas en la presente investigación es la limitada información que se encuentra referente al Derecho al Consentimiento de las comunidades originarias. Asimismo, se encontró una variada información referente a la consulta previa de las mismas.

En ese sentido, se debe señalar que los datos que brinda el Ministerio de Cultura en su plataforma web no están actualizados, por tal

motivo en la actualidad aún no están reconocidos todos los Pueblos Indígenas u Originarios, vulnerando así el principio de Inclusión Social.

Metodología de la investigación

En el presente trabajo de investigación se han aplicado los siguientes métodos de análisis:

- ✓ Método Comparativo: el proyecto de investigación es de tipo comparativo, porque el tema de estudio analiza la generalización experimental y la comprobación de la hipótesis. Para ello se hará un análisis de legislaciones internacionales respecto a la consulta previa y el derecho al consentimiento, en los países que han ratificado los instrumentos internacionales que versan en la materia en cuestión.
- ✓ Método Exegético: se aplica este método, porque se analiza y utiliza normas jurídicas. Además, se prefiere la voluntad del legislador antes que cualquier interpretación de la norma, lo cual se le conoce como teoría de la subsunción. Es decir, se aproxima más a los hechos suscitados, a la norma que encaja mejor a la consecuencia jurídica.
- ✓ Método Deductivo: este método es empleado en el presente trabajo, puesto que analiza los conocimientos generales para buscar después los conocimientos particulares, ya que en nuestro tema se emplea elementos determinados.
- ✓ Método Analítico: se aplica este método en el presente trabajo, porque se ha observado muchos temas vinculados con la consulta previa y el derecho al consentimiento, con la finalidad de conceder carácter vinculante a las decisiones de los pueblos indígenas u originarios.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes

La historia de los pueblos indígenas comienza con la llegada de los españoles hace más de cinco siglos, donde se les despojo de las tierras y territorios que radicaban, afectando su identidad cultural, sus tradiciones y costumbres. Esto ocasionó la pérdida de la soberanía de sus territorios. La aparición de nuevos Estados nacionales solo acrecentó la desposesión indígena a través de marcos jurídicos que favorecían el carácter privado de la propiedad y establecieron el derecho individual sobre el colectivo. Luego alrededor del siglo XX, en los procesos de colonización en el área amazónica y otras áreas de la periferia de la zona representó la segunda fase de despojar las tierras a este sector vulnerable, lo cual trajo vulneraciones a sus estilos de vida.

En la actualidad se encuentra otra fase que responde a la explotación indiscriminada de los recursos naturales por parte del sector empresarial, lo cual ha ocasionado la degradación del medio de ambiente y sus ecosistemas, efectuándose una historia de despojo y vulneraciones. El último ciclo hace referencia sobre la apropiación de los recursos de índole genético, conocimientos de naturaleza tradicional y de su biodiversidad.

En ese sentido, a pesar de todos estos acontecimientos y breve resumen de las fases de estos pueblos, siempre existió resistencia de comunidades hasta el momento de la llegada del nuevo estatus quo jurídico en donde han ido recuperando su demografía y derechos consuetudinarios.

2.2 Marco Dogmático

2.2.1 Terminología

La definición de pueblo indígena es muy difícil de abordar, ya que las personas que la conforman poseen una gran variedad de costumbres, tradiciones e instituciones propias. En ese sentido, la Comisión Interamericana ha afirmado que no es bueno dar una definición estricta y cerrada, porque podría ser demasiado restrictiva, lo que ocasionaría vulneraciones a los derechos de las comunidades originarias. Por tal motivo, la Declaración de las Naciones Unidas se ha visto en la necesidad de no tener un artículo en particular que hable del mismo.¹

2.2.1.1 Pueblos Indígenas u Originarios

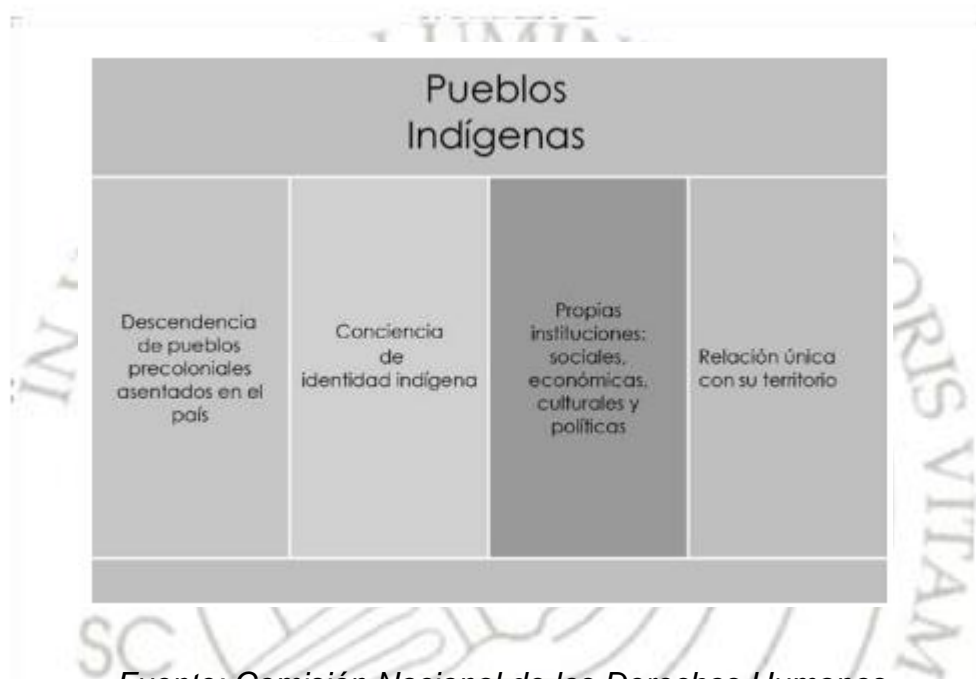
Los pueblos originarios son aquellas comunidades étnicas que vivían en la etapa de la conquista, y poseían costumbres e instituciones propias, las cuales conservaron a lo largo del tiempo.

En la actualidad el Ministerio de Cultura ha identificado lo siguiente: “en el Perú existen 55 pueblos originarios, de los cuales 4 de ellos pertenecen a los Andes y los 51 a la Amazonía” (Ministerio de Justicia, 2018, p.143). En ese sentido, el estado peruano tiene la obligación de reconocer sus derechos colectivos estipulados en los diferentes instrumentos internacionales del sistema universal y regional.

Es necesario hacer mención a las diferentes denominaciones que se le han dado a lo largo de los años, pues en nuestro ordenamiento interno también

¹ Existen en la actualidad diferentes denominaciones señaladas hacia los pueblos indígenas como: pueblos originarios, pueblos tribales, pueblos aborígenes, pueblos étnicos, comunidades campesinas, comunidades nativas, entre otros.

se regulan las comunidades nativas y campesinas, las cuales no necesariamente son pueblos indígenas. Si bien es cierto muchas de ellas pueden ser parte de un pueblo originario, otras no. Por ello se ha visto la necesidad de establecer criterios de manera expresa en el artículo 7 de la Ley de Consulta Previa, los cuales deben ser interpretados en el marco de lo estipulado en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT.²



Fuente: Comisión Nacional de los Derechos Humanos

2.2.1.2 Pueblos Tribales

El término “Pueblos tribales” en diferencia a los pueblos indígenas se refiere a una situación social de los pueblos tradicionales en África y Asia sin establecer prioridades de la migración. Ambos grupos de pueblos reciben la misma protección bajo el Convenio 169. (Naciones Unidas, pág. 17).

² El criterio que menciona la Ley de Consulta Previa es relevante en la etapa de identificación de pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta previa.

En ese contexto se desprende que los pueblos tribales son diferentes a los pueblos indígenas, ya que su origen recae en los pueblos ancestrales situados en África y Asia, sin dar importancia a la temática de la migración. Asimismo, es necesario señalar que ambas figuras son reconocidas y protegidas en el Convenio 169 de la OIT.

El Convenio 169/1989, por su parte, dirige su protección a los grupos humanos, definiendo en su artículo 1 como pueblos tribales aquellos “cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o por una legislación especial” (...) (Rosmelin Estupiñam, 2013, pág. 5).

Rosmelin Estupiñam señala que el Convenio 169 de la OIT menciona de manera expresa a los pueblos tribales en su artículo 1, pues afirma que sus características de índole económica, social y cultural, son diferentes de las otras esferas de la sociedad, y que funcionan de acuerdo a una ideología y tradiciones ancestrales o por una normativa originaria.

2.2.1.3 Comunidades Campesinas

[...]Desde la perspectiva censal, las comunidades campesinas son unidades agropecuarias con propiedad colectiva de las tierras declaradas como tales por los comuneros/as que la conforman, a diferencia del tratamiento sectorial que sólo considera a las comunidades campesinas reconocidas, es decir, registradas en su directorio. Por otra parte, los comuneros aparecen en el censo como personas naturales que se autodeclaran como tales con sus

respectivas unidades agrarias, es decir, predios en el territorio de la comunidad. (Castillo, Laureano del Castillo, Monge, & Bustamante, 2004, pág. 17).

Como se puede apreciar, las comunidades campesinas son analizadas desde la óptica censal y sectorial, la primera establece que son organizaciones de índole agropecuario y propietarios a una colectividad de tierras, mientras que la segunda, solamente contempla a las comunidades inscritas en un directorio.

En otro orden de ideas, los miembros de esta comunidad se presentan en la temática censal como personas naturales que se declaran con sus tierras correspondientes, esto establecido por la organización.

Ley General de Comunidades Campesinas

Artículo 2.- Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica. integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.

Constituyen Anexos de la Comunidad, los asentamientos humanos permanentes ubicados en territorio comunal y reconocidos por la Asamblea General de la Comunidad (Congreso de la República, 1992, p.3).

Esta ley afirma que estas comunidades étnicas son instituciones de carácter público, de índole legal y personalidad jurídica. Los miembros de la misma son familias que ocupan delimitados territorios, vinculados de manera ancestral y cultural. Asimismo, se identifican a través de la ayuda continua, un estado democrático, propietarios de la tierra, y, por último, el avance de las acciones multisectoriales, el cual tiene por objeto conducir a sus integrantes y representantes en las esferas de la administración estatal.

Por otro lado, también forman parte de esta comunidad, los asentamientos humanos situados en su territorio y contemplados en la Asamblea General de la Comunidad, como lo establece la Ley General de Comunidades Campesinas.

2.2.1.4 Comunidades Nativas

Son organizaciones que “tienen origen en los grupos tribales de la selva y ceja de selva, están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso” (Cofopri, s.f, pág.4).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, las comunidades nativas son organizaciones étnicas pertenecientes a familias que comparten ciertos elementos como: idioma, uso y disfrute de manera permanente de su territorio, características culturales y sociales, y establecimiento del pueblo, ya sea nuclear o discontinuo. Las mismas tienen origen en las organizaciones tribales de selva y ceja de selva.

Artículo 1º del Reglamento de la Ley N° 22175

Son miembros de una Comunidad Nativa los nacidos en el seno de la misma y aquellos que, habiendo nacido en otras comunidades, residan en ella en forma permanente, así como los que sean incorporados a la Comunidad y que reúnan los requisitos que señale el Estatuto de Comunidades Nativas (Agricultura, 2005, pág. 2).

Este dispositivo establece que, para conformar parte de esta comunidad, los integrantes deben ser nacidos dentro de la misma, y aquellos que provienen de otras organizaciones, tendrán que habitar de manera permanente para ser parte de ella, asimismo, también hay la posibilidad de integrar a otras personas a la Comunidad, siempre y cuando, cumpla con los requerimientos estipulados de manera expresa en su Estatuto.

2.2.1.5 Pueblos Afrodescendientes

“Los afrodescendientes representan un grupo poblacional específico cuyos derechos humanos deben promoverse y protegerse. Alrededor de 200 millones de personas que se identifican a sí mismos como descendientes de africanos viven en América Latina y el Caribe.” (Cooperación española, 2016, pág. 4)

Los pueblos afrodescendientes son organizaciones reconocidos en el sistema de los derechos humanos, por lo cual, es de vital importancia fomentar y preservar sus costumbres y tradiciones. Esto responde a la necesidad de proteger a más de 200 millones de personas pertenecientes a esta población, y que residen en la región de América Latina y el Caribe.

El término afrodescendiente (“quien desciende de africanos o tiene ancestros en África”) se adopta para reconocer a las personas descendientes de los pueblos africanos llegados al continente americano en la época colonial, víctimas de la esclavización transatlántica. La Conferencia Regional de las Américas, celebrada en Santiago de Chile en el año 2006, reconoce que “los afrodescendientes han sido víctimas de racismo, discriminación racial y esclavitud durante siglos, y de la negación histórica de muchos de sus derechos”. Dicha denominación tiene una connotación reivindicativa social y política como pueblo heredero de una cultura y una historia, creadores a su vez de una nueva cultura propia en la diáspora. (Agencia Española de cooperación, 2016, pag.8)

En concordancia con lo anteriormente citado, los afrodescendientes son identificados como personas que tiene antecesores de pueblos de África, quienes arribaron durante la época colonial, y que durante muchos años han sido esclavizados. En esa misma línea, la Conferencia Regional de las Américas, señala que los mismos han sido víctimas de discriminación de índole racial, de esclavitud y muchas vulneraciones a sus derechos. Asimismo, la agencia española señala que esta denominación tiene un significado de reivindicación cultural, pues es sucesor de una historia e impulsador de una nueva ideología.

2.2.2 Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas

Los pueblos indígenas al poseer un legado, costumbres y tradiciones, no solo se aplica los derechos individuales que tiene toda persona, sino también

disponen de derechos colectivos.³ En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) se expresa que: “los pueblos indígenas poseen derechos consuetudinarios que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos (p.4). Estas afirmaciones crean un vínculo fuerte entre su identidad originaria y sus derechos comunales.

2.2.2.1 Derecho a la libre autodeterminación o autonomía

Los pueblos interesados deberán tener el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera; y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. (Ministerio de Cultura, 2016, págs. 13-14).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente mencionado, las comunidades originarias tienen derecho de decidir sobre sus propias necesidades y temas que les compete, en el marco de sus creencias ancestrales e instituciones propias. Asimismo, tienen la facultad de impulsar su propio crecimiento, ya sea económico, cultural y/o social.

Tal autodeterminación, sin embargo, no debe ser confundida con pretensiones autárquicas, separatistas o antisistémicas, puesto que deben considerarse juntamente con el principio de unidad de

³ Los Derechos Colectivos son los derechos cuyo sujeto no es un individuo, sino un conjunto colectivo o grupo social. Estos derechos pretenden proteger los intereses de tales colectivos, lo cuales tienen su origen en el derecho a la autodeterminación.

gobierno e integridad territorial del Estado (artículos 43 y 54 de la Constitución), sustento material de los derechos y deberes de los ciudadanos en su conjunto. Entonces, la libre autodeterminación es la capacidad [de los] pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales. (Tribunal Constitucional, 2007, pág. 14)

Este derecho debe ser interpretado como una disposición material principal en donde se desprenden deberes y obligaciones de los pueblos indígenas y tribales. La misma responde a la capacidad que tiene la comunidad originaria de organizarse de manera libre y voluntaria, sin interferencias del estado o de personas externas a la población originaria, además de incorporar el derecho consuetudinario en sus ordenamientos jurídicos, siempre y cuando, no afecte derechos de terceros regulados en nuestra constitución.

Este derecho colectivo lo encontramos en el Convenio 169 de la OIT, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en la Constitución Política del Perú.

Convenio 169 de la OIT

Artículo 7

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

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y de nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

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

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan (Organización Internacional del Trabajo, 2014, págs. 28-30).

Este instrumento internacional aborda el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, pues señala que las comunidades originarias tienen la facultad de decidir sus prioridades, en cuanto a sus costumbres, organismos, tierras, bienestar espiritual, y de gestionar su propio desarrollo, además de ello, pueden participar en alguna medida administrativa y/o legislativa que los afecte de manera directa.

En ese sentido, se debe entender que este derecho también incluye el aumento de la calidad de vida, condiciones de trabajo, salud y educación de estos pueblos, a través de su activa participación, que será prioritario para el estado, en virtud al desarrollo económico de las regiones en donde radiquen las comunidades indígenas.

El estado peruano tiene el deber de trabajar de manera conjunta con los pueblos indígenas, cuando se realicen estudios, con el objeto de valorar la incidencia de índole social, cultural, espiritual y medioambiente. Los productos que se susciten de estos estudios tendrán el criterio fundamental para la formalización de las actividades de desarrollo.

Las medidas que tome el estado para conservar y asegurar el medio ambiente, deberá ser trabajado de manera conjunta con los pueblos originarios de los territorios que habitan.

Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 3

“Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.” (Naciones Unidas, 2007, pág. 5)

Este instrumento internacional aborda este derecho, pues faculta a los pueblos originarios a ejercer libremente su determinación, ya sea de índole política económica, social y cultural.

Artículo 4

“Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.” (Naciones Unidas, 2007, pág. 5)

En este artículo se puede apreciar que el derecho a la autodeterminación, es la facultad de dictaminar sobre los asuntos de su jurisdicción, y establecer criterios de financiamiento a sus competencias autónomas.

Artículo 5

“Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.” (Naciones Unidas, 2007, pág. 5)

Como se puede observar, este derecho faculta a las comunidades indígenas a preservar y fortalecer sus instituciones originarias, así como sustentar la participación de los mismos, en las siguientes esferas: económica, política, social y cultural.

Artículo 33

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos. (Naciones Unidas, 2007, pág. 13)

Este precepto establece la identidad cultural de estos pueblos, pues determinan su pertenencia, respecto a sus costumbres ancestrales y tradiciones originarias, esto no impide que cada persona perteneciente a las comunidades originarias pueda acceder a la ciudadanía. Asimismo, estas comunidades tienen la facultad de escoger y establecer las estructuras de sus instituciones originarias, en concordancia a sus propios procedimientos.

Constitución Política del Perú

Artículo 89°. -

Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el

trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas (Congreso de la República, s.f, pág. 21)

Como se puede apreciar, nuestro ordenamiento interno recogió las denominaciones comunidades campesinas y nativas, lo cual serán empleados de manera indistinta para mencionar a los pueblos indígenas u originarios en el presente estudio. Estas comunidades poseen personería jurídica y existencia legal, son libres de decidir sobre su organización, división de sus tierras, trabajo comunal, siempre que vaya acorde de la ley vigente sobre la materia. Asimismo, señala que la propiedad de las tierras es imprescriptible, es decir, que no se pierde la vigencia o validez del mismo.

2.2.2.2 Derecho a la identidad étnica y cultural

Este derecho es definido por el Ministerio de Cultura (2016) que señala que debe interpretarse como: “la capacidad que tiene cualquier ciudadano de pertenecer a un grupo cultural definido, a ser reconocido y amparado en su cosmovisión e instituciones propias a las que pertenece, previniendo toda discriminación y desigualdad, asimismo se busca empoderar a los pueblos indígenas sobre su cultura y vínculo ancestral” (p.18). En otras palabras, el mismo coadyuva a la existencia de la población étnica-cultural en el marco del legado consuetudinario de sus antepasados.

Este derecho colectivo lo encontramos en los siguientes dispositivos:

Convenio 169 OIT

Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;
- b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;
- c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo. (Organización Internacional del Trabajo, 2005, pág. 20)

Como se aprecia en el artículo anteriormente citado, los estados parte de este convenio tienen el deber de asegurar y proteger las creencias y costumbres ancestrales que poseen estos pueblos, ya que tienen derecho a expresarse en su propia cultura y enseñar sus propias tradiciones, fomentando así su identidad cultural.

En esa línea, se busca que los países que ratificaron este convenio, respeten de manera integral sus instituciones y costumbres originarias, ya que

por muchos años los pueblos indígenas han sido vulnerados y humillados, por lo cual, el estado debe promover de manera progresiva la cosmovisión ancestral y la identidad cultural. Asimismo, establece esta normativa que los estados partes deben de trabajar de manera conjunta con las comunidades originarias, en cuanto a medidas en materia de trabajo y condición de vida.

Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas

Artículo 9

Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo. (Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007, pág. 6)

Los pueblos indígenas tienen la facultad de ser parte de una comunidad originaria, pues comparten costumbres e ideologías ancestrales. Este derecho no puede originar ninguna discriminación, ya que es el deber del estado conservar y promover la identidad cultural.

Artículo 11

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.

2. Los estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres. (Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Pueblos Indígenas, 2007, pág. 6)

Los estados partes que han ratificado esta norma internacional, tienen el deber de proteger y promover las prácticas tradicionales y costumbres ancestrales, en el marco de los estándares que establece la misma. Este derecho también conlleva a preservar y fomentar las manifestaciones antiguas, actuales y venideras de sus culturas, tales como: sitios arqueológicos, patrimonios culturales, eventos religiosos, entre otros.

Por otra parte, si uno de los estados miembros de esta norma internacional no cumple con lo anteriormente afirmado deberá ofrecer mecanismos idóneos que coadyuven a la reparación del daño ocasionado, el mismo podrá incluir la restitución. Estas acciones se trabajarán de manera conjunta con los pueblos vulnerados en sus derechos fundamentales.

Artículo 12

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetivos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos.
2. Los Estados procurarán facilitar el acceso y/o la repatriación de objetos de culto y de restos humanos que posean mediante mecanismos justos, transparentes y eficaces establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas interesados (Naciones Unidas, 2007, p.6-7).

Este derecho reviste a los pueblos indígenas a expresar, ejercer, desenvolver y educar sus prácticas tradicionales y eventos religiosos, también a conservar y cuidar sus espacios sagrados, asimismo, los estados deben permitirles el libre acceso de manera privada, y a conseguir el regreso de sus restos humanos.

Los estados parte de esta normativa internacional tiene el deber de permitir el acceso y la entrega de los objetos sagrados y de los restos humanos que tengan, a través de mecanismos idóneos señalados de manera conjunta con las comunidades originarias interesadas.

Artículo 13

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias,

idiomas, tradiciones orales, filosóficas, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, así como a mantenerlos.

2. Los estados adoptarán medidas eficaces para asegurar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados (Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007, pág. 7).

Los pueblos indígenas tienen la facultad de emplear, promover y enseñar a las generaciones venideras sus costumbres, idiomas, historias ancestrales, sistemas de grafía y literaturas, así como asignar y mantener las denominaciones a sus comunidades, tierras y personas originarias.

Los estados parte establecerán criterios y mecanismos para garantizar la seguridad de este derecho, asimismo, debe verificar que las comunidades originarias puedan acceder a intérpretes u otros instrumentos idóneos con el objeto de comprender y hacerse entender en las acciones de índole político, jurídico y administrativo.

Constitución Política del Perú

Artículo. 2. Inc. 19

A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene

derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad (Congreso de la República, Constitución Política del Perú, 2017, pág. 3).

El Perú tiene la responsabilidad de conservar y promover la identidad originaria y ancestral de las comunidades originarias, en el marco de la normatividad internacional sobre la materia. El estado peruano admite y preserva el multiculturalismo, además reviste a las poblaciones indígenas a utilizar su propia lengua originaria ante cualquier autoridad de la gestión pública a través de un intérprete. Asimismo, las personas extranjeras también pueden ejercer este derecho.

Artículo 89°. -

Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas (Congreso de la República, 2017, p.25).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, las comunidades campesinas y nativas poseen personalidad jurídica y son de origen legal, además son independientes en su organización, trabajo originario y

disponen libremente de sus tierras. En materia económica y administrativa también son autónomos, siempre y cuando no vulneren ninguna normatividad interna. Asimismo, las propiedades de sus tierras son imprescriptibles, excepto cuando hay abandono.

2.2.2.3 Derecho a la participación

El derecho a la participación presenta diferentes modalidades, entre las cuales tenemos: la participación ciudadana y la participación indígena. Ambas figuras son especies de un mismo género, son piezas fundamentales para la legitimidad democrática y para los procesos de toma de decisiones, asimismo, forman parte de mecanismos de distribución y equilibrio de poder para coadyuvar en la opinión pública o en la administración, en favor de sus intereses comunes. Pero es necesario advertir que difieren en un punto, su regulación jurídica, es decir, como sujetos de participación defienden sus derechos, pues en la participación indígena, las comunidades originarias lo hacen a través de instituciones colectivas revestidas de una tradición, costumbres y derechos étnicos, mientras que en la participación ciudadana lo realizan en calidad de ciudadanos (Alfonso Henríquez Ramírez, 2013, pág. 268).

En el caso de la actualización del Plano Regulador de San Pedro de Atacama, la Corte emitió un pronunciamiento en favor de las comunidades originarias, pues señala que el Convenio 169 de la OIT establece la obligatoriedad de la consulta y de la participación de instituciones colectivas indígenas, a través de un diálogo, la cual debe efectuarse de buena fe, con el

objetivo de llegar a acuerdos, asimismo, encontró que los procedimientos escritos en la Ordenanza General de Urbanismo no cumplían con las disposiciones de la consulta indígena, lo que conlleva a declarar ilegal el acto administrativo, pues ofrecer información no integra la figura de la participación indígena para los afectados, ya que estos no comprendían a plenitud la nueva planificación territorial del lugar.⁴

Como se puede apreciar con lo anteriormente mencionado, el derecho a la participación indígena, no solo conlleva en otorgar información, sino que integra otras actuaciones: como el de llegar a acuerdos, que debe hacerse de buena fe, entre otros.

Convenio 169 OIT

Artículo 2

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.
2. Esta acción deberá incluir medidas:
 - a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;
 - b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su

⁴Consejo de Pueblos Atacameños con Corema Antofagasta de la Corte Suprema, cit. nota n. 67.

identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones;

- c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida (Oficina Internacional del Trabajo, 2014, pág. 21).

Los estados partes tienen el deber de realizar una acción de manera conjunta con los pueblos indígenas con el objeto de preservar sus derechos ancestrales y asegurar su integridad originaria, la misma se aplicará dentro de los siguientes términos: que garanticen a cada miembro de la comunidad a gozar de manera igualitaria los derechos que la normatividad interna les reconoce; que impulsen los derechos de índole social, económico y cultural de los pueblos, en el marco de su identidad cultural, costumbres e instituciones ancestrales; que faciliten a cada miembro de la comunidad a erradicar las diferencias económicas y sociales que puedan suscitarse, respetando su ideología y cosmovisión.

Artículo 6 numeral 1

(...)

- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin (Organización Internacional del Trabajo, 2012, págs. 23-24).

Los estados parte que ratificaron este instrumento internacional, tienen el compromiso de instaurar mecanismos que refuercen y fomenten la participación de los pueblos originarios de manera libre y voluntaria, la cual debe ser aplicada en el mismo grado que en otras zonas de la población, y en todos los niveles respecto a la toma de decisiones que se vislumbran en instituciones electivas, organismos de índole administrativo, y de otra naturaleza, siempre y cuando, sean titulares de políticas y programas que les afecten. Asimismo, señala que estos mecanismos tienen la finalidad de fomentar el libre desarrollo de las organizaciones y acciones de las comunidades originarias, y en algunos supuestos otorga recursos suficientes para ello, promoviendo así la participación indígena.

Artículo 7

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

evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.
3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.
4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan (Organización Internacional del Trabajo, 2012, págs. 25-27).

Como se puede apreciar en el artículo anteriormente citado, este derecho faculta a los pueblos indígenas a decidir libremente sus prioridades respecto a las fases de desarrollo, siempre y cuando, no vulnere sus creencias, costumbres, organismos, y tierras donde habitan, además de ello, dirigen su típico desarrollo

de índole social, económico y cultural. En ese mismo sentido, estas comunidades deberán concurrir en los planes y programas de naturaleza nacional y regional, que los afecten de manera directa.

Este instrumento internacional propone que los estados parte deben priorizar en las políticas de índole económica aplicada a las zonas donde residen estos pueblos, el desarrollo positivo de la calidad de vida, trabajo, salud, y educación, los cuales son realizadas de manera conjunta con dichas comunidades.

Los estados parte tienen el compromiso de elaborar estudios, los cuales deben ser trabajados de manera conjunta con los pueblos indígenas, con la finalidad de analizar los efectos de índole social, cultural y espiritual, y especialmente, las del medio ambiente que poseen iniciativas de desarrollo que dispongan sobre dichas comunidades. Asimismo, los productos de estos estudios deberán ser parámetros básicos para la aplicación de las acciones anteriormente expresadas.

Para que se configure una participación indígena idónea, el Convenio 169 de la OIT ha formulado que los estados parte deben fijar criterios, de manera conjunta con las comunidades originarias, con el objeto de cuidar y conservar el medio ambiente de los territorios donde residen.

Artículo 15

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

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. (Organización Internacional del Trabajo, 2012, págs. 33-34)

Este dispositivo aborda varios derechos derivados de la utilización de los recursos naturales situados en las tierras de los pueblos indígenas, como el derecho a la participación indígena, el cual otorga facultad a los pueblos originarios en la disposición, organización y protección de los recursos naturales encontrados dentro de sus tierras, es decir, estas comunidades pueden emplear estos recursos de manera libre y voluntaria, en el marco de una explotación responsable. Asimismo, se hace mención que los mismos deben ser protegidos de manera especial.

Por otro lado, en caso el estado sea propietario de dichos recursos, se deberá emplear medidas para consultar a los pueblos, con el objeto de no perjudicar sus intereses, además se tendrá en cuenta en qué medida pueden ser vulnerados antes de ejecutar alguna exploración y/o explotación de los mismos.

Asimismo, los beneficios que se deriven de estas acciones serán para las comunidades, y podrán recibir una indemnización, en caso se haya suscitado algún daño producto de estas actividades.

Artículo 22

1. Deberán tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general.
2. Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación.
3. Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden. (Organización Internacional del Trabajo, 2012, págs. 46-48)

Como se puede apreciar en el inciso primero, el estado tiene el compromiso de dictaminar medidas con el fin de fomentar la participación de

cada miembro de los pueblos indígenas en los proyectos configurados de índole profesional.

En el segundo inciso se observa que, en caso que los proyectos de formación de índole profesional no se ajusten a los intereses de los pueblos indígenas, el estado deberá coordinar con las comunidades interesadas en la implementación de otros programas especiales de formación que puedan satisfacer sus necesidades, con el fin de fomentar su participación en dichas actividades.

Siguiendo la misma línea, en el tercer inciso, se afirma que dichos programas deberán ser trabajados en base a las necesidades económicas, sociales y culturales de los pueblos. Asimismo, señala que cualquier tipo de estudio del mismo será elaborado de manera conjunta con las comunidades originarias, y serán consultados en cuanto a la organización y funcionamiento de estos proyectos. En caso se origine alguna responsabilidad a los pueblos originarios de tales actividades, podrán asumirlas, siempre y cuando, así lo decidan.

Artículo 23

1. La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económico. Con la participación de

esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades.

2. A petición de los pueblos interesados, deberá facilitárseles, cuando sea posible, una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo (Organización Internacional del Trabajo, 2012, págs. 48-49).

Este instrumento internacional fomenta la participación indígena en sus actividades ancestrales como: la industria, la artesanía, la caza, la pesca, entre otros. El estado tiene el compromiso de hacer respetar y fomentar estas costumbres, las cuales sirven para el sostenimiento de su cultura y su crecimiento económico.

En ese sentido, se deberá brindar una asistencia especializada y financiera idónea, la cual tendrá las especificaciones tradicionales de estos pueblos, la misma será solicitada por las comunidades interesadas, en el marco de un crecimiento sostenido e igualitario para estas comunidades.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 18

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus

propias instituciones de adopción de decisiones. (Organización Internacional del Trabajo, 2012, pág. 100)

Este dispositivo aborda el derecho a la participación en torno a las decisiones, y en donde se vulneren sus derechos colectivos. La intervención de las comunidades dentro de estas actividades será a través de sus representantes seleccionados por ellos mismos, asimismo, tienen la facultad de conservar y promover sus propias instituciones indígenas, en el marco de salvaguardar sus organizaciones culturales.

Artículo 23

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernen y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones. (Organización Internacional del Trabajo, 2012, págs. 103-104)

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la participación es un derecho activo que sirve para intervenir en la preparación y resolución de los programas en materia de vivienda, salud y de otra índole, estas acciones en la manera de lo posible deben ser dirigidos a través de sus propias organizaciones indígenas. Asimismo, tienen la facultad de establecer sus prioridades en base a su desarrollo.

Artículo 36

1. Los pueblos indígenas, en particular los que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros, así como con otros pueblos a través de las fronteras.
2. Los estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptaran medidas eficaces para facilitar el ejercicio y garantizar la aplicación de este derecho (Organización Internacional del Trabajo, 2012, págs. 115-116).

Este instrumento internacional establece que los pueblos originarios que se encuentren divididos por fronteras internacionales, poseen la facultad de conservar y preservar sus contactos y vínculos con sus propios miembros y/o con otras comunidades, esto incluye las acciones de índole social, cultural, económico y político que realiza con ellos. Asimismo, los estados parte de este instrumento, tienen el deber de aprobar medidas idóneas con el apoyo de las comunidades originarias, con el objeto de promover la efectividad de este derecho.

Constitución Política del Perú

Artículo 2 inc. 17

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

revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, pág. 32)

Este derecho está regulado en nuestra Constitución Política, la cual establece que los ciudadanos podrán participar, ya sea de manera individual o asociada, en las esferas culturales, sociales y económicas del país. Asimismo, tienen la facultad de elegir, remover o revocar a las autoridades que no respeten la carta magna, y también de solicitar y/o presentar proyectos de ley y referéndum.

Artículo 31

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

Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación.

Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil. Para el ejercicio de este derecho se requiere estar inscrito en el registro correspondiente.

El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad.

La ley establece los mecanismos para garantizar la neutralidad estatal durante los procesos electores y de participación ciudadana.

Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, p.43).

Como se aprecia en el párrafo anteriormente citado, este derecho faculta a los pueblos originarios a participar en los temas de carácter público mediante las vías que ofrece la participación ciudadana. En ese sentido, también pueden escoger de manera voluntaria a sus representantes y ser escogidos, al amparo de la normatividad vigente sobre la materia.

Los vecinos tienen el derecho de participar en las municipalidades, siempre y cuando, estén dentro de su jurisdicción. El dispositivo jurídico establece todos los mecanismos que pueden utilizar los ciudadanos para ejercer su participación.

Por otra parte, este artículo también regula el derecho al voto, el cual debe estar inscrito en un registro público para poder ejercerlo. El mismo es obligatorio, libre y secreto hasta los setenta años, después es opcional.

Los mecanismos aseguran la imparcialidad estatal en los procesos electorales y de participación de las personas, las cuales son establecidas por ley. En ese sentido, toda acción que impida o restrinja al ciudadano a ejercer sus derechos, será nulo y sancionable.

Artículo 191

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

La estructura orgánica básica de estos gobiernos la conforman el Consejo Regional, como órgano normativo y fiscalizador, el Gobernador Regional, como órgano ejecutivo, y el Consejo de Coordinación Regional integrado por los alcaldes provinciales y por representantes de la sociedad civil, como órgano consultivo y de coordinación con las municipalidades, con las funciones y atribuciones que les señala la ley. El Consejo Regional tendrá un mínimo de siete (7) miembros y un máximo de veinticinco (25), debiendo haber un mínimo de uno (1) por provincia y el resto, de acuerdo a ley, siguiendo un criterio de población electoral.

El Gobernador Regional es elegido conjuntamente con un Vicegobernador Regional, por sufragio directo por un período de cuatro (4) años. El mandato de dichas autoridades es revocable, conforme a ley. No hay reelección inmediata. Transcurrido otro período, como mínimo, los ex Gobernadores Regionales o ex Vicegobernadores Regionales pueden volver a postular, sujetos a las mismas condiciones. Los miembros del Consejo Regional son elegidos en la misma forma y por igual período. El mandato de dichas autoridades es irrenunciable, con excepción de los casos previstos en la Constitución.

Para postular a Presidente de la República, Vicepresidente, Congresista o Alcalde; los Gobernadores y Vicegobernadores Regionales deben renunciar al cargo seis (6) meses antes de la elección respectiva.

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

Los Gobernadores Regionales están obligados a concurrir al Congreso de la República cuando éste lo requiera de acuerdo a ley y al Reglamento del Congreso de la República, y bajo responsabilidad (Ministerio de Justicia, 1993).

Como se aprecia en este artículo, los gobiernos regionales poseen autonomía de carácter administrativa, política y económica, siempre cuando sea en temas de su jurisdicción, además de ello, trabaja en conjunto con los gobiernos locales, respetando su libre determinación.

El gobierno regional está conformado por un Consejo Regional y el Consejo de Coordinación Regional, las cuales deberán emitir normas y fiscalizar las gestiones que se realizan, además de consultar y coordinar con las municipalidades en el marco de la normatividad vigente, respectivamente.

En ese mismo orden de ideas, el gobernador regional y el vicegobernador son escogidos al mismo tiempo, ambos tienen un mandato de 4 años, la cual puede ser revocable, en el marco de la legalidad. Asimismo, tendrán que esperar

otro mandato en caso quieran volver a postular, ya que no cabe la figura de la reelección inmediata. Los integrantes del Consejo son elegidos siguiendo la misma formalidad y por la misma cantidad de años. Al poseer estos cargos, estas autoridades no podrán renunciar, excepto las situaciones que se menciona en la Carta Magna.

En caso los gobernadores o vicegobernadores quieran postular a los cargos de presidente, vicepresidente, congresista o alcalde, tendrán la obligación de renunciar al cargo que tienen, tendrán que hacerlo 6 meses antes de las elecciones correspondientes.

En ese sentido, la norma establece que existe porcentajes mínimos para cumplir con la representatividad de los pueblos indígenas, las comunidades y de género en los Consejos Regionales, esto también se atribuye a los Consejos Municipales.

En esa línea, los gobernadores están en la facultad de asistir al Congreso de la República en caso lo soliciten en el marco de la ley y el Reglamento del Congreso, bajo responsabilidad.

Artículo 197

Las municipalidades promueven, apoyan y reglamentan la participación vecinal en el desarrollo local. Asimismo, brindan servicios de seguridad ciudadana, con la cooperación de la Policía Nacional del Perú, conforme a ley (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, pág. 115).

Como se puede observar en el párrafo anterior, los gobiernos locales tienen la capacidad de fomentar, asentar y regular la participación de los vecinos dentro de la localidad, en base a su desarrollo. Igualmente, ofrecen servicios que coadyuvan al sentir de las personas respecto a la inseguridad ciudadana, la cual será trabajada de manera conjunta con la Policía Nacional del Perú, sobre la base de la legalidad.

2.2.2.4 Derecho a la consulta previa

“la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello, debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental; además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del dialogo y el debate entre las partes” (Sentencia del EXP. 3303-2007-PA, fundamento 35).

Esta sentencia señala que este derecho debe aplicarse antes de iniciar cualquier proyecto que pueda menoscabar la salud de los miembros de un pueblo originario o su medio ambiente. En ese sentido, es necesario otorgar información relevante respecto a las particulares del recurso a explotar, las zonas

de explotación, informes ambientales, entre otros. Además de ello, resulta importante brindar información de las empresas interesadas en explotar estos recursos.

En ese sentido, estas acciones serán pertinentes para que los pueblos logren tomar decisiones respecto a la explotación de sus recursos. La información obtenida de estos elementos (particularidades del recurso a explotar y los datos de las empresas interesadas) debe ser entregada de manera anticipada para que las comunidades puedan reflexionar y analizar sus intereses. Una vez superada esta fase, entramos a la etapa de participación, en la cual se solicitará el diálogo y el debate entre las partes competentes.

El tribunal Constitucional ha establecido para esta figura las siguientes características: a) debe realizarse de buena fe, b) mediante procedimientos flexibles, c) con el objetivo de alcanzar un acuerdo, d) con transparencia; y, e) deberá ser implementada de manera previa (EXP. 00022-2009-AL, fundamento 26-36).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el Tribunal Constitucional ha señalado que la consulta tiene cinco características, las cuales son: la buena fe, procedimientos flexibles, alcanzar un acuerdo, la transparencia, y el carácter previo.

Convenio 169 OIT

Artículo 6. Inc. 1

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas

o administrativas susceptibles de afectarles directamente (...)
(Organización Internacional del Trabajo, 2012, pág. 23).

Este instrumento internacional establece que ante cualquier medida legal o de índole administrativa que pueda afectarles de manera directa, el gobierno tiene el deber de consultar a los pueblos originarios por medio de vías idóneas y mediante sus organismos culturales.

Artículo 6 inc. 2

Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (Organización Internacional del Trabajo, 2012, págs. 24-25).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, este derecho debe aplicarse de buena fe y bajo el contexto que atraviesan las comunidades originarias, esto con el fin de llegar a un acuerdo o consentimiento respecto a las acciones a emplearse.

Artículo 15 inc. 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 las actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (Organización Internacional del Trabajo, 2012, pág. 34).

Por otro lado, en el supuesto que los recursos a explotarse pertenezcan al estado, los gobiernos tienen el compromiso de implementar medidas que tenga por finalidad consultar a las comunidades originarias, para así analizar las ganancias y pérdidas que podrían acontecer, esto antes de que se inicie el programa de prospección de los recursos naturales a explotar. Asimismo, los pueblos indígenas tienen la facultad de participar en los beneficios que estas acciones puedan generar, y en caso, acontezca algún daño, podrán solicitar una indemnización.

Declaración de las Naciones Unidas de los derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 17 inc.2

Los estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, tomarán medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligrosos o interferir en la educación del niño, o que pueda ser perjudicial para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social del niño, teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad y la importancia de la educación para el pleno

ejercicio de sus derechos. (Organización Internacional del Trabajo, 2012, pág. 99)

En este dispositivo se puede apreciar que los estados parte tienen el compromiso de consultar y trabajar conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto a las acciones que implementarán en favor de los menores indígenas, con el objeto de combatir cualquier tipo de explotación que vulnere su desarrollo integral. La misma será aplicada en el marco de la esfera educativa y a miras de una especial protección.

Artículo 19

Los estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado (Organización Internacional del Trabajo, 2012, págs. 100-101).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, los estados parte tienen el deber de emplear consultas y coadyuvar de buena fe al trabajo conjunto de los pueblos originarios mediante sus organismos culturales, estas acciones deben ser aplicadas de manera anticipada en caso se ejecute alguna medida legislativa o administrativa que los afecte directamente, esto con el objetivo de obtener un consentimiento de carácter informado, libre y previo.

Artículo 36

1. Los pueblos indígenas, en particular los que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a mantener y

desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros, así como con otros pueblos a través de las fronteras.

2. Los estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y garantizar la aplicación de este derecho (Organización Internacional del Trabajo, 2012, págs. 115-116).

Este artículo aborda a los pueblos indígenas que se encuentran divididos por fronteras internacionales, la misma afirma que tienen la facultad de preservar y asegurar los vínculos que tuvieron, esto incluye las acciones de índole social, económico, espiritual y político, con otras personas pertenecientes a su pueblo o a otras comunidades.

En ese sentido, los estados parte de este instrumento internacional, tienen el deber de consultar y a trabajar de manera conjunta con las comunidades originarias, con el objeto de aplicar acciones idóneas que fomenten y aseguren la implementación de este dispositivo.

Artículo 38

Los estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración (Organización Internacional del Trabajo, 2012, pág. 117).

En este artículo se observa que los estados parte tienen el deber de consultar y trabajar de manera conjunta con los pueblos originarios, con el objeto

de implementar acciones idóneas que coadyuven a obtener los resultados que se pretende en este instrumento internacional.

Constitución Política del Perú

Artículo 2 inc.17

A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, pág. 32).

Nuestra constitución regula la participación, ya sea de carácter individual o colectiva, esto influye en las esferas sociales, culturales, económicas y políticas. En ese sentido, las personas en el marco de la ley, tienen la facultad de la elección, revocación o remoción de autoridades, de referéndum y de iniciativa legislativa.

2.2.2.5 Derecho a deliberar sus prioridades de progreso

Incorporar a la persona indígena no impide el desarrollo económico de un país, sino todo lo contrario, gracias a sus recursos naturales conservados y cuidados ancestralmente por ellos, han originado que el país tenga más ingresos, pero lamentablemente aún sigue imperando la desigualdad y la explotación. Por esta razón, se debe trabajar en la revitalización de la cultura indígena, alcanzando la igualdad, y así lograr la actualización de la misma, es necesario afirmar que el desarrollo originario no será igual al desarrollo capitalista, pero será un avance. Esta es la forma en que los pueblos se

beneficiarían, y no el sistema económico que tenemos actualmente, que en vez de empoderar a las comunidades, las oprime.⁵

A continuación, se abordará tres dispositivos: el Convenio 169 de la OIT, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Constitución Política del Perú.

Convenio 169 de la OIT

Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.
2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

⁵ Stavenhagen, afirma que no es problema de la diversidad étnica que existe en el Perú que sea difícil efectuar el derecho a deliberar sus prioridades de progreso, sino la desigualdad y falta de empatía que ha existido por más de diez millones de años.

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.
4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan (Organización Internacional del Trabajo, 1991, pág. 4-5).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, este sector tiene la facultad de decidir sobre sus prioridades de crecimiento, siempre y cuando, la misma ocasione una vulneración a su cosmovisión, organismos, tranquilidad espiritual y tierras que posean. Asimismo, los estados tienen el compromiso de hacer participar a los pueblos en los programas y planes que se efectúan en sus territorios.

Estos planes de crecimiento deberán poner como prioridad el mejoramiento de los estándares de vida, trabajo, salud y educación de las comunidades originarias.

Por otra parte, los gobiernos tienen el compromiso de aplicar estudios de manera conjunta con estas poblaciones con el objeto de analizar las incidencias y las actividades de crecimiento. Asimismo, los avances de estos trabajos serán tomados como base para la implementación de estas actividades.

En ese sentido, los estados deben efectuar acciones de manera conjunta con las comunidades con el fin de cuidar y salvaguardar el medio ambiente de sus territorios.

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 23

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones (Naciones Unidas, s.f, pág. 9).

Como se puede observar en el párrafo anteriormente mencionado, las comunidades originarias tienen la facultad de realizar sus propias estrategias y prioridades para fortalecer su desarrollo. También pueden participar de manera activa en la formulación de programas de índole social que les compete, y en el marco de lo legal, administrar las mismas a través de sus instituciones colectivas.

Constitución Política del Perú

Artículo 89

Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el

trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas (Constitución Política del Perú, 1993, pág. 21).

La norma supranacional afirma que las comunidades originarias tienen un carácter autónomo en su organización, lo que conlleva a que puedan disponer de manera libre de sus tierras, en cuanto a lo administrativo y económico, siempre y cuando, este amparado en el marco legal. Además de ello, el Estado garantiza y fomenta la identidad cultural de las mismas.

2.2.2.6 Derecho a conservar y reforzar sus costumbres e instituciones

Las costumbres originarias poseen calidad de norma aceptada por el grupo indígena, las cuales pueden variar dependiendo si el grupo pertenece a una familia lingüística o aún mismo espacio geográfico. Este resultado se concluyó, gracias a un estudio realizado en la Amazonía peruana (Liliam Landeo, 2000, pág.7).

La costumbre indígena ha tomado carácter de norma dentro de las comunidades ancestrales, es decir, que son dispositivos de naturaleza vinculante dentro de sus territorios. Las mismas pueden variar de un grupo a otro, pero las que se mantienen en la misma normatividad, son las que forman parte de una misma familia lingüística indígena o residen dentro de un espacio geográfico étnico.

Las instituciones originarias de los pueblos indígenas pueden ser de índole social, cultural, económica y política, las cuales brindan a este sector el derecho a conservar y fomentar sus propias creencias y costumbres, asimismo, el sistema internacional de derechos humanos señala que esta figura es un derecho fundamental y un componente esencial en la definición de este sector (OIT, 2009, pág.49).

El derecho a preservar y asegurar sus propios organismos es un derecho primordial e intrínseco de los pueblos indígenas, es decir, que es un elemento característico para diferenciarlos. Las comunidades originarias tienen la facultad de mantener a lo largo de los años estas estructuras institucionales de origen ancestral, ya sea de índole social, económica, cultural y política. Asimismo, es importante mencionar que este dispositivo se encuentra reconocido por la legislación internacional y forma parte de los derechos humanos.

Convenio 169 DE LA OIT

Artículo 4

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.
2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.
3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como

consecuencia de tales medidas especiales. (Organización Internacional del Trabajo, 2012, págs. 21-22).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, los estados parte tienen el deber de implementar acciones idóneas que coadyuven a las instituciones, las culturas, el contexto ambiental, los recursos y los miembros de los pueblos indígenas. Estas medidas no pueden ir en contra de los intereses de las comunidades, ni en perjuicio de los derechos que se derivan de la ciudadanía, la cual deberá ser ejercida sin discriminación alguna.

Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;
- b) Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;
- c) Deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo (Organización Internacional del Trabajo, 2012, págs. 22-23).

Este dispositivo faculta a los estados parte a aceptar y defender las costumbres y principios de carácter cultural, social, espiritual y religioso de las

comunidades originarias, y también a considerar las incertidumbres que les suscite, ya sea individual o colectivamente. Asimismo, los gobiernos tendrán el deber de garantizar la generalidad de las costumbres, principios, organizaciones propias de estos pueblos originarios.

En ese sentido, se deberá acoger medidas idóneas que coadyuven a superar los problemas que enfrentan día a día los pueblos originarios al enfrentar nuevos acontecimientos.

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
 - b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
 - c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (Organización Internacional del Trabajo, 2012, págs. 23-25).

En el marco de este dispositivo, los gobiernos tienen el compromiso de consultar a las comunidades mediante vías idóneas y organizaciones propias, siempre y cuando, se apruebe una medida de carácter administrativo o legislativo que les afecte de manera directa. Asimismo, deben crear espacios donde los miembros de las comunidades originarias puedan participar de manera libre, y al mismo nivel de otras esferas de la población, respecto a la toma de decisiones en organismos, instituciones y programas que les compete. Igualmente, se empleará las acciones correspondientes para el desarrollo integral de los organizaciones e ideas de estas comunidades, y facilitar los recursos indispensables para esta finalidad en los acontecimientos pertinentes.

Por otro lado, las consultas conducidas por este instrumento internacional deberán realizarse de buena fe y dentro del contexto actual, con el fin de obtener una conformidad sobre las acciones a ejecutar.

Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean

incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes (Organización Internacional del Trabajo, 2012, págs. 27-28).

Como se aprecia en el párrafo anterior, los gobiernos deberán aprobar leyes que no menoscaben sus prácticas, usos o costumbres ancestrales. Asimismo, este instrumento internacional establece que las comunidades tendrán la facultad de mantener sus costumbres y organismos culturales, siempre y cuando, no vulneren los derechos estipulados en la Carta Magna de cada nación, ni los derechos humanos declarados a nivel internacional. En caso sea necesario, se emplearán medidas para resolver cualquier problema que pudiera acontecer en el ejercicio de este dispositivo.

En el marco de lo anteriormente mencionado, no se podrá obstaculizar a los integrantes de las comunidades originarias a ejercer sus derechos constitucionales como ciudadanos, y aceptar los deberes y obligaciones que deriven de ellos.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 5

“Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.” (Naciones Unidas, 2007, pág. 4)

Este instrumento internacional confirma a estos pueblos el derecho a preservar y fomentar sus organismos de carácter social, económico, político, jurídico y cultural, sustentando también el derecho a participar de manera voluntaria en las diferentes esferas del gobierno.

Artículo 20

1. Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general.

Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:

- a) Acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción y de ascenso;
- b) Remuneración igual por trabajo de igual valor;
- c) Asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda;
- d) Derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente todas las actividades sindicales para fines lícitos, y derecho a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores.

2. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que:

- a) Los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas de mano de obra, gocen de la protección que confieren la legislación y la práctica nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen;
- b) Los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas;

- c) Los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas;
 - d) Los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.
3. Deberá prestarse especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección del trabajo en las regiones donde ejerzan actividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta parte del presente Convenio (Organización Internacional del Trabajo, 2012, págs. 41-45).

Como se aprecia en el dispositivo anteriormente citado, los estados parte de este instrumento internacional tendrán que implementar, en conformidad a su legislación y en cooperación con las comunidades, acciones que coadyuven a los trabajadores correspondientes de dichos pueblos una protección idónea respecto a la contratación y a los términos de empleabilidad, en las dimensiones que no estén amparados de manera eficaz por la legislación que utilizan para los trabajadores de manera general.

En esa línea, los estados tienen la obligación de prevenir cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores (miembros de alguna comunidad originaria) y demás personas que se encuentren laborando, en los siguientes supuestos: sueldo igualitario, derecho a asociarse libremente, acceso a cualquier empleo y protección social y médica.

En ese sentido, los acuerdos arribados tendrán que proteger los siguientes supuestos: que los trabajadores correspondientes a las comunidades puedan disfrutar del reconocimiento que les proporciona la legislación nacional, que los trabajadores que integran a dichos pueblos no sean sujeto de condiciones de trabajo que vulnere su salud, que los trabajadores de estas colectividades no sufran ninguna represión en los términos de la contratación, y que los trabajadores pertenecientes a una colectividad indígena tengan las mismas oportunidades y un trato igualitario para mujeres y hombres.

En ese mismo orden de ideas, se garantizará un interés especial respecto a la implementación de servicios idóneos que sirvan para fiscalizar el trabajo en las zonas donde se contraten trabajadores que pertenezcan a alguna comunidad, con la finalidad de cumplir con lo expresado por este instrumento internacional.

Artículo 33

1. La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existan instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones.
2. Tales programas deberán incluir:
 - a) La planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio;

- b) La proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados (Organización Internacional del Trabajo, 2012, págs. 59-60).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, este instrumento internacional establece que el mandatario estatal responsable tiene el deber de garantizar la existencia de instituciones u otros instrumentos de gestión que disponen de programas que afecten sus derechos colectivos, asimismo, estos organismos facilitarán medios idóneos para el desarrollo integral de sus funciones.

En ese sentido, estos programas deben incorporar los siguientes supuestos: primero, estas acciones tendrán que ser trabajadas de manera conjunta con las comunidades originarias, por tal motivo, se planificará, coordinará, ejecutará y evaluará las medidas propuestas en este instrumento internacional; segundo, se realizará un control en la implementación de las medidas acogidas en conjunto con los pueblos indígenas y se planteará medidas legislativas y de otra índole en favor de este sector, con el fin de garantizar sus derechos colectivos.

Constitución Política del Perú

Artículo 139 inc.8

El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, pág. 92).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, se aplicará los criterios fundamentales jurídicos y el derecho ancestral, en caso se efectúe un vacío o algún defecto en la ley, con el fin de garantizar justicia.

En ese sentido, la constitución Política del Perú reconoce de manera expresa el derecho consuetudinario, por tal motivo, el estado tiene la obligación de garantizar este dispositivo.

2.2.2.7 Derecho a la jurisdicción especial

Se debe garantizar todo derecho inherente al ser humano, en especial, la jurisdicción indígena, pues la misma otorga potestad a los pueblos a presentarse ante sus propias autoridades o instancias para solucionar los conflictos que se susciten dentro de sus tierras, asimismo, ofrece la capacidad de juzgar y tomar decisiones en conformidad a sus normas ancestrales (Sistema de Monitoreo de la protección los derechos y la promoción del buen vivir de los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe, s.f, pág.1).

La jurisdicción indígena es la facultad que poseen las comunidades originarias para acudir a sus propias autoridades e instancias internas para solucionar sus conflictos ocurridos dentro de sus territorios, al mismo tiempo tienen la potestad de tomar y ejecutar acciones en el marco de su derecho consuetudinario.

El derecho consuetudinario indígena ha existido desde siempre, lo que debería según algunos analistas ser constitucionalizada en el Perú, pero hasta el momento el gobierno no garantiza su implementación, pues solo se ha delimitado a ser un dispositivo innovador, pero que conlleva a muchos conflictos, puesto que colisiona con muchos intereses particulares. El autor señala que esta jurisdicción especial debe suscitarse en la variedad y diversidad de hechos que acontecen en los pueblos originarios, ya que las comunidades originarias poseen un método, una forma para solucionar sus conflictos internos, además de ello, se busca la participación de cada parte en el proceso, no la confrontación, es decir, se pretende alcanzar el diálogo y el sentido congruente de los hechos.⁶

Este derecho es reconocido de manera expresa en los siguientes dispositivos: Convenio 169 de la OIT, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Constitución Política del Perú.

Convenio 169 de la OIT

Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

⁶ La justicia especial indígena debe ser estudiada en virtud del pluralismo jurídico, que es uno de los conceptos postmodernos del derecho, que consiste en la coexistencia de espacios legales interrelacionados y que la vida de sus miembros está comprendida por la inter-legalidad de dichos sistemas normativos.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia (Organización Internacional del Trabajo, 2012, págs. 28-29).

Como se puede apreciar en el artículo anteriormente citado, este derecho debe ser aplicado dentro de los parámetros de la legislación nacional y los derechos humanos ratificados en el sistema internacional, asimismo, el estado tiene la responsabilidad de hacer cumplir los métodos que son utilizados por las comunidades originarias de manera ancestral para sancionar los delitos consumados por algunos de sus integrantes.

En ese mismo orden de ideas, los mandatarios y tribunales que tienen la obligación de dirimir sobre temas de carácter penal tendrán en cuenta las prácticas ancestrales que realizan estas comunidades en dicha materia.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 35

“Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.” (Organización Internacional del Trabajo, 2012, pág. 115)

Esta norma internacional confirma que los pueblos originarios tienen la facultad de establecer sanciones a los miembros frente a sus comunidades ancestrales.

Constitución Política del Perú

Artículo 149

Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, pág. 95).

La Constitución Política del Perú reconoce de manera expresa a las comunidades campesinas y nativas, a las rondas campesinas y a la jurisdicción especial. En ese orden de ideas, el estado tiene el compromiso de respetar las instituciones culturales que efectúen función jurisdiccional, como las comunidades campesinas y nativas, con la ayuda de las rondas campesinas. Asimismo, la legislación peruana es la encargada de hacer cumplir este derecho en los Juzgados de Paz y las otras instancias del Poder Judicial.

En caso se suscite alguna controversia, se puede aplicar el derecho consuetudinario, siempre y cuando, no afecte derechos reconocidos en nuestra carta magna.

Artículo 139 inc.8

El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, pág. 92).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la administración de justicia no puede dejar de aplicarse, ya sea por vacío o defecto de la ley. En ese sentido, el legislador consideró pertinente, aplicar los criterios fundamentales jurídicos y el derecho ancestral, en el caso que aconteciera este supuesto.

2.2.2.8 Derecho a la propiedad sobre los territorios y tierras

Para la mayoría de las comunidades el territorio es significativo por tener una connotación sagrada, y no un aspecto económico. Asimismo, los pueblos tienen un vínculo especial con la tierra, pues son zonas donde se ubicaron sus ancestros, existe una historia y conocimientos adquiridos de generación en generación (Organización Internacional del Trabajo, 2009, pág.91).

Para las comunidades originarias hay una vinculación muy especial con el territorio y la tierra, ya que son lugares donde hay historia, creencias y costumbres ancestrales; asimismo, son espacios donde vivieron sus antecesores durante muchos años y ahora forman parte de su legado. También son territorios donde se desarrolla la vida económica, política, cultural y social de estos pueblos, como por ejemplo su espiritualidad, la producción económica de la tierra, entre otros.

Convenio 169 de la OIT

Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación
2. La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera (Organización Internacional del Trabajo, 2012, pág. 31).

Este instrumento internacional reconoce el derecho a la tierra y al territorio que tienen las comunidades originarias, el cual obliga a los estados parte a respetar los vínculos y valores ancestrales que tienen hacia sus territorios o sus tierras, en especial los parámetros colectivos de esta conexión.

En el segundo párrafo de este dispositivo, se menciona que la terminología tierra tiene que incluir la denominación territorio en los artículos 15 y 16 de este Convenio, lo que conlleva al hábitat en su conjunto de las comunidades originarias, quienes pueden explotarlas en cualquier momento.

Artículo 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberá tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.
2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.
3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados (Organización Internacional del Trabajo, 2012, págs. 32-33).

Este Convenio afirma que las comunidades originarias tienen el derecho de propiedad y posesión sobre sus tierras en donde habitan desde tiempos ancestrales, asimismo, los estados parte tendrán que adoptar medidas idóneas para garantizar el derecho de los pueblos originarios a usar tierras donde no residan, pero que de manera ancestral hayan realizado prácticas culturales y de subsistencia.

En ese sentido, los estados deben establecer medios necesarios que coadyuven a delimitar las tierras que ancestralmente ocupan y fomentar los derechos de propiedad, como de posesión.

En ese mismo orden de ideas, se deberá implementar procedimientos idóneos que ayuden a resolver las reivindicaciones de las tierras establecidas por las mismas comunidades.

Artículo 17

1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre las tierras entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.
2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.
3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos (Organización Internacional del Trabajo, 2012, págs. 37-38).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, los estados parte están obligados a respetar las diferentes formas de transmisión que puedan utilizar las comunidades originarias en cuanto a sus tierras, las cuales deben ser asentadas por ellos mismos. Asimismo, se consultará a los pueblos

involucrados, con la condición de que puedan enajenar sus tierras o utilizar otra modalidad para transferir sus derechos sobre las mismas.

En ese sentido, se tendrá que imposibilitar que cualquier ciudadano ajeno a este sector abusen de las prácticas ancestrales de estas comunidades o de su ignorancia de las leyes con el fin de no apropiarse de la propiedad, posesión o uso de sus tierras.

Artículo 18

La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda institución no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones (Organización Internacional del Trabajo, 2012, págs. 38-39).

Esta norma internacional obliga a los estados parte a crear leyes para aplicar sanciones idóneas contra toda institución que no tenga permiso del gobierno en las tierras de las comunidades originarias o toda utilización no legal de las mismas por personas extrañas a este sector, además de ello se implementará acciones para evitar estas faltas.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 25

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u

ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras (Organización Internacional del Trabajo, 2012, pág. 105).

Las comunidades originarias poseen la facultad de alimentar y reforzar su vínculo espiritual con las tierras, sus territorios, y todo lo que les rodea, los cuales han sido heredados de manera ancestral a lo largo de los años, y también tiene el compromiso de lo que les corresponde a las generaciones futuras.

Artículo 26

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que haya adquirido de otra forma.
3. Los estados aseguran el reconocimiento y protección jurídico de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate (Organización Internacional del Trabajo, 2012, págs. 105-106).

Como se aprecia en el párrafo anteriormente citado, las comunidades originarias poseen facultades sobre sus territorios, tierras y recursos adquiridos de manera ancestral, asimismo, tienen derecho a usar, controlar, poseer y

desarrollar las mismas en conformidad de la propiedad convencional u otros mecanismos tradicionales.

En ese sentido, los estados parte tienen el compromiso de reconocer y preservar de manera jurídica sus tierras, territorios y recursos, este reconocimiento debe garantizar idóneamente sus prácticas ancestrales, tradiciones y los mecanismos de tenencia de tierra que emplean las comunidades originarias.

Artículo 27

Los estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente la leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso (Organización Internacional del Trabajo, 2012, pág. 107).

Este instrumento internacional establece que los estados parte tienen que trabajar de manera conjunta con las comunidades originarias en un proceso justo, idóneo, libre, neutral y diáfano, en donde se respete las prácticas ancestrales, leyes, tradiciones y mecanismos de tenencia de sus tierras, con el fin de identificar y conferir los derechos a este sector, en conformidad a sus

territorios, tierras y recursos, que posean de manera ancestral o hayan adquirido por otra modalidad, por tal motivo, los pueblos tienen la facultad de intervenir dentro de este proceso, ya que son temas que les concierne de manera directa.

Artículo 28

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente haya poseído, ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.
2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.
(Organización Internacional del Trabajo, 2012, págs. 107-108)

Como se puede apreciar en el apartado anterior, las comunidades originarias poseen la facultad de solicitar la reparación, a través de la restitución, en caso no sea posible, se efectuará una indemnización legítima, neutral y ecuánime, por los territorios, tierras y recursos que hayan dispuesto de manera ancestral o a través de otra modalidad, los cuales han sido afectados, confiscados, dañados sin la voluntad libre e informada de este sector. Con excepción, de que se haya acordado otro tipo de subsanación, en ese marco, la figura de la indemnización reside en recursos, territorios y tierra de las misma

naturaleza, amplitud y carácter jurídico o en una indemnización de índole monetaria u otro tipo de compensación idóneo.

Artículo 29

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación alguna.
2. Los estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.
3. Los estados también adoptarán medidas eficaces para garantizar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos. (Organización Internacional de Trabajo, 2012, págs. 109-110)

Este artículo expresa que las comunidades originarias poseen la facultad de preservar y cuidar del medio ambiente y del desarrollo sostenible de sus tierras, territorios y recursos, asimismo, los estados parte tienen el compromiso de instaurar e implementar acciones de asistencia a este grupo vulnerable con el fin de fortalecer estos mecanismos, sin excluir a nadie.

En ese sentido, los gobiernos crearán medidas idóneas para que no depositen ni expulsen materiales dañinos en los territorios o tierra de las comunidades sin la voluntad de las mismas.

En ese orden de ideas, los estados partes implementarán medidas adecuadas para aplicar idóneamente acciones de verificación, conservación y de mejora de la salud de los miembros de esta comunidad afectados directamente por estos materiales, los cuales serán trabajados de manera conjunta con los pueblos interesados.

Artículo 30

1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que estos lo hayan solicitado.
2. Los estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares (Organización Internacional de Trabajo, 2012, p.110-111).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, no se podrá realizar actividades militares dentro de las tierras o territorios de estas comunidades, salvo que sea justificado por interés público o que se haya pactado con los pueblos originarios, o que los mismos lo hayan solicitado.

En ese sentido, los gobiernos tienen el compromiso de consultar a este sector cultural por medio de mecanismos adecuados o a través de sus

organismos culturales, esta acción deberá ser empleada antes de usar sus tierras o territorios para estos fines.

Artículo 31

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.
2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos. (Organización Internacional de Trabajo, 2012, págs. 111-112)

Podemos entender en este apartado las comunidades originarias tienen la facultad de proteger, promover, preservar e impulsar su patrimonio cultural, sus conocimientos ancestrales, sus expresiones adquiridas tradicionalmente y las manifestaciones de sus culturas, tecnologías y ciencias. En este grupo tenemos también a los recursos humanos y genéticos, las semillas, las

medicinas, el conocimiento de la flora y la fauna, los diseños, entre otros. Asimismo, tienen derecho a promover, preservar y salvaguardar su propiedad intelectual, sus expresiones de índole cultural y sus conocimientos ancestrales.

En ese sentido, los estados partes trabajarán de manera conjunta con las comunidades para implementar medidas adecuadas para identificar y garantizar el pleno ejercicio de estos dispositivos.

Artículo 32

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 celebraran consultas y cooperaran 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.
3. Los estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual. (Organización Internacional del Trabajo, 2012, págs. 112-113).

Este instrumento internacional desarrolla en este apartado, que las comunidades originarias tienen la facultad de identificar y establecer sus propias

prioridades y puntos de estrategias con el objeto de explotar los recursos ubicados dentro de sus tierras o territorios. Asimismo, los estados parte tienen el compromiso de realizar consultas a través de sus instituciones representativas con la finalidad de conseguir su consentimiento, el cual debe ser previo, informado y libre, estas acciones serán aplicadas antes de aplicar cualquier medida que vulnere sus tierras, territorios y otros recursos, especialmente cuando se trate de recursos minerales, hídricos o de otra índole.

Constitución Política del Perú

Artículo 88

El estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre las tierras, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa.

La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.

Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta (Constitución Política del Perú, 2018, págs. 67-68).

Este derecho internacional también es acogido en nuestra carta magna en el artículo 88, el cual establece que el gobierno peruano favorece de manera especial el progreso agrario, también reconoce el derecho de propiedad sobre sus tierras, ya sea de carácter privado, comunal o de cualquier otra forma de colectividad. En ese sentido, la legislación peruana puede delimitar y establecer la extensión de sus tierras analizando las características de cada una de ellas.

Por otro lado, las tierras que han sido abandonadas por las comunidades originarias, en conformidad a la ley, terminan en poder del estado peruano con el fin de adjudicarlo a través de la venta.

Artículo 89

Las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas. (Constitución Política del Perú, 2018, pág. 68)

Como se puede apreciar en esta apartado, las comunidades nativas y campesinas poseen origen legal y tienen personalidad jurídica. En ese sentido, se puede afirmar que estas comunidades son autónomas en cuanto al trabajo comunal, su organización, la explotación de sus tierras, desarrollo económico y administrativo, en conformidad de la legislación vigente sobre la materia. El derecho de propiedad sobre sus tierras es de carácter imprescriptible, con excepción del caso de abandono señalado en el dispositivo anteriormente mencionado.

En ese orden de ideas, el gobierno peruano reconoce la identidad cultural de cada miembro de las comunidades originarias, ya sea nativa o campesina.

2.2.2.9 Derecho a los recursos naturales

“Tierras, comunidades y desarrollo de actividades de aprovechamiento de recursos naturales. La relación entre la tierra comunal, acceso a los recursos naturales y el desarrollo de actividades productivas ha sido históricamente materia de debate” (Manuel Pulgar Vidal, pág. 464).

Según el autor, existe una relación entre las comunidades, el desarrollo de la utilización de recursos y territorios, asimismo señala que el aprovechamiento de estos recursos a lo largo del tiempo ha sido cuestionado.

Por tal motivo, a criterio personal, considero que se debe implementar acciones para fomentar el uso responsable de los recursos ambientales para que nuestras futuras generaciones también puedan gozar de estos beneficios.

La inserción y utilización en el ordenamiento jurídico de la expresión Patrimonio de la Nación, para hacer referencia a la naturaleza jurídica de la relación entre los recursos naturales con su titular, ocasiona una serie de confusiones en su interpretación, porque dicha expresión no distingue si los recursos naturales integran o no el dominio público. Así, generalmente la doctrina y legislación internacional utilizan el término patrimonio para referirse al dominio privado. La expresión Patrimonio de la Nación también confunde a la doctrina nacional, originando que algunos autores erróneamente encuadren los recursos naturales dentro de los bienes de dominio privado, incluso otros señalan con desacierto que los recursos naturales no pertenecen ni al dominio público ni al dominio privado [...] (Hernández, 2018, p.11).

Como se puede apreciar, el señor Eduardo Hernández, señala que existe una ambigüedad si es que los recursos ambientales forman parte del ámbito público o privado, incluso la doctrina y legislación internacional lo han empleado como privado, asimismo, en nuestra legislación también se ha originado estas incertidumbres, pues algunos especialistas han afirmado que son de carácter privado, mientras que otros establecen que no pertenecen a ningún tipo de dominio (privado o público). En ese sentido, se recomienda abordar de manera idónea la terminología de Patrimonio de la Nación, pues el mismo sirve para identificar la naturaleza jurídica entre la relación del titular con los recursos ambientales, como lo señala el autor.

Convenio 169 de la OIT

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
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. (Organización Internacional del Trabajo, 2012, págs. 33-34)

Este instrumento internacional establece que las comunidades originarias poseen derechos sobre los recursos ambientales encontrados dentro de sus tierras, y que los estados parte tienen el compromiso de protegerlos de manera especial. Asimismo, comprende facultades sobre el uso, la gestión y preservación de estos recursos.

Por otro lado, en el supuesto de que los recursos pertenezcan al gobierno, el mismo debe determinar y sostener procedimientos con el objeto de realizar consultas a los integrantes de este grupo vulnerable, con el fin de identificar algún daño a sus intereses, estas acciones tendrán que ser empleadas antes de realizar cualquier tipo de programa de explotación o exploración de estos bienes ambientales. Igualmente, las personas que integran algún pueblo tendrán la facultad de intervenir en los beneficios que se obtenga por estas actividades, además de recibir una indemnización en caso se efectuó un daño por tales actividades.

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 26

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que han adquirido de otra forma.
3. Los estados asegurarán reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate. (Organización Internacional del Trabajo, 2012, págs. 105-106)

Como se puede apreciar en párrafo anteriormente citado, las comunidades originarias poseen la facultad sobre los territorios y recursos que ancestralmente han habitado u otra forma de uso o adquisición. En ese sentido, tienen la facultad de poseer, usar, progresar y revisar sus territorios, tierras y bienes ambientales, en conformidad a la propiedad, posesión u otra forma de adquisición.

En ese mismo orden de ideas, esta norma de jerarquía internacional obliga a los estados parte a reconocer y salvaguardar jurídicamente las tierras, territorios y bienes ambientales de estas comunidades. Este reconocimiento se entenderá en el marco de las prácticas ancestrales, las costumbres culturales y las formas de posesión de la tierra.

Artículo 27

Los estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso (Organización internacional del Trabajo, 2012, pág. 107).

Este instrumento internacional obliga a los estados parte a trabajar de manera conjunta con los pueblos para determinar e implementar un proceso igualitario, autónomo, neutral y diáfano, en donde se garantice idóneamente las prácticas ancestrales, tradiciones, leyes y formas de posesión del territorio de las comunidades originarias, con el fin de distinguir y adjudicar las facultades de este sector en relación a sus bienes ambientales y tierras, también incluye aquellos que ancestralmente han ocupado o usado de otra manera. Por tal motivo, es

necesario que los miembros de estas colectividades participen en este proceso, ya que es un derecho inherente a ellos.

Artículo 28

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente haya poseído, ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.
2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada (Organización Internacional de Trabajo, 2012, págs. 107-108).

Como se puede apreciar en apartado anteriormente citado, las comunidades originarias poseen facultades para la figura de la reparación, las cuales comprende la restitución o una indemnización de carácter justo, neutral e igualitario, por los bienes ambientales y tierras que ancestralmente han ejercido tenencia a lo largo de los años, y que hayan sido embargados, usados o vulnerados sin previo consentimiento de los pueblos indígenas.

En ese sentido, se entregará una indemnización, el cual consistirá en tierras, territorios y bienes de la misma naturaleza, capacidad y carácter jurídico

o de forma monetaria u otro tipo de modalidad, salvo que los pueblos hayan acordado voluntariamente otra cosa.

Artículo 29

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación alguna.
2. Los estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.
3. Los estados también adoptarán medidas eficaces para garantizar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos. (Organización Internacional de Trabajo, 2012, págs. 109-110)

Como se puede apreciar en el dispositivo anteriormente citado, las comunidades tienen la facultad de preservar y cuidar el medio ambiente, y también, del desarrollo económico de sus tierras, territorios o recursos. Asimismo, los estados parte tienen la obligación de implementar programas que

tengan por objeto asistir a los miembros de los pueblos indígenas, con la finalidad de salvaguardar estos bienes naturales, sin que se efectúe ninguna discriminación. En ese sentido, los gobiernos tendrán que tomar medidas idóneas para que no se depositen ni expulsen materiales de naturaleza peligrosa en las tierras de las comunidades originarias sin previo consentimiento.

Asimismo, los gobiernos implementarán medidas idóneas donde se pueda ejecutar programas de observación, sostenimiento y restauramiento de la salud de los integrantes de este grupo vulnerable afectados por materiales de naturaleza peligrosa, también serán preparados y aplicados por ellos mismos.

Constitución Política del Perú

Artículo 89

Las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas (Constitución Política del Perú, 2018, pág. 68).

Nuestra carta magna reconoce este derecho de manera sistemática en este artículo, como se puede apreciar las comunidades campesinas y nativas

son independientes en el trabajo comunal, en su organización, en la distribución de sus tierras, también respecto a lo económico y administrativo, siempre y cuando, este dentro de los estándares que establece la legislación vigente. Asimismo, la propiedad de sus tierras tiene carácter imprescriptible, excepto en el supuesto de abandono.

2.2.2.10 Derecho a la salud intercultural

El derecho a la salud intercultural pertenece a los pueblos indígenas u originarios y es estudiada por Salaverry (2010), quien afirma que:

La noción de interculturalidad es nueva en materia de salud, pero se debe mencionar que gran parte de ella no es reciente, sino que tiene un origen muy antiguo en la medicina occidental, la cual es integrar un criterio étnico en la interpretación de las enfermedades, esta figura tiene sus antecedentes en la Grecia clásica y sigue siendo aplicada, pero debido al empoderamiento de la medicina tecnológica del siglo XIX fue reemplazada. En esa línea, es necesario buscar en nuestros orígenes y hallar fundamentos para continuar un análisis que se centre en las particularidades del otro (p.11)

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, este autor señala que la interculturalidad introducida en el área de salud proviene de la medicina occidental, pues es la capacidad de integrar una característica étnica y la comprensión de las enfermedades. También se observa que esta afirmación fue recogida de Grecia y tuvo vigencia aproximadamente dos mil años, aunque fue reemplazada por la medicina tecnológica del siglo XIX. En ese mismo,

sentido, Salaverry busca que la nueva sociedad busque dentro de sus raíces para poder reiniciar nuevas ópticas basadas en el otro.

Convenio 169 de la OIT

Artículo 25

1. Los gobiernos deberán por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.
2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.
3. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los ciudadanos primarios de salud, manteniendo al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.
4. La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país. (Organización Internacional de Trabajo, 2012, pág. 25)

Este dispositivo establece que los estados parte tienen el compromiso de entregar a las comunidades servicios de salud de calidad o facilitar a dichas comunidades medidas que coadyuven a ejercer este servicio bajo su responsabilidad y observación, con el objeto de que puedan disfrutar de buena salud tanto física como mental. En ese sentido, estos servicios deberán establecerse a nivel de toda la comunidad, asimismo se planeará y administrará de manera conjunta con los integrantes de los pueblos, tomando en consideración sus condiciones culturales, sociales e intrínsecas, también sus acciones preventivas, costumbres curativas y medicinas ancestrales.

En ese mismo orden de ideas, la asistencia sanitaria se tendrá que preferir a la educación y contratación de personal sanitario de la localidad comunal y tener como núcleo a los ciudadanos primarios de salud, sosteniendo fuertes lazos con los diferentes niveles de atención de salubridad.

En esa línea, la suministración de estos servicios tendrá que ser acordada con las demás acciones de índole social, cultural y económica que se tomen dentro de la jurisdicción de un país.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 24

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital. Las personas indígenas también tienen derecho de

acceso, sin discriminación alguna, a todos los servicios sociales y de salud.

2. Las personas indígenas tienen igual derecho a disfrutar del nivel más alto posible de salud física y mental. Los estados tomarán las medidas que sean necesarias para lograr progresivamente que este derecho se haga plenamente efectivo. (Organización Internacional de Trabajo, 2012, págs. 104-105)

Este instrumento internacional faculta a los integrantes de las comunidades a usar sus propios medicamentos ancestrales y a conservar sus costumbres de salubridad, lo cual incluye la preservación de sus plantas, animales y minerales de carácter medicinal. Asimismo, también tienen derecho a acudir a los centros donde se brinde servicios sociales y de salud, sin ningún tipo de discriminación. En ese sentido, los mismos tienen derecho a gozar de salud física, como de salud mental de calidad, por lo cual, los estados implementarán medidas para ejercitar esta disposición.

Constitución Política del Perú

Artículo 7

Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, págs. 35-36)

Nuestra constitución política reconoce que todos los ciudadanos poseen derecho a la salubridad, en el contexto familiar y en la comunidad, asimismo, el estado peruano tiene la obligación de asistir a su fomento y defensa. En ese sentido, se debe interpretar de manera sistemática que los integrantes de este sector vulnerable también gozan de este derecho, y el estado está en la obligación de ejercitar este derecho, ya que todos somos peruanos, y merecemos ser tratados con igualdad.

Artículo 9

El estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

(Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, pág. 36)

Como se puede apreciar en este dispositivo, el gobierno peruano establece la política nacional de salud, y el ejecutivo tiene como función normar y controlar su implementación. Asimismo, tiene la responsabilidad de formular y dirigir de manera plural y descentralizada con el fin de proporcionar a todo el país el acceso a los servicios de salud.

2.2.2.11 Derecho a la educación intercultural y a la lengua/idioma

“Para entender la educación intercultural, es necesario mencionar los tres elementos indispensables en esta figura, los cuales son: la educación, la cultura y el aspecto “inter” que significa reciprocidad” (Ortiz, 2015, p.1019).

Sáez (2015) señala que: “La misión principal de la educación es la de favorecer a las personas a que amplíen y desarrollen todas las habilidades,

conocimientos y actitudes necesarias para desenvolverse e interactuar como individuos que viven en una misma sociedad” (p. 873).

Para Ortiz (2015) es importante indicar que: “La cultura hace referencia a todo lo que ha sido sembrado, personal y socialmente, en la “propia tierra”: costumbres, tradiciones, creencias, tan arraigadas en cada persona” (p.102).

La reciprocidad implica equidad en las condiciones en las cuales las personas se desarrollan; pretende que no se jerarquicen determinados tipos de conocimientos sobre otro saber formal/saber tradicional- y que no sean solamente los actores débiles de la sociedad quienes estén en la obligación de conocer la cultura de los actores dominantes (Walsh, 2015, p. 11-12).

Este autor señala que la reciprocidad se basa en la igualdad de condiciones que debe tener todo ser humano para su desarrollo personal, asimismo, afirma que los conocimientos tradicionales no deben ser discriminados por otros entendimientos más formales, y que los partícipes débiles no deban aprender solo la cultura de los partícipes dominantes, sino que practiquen su propias costumbres y tradiciones, en igualdad de condiciones.

Analizando estos elementos se llega a la conclusión que la definición de la educación intercultural es un enfoque educativo donde convergen el respeto y la importancia de la diversidad cultural, el cual va orientado a cada persona de la sociedad, que ofrece una variedad de mecanismos del proceso educativo con el objeto de acceder a las mismas condiciones igualitarias, a la disminución del racismo, la comunicación y aptitudes interculturales.

Otra figura importante en este apartado es el idioma u lengua, la cual está inmersa dentro de los derechos lingüísticos, que reconoce la libertad de usar la lengua materna en todas las esferas sociales como: la administración, la colectividad y la sociedad. (Seminario, Castillo & Buendía, 2020, pág. 172)

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el uso de la lengua materna debe emplearse dentro de las distintas dimensiones sociales con el fin de respetar el vocablo del hablante, ya que es un derecho inherente a todo ser humano, es decir, que los pueblos indígenas tienen el derecho de utilizar su idioma materno y originario en cada etapa de su vida.

Convenio 169 de la OIT

Artículo 26

“Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional.” (Organización Internacional de Trabajo, 2012, pág. 52)

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, los estados parte tendrán que implementar acciones que coadyuven a garantizar a los integrantes de las comunidades originarias la opción de acceder a una educación de calidad, la cual será aplicada en todos los niveles, y en igualdad con toda la ciudadanía.

Artículo 27

1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con estos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.
 2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar.
 3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.
- (Organización Internacional de Trabajo, 2012, págs. 52-54)

Este instrumento internacional señala que los planes y prestaciones de educación brindados a los pueblos originarios tendrá que elaborarse y ejecutarse de manera conjunta con los miembros de esta comunidad con el fin de garantizar sus necesidades, asimismo, se abordará sus memorias, sus estudios y prácticas, sus ideologías sobre los valores y los diferentes deseos de índole social, cultural y económico. En ese sentido, el mandante correspondiente tendrá que garantizar la intervención de estos pueblos en las etapas de planteamiento y ejecución de

planes educativos, con la finalidad de concientizar de manera sostenible a las comunidades sobre la efectividad de estos programas, cuando sea necesario.

Al respecto, los estados parte tienen el compromiso de aceptar los derechos de las comunidades a impulsar sus propios organismos y medios de educación, siempre y cuando, dichos organismos cumplan con los estándares jurídicos mínimos que señale el mandante correspondiente en consulta. Asimismo, se tendrá que proporcionar los recursos necesarios para cumplir con esta finalidad.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 14

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje.
2. Las personas indígenas, en particular los niños indígenas, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación.
3. Los estados adoptarán medidas eficaces, junto con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma. (Organización Internacional de Trabajo, 2012, pág. 96)

Las comunidades tienen la facultad de fundar y controlar sus propios organismos y sistemas docentes que implementen la educación en sus propias lenguas originarias, en el marco con sus recursos ancestrales de educación e instrucción. En ese sentido, los miembros de una comunidad, especialmente los niños, tienen el derecho a acceder a una educación de calidad en los diferentes niveles del gobierno sin ninguna discriminación.

En esa misma línea, los gobiernos tendrán que tomar medidas idóneas, las cuales serán trabajadas de manera conjunta con las comunidades, para que los miembros de dichos pueblos, especialmente los niños, incluso los infantes indígenas que se encuentran fuera de dichos territorios, tengan la posibilidad de acceder, cuando sea necesario, a la educación en su propia ideología ancestral e idioma nativo.

Artículo 15

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación pública y los medios de información públicos.
2. Los estados adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad. (Organización Internacional de Trabajo, 2012, pág. 97)

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, las comunidades originarias tienen la facultad de que su educación y sus canales de información de índole pública se reflejen las diferentes historias, culturas, prácticas y deseos ancestrales. En ese sentido, los gobiernos implementarán medidas idóneas, las cuales serán trabajadas de manera conjunta con las comunidades, con el fin de disminuir los prejuicios y erradicar la discriminación, asimismo se busca fomentar y fortalecer vínculos de buenas prácticas entre los miembros de dichos pueblos y otros sectores de la sociedad.

Constitución Política del Perú

Artículo 13

La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, pág. 37).

Como se puede apreciar en el dispositivo anteriormente citado, la educación tiene que ser implementada con el objeto de impulsar la capacidad total de la persona humana, asimismo, el gobierno peruano tiene la obligación de reconocer la libertad de cátedra. En ese sentido, los progenitores de una parentela tienen el compromiso de enseñar a sus hijos y la facultad de elegir en que sitios educativos van a inscribirlos.

Artículo 14

La educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad.

Es deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico del país.

La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil y militar. La educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de las conciencias.

La enseñanza se imparte, en todos sus niveles, con sujeción a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa.

Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, pág. 37)

Como se puede apreciar en el dispositivo anteriormente citado, la educación fomenta la enseñanza, el conocimiento y la costumbre de las siguientes materias: humanidades, artes, educación física, deporte, técnica y la ciencia. Asimismo, el estado tiene el compromiso de impulsar el desarrollo del país, ya sea científico y/o tecnológico. En ese sentido, la enseñanza sobre la ética, la constitución y los derechos humanos son obligatorios en toda la etapa

educativa militar y civil, también la enseñanza de la religión se transmite con miras a garantizar la libertad de conciencia.

La educación se enseña en sus diferentes niveles y formas, de conformidad con los principios constitucionales y objetivos señalados por los centros educativos. En ese mismo orden de ideas, los instrumentos de comunicación de índole social tienen que coordinar con los gobiernos respecto a la educación y formación de origen cultural.

Artículo 17

La educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias. En las instituciones del Estado, la educación es gratuita. En las universidades públicas el estado garantiza el derecho a educarse gratuitamente a los alumnos que mantengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de educación.

Con el fin de garantizar la mayor pluralidad de la oferta educativa, y en favor de quienes no puedan sufragar su educación, la ley fija el modo de subvencionar la educación privada en cualquiera de sus modalidades, incluyendo la comunal y la cooperativa.

El estado promueve la creación de centros de educación donde la población los requiera.

El estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo, fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la

integración nacional. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, págs. 38-39)

Nuestra carta magna reconoce la educación en todos sus niveles, ya sea inicial, primaria y secundaria, asimismo, el estado peruano se compromete a que las mismas sean obligatorias y gratuitas en todas sus instituciones que brindan este servicio. En esa misma línea, el gobierno nacional garantiza que las universidades públicas también, sean gratuitas, siempre y cuando, los alumnos tengan un rendimiento satisfactorio, además de no tener los medios económicos para poder pagar los costos de la misma.

Estas disposiciones tienen por finalidad implementar una mayor oferta del sector educación, por otro lado, para las personas que no puedan cubrir económicamente su educación, en este supuesto la legislación aplicará una medida para garantizar la educación privada. Asimismo, el gobierno peruano tiene la obligación de impulsar la creación de instituciones educativas donde las comunidades lo necesiten.

En esa misma línea, el gobierno asegura el combate contra el analfabetismo y promueve la educación cultural-bilingüe, las cuales serán identificadas por las particularidades de cada zona, también se preservará las diferentes manifestaciones de índole cultural y lingüístico del Perú, lo que ayudará a la integración del país.

Artículo 48

“Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás

lenguas aborígenes, según la ley.” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, pág. 52)

El presente artículo establece que el idioma castellano es oficial, y también en los lugares en donde sean predominantes el quechua, el aimara y las otras lenguas originarias reconocidas en nuestra legislación vigente.

Derecho colectivo	Derecho Internacional de los Derechos Humanos		Derecho interno
	Convenio 169	Declaración de NN.UU. sobre los Derechos de los PP. II.	Constitución Política del Estado de 1993
<i>Derecho a la libre autodeterminación o autonomía</i>	Art. 7	Arts. 3, 4, 5 y 33	Art. 89
<i>Derecho a la identidad cultural</i>	Art. 5	Arts. 9, 11, 12 y 13	Arts. 2.19 y 89
<i>Derecho a la participación</i>	Arts. 2, 6.1.b y c, 7, 15, 22 y 23	Arts. 18, 23 y 36	Arts. 2.17, 31, 191 y 197
<i>Derecho a la consulta</i>	Arts. 6.1.a, 6.2 y 15.2	Arts. 17.2, 19, 36 y 38	Art. 2.17
<i>Derecho a decidir/elegir sus prioridades de desarrollo</i>	Art. 7	Art. 23	Art. 89
<i>Derecho a conservar sus costumbres e instituciones</i>	Arts. 4, 5, 6 y 8	Arts. 5, 20 y 33	Art. 139.8
<i>Derecho a la jurisdicción especial</i>	Art. 9	Art. 35	Arts. 149 y 139.8
<i>Derecho a la tierra y al territorio</i>	Arts. 13, 14, 17 y 18	Arts. 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 y 32	Arts. 88 y 89
<i>Derecho a los recursos naturales</i>	Art. 15	Arts. 26, 27, 28 y 29	Art. 89
<i>Derecho a la salud intercultural</i>	Art. 25	Art. 24	Arts. 7 y 9
<i>Derecho a la educación intercultural y a la lengua/idioma</i>	Arts. 26 y 27	Arts. 14 y 15	Arts. 13, 14, 17 y 48

Fuente: Ministerio de Cultura

Consulta Previa

2.2.3.1 Concepto

Según el Ministerio de Cultura la consulta previa es una: “conversación entre estado y comunidades originarias, que busca llegar a un consenso respecto a normas administrativas o legislativas que puedan afectar directamente sus derechos. Asimismo, cuando se llegue a un consenso, se volverá de obligatorio cumplimiento para ambas partes” (p.5). En ese sentido, Valdivia (2017) señala que: “este proceso deberá ser implementado por el Estado, exactamente por la institución estatal que decida emitir alguna medida” (p.80).

Es un derecho consuetudinario reconocido al nivel internacional en el Convenio 169 OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas. Asimismo, también ha sido regulado de manera expresa en el Perú por la Ley de Consulta Previa (Ley N° 29785), su reglamento aprobado por el Decreto Supremo N°001-2012-MC y los fallos del Tribunal Constitucional. También es necesario mencionar que las normas nacionales sobre esta materia deben implementarse en el marco de los instrumentos internacionales ya mencionados, las cuales son de obligatorio cumplimiento para el Estado.⁷

En ese sentido, la institución Derecho, Ambiente y Recursos Naturales-DAR (2013) señala que:

Esta medida se aplica cuando el estado adopta alguna medida legislativa o administrativa que afecte a las comunidades de manera directa, es decir que vulnere sus derechos

⁷ El Perú fue el primer país en toda Latinoamérica en legislar la consulta previa.

consuetudinarios o estilo de vida. El objetivo de este proceso es el consenso o lograr el consentimiento. Asimismo, se consulta a las comunidades originarias y tribales, y el encargado de hacerlo es el Estado a través de la institución pública que propone las acciones, por otro lado, el sector empresarial en ningún caso debe dirigir este proceso, ya que solo negocian con los pueblos originarios respecto a las actividades a realizar. Otro punto importante es que este grupo en especial protección son consultados mediante sus organizaciones representativas (p.5).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el proceso de consulta previa se implementa en el caso que exista una medida (legal o administrativa) del estado que afecte de manera directa los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Asimismo, se menciona que la misma tiene por finalidad llegar a un acuerdo. En ese sentido, este proceso se aplica solo a las comunidades originarias y el responsable en aplicarlo es el Estado, no el sector empresarial como en muchas ocasiones lo ha realizado. Por otro lado, este sector participa a través sus organismos propios.

En Perú, como en Colombia, aún falta la sincronía entre lo estipulado en la ley y lo llevado a cabo en la práctica. Persiste el debate entre la defensa de los pueblos indígenas frente al crecimiento económico; en consecuencia, es indispensable la adecuada participación de todos los actores involucrados: gobierno, empresas e indígenas, para así llegar a acuerdos en donde se generen beneficios recíprocos y desarrollo sostenible, sin

que ninguno sea violentado o ignorado. (Humanos C. N., 2016, pág. 20)

Existe un dilema en aplicar un derecho en defensa de los pueblos indígenas u originarios o un dispositivo en favor del crecimiento económico, ya que, al tomar posición por algún derecho de los mismos, se vulnera un derecho constitucional, ya sea la consulta previa⁸ (ratificada a través del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo) o la inversión privada⁹, por lo cual, el Estado deberá tomar una decisión usando el criterio de proporcionalidad, para obtener un resultado equitativo y justo.

Es importante señalar que el Ministerio de Cultura (2021) a través de la Carta N°000001-2021-DCP/MC afirma lo siguiente:

A partir de la información brindada por las entidades promotoras se tiene que el Estado peruano ha implementado 62 procesos de consulta previa según el siguiente detalle: 3 proyectos de infraestructura (fluvial 1 y vías 2), 3 proyectos de generación eléctrica, 10 áreas naturales protegidas, 28 proyectos en minería, 11 lotes de hidrocarburos, 5 medidas nacionales (3 Reglamentos, 1 Plan, 1 Política) y 2 patrimonio cultural de la nación (Paisaje Cultural), en lo que el Estado ha consultado a 937 localidades de 28 pueblos indígenas u originarios. Estos procesos abarcan 107 distritos. 44 provincias de los siguientes 14 departamentos del país: Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cusco, Huancavelica,

⁸Artículo 55 de la Constitución Política del Perú.

⁹Artículo 58 de la Constitución Política del Perú.

Huánuco, Junín, Lima, Loreto, Madre de Dios, Pasco, Puno y Ucayali (p.5).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el Ministerio de Cultura ha señalado que las entidades promotoras han identificado un total de 62 procesos de consulta previa, las cuales comprende: proyectos de generación eléctrica, proyectos de infraestructura, áreas naturales protegidas, proyectos en minería, hidrocarburos, medidas nacionales y patrimonio cultural. Asimismo, se observa que se ha consultado a 28 comunidades originarias, las cuales se suscitaron en: Lima, Loreto, Ancash, Apurímac, Arequipa, Ucayali, Madre de Dios, entre otros. También se visualiza que el tema más consultado pertenece a los proyectos mineros, lo cual nos ayuda a identificar un punto de focalización para el gobierno peruano que debe adoptar mecanismos para garantizar el derecho a la consulta y el consentimiento.

En ese sentido, esta institución también menciona que entidades realizan los procesos de consulta, los cuales comprende:

Las entidades que han realizado procesos de consulta previa (13 entidades públicas) son las siguientes: Ministerio de Energía y Minas, Ministerio de Educación, Ministerio de Cultura, Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Ministerio del Ambiente, SERNANP, Instituto Nacional de Salud (CENSI), SERFOR, Gobierno Regional de Loreto, Gobierno Regional de Cusco, Gobierno Regional de Ucayali, Municipalidad Distrital de Manseriche y Municipalidad Distrital de Nueva Requena (p.5-6)

El Ministerio de Cultura ha identificado 13 instituciones de índole público que realizan consulta, los cuales comprende: Ministerio de Energía y Ministerio de Transporte y Comunicaciones, Ministerio del Ambiente, Ministerio de Educación, Gobierno Regional de Loreto, entre otros.

En ese sentido, la institución pública señala lo siguiente:

A partir de la información remitida por las entidades promotoras se tiene que se han implementado 62 procesos de consulta, a la fecha, de los cuales 18 procesos concluyeron en la etapa de evaluación interna en tanto, en aplicación del artículo 19.4 del Reglamento de la Ley N°29785, los pueblos consultados manifestaron estar de acuerdo con la medida; 2 procesos concluyeron en la etapa de evaluación interna en aplicación del artículo 21 del Reglamento de la Ley N°29785; 41 procesos llegaron a etapa de diálogo con acuerdos y 1 concluyó en la etapa de diálogo sin acuerdo (Ministerio de Cultura, 2021, p.6)

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el Ministerio de Cultura afirma que se han realizado 62 procesos de consulta, de las cuales se puede observar que la mayoría de ellas obtuvieron el consenso de las comunidades campesinas y nativas. Asimismo, 18 de ellas terminaron en la fase de evaluación interna respecto al artículo 19 inc.4 del reglamento de consulta, 2 finalizaron en la misma fase respecto al art.21 del Decreto Supremo N°001-2012-MC, 41 arribaron en la etapa de diálogo con acuerdos, pero se observa que solo uno concluyó sin el consentimiento de los pueblos indígenas u originarios, lo cual es importante identificar para esta presente investigación.

En ese sentido, el Ministerio de Cultura (2021) señala lo siguiente:

A partir de la información brindada por las entidades promotoras, se tiene que en el caso de la propuesta de Resolución Directoral que autoriza el inicio de las actividades mineras del proyecto de exploración minera Apumayo, no se llegó a acuerdos. En ese sentido, y teniendo en cuenta que conforme al artículo 15 de la Ley N°29785, la etapa de decisión corresponde a la entidad promotora de la medida, corresponde al Ministerio de Energía y Minas brindar la información solicitada (p.8).

El caso Apumayo fue el único hasta la fecha donde no se obtuvo el consentimiento de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta previa en el Perú, según lo señala el Ministerio de Cultura. Asimismo, se menciona que el mismo fue implementado por el Ministerio de Energía y Minas, quien es el encargado de dar respuesta a las interrogantes de la aprobación de dichas actividades mineras. En ese sentido, también se puede apreciar que la entidad promotora según el artículo 15 de la ley de consulta es competente para tomar esta decisión.

En ese sentido, el Ministerio de Energía y Minas-MINEM (2016) en su portal web bajo el expediente N°2598956 citado por el Informe N°812-2016-MEM, señala lo siguiente:

La identificación de la medida a consulta es de naturaleza administrativa que solicita la autorización de inicio de actividades de explotación minera del Proyecto de Explotación minero Apumayo (Modificación del Plan de Minado Apumayo-Tajo

Ayahuanca solicitada por la empresa Apumayo S.A.C y las partes del proceso son: MINEM, la comunidad de Para y la comunidad de Sancos. Este proceso de consulta cumplió con la mayoría de sus fases (identificación de la medida, identificación del pueblo indígena, publicidad, información y decisión), pero es necesario advertir que no se desarrolló la etapa del diálogo intercultural. Asimismo, la comunidad campesina de PARA, solicitó el desistimiento en la participación del proceso de consulta de los proyectos de exploración y explotación minera Apumayo, ya que señalaron que no son pueblos indígenas u originarios y que consultarán la posibilidad de desistirse del proceso de consulta. En ese sentido, se concluye que el proceso de consulta previa ha sido implementado respetando, reconociendo y valorando las expresiones culturales de ambas comunidades en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo, llevándose a cabo en un plazo razonable y en base a los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, ausencia de coacción o condicionamiento y debido proceso. Por otro lado, la Comunidad campesina de SANCOS sí estuvo de acuerdo con la medida administrativa de iniciar actividades de explotación minera y en caso de incumplimiento OEFA y OSINERGMIN deben sancionar con el fin de respetar el cuidado del medio ambiente (p.10)

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, este caso versó sobre la autorización que solicitó la empresa Apumayo S.A.C, el cual fue iniciar las actividades mineras de este proyecto. El tema relevante a analizar es

la comunidad de PARA, ya que solicitar desvincularse del proceso de consulta, ya que consideraban que no pertenecían a un pueblo originario, lo cual trae mucha incertidumbre, pues se puede presumir que su deseo era no participar en este proceso por motivos intrínsecos que no fueron aclarados. Asimismo, se observa que no se desarrolla la fase del diálogo cultural, pues el MINEM no lo consideró necesario, esta decisión a criterio personal, vulnera los derechos colectivos de las comunidades, ya que no se efectiviza la conversación entre el estado y este sector vulnerable, llegando a afectar la participación, consulta y consentimiento de los pueblos aborígenes.

A pesar de no haberse desarrollado la etapa de diálogo, el MINEM afirma que se respetó los principios de consulta y que se actuó en conformidad al reconocimiento de sus costumbres y tradiciones. Además, que se cumplió con el plazo razonable lo que permitió a los pueblos étnicos a reflexionar sobre la medida administrativa a consultar.

Por otro lado, también se menciona que en caso se suscite algún incumplimiento los responsables de realizar la fiscalización respectiva son OEFA y OSINERGMIN.

2.2.3.2 Principios

2.2.3.2.1 Pro homine o favor libertatis

Este principio según la Defensoría del Pueblo (2017) consiste en: “preferir la norma que sea más favorable al ser humano, la cual, aplicado a la consulta, se debe entender que primero debe preferirse la disposición que cuide y respete los derechos originarios de las comunidades originarias consultadas” (p.26).

2.2.3.2.2 Buena fe

“Debe haber buena disposición, un diálogo equitativo, imparcial, con igualdad de oportunidades de poder influir en la decisión final, y con reconocimiento del otro como interlocutor válido, legítimo y en igualdad de condiciones” (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016, pág. 11).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, este principio consiste en obrar de una manera correcta, que exista en diálogo armonioso en cada etapa del proceso de consulta, y también debe existir un respeto al otro como persona interlocutora en el marco de la equidad de caracteres.

2.2.3.2.3 Previo

El carácter previo de la consulta significa que esta debe hacerse con suficiente antelación para que los pueblos puedan tomar una decisión informada. Además, el tiempo de antelación debe definirse considerando las necesidades de la institucionalidad indígena y no solamente aquel que el Estado considere adecuado. (Bregaglio, Olivera & Ocampo, 2012, pág.49)

Como se menciona anteriormente la consulta debe tener un carácter previo, es decir, que tendrá que realizarse con anticipación con el objeto de que las comunidades originarias tengan la posibilidad de decidir de manera informada. Este tiempo de anticipación se realizará dentro de los intereses de las instituciones indígenas y no meramente del Estado.

2.2.3.2.4 Flexible

Este principio consiste en que la consulta deberá ser llevada teniendo en cuenta las particularidades especiales de las

comunidades originarias. La flexibilidad no significa relajar la obligación del Estado de consultar sino la metodología del caso por caso. Esta característica debe ser entendida que la exigencia de su implementación tendrá en cuenta los hechos de cada caso y no tanto la reducción de la obligación del Estado (Ruiz, 2012, pag.128).

Según el autor la consulta previa debe contar con el carácter flexible, puesto que se toma en cuenta las particularidades de cada comunidad, asimismo se aplica en conformidad del mecanismo del caso por caso, lo cual quiere decir, que la consulta se implementará teniendo en consideración los hechos de cada caso en cuestión y la diversidad de las comunidades originarias.

2.2.3.2.5 Culturalmente adecuada

Este principio según la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2016) consiste en: “tener presente las particularidades de las comunidades, costumbres, valores y modos de gobierno. Esta se realiza mediante asambleas y a través de cada institución representativa de estos pueblos. También es necesario fomentar el diálogo pluricultural entre las partes (p.11).

2.2.3.2.6 Transparente

Busca garantizar que los participantes de la consulta previa accedan y transmitan información veraz, completa y actualizada. Este principio orienta a la entidad responsable a poner en conocimiento los pro y los contras de la medida a consultar, permitiendo a la población con derecho a ser consultada asumir

una posición objetiva y consciente frente a dicha medida (Defensoría del Pueblo,2017, pág. 27).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el principio de transparencia tiene por objeto brindar una información íntegra, actual y verídica a los intervinientes de la consulta. Esta característica de la consulta sitúa a la institución responsable a comunicar las consecuencias de la medida a implementar, ya sea buena o mala, logrando así que la población pueda ejercer el derecho a consultar desde un punto de vista formal y objetivo.

2.2.3.2.7 Razonable y proporcional

La razonabilidad en el derecho supone “analizar si las soluciones a los conflictos de relevancia jurídica son o no razonables, o sea, si las razones que hay detrás de aquellas son o no ajustadas a la razón, y no producto de meras apreciaciones subjetivas reactivas a sentimiento, impresiones o gustos personales” (Martínez y Zúñiga, 2011, pag.200).

El principio de razonabilidad confirma que la consulta previa debe ser empleada de acuerdo a la razón, y no a meras valoraciones de índole subjetivo (afectaciones, sensaciones y afinidades personales), en otras palabras, debe ser aplicada de manera imparcial y sin intereses particulares.

Si bien existe una relación entre el principio de razonabilidad y el de proporcionalidad, formalmente no son lo mismo y la propia Corte Suprema de Chile hace distinción en este caso. Como bien apuntan Arnold, Martínez y Zúñiga, “la razonabilidad abarca la

proporcionalidad, siendo esta una consecuencia o manifestación de ella” (Carrasco, 2013, p.3)

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la razonabilidad y la proporcionalidad son principios que tienen una conexión, pero no son lo mismo, pues se señala que la razonabilidad comprende la proporcionalidad, es decir, que la misma es el resultado o expresión de ella.

2.2.3.2.8 Informado

“Implica que la información suministrada debe abarcar un conjunto de aspectos relacionados directamente a la medida que se desea implementar” (Alva, 2010, pág. 5).

Este principio reviste a la consulta de brindar una información idónea respecto a la medida que se desea aplicar de manera directa dentro de los territorios de los pueblos originarios, ya sea de índole legislativa o administrativa.

2.2.3.2.9 Libre, y sin coacción o condicionamiento

Busca garantizar que la población consultada participe de la consulta por voluntad y en función de sus intereses. Dispone que su participación debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno. Conforme a este principio quedan poscritos actos o actitudes que tengan por finalidad alterar o viciar la voluntad colectiva de la población con derecho a ser consultada (Defensoría de Pueblo, 2017, pag.27).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, este principio tiene por objeto buscar que los pueblos indígenas u originarios puedan intervenir en la consulta por su propia voluntad y según sus propias prioridades. Asimismo,

esta participación debe ser empleada sin ninguna coerción o ni delimitación. En ese sentido, se expulsará de este proceso cualquier acto o actitud que posea un vicio de la voluntad o que la altere, logrando así el respeto de los derechos colectivos de las comunidades originarias.

2.2.3.2.10 Progresividad y no regresividad

Busca asegurar los avances legislativos en la protección del derecho a la consulta, tanto nacional como internacionalmente, al limitar la adopción de medidas que supongan un retroceso frente a la protección alcanzada. Asimismo, este principio restringe que durante la consulta previa se adopten acuerdos que incluyan medidas que generen un estado de cosas o una situación que sea más perjudicial para la población con derecho a ser consultada (Defensoría del Pueblo, 2017, pág. 27-28).

Este principio tiene por objeto aprovechar los progresos legislativos en función de salvaguardar la naturaleza del derecho a la consulta, ya sea de índole nacional o internacional. En ese sentido, cuando se limita la admisión de medidas trae como presupuesto una regresión a los avances alcanzados. Asimismo, esta característica limita al proceso de consulta respecto a los acuerdos adoptados que incorporen acciones que causen un estado de cosas o alguna disposición que vulnere a la población étnica.

2.2.3.3 Etapas

2.2.3.3.1 Identificación de la medida a consultar

La entidad promotora identifica la propuesta de medida administrativa o legislativa que podría afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.

El Ministerio de Cultura (2014) señala que esta etapa consiste en: “identificar la medida que podría afectar de manera directa los derechos consuetudinarios de las comunidades. Aprobado esta etapa se dará paso a la consulta propiamente dicha. Esta etapa está dirigida por la entidad promotora y no posee en plazo determinado” (p.17).

2.2.3.3.2 Identificación de los pueblos indígenas u originarios

El Ministerio de Cultura (2014) señala que esta etapa consiste en: “determinar al sujeto de este derecho. Este sujeto de derecho a la consulta tendrá que obedecer a ciertos criterios como: ser un colectivo, formar parte o ser un pueblo indígena u originario y estar en el ámbito de la medida” (p.17-18).

2.2.3.3.3 Publicidad

El Ministerio de Cultura (2015) en la etapa de Publicidad señala que: “deben entregarse la propuesta de la medida a consultar y el plan de consulta a las instituciones originarias. Asimismo, se publicarán en la página web de la institución promotora. También, se computa el plazo de inicio de este proceso” (ps.34-36).

2.2.3.3.4 Información

Según el Ministerio la etapa de Información consiste en: “que las entidades promotoras tienen la obligación de informar a las comunidades

originarias sobre la medida a consultar. Cuando se les informa a estos pueblos, se realizará a través de folletos, afiches, videos, programas radiales, talleres y otros medios” (p.16).

2.2.3.3.5 Evaluación interna

En esta etapa según las autoras Rebaza, Uchuypuma y Nicolás (2019) se debe dar lo siguiente: “plazo razonable para evaluar los efectos de la medida, apoyo logístico a las comunidades para analizar si afecta sus derechos y los representantes entregarán a la entidad promotora una constancia de los consensos o propondrán lo que se debe consultar (p.222).

2.2.3.3.6 Diálogo

Los representantes de los pueblos indígenas u originarios y los representantes de la entidad promotora se reúnen y dialogan con la finalidad de llegar a acuerdos. Esta etapa debe durar un máximo de 30 días calendario, según el Reglamento de la Ley de Consulta Previa. El resultado de esta fase es un acta donde se registran los acuerdos y los desacuerdos parciales o totales. La entidad promotora y los pueblos indígenas u originarios están obligados a cumplir los acuerdos (Ministerio de Cultura,2015, pág.54).

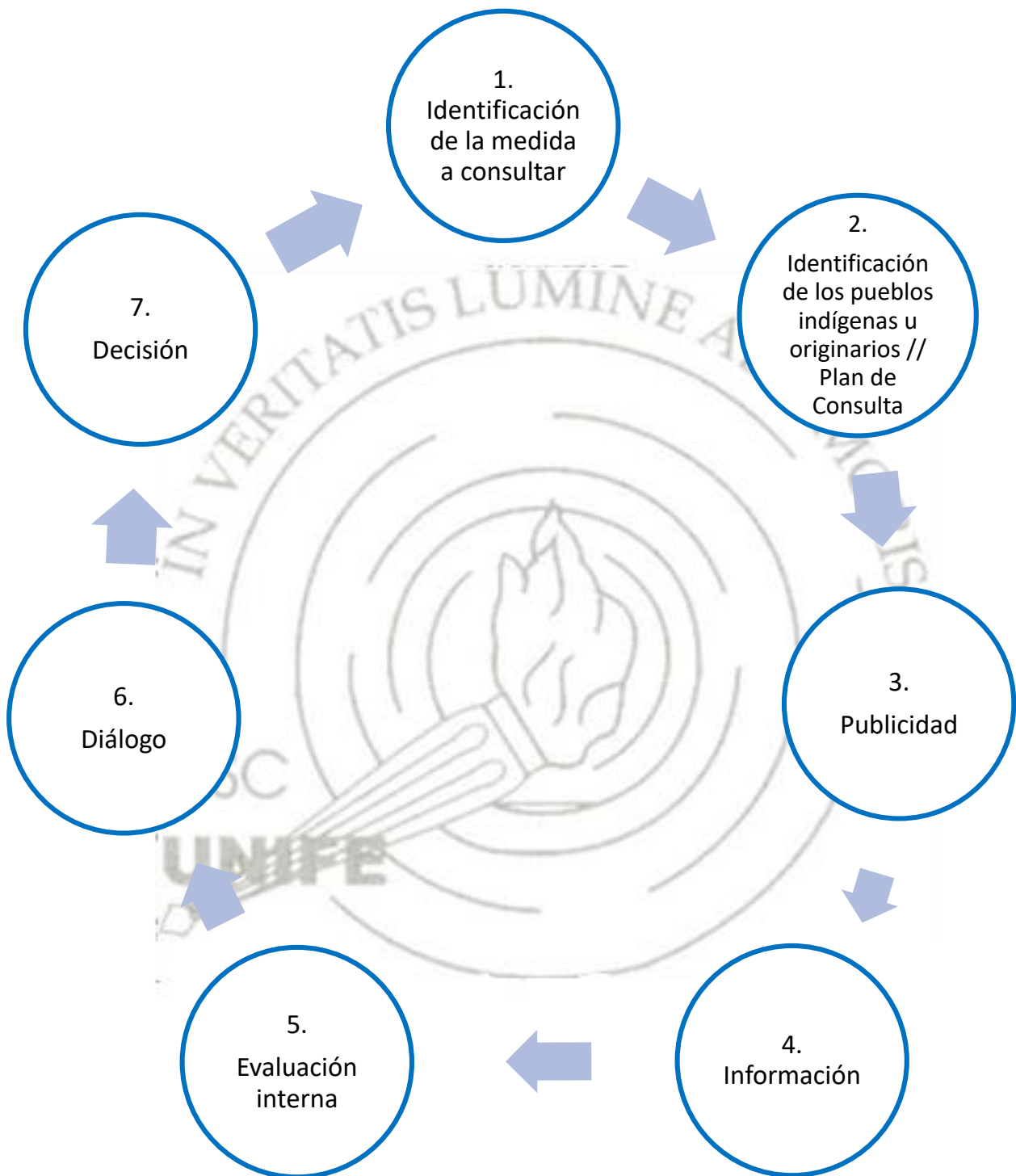
Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la etapa de diálogo consiste en la reunión de los representantes de las comunidades originarias y los representantes del estado y que ambas partes puedan arribar a un acuerdo. La misma tiene una duración de 30 días calendario según la norma sobre la materia. Después de las acciones correspondientes se dispondrá a registrarse un acta donde estarán los acuerdos y desacuerdos, también es

necesario mencionar, que en esta fase se exigirá el cumplimiento obligatorio de ambas partes.

2.2.3.3.7 Decisión

Es de obligatorio cumplimiento el acuerdo que deriva del estado y los pueblos indígenas u originarios, pues es el resultado del proceso de consulta. Asimismo, esta decisión debe estar motivada de manera idónea, ya que se analiza la postura y cambios planteados por las comunidades. Por último, la entidad estatal promotora es la responsable de la última decisión a implementar sobre la medida legal o administrativa (Rebaza, Uchuypuma & Nicolás, 2019, pág.222).

Según lo citado anteriormente, se puede llegar a la conclusión que la etapa de decisión consiste en la aprobación de la medida a consultar, la cual compete a los agentes del estado. Esta decisión tendrá que ser motivada de manera idónea y tendrá que ser examinada según los parámetros establecidos por los miembros de las comunidades originarias. Este resultado es de obligatorio cumplimiento para ambas partes.



Fuente: Ministerio de Cultura

2.2.4 Derecho al consentimiento

Es necesario mencionar que este derecho fue mencionado incluso antes de la publicación del Convenio 169 de la OIT, ya que fue nombrada en la Conferencia Internacional del Trabajo (1989), el cual establece que:

Cuando se propuso “recabar el consentimiento”, hubo varios participantes que señalaron que el mismo otorgaba un derecho a veto, lo que, por supuesto no era la finalidad de esta Oficina, pues se tenía como objetivo que los gobiernos deberían trabajar en obtener el acuerdo de las comunidades originarias y tribales en algunos casos. Pero aun haciendo hincapié en esta afirmación no se logró aceptar. (p.5).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el consentimiento fue un tema que se planteó para ser reconocido en la norma internacional que promueve los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas y tribales, pero algunos países no aceptaban este pronunciamiento, aún a pesar que la Conferencia Internacional de Trabajo afirmó que no se trataba de un derecho a veto, es decir, muchos países parte de esta institución no estaban de acuerdo con la aplicación de este dispositivo dentro de sus jurisdicciones, ya que darles vinculatoriedad a este precepto, significaría dejar sin efecto muchas acciones del Estado en favor de las empresas, dejando así muchas pérdidas financieras.

Aunque también es necesario mencionar que la Conferencia Internacional de Trabajo (1989) mencionó los argumentos que se dan para no aplicarse este derecho, los cuales son:

La Oficina faculta a los gobiernos a implementar la acción correspondiente en caso no se logre el consentimiento, siempre y cuando, se haya realizado un esfuerzo por obtenerlo, por lo cual, no debería existir ninguna preocupación. Pero se debe afirmar que señalaron dos argumentos en contra de este precepto, los cuales son: la creación de un Estado dentro de otro estado, y que se crearía derechos especiales para este sector, lo que conllevaría a una discriminación (p.5-6).

En ese sentido, la Conferencia Internacional del Trabajo decide mencionar dos argumentos que dan los estados para no abordar de manera significativa este derecho, las cuales comprende: primero, la formación de un estado dentro de otro estado; la segunda, se crearía derechos especiales para esta población, lo cual traería como consecuencia la discriminación para estas comunidades. Pero la Oficina declara que la exigencia de este derecho no acredita los temas mencionados anteriormente, sino que los gobiernos preservan cualquier acción posible en caso no puedan obtener el consentimiento.

Naciones Unidas (2005) señala que el principio del consentimiento libre, previo e informado se basaba en un enfoque de desarrollo en el marco de los derechos humanos. Asimismo, se afirmó que “del mismo se derivan dos proyectos, la primera, vinculado directamente a las comunidades originarias y segundo, afectación a este grupo mas no eran destinados directamente a este sector” (p.5).

Es importante señalar que en el estado peruano se reconoce dos supuestos del consentimiento, los cuales serán estudiados con posterioridad,

pero es relevante indicar que estas premisas no han sido implementadas hasta la fecha, según el Ministerio de Cultural (2021) en la Carta N° 000001-2021-DGP/MC, el cual está determinado de la siguiente manera:

A partir de la información remitida por las entidades promotoras, a la fecha, se han implementado 62 procesos de consulta. En relación a la pregunta efectuada, cabe señalar que no se cuenta con información sobre la aplicación de los supuestos de consentimiento previstos en la Séptima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley de Consulta (p.9).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el Ministerio de Cultura no dispone de información sobre la implementación de los dos supuestos reconocidos en la Séptima Disposición Complementaria del Reglamento de Consulta. En otras palabras, hasta la fecha no han aplicado estas premisas en el proceso de consulta, lo cual ocasiona interrogantes y vacíos en su aplicación y procedimiento.

2.2.4.1 Concepto

Este derecho según Naciones Unidas (2013) comprende: “más que una mera consulta, es decir, cada estado tiene el compromiso de buscar el consentimiento como objetivo de la consulta antes de ejecutar o implementar alguna medida de índole administrativa o legislativa” (p.29)

Por otro lado, este derecho según Yrigoyen (2011) tiene lo siguiente: “un carácter propio que establece una condición adicional a diferencia de la consulta y la participación, con el objeto que los estados puedan escoger la mejor decisión

para las comunidades, en caso afecte sus preceptos o vulnere su existencia” (p.16).

Naciones Unidas (2005) en el párrafo 16 anuncia lo siguiente:

Refiriéndose a la cuestión de si el consentimiento libre, previo e informado era un derecho autónomo, algunos participantes observaron que podía tratarse de un derecho de procedimiento con respecto al fenómeno del ejercicio o aplicación del derecho a la libre determinación, los tratados y otros derechos humanos (p.5).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado Naciones Unidas realiza un análisis sobre esta figura en el año 2005, ya que había problemas con su aplicación, en donde afirma que podría tratarse de un derecho de procedimiento y en virtud de ello, promueve el derecho a la autodeterminación, los instrumentos internacionales y los derechos humanos.

Según los autores Bregalio, Ocampo y Olivera (2012) es necesario advertir que: “el sistema internacional establece tres supuestos en donde se exige el consentimiento de manera obligatoria, los cuales son: desplazamiento forzoso, almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos, ejecución de planes a gran escala” (p.58).

Además, los pueblos indígenas que perdieron involuntariamente la posesión de sus territorios, cuando éstos fueron confiscados, tomados, ocupados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado tienen derecho a la restitución de los mismos o a una indemnización adecuada, que pueden consistir en tierras de igual extensión y calidad o en una compensación justa y equitativa

(artículo 28). Asimismo, los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de los que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado (artículo 11) (Naciones Unidas, 2013, pág. 29).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, existen otros supuestos en donde se menciona el consentimiento, los cuales son: pérdida involuntaria de posesión y privación de bienes culturales. La configuración de estos supuestos tiene como efecto el derecho a la restitución o la indemnización, es decir, que los estados parte tienen el compromiso de cumplir con estas disposiciones o de lo contrario tendrán que responder con reponer o compensar a los pueblos indígenas u originarios por los daños ocasionados a sus bienes y territorios.

El consentimiento tiene dos esferas, las cuales son: finalidad y requisito. El primero conlleva a las medidas que toma el estado para implementar el proceso de consulta en el marco de lograr el consentimiento, pero se debe señalar que en esta premisa así se aplicara de buena fe, muchas veces no se logra con dicha finalidad; a diferencia del segundo, el cual exige de manera obligatoria el acuerdo de los pueblos indígenas u originarios, los cuales están regulados en normas y que ponen en peligro los derechos colectivos de este sector vulnerable (Consejo de Administración de la OIT, 2004).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, este derecho abarca dos vertientes uno como finalidad y el otro como requisito. La primera se refiere a la finalidad de la consulta propiamente dicha, es decir, en todo procedimiento de consulta se busca obtener un consentimiento o consenso con las comunidades originarias, siempre y cuando, las acciones implementadas en el proceso se hayan realizado de buena fe; pero según la Organización Internacional del Trabajo, en caso no se llegará a configurar este fin, el proceso seguirá siendo válido, y el gobierno tendrá la potestad de ejecutar una decisión.

A diferencia del consentimiento como requisito, pues la misma afirma ciertos supuestos regulados por la normatividad internacional, los cuales involucra vulneraciones a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas u originarios.

Creo que la pregunta va a determinar si existe o no poder de veto, dado que la Comisión de Expertos ha señalado que no existe. Yo concuerdo con ello, en particular si el veto se interpreta como la posibilidad de decir "no" por cualquier razón y en todos los casos; un veto de este tipo no existe en el Derecho internacional. Hay ciertos casos en que el consentimiento es exigible para proteger derechos en juego. Por lo general, cuando se trata de territorios indígenas o de grandes proyectos como, por ejemplo, de una industria minera donde una serie de derechos se verían afectados (derecho a la salud, a la propiedad, entre otros) y no se podrían limitar sin una justificación enérgica del Estado ni hacerse sin su consentimiento. Pero no se habla de derecho general de veto;

hablamos de la exigencia de que existan consensos en ciertas circunstancias (Defensoría, 2013, pág. 28).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la Comisión de expertos ha señalado que no hay un derecho a veto, solo hay ciertos casos donde se requerirá el consentimiento del pueblo originario. Es necesario diferenciar consulta de consentimiento. El consentimiento es la decisión de que el pueblo adopta respecto a una norma de naturaleza administrativa o legislativa que les afecten directamente, mientras que la consulta es el derecho que tienen las comunidades originarias para participar en un proceso que les compete. Por lo cual, según el autor el derecho a veto no es de carácter general, sino que deben existir acuerdos entre ambas partes.

2.2.4.2 Principios

2.2.4.2.1 Libre

Según Ruiz (2015) el consentimiento es libre por que: “los partícipes del proceso de consulta manifiestan su voluntad sin ninguna coerción o amenaza que restrinja su derecho, también se tendrá en consideración un tiempo para prevenir cualquier problema que se pueda suscitar al momento de la toma de decisiones” (p.64).

2.2.4.2.2 Previo

El consentimiento debe obtenerse con antelación a cualquier actividad relacionada con la decisión que tomarán los pueblos para emprender el proceso, porque de nada sirve obtener con posterioridad el consentimiento si ya surtieron efecto las afectaciones sobre sus territorios (Ruiz, 2015, pág. 64).

Este principio consiste en alcanzar con anterioridad a cualquier medida vinculada con la elección que admitan los pueblos originarios para comenzar el proceso, ya que no tendría alguna utilidad conseguir con retraso el consentimiento si en todo caso ya se hubieran manifestado los efectos de las vulneraciones sobre sus tierras.

2.2.4.2.3 Informado

Significa la disponibilidad de toda la información relevante, en la cual se reflejan todas las opiniones y puntos de vista, incluyendo las aportaciones de los ancianos tradicionales, los guías espirituales, los practicantes de la economía de subsistencia y los poseedores de conocimientos tradicionales, con tiempo y recursos adecuados para poder considerar la información imparcial y equilibrada acerca de los riesgos y beneficios potenciales (Clavero, s.f, pag.2).

Según Clavero el consentimiento es informado, porque se toma en consideración la información esencial en donde se manifiesta las consideraciones e intereses de las comunidades originarias, además de las cuotas de los patriarcas tradicionales, los orientadores de índole espiritual, los aprendices de carácter económico, y los miembros de conocimientos ancestrales, en donde se tomará en consideración el tiempo y recursos idóneos para lograr un estudio de una información igualitaria y ecuánime sobre los peligros y utilidades de las medidas.

2.2.4.2.4 Buena fe

“La buena fe debe crear espacios de sinceridad y respeto recíproco entre los pueblos y autoridades presentes. Permite generar consensos a través de un clima de transparencia y confianza que propicie un diálogo significativo” (Melo, 2013).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, este principio establece espacios de confianza y consideración, los cuales deben ser aplicados de manera conjunta con las autoridades y miembros de los pueblos indígenas. Asimismo, consiente producir aprobación por medio de un ambiente de claridad y seguridad que motive una conversación elocuente.

2.2.4.3 Supuestos

2.2.4.3.1. Desplazamiento forzoso

La Organización de los Estados Americanos (1998) afirma que se entiende por desplazados internos a lo siguiente:

Se define como desplazamiento interno a las personas o colectividades de personas que se han visto forzadas a escapar de su propio hogar, especialmente para eludir las consecuencias de un conflicto armado, de una violencia sistematizada, de vulneraciones a los derechos humanos o hechos sobrenaturales, y por último, que no hayan podido cruzar una frontera reconocida de manera internacional (p.1)

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el traslado interno según esta institución comprende a personas o una colectividad de ciudadanos que han sido presionados para abandonar su hogar o lugar donde

radicaba, esto con la finalidad de resguardarse del combate armado, de estados de violencia sistemática, de vulneraciones y afectaciones a los derechos fundamentales o de cataclismos de la naturaleza o inducidas por el hombre, y que hayan atravesado una frontera identificada como internacional.

Para entrar a estudiar este supuesto es necesario enmarcar su concepto, el cual según la OEA son grupos o personas que han sido forzadas a huir de sus hogares para eludir las consecuencias de los conflictos armados, de la violencia de índole general, de las violaciones de derechos humanos, catástrofes de carácter natural o provocadas por el hombre y que no hayan pasado la línea fronteriza del estado.

Ahora pasemos a abordar la regulación del desplazamiento forzoso, ya sea internacional o nacional.

Convenio 169 Organización Internacional del Trabajo

Artículo 16.2

Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, solo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación solo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados (Oficina Internacional del Trabajo, 2014, pág.39).

Este artículo establece que de manera excepcional las comunidades originarias podrán ser trasladadas y reubicadas cuando sea necesario a través de su consentimiento o por procedimientos idóneos que sean determinados por el ordenamiento interno, asimismo, se incluirá indagaciones públicas, siempre y cuando, los pueblos oriundos estén representados de forma válida.

Se puede afirmar de este artículo que el supuesto de “*desplazamiento forzoso*” tiene dos vías de acción, una el consentimiento y el otro un procedimiento adecuado brindado por el ordenamiento interno, estas medidas serán implementados solo si se consideran necesarios, además se debe mantener el acceso válido de los representantes de las comunidades.

En esta norma internacional aparece el término consentimiento, dando la posibilidad de aplicarlo como un derecho al consentimiento en este supuesto (desplazamiento forzoso), también se debe señalar que en este dispositivo no solo se menciona este derecho como medida de excepción en caso sea necesario el traslado o la reubicación sino que además los estados parte también pueden implementar procedimientos adecuados para realizar estas gestiones, por lo tanto, no solo es válido el consentimiento, sino también cualquier otra vía idónea que brinde la legislación nacional.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

Artículo 10

Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas

interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso. (Naciones Unidas, 2007, pág. 6)

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, las comunidades originarias no deben ser trasladadas de manera involuntaria o aplicando alguna coacción de sus territorios o tierras, además este artículo afirma que no será válido ningún traslado sin el previo consentimiento de los pueblos indígenas, además se realizará un consenso sobre una compensación igualitaria y ecuaníme, y siempre y cuando, sea posible el regreso.

A nuestro criterio personal consideramos que el artículo 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas es la disposición normativa que regula el derecho al consentimiento como requisito en materia de “desplazamientos forzosos”. En cambio, el artículo 16 inciso 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo lo menciona, mas no como única vía, sino como otro medio de procedimiento.

2.2.4.3.2 Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 29.2

2. Los estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado (Naciones Unidas, 2007, pág. 11)

Este artículo establece que los gobiernos implementen mecanismos idóneos para que no se acumulen o desechen materiales tóxicos en los territorios o tierras de las comunidades originarias, sin previo consentimiento de las mismas.

El supuesto de “*almacenamiento y eliminación de materiales peligrosos*” según Yrigoyen (2009) comprende:” uno de los criterios de excepcionalidad, es decir, que no basta con solo la consulta, sino que se requiere el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas para que sea legítimo estas acciones” (p.19).

2.2.4.3.3 Medidas especiales de salvaguarda

Para señalar la regulación de esta figura es necesario primero abordar su significado, que según Naciones Unidas es el siguiente:

Las medidas especiales tienen un significado autónomo que debe interpretarse en función del entero texto de la Convención, y que puede diferenciarse del uso que se hace en determinados Estados partes. El término “medidas especiales” comprende medidas que en algunos países podrían denominarse acción afirmativa, medidas afirmativas o acciones positiva. Al igual que la Convención, la presente recomendación alienta a los estados partes a emplear una terminología que refleje claramente la relación entre sus leyes y prácticas y estos conceptos enunciados en la Convención. El termino discriminación positiva es contradictorio en el contexto de las normas internacionales de derechos humanos, y debe evitarse (p.4).

Como se puede apreciar del párrafo anteriormente citado, las medidas especiales son de naturaleza autónoma y comprende diferentes denominaciones como: medidas afirmativas, acciones positivas y acciones afirmativas. Asimismo, Naciones Unidas advierte a no emplear la terminología “discriminación positiva”, ya que vulnera instrumentos internacionales de derechos humanos y no debe aplicarse. Es necesario afirmar que esta definición es inferida de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial con el fin de analizar esta figura y facilitar a los estados parte la aplicación de este precepto, pues es complejo la implementación del mismo.

Convenio 169 Organización Internacional de Trabajo

Artículo 4

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.
2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.
3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales (Oficina Internacional del Trabajo, 2014, pág. 24).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo afirma que los gobiernos deben implementar mecanismos idóneos para proteger a las personas, a los bienes e instituciones culturales, estas acciones tienen que ser en conformidad con los

intereses manifestados por los pueblos indígenas, es decir, tendrán que consentir los deseos expresados de manera voluntaria de las comunidades originarias. En ese sentido, el supuesto de “*medidas especiales de salvaguarda*” supone un criterio de excepcionalidad, al regular el derecho al consentimiento como requisito.

2.2.4.3.4 Desarrollo, utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 32.2

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.

Como se puede apreciar, los gobiernos tienen el compromiso de realizar consultas y trabajar de manera conjunta con las comunidades a través de sus organismos culturales con la finalidad de alcanzar el consentimiento de las mismas, el cual debe ser con anterioridad a las medidas que se implementen en sus tierras o territorios, especialmente sobre los recursos ambientales, hídricos o de otra naturaleza.

En ese sentido, el autor Ruiz (2015) afirmar que: “el supuesto de utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo pertenece a los criterios de excepcionalidad del derecho al consentimiento como requisito, pues en el artículo 32 inciso 2 lo recoge de manera expresa” (p.66).

2.2.4.3.5 Actividades militares

Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas

Artículo 30.1

1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que estos lo hayan solicitado (Naciones Unidas, 2007, pág.12).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, los estados no deberán realizar actividades militares en los territorios de las comunidades, pero cabe mencionar que esta norma internacional afirma que existen algunas excepciones como: sea justificado por una amenaza relevante, haya existido un consenso de manera voluntaria con los pueblos indígenas o que ellos lo hayan pedido.

En ese sentido, se puede afirmar que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas en el supuesto de “*actividades militares*” en las tierras de las comunidades si regula el derecho al consentimiento, pues de manera expresa señala que deben acordar de manera voluntaria con las mismas.

2.2.4.3.6 Enajenación de tierras

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 28

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente haya poseído, ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.
2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.
(Organización Internacional del Trabajo, 2012, págs. 107-108)

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, se menciona el consentimiento libre, previo e informado dentro del inciso primero, lo cual indica que los pueblos indígenas tienen el derecho a ejercer este derecho en el supuesto de *“enajenación de tierras”*, en otras palabras, el estado tiene el compromiso de restituir o indemnizar a los pueblos originarios en caso se haya suscitado alguna vulneración a sus tierras, territorios y recursos ambientales que hayan poseído de manera ancestral, sin previo consentimiento de los mismos.

Esto implica que cualquier estado que haya ratificado esta norma internacional tiene el compromiso de aplicar este derecho en el supuesto antes mencionado.

2.2.4.3.7 Bienes de índole cultural, intelectual, religioso y espiritual

Para abordar este supuesto es necesario dar una noción del mismo, en ese sentido, la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales (2005) señala lo siguiente: las expresiones culturales son expresiones resultantes de la creatividad de personas, grupos y sociedades, que poseen un contenido cultural” (p.1).

En ese sentido, también se menciona sobre las actividades, bienes y servicios culturales lo siguiente:

Se refieren a las actividades, los bienes y los servicios que, considerados desde el punto de vista de su calidad, utilización o finalidad específica, encarnan o transmiten expresiones culturales, independientemente del valor comercial que puedan tener. Las actividades culturales pueden constituir una finalidad de por sí, o contribuir a la producción de bienes y servicios culturales (p.1).

Se desprende del texto citado, que los bienes culturales son objetos que son analizados desde la calidad, uso o finalidad particular o como se transfiere estas expresiones de origen cultural, a parte del significado comercial que pueda poseer. Por otro lado, se menciona a las actividades culturales, las cuales tienen su finalidad en sí misma o colaboran con la productividad de los servicios y bienes de naturaleza cultural.

En ese sentido, el Ministerio de Defensa (2010) da una definición a los bienes culturales de la siguiente manera: “los bienes culturales pueden ser de

carácter religioso o seglar. En lo que respecta a monumentos históricos, obras de arte y lugares de culto que son patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, la protección es total” (p.293).

En esa misma línea, la Dirección General de Educación y Doctrina (2010) nos brinda una noción de los bienes culturales, los cuales comprende:

Bienes muebles o inmuebles que constituyen el patrimonio cultural de la humanidad y a cuya formación contribuye cada pueblo. Dada su importancia para todos los pueblos del mundo, el derecho internacional busca garantizar la protección de estos bienes en caso de conflicto armado. Son los siguiente: los monumentos históricos, las obras de arte, los edificios y lugares de culto, los campos arqueológicos, los museos, los depósitos, las bibliotecas, los archivos, las colecciones científicas, etc (p.397-398).

Como se puede apreciar en párrafo anteriormente citado, este supuesto comprende a los bienes inmuebles y a los bienes muebles que pertenecen al patrimonio de origen cultural de toda la humanidad, además de contribuir a la formación de cada pueblo. En ese sentido, el sistema internacional desea asegurar la defensa de estas expresiones en caso se suscite una lucha armada. Asimismo, esta institución menciona algunos bienes de manera específica, los cuales son: monumentos que contengan historia, obras de naturaleza artística, edificios y zonas de culto, museos, bibliotecas, entre otros.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Artículo 11.2

2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres (Naciones Unidas, 2007, pág. 6).

Esta norma internacional señala de manera expresa que se utilizarán vías idóneas para restituir a los pueblos originarios, en caso se haya vulnerado algún bien cultural de ellos, sin el consentimiento de los mismos o transgrediendo su normativa interna, es decir, que cualquier gobierno que haya ratificado este instrumento tiene el compromiso de aplicar la reparación de manera conjunta con las comunidades en relación se haya despojado algún bien de índole cultural sin el permiso de los mismos.

Se desprende de esta norma internacional que el derecho al consentimiento como requisito también comprende el supuesto de *“bienes de índole cultural”*, en ese sentido, los estados parte tienen el compromiso de reparar mediante vías idóneas a las comunidades originarias en caso sean privados de sus bienes culturales.

2.2.4.3.8 Afectación a la vida cultural

Para analizar esta figura es importante tener una noción, en ese sentido, Harvey (1995) afirma que:

La vida cultural se contrapone, por su parte, como dimensión de la vida humana, a la vida vegetativa y a la vida laboral, a las que debiera orientar y gobernar, pudiendo ser definida como el conjunto de las prácticas y actitudes que tienen incidencia sobre la capacidad del hombre para expresarse, situarse en el mundo, crear su medio ambiente y comunicarse con todas las civilizaciones (p.19).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, esta figura no forma parte de la vida humana, ni la vida vegetativa, ni la laboral, ya que, según el autor, la vida cultural debe encaminar y dirigir estas afirmaciones. Asimismo, Harvey la define como una agrupación de prácticas y actitudes que repercuten en la facultad mental del individuo para expresarse, de ubicarse en el universo, creando un buen ambiente y comunicándose con cada miembro de la civilización.

En ese sentido, el Comité de Derechos Humanos (2006) en la Comunicación N°1457/2006 en el párrafo 7.6 señala lo siguiente:

El Comité señala que en el caso de Angela Poma Poma vs. Perú las medidas que tome el estado debe respetar el principio de proporcionalidad, y no poner en peligro la existencia de las comunidades. Asimismo, afirma que el proceso de decisión debe realizarse de manera efectiva, por lo cual, no es suficiente la

consulta, sino el consentimiento informado, libre y previo de los pueblos indígenas u originarios. En ese sentido, la presente institución menciona que las medidas que tengan valor cultural de una comunidad originaria, guarda una estrecha relación en la participación del proceso de adopción de decisiones y al beneficio de su economía tradicional. (Naciones Unidas, 2006, párrafo 7.6).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, en el caso *Ángela Poma Poma vs. Perú*, no basta con la aplicación de la consulta, sino que además se debe solicitar el consentimiento de las comunidades originarias, las cuales deben revistar de tres elementos sustanciales: libre, informado y previo. También establece que cualquier medida a implementarse en este supuesto debe regirse de acuerdo al principio de proporcionalidad, haciendo respetar la subsistencia de los pueblos indígenas.

Por otro lado, es necesario mencionar que el Comité de Derechos Humanos no define o analiza la afectación a la vida cultural, ya que no se menciona si la misma es un daño directo, a gran escala u otras expresiones que se han reconocido en el consentimiento, en ese sentido, es válido señalar que no basta con la mención de esta figura en este dictamen, sino que es idóneo buscar otros medios de información para dar explicación congruente a esta disposición y hacer efectivo su implementación en nuestro país.

En el Caso *Ángela Poma Poma* exactamente en el párrafo 7.5 se puede apreciar según el Comité de Derechos Humanos (2006) lo siguiente:

En el presente caso, se trata de determinar si las consecuencias del desvío de aguas autorizado por el Estado parte en la cría de

camélidos son de una proporción tal que tienen un impacto sustantivo negativo en el disfrute por parte de la autora de su derecho a disfrutar de la vida cultural de la comunidad a que pertenece. En ese sentido, el Comité toma nota de las alegaciones de la autora de que miles de cabezas de ganado murieron a causa de la degradación de 10.000 hectáreas de tierras aymara de pastoreo, degradación producida como resultado directo de la implementación del Proyecto Especial Tacna durante los años 1990s, y que ello habría arruinado su modo de vida y la economía de la comunidad, forzando a sus miembros a abandonar sus tierras y su actividad económica tradicional. Observa que dichas afirmaciones no han sido contestadas por el Estado parte, que se ha limitado a justificar la presunta legalidad de la construcción de los pozos del Proyecto Especial Tacna (p.285-286).

Como se puede apreciar, el supuesto de *“afectación a la vida cultural”* fue concebida en el caso Ángela Poma Poma, el cual aconteció en el estado peruano. Asimismo, se observa que la problemática de este caso versa sobre el descarrilamiento de aguas aprobado por el gobierno del Perú, respecto al cuidado de camélidos, esta acción provoca un impacto negativo en el derecho al disfrute cultural de los pueblos indígenas que residen en estos territorios. En ese sentido, el Comité señala que las muertes de estos ganados a causa de este hecho es una manifestación directa de la aplicación del proyecto denominado Especial Tacna durante la época de los noventas, y que estos acontecimientos habrían afectado considerablemente sus estilos de vida y su economía ancestral.

En líneas generales, en este caso el derecho al consentimiento es exigido como requisito, ya que el Comité considera que las comunidades tienen derecho a disfrutar de la vida cultural a la que pertenecen. Asimismo, al suscitarse en el estado peruano y pertenecer a Naciones Unidas, se puede afirmar que el pronunciamiento del Comité es de carácter vinculante para nuestro ordenamiento interno, lo que conlleva a implementar medidas para regular esta materia.

2.2.4.3.9 Planes de desarrollo o inversión a gran escala

[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala la que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramaka, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007, párrafo 134).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, este supuesto fue reconocido de manera jurisprudencial en el caso Saramaka vs. Surinam, ya que la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que no solo se implementará la consulta, sino que también será necesario adoptar la figura del consentimiento, en caso se suscite el supuesto de “*planes o concesiones a gran escala*”, el cual será aplicado en conformidad a sus prácticas y usos ancestrales. En ese sentido, se puede afirmar que los estados pertenecientes a la jurisprudencia interamericana tienen el compromiso de emplear esta figura en el supuesto antes señalado.

2.2.4.3.10 Programa de investigación, experimentación biológica o médica, y la esterilización

En el artículo XVIII inc.3 de la Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas se señala lo siguiente:

Los Estados tomarán medidas para prevenir y prohibir que los pueblos y las personas indígenas sean objeto de programas de investigación, experimentación biológica o médica, así como la esterilización sin su consentimiento previo, libre e informado. Asimismo, los pueblos y las personas indígenas tienen derecho, según sea el caso, al acceso a sus propios datos, expedientes médicos y documentos de investigación conducidos por personas e instituciones públicas o privadas (OEA, 2016, p.7-8).

En este instrumento internacional se reconoce de manera expresa el supuesto del derecho al consentimiento vinculante titulado “programa de investigación, experimentación biológica o médica, y la esterilización”, con la finalidad de proteger cualquier tipo de experimentado que se pudiera suscitar en los territorios de las comunidades. Asimismo, se menciona que los ciudadanos indígenas pueden acceder a sus datos personales, informes clínicos e información sobre investigaciones que realizan las entidades (privada o pública).

2.2.4.3.11 Conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas

El Convenio sobre la Diversidad Biológica en su artículo 8 inc j) señala lo siguiente:

Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con a la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentara que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente (Naciones Unidas, 1992, p.7).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, este instrumento internacional reconoce de manera expresa el supuesto de “conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades” del derecho al consentimiento como requisito, con el fin de proteger su sabiduría cultural y fomentar el uso sostenible de la pluralidad biológica en conformidad a la legislación interna. Asimismo, se incentivará la libre participación de las personas que posean estos conocimientos y se distribuirá los beneficios de manera equitativa.

En ese sentido, la Ley N°26839, Ley sobre la Conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica en su artículo 23 señala lo siguiente:

Se reconoce la importancia y el valor de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas, para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica. Asimismo, se reconoce la necesidad de proteger estos conocimientos y establecer mecanismo para promover su utilización con el consentimiento informado de dichas comunidades, garantizando la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización (Congreso de la Republica, 1997, p.3).

Esta ley interna reconoce de manera expresa el supuesto del derecho al consentimiento vinculante sobre “conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas”, por lo cual, es de obligatorio cumplimiento para el estado peruano. Asimismo, al ser una norma peruana, el Perú tiene el compromiso de preservar estas sabidurías e invenciones. También se aprecia que para su implementación debe existir el consentimiento informado de las comunidades campesinas y nativas que residan en dichas tierras. Por otro lado, se debe ejercer la distribución de los beneficios de tales usos de manera igualitaria.

En el artículo 166 inc.3 del Decreto Supremo N°038-2001-AG, Reglamento de la ley de Áreas Naturales Protegidas, se aborda lo siguiente:

Cuando se involucren conocimientos tradicionales se requiere el consentimiento expreso de las comunidades nativas o campesinas, realizado en base a proceso transparentes de consulta de acuerdo a los procedimientos establecidos en el “Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” de la Organización Internacional del Trabajo-OIT y los previstos en la legislación específica de la materia (Casa de Gobierno, 2001, p.62-63).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, este reglamento regula la sabiduría ancestral de las comunidades, la misma que deberá ser implementada solo con el consentimiento expreso de este sector vulnerable, asimismo, será aplicado bajo la transparencia de consulta en conformidad a lo estipulado por el Convenio 169 de la OIT y otras normas particulares que regulen esta materia. Aunque se debe mencionar que en este decreto solo se reconoce a los conocimientos tradicionales, y no a las innovaciones y prácticas culturales que se regula en el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la Ley N°26839.

2.2.4.3.12 Establecimiento de Áreas Naturales Protegidas

En el artículo 43 inc.2 del Decreto Supremo N°038-2001-AG, Reglamento de la ley de Áreas Naturales Protegidas, se menciona lo siguiente:

Se pueden establecer Áreas Naturales Protegidas o categorizarlas definitivamente sobre predios de propiedad comunal, si es que se

cuenta con el consentimiento previo dado libremente y con pleno conocimiento de causa de los propietarios de los mismos, cuyos derechos fundamentales se reconocen explícitamente en el dispositivo de creación. En todo caso es aplicable lo establecido en el Artículo II del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales Decreto Legislativo N°613 (Casa de Gobierno, 2001, p.22)

Este reglamento regula el supuesto del derecho al consentimiento vinculante denominado “establecimiento de áreas naturales protegidas”. Esta premisa consta en determinar las áreas naturales protegidas, o en su caso, categorizarlas sobre los predios de titulares comunales, la misma que solo será aplicada en caso exista el consentimiento previo, libre e informado de los propietarios. Por otro lado, se menciona que también se puede adoptar el artículo II del Título Preliminar del Código del Ambiente y los Recursos Naturales.

Supuestos	Fuentes	Regulación interna
1. Desplazamiento Forzoso	<ul style="list-style-type: none"> - Convenio 169 OIT Art. 16.2 - Declaración Art.10 	<ul style="list-style-type: none"> -Reglamento de la Ley de Consulta, inc. a) de la Séptima Final y Transitoria. -Ley N° 28223 Ley sobre los desplazamientos internos.
2. Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos	Declaración Art. 29 inc.2	Reglamento de la Ley de Consulta, inc. b) de la Séptima Disposición Final y Transitoria.
3. Medidas especiales de salvaguarda	Convenio 169 OIT Art. 4	No se regula
4. Desarrollo, utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.	<ul style="list-style-type: none"> - Declaración Naciones Unidas Art. 32 inc.2 - Declaración Americana Art. XXIX inc. 4 	No se regula
5. Actividades militares	Declaración Art. 30 inc.1	Lo regula de manera contraria, en el art. 5 inc. I) del Reglamento de Consulta.
6. Enajenación de tierras	Declaración Art. 28	No se regula
7. Bienes de índole cultural y otros	<ul style="list-style-type: none"> - Declaración de Naciones Unidas Art.11 inc.2 - Declaración Americana Art.XIII inc. 2 	No se regula
8. Afectación a la vida cultural	Caso Poma Poma vs. Perú, fundamento 7.6	No se regula
9. Planes de desarrollo o inversión a gran escala	Caso Saramaka vs. Surinam, fundamento 137. Declaración Americana Art.XXIX inc. 4	No se regula
10. Programa de investigación, experimentación biológica o médica, y la esterilización.	Declaración Americana Art.XVIII inc.3	No se regula
11. Conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas	Convenio sobre la Diversidad Biológica Art.8 inc.J	<ul style="list-style-type: none"> -Art. 23 de la ley N° 26839, Ley sobre la conservación y el aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica. -Art. 166.3 Decreto Supremo N° 038-2001-AG

12. Establecimiento de Áreas Naturales Protegidas	No se regula	Art. 43.2 Decreto Supremo N° 038-2001-AG
---	--------------	--

Fuente: Convenio 169 OIT, DNUDPI, DADPI, Convenio sobre la Diversidad Biológica, Ley N°26839, Decreto Supremo N°038-2001-AG, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comité de Derechos Humanos. ELABORACIÓN PROPIA

2.2.4.4 Unificación y análisis del derecho al consentimiento dentro de la normatividad peruana

Los pueblos indígenas no conocen de manera íntegra los alcances del derecho al consentimiento, pero el mismo se aplica en determinados supuestos donde el gobierno tiene la obligación de llegar a un acuerdo con las comunidades. También es importante señalar que su implementación es compleja, pues no se ha reconocido de manera expresa en el Ley de Consulta Previa del Perú, no hay un marco jurisprudencial nacional y el reconocimiento a nivel internacional no es completo (Angles, 2014, pág.80).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el derecho al consentimiento no ha sido regulado en la ley interna de consulta previa en el estado peruano, además de ello, esta figura no ha sido desarrollada por el tribunal constitucional, ni tampoco existe un avance significativo en la jurisprudencia internacional. En ese sentido, este derecho se aplica en algunos supuestos señalados por los instrumentos internacionales ratificados por el estado peruano, lo cual lo convierte de obligatorio cumplimiento para el estado peruano, es decir, el estado peruano tiene el compromiso de consultar y de obtener el consentimiento de las comunidades originarias, respectivamente. Asimismo, es necesario advertir que los miembros de los pueblos indígenas no conocen de manera cierta la magnitud y los márgenes de este precepto.

Por otro lado, a pesar de que no exista un análisis significativo sobre el consentimiento, la Corte Suprema de Justicia de la República (2019) ha reconocido que:

La obligación de los Estados no solo es realizar la consulta previa, sino también obtener obligatoriamente el consentimiento libre, informado y previo de los pueblos interesados cuando se vayan a llevar a cabo proyectos a gran escala con gran impacto en áreas ocupadas por los pueblos, así como los casos que involucren desplazamientos, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, así en casos de destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias (p.23).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la Corte Suprema de Justicia realiza un pronunciamiento de este derecho, el cual debe ser aplicado en conformidad a la consulta previa, siguiendo los parámetros del sistema internacional, el cual comprende no solo el alcance orientador, sino la obligación de obtener el consentimiento previo, libre e informado en los casos de planes de inversión a gran escala, traslados forzosos, acciones que atenten la existencia física y cultural, daños al medio ambiente, entre otros.

Como se puede apreciar en el 2014 no existía un pronunciamiento sobre este derecho, a partir del 2019 la Corte Suprema de la República afirma el reconocimiento de este dispositivo, el cual comprende, que no basta la mera consulta, sino que será obligatorio obtener el consentimiento de los pueblos

indígenas en determinados supuestos, los cuales son materia de este presente estudio.

En ese sentido, se debe analizar la efectividad de los supuestos del derecho al consentimiento reconocidos en el Convenio 169 de la OIT, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas, en la Declaración Americana de sobre los Pueblos Indígenas, en la Convención sobre la Diversidad Biológica, en la normatividad peruana y jurisprudencia vinculante, asimismo, se estudiará que dispositivos podrán aplicarse dentro de nuestra regulación interna, por lo cual, se abordará dos argumentos: la naturaleza normativa y la aplicación vinculante de cada supuesto. Estos comprenden:

Desplazamiento forzoso

Este supuesto es reconocido por primera vez en el artículo 12 inciso 1) del Convenio 107 de la OIT (1957), el cual fue anterior al Convenio 169 OIT, este dispositivo comprende lo siguiente:

1. No deberá trasladarse a las poblaciones en cuestión de sus territorios habituales sin su libre consentimiento, salvo por razones previstas por la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país o a la salud de dichas poblaciones (p.1).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el desplazamiento solo se efectuaba bajo dos razones, una era el consentimiento, mientras que el otro, era de acuerdo a normas internas vinculadas a la seguridad nacional, a la economía o la salud. Este instrumento reconoce por primera vez este supuesto y marca un antecedente sobre la importancia de este precepto.

En ese sentido, es necesario mencionar que este supuesto también fue recogido en las Actas Provisionales de la Conferencia Internacional del Trabajo (1989), señalando la importancia de este dispositivo, el mismo afirma que:

Dicho texto establece, por otra parte, procedimientos adecuados de consulta para el caso en que el traslado de esos pueblos se considere excepcionalmente necesario, caso en el que se debería proceder con el consentimiento previo y necesario de esos pueblos, a quienes el proyecto de instrumento les otorga, además, el derecho a retornar a sus tierras tradicionales, si fuera posible, en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado o, en caso contrario, a ser debidamente compensados (p.6).

En estas actas provisionales se puede observar que en el caso de desplazamiento no basta con la mera consulta, sino que debe existir el consentimiento de los pueblos originarios y tribales, además de dar posibilidad de retornar a sus tierras ancestrales o a ser indemnizado de manera idónea. En ese sentido, se puede afirmar que el consentimiento es un derecho colectivo fundamental para efectuar el traslado de los pueblos indígenas, por tal motivo, los estados parte deben actuar de acuerdo a esta disposición y no de manera arbitraria.

En ese mismo orden de ideas, la Conferencia Internacional del Trabajo (1989) redactó un texto denominado “proyecto de convenio relativo a los pueblos indígenas y tribales en países independientes”, en el cual establece que:

Cuando excepcionalmente el traslado de esos pueblos se considere necesario, dicho traslado deberá efectuarse solo con su

consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado solo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar realmente representados (p.9).

Este texto propuesto por la Conferencia Internacional del Trabajo es muy parecido a lo planteado por el Convenio 169, con la diferencia de que la misma regula no solo el traslado, sino también la reubicación. En ese sentido, se puede afirmar que este supuesto ha sido reconocido y ampliado en la actualidad por el sistema internacional.

El artículo 16 inc. 2 del Convenio 169 de la OIT (1989) señala que “de manera excepcional se efectuará el traslado y la reubicación de los pueblos originarios, y que se podrá aplicar el consentimiento, y en su defecto, procedimientos adecuados por la regulación interna” (p.39).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, existe dos mecanismos para abordar este supuesto, el primero es aplicar el consentimiento, y el segundo, efectuar procedimientos de acuerdo a las normas internas. En otras palabras, cada estado parte del Convenio 169 OIT tiene la facultad de ponderar primero el consentimiento, y en su defecto, realizar acciones en conformidad a la regulación interna. Esta afirmación a criterio personal, considero que vulnera el derecho al consentimiento como requisito, ya que en caso no se obtenga el consentimiento, el estado tiene la autoridad de implementar su normatividad nacional, aunque es necesario mencionar que este

instrumento ha servido de ayuda a las comunidades para defender sus derechos colectivos, aún no es suficiente para defender su autonomía y dar vinculatoriedad a sus decisiones.

Este supuesto se encuentra regulado de manera expresa en el inciso a) de la séptima disposición complementaria, transitoria y final del reglamento de Consulta Previa (2012), por tal motivo, “es de obligatorio cumplimiento para el estado peruano” (p.9).

Por otro lado, es necesario mencionar que la Ley N° 29785 (2011), “solo reconoce al consentimiento orientador, a diferencia del reglamento que sí reconoce este supuesto, por ese motivo, se quiere proponer que este dispositivo sea estipulado también en la ley de Consulta, dándole así un rango legal a este precepto” (p.1).

En ese mismo orden de ideas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009) afirman que “los pueblos indígenas y sus miembros tienen derecho a ser protegidos del desplazamiento forzado de sus territorios por causa de la violencia. En caso de ser desplazados por causa de violencia, tienen derecho a recibir atención especial del Estado” (p.65).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que el supuesto de desplazamiento forzoso causado por la violencia es de vital importancia para el Estado, ya que debe tener una especial atención.

En esa misma línea, la Organización de los Estados Americanos declara que los efectos desfavorables del desplazamiento son:

Primero, la falta de protección y el aislamiento de los pueblos desplazados, ausencia de ayuda humana; segundo, carencia en acceder por vía legal a adquirir nuevas viviendas, empleos o tierras, por lo cual, debe luchar por su propia existencia, y pelear un lugar en las dichas urbanizaciones clandestinas; tercero, la división de las familias y desinterés en los lazos; cuarto, deterioro de la población de las zona rural, por la transformación radical en el uso de las tierras y la tenencia de la misma (p.24).

La Organización de los Estados Americanos determina diferentes situaciones de vulneración que padecen las personas que han sido desplazadas como: primero, la falta de protección y apartamiento de las comunidades trasladadas en las etapas de emergencia y regreso; segundo, no existen medios para brindar a los miembros de los pueblos la posibilidad de acceder de manera jurídica a nuevos hogares, territorios o trabajos y solo les queda luchar por su sobrevivencia; tercero, la segmentación de las tribus y disgregación las esferas sociales; cuarto, un apremiado proceso de mecanismo de focalización de la propiedad en menoscabo de la población. Como se puede apreciar hay varias consecuencias en la configuración de este supuesto, por lo cual, es imprescindible realizar acciones que mengüen estos impactos en los pueblos indígenas y originarios.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1999) ha afirmado que “el desplazamiento trae como resultados el aumento del deterioro del tejido social, pauperización, desintegración familiar, desnutrición, enfermedades, alcoholismo, drogadicción, prostitución, deserción escolar y delincuencia” (p.18).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la Comisión menciona varias consecuencias que trae el desplazamiento para la población en general, pero aplicado esto a las comunidades, sería aún más perjudicial, ya que pertenecen a un grupo de especial protección, por tal motivo, el estado peruano debe tomar en consideración estas afirmaciones para otorgar un rango legal a este supuesto.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1997) en el artículo XVIII inc.6 del proyecto de la declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, afirma lo siguiente referente a este supuesto:

A menos que justificadas circunstancias excepcionales de interés público lo haga necesario, los Estados no podrán trasladar o reubicar a pueblos indígenas, sin el consentimiento libre, genuino, público e informado de dichos pueblos; y en todos los casos con indemnización previa y el inmediato reemplazo por -tierras adecuadas de igual o mejor calidad, e igual status jurídico; y garantizando el derecho al retorno si dejaran de existir las causas que originaron el desplazamiento (p.2).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, este supuesto fue reconocido desde el proyecto de la declaración americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, el cual considera que las comunidades no

podrán ser desplazadas de sus tierras o territorios sin el previo consentimiento, a menos que sea justificado por el interés público, además tendrán que ser indemnizadas y se reemplazará sus territorios de la misma calidad y se deben comprometer al retorno si las causas iniciales de su traslado ya cedieron.

La Organización de los Estados Americanos (2009) menciona que: “el desplazamiento forzado de aldeas, grupos de familias, comunidades o pueblos indígenas o tribales de sus tierras por causa de la violencia armada, implica que estos pierdan en muchos casos su integridad sociocultural y su hábitat” (p.37).

Los temas que son vulnerados en el desplazamiento forzoso son la integridad sociocultural y su medio ambiente, ya que los miembros de la comunidad son trasladados a otros lugares aplicando la violencia con armamentos. Es decir, cuando se efectúa este supuesto, los valores que se ven afectados son la integridad de los miembros de las comunidades y su entorno, por lo cual, consideramos pertinente salvaguardar sus derechos colectivos e individuales dando rango legal a este supuesto, ya que no basta solo su reconocimiento en una norma inferior.

En ese mismo sentido, la Asamblea General (2018) afirma que:

De conformidad con el enfoque del plan de acción a nivel nacional y sus propias prioridades, la Relatora Especial ha alentado a todos los interesados (los Gobiernos, los organismos de las Naciones Unidas, las organizaciones internacionales, la sociedad civil y los propios desplazados internos) a organizar y llevar a cabo actividades para celebrar el aniversario que no sean de carácter único, sino que procuren promover iniciativas nuevas o en curso,

contribuyan a la prevención, la protección y las soluciones para los desplazados internos, en particular en lo que respecta a facilitar y reforzar la participación de los desplazados internos en los procesos que los afectan; promover el desarrollo y aplicar leyes y políticas sobre el desplazamiento interno; elaborar datos y análisis de calidad sobre situaciones de desplazamiento interno; y, por último, hacer frente al desplazamiento interno prolongado y apoyar soluciones duraderas para los desplazados internos (p.6).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la Relatora Especial ha fomentado a que los gobiernos, los organismos de las Naciones Unidas, la sociedad civil y los personas que han sido desplazadas promuevan decisiones innovadoras que ayuden a la predisposición, defensa y los remedios para las víctimas trasladadas, especialmente a favorecer y consolidar la participación de los mismos en los procedimientos en los que les afectan; igualmente impulsar la regulación de políticas y leyes sobre esta materia; y poner un alto al desplazamiento prolongado y asistir mecanismos duraderos que coadyuven a los trasladados de manera arbitraria. En ese sentido, el estado peruano tiene el deber de acoger lo dispuesto en este apartado en conformidad a las normas internas vigentes sobre este supuesto.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006) determina que “el problema de los desplazados internos como el caso de la Comunidad Indígena Sawhoymaxa, es efectivamente un problema de derechos humanos. Mediante el desplazamiento forzado, se afecta seriamente su identidad cultural y su propio derecho a la vida”. (p.10)

Como lo menciona la Corte Interamericana de Derechos Humanos el desplazamiento forzoso es un tema que debe ser visto como vulneración a los derechos humanos, esto lo vemos en el caso de Sawhoyamaya, en donde se pronuncia que los derechos afectados en este supuesto son la identidad cultural y el derecho a la vida.

Otro caso que regula este supuesto es el pueblo Maya en donde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2001) establece que Guatemala vulneró sus derechos individuales y colectivos, y en ese sentido, se pronuncia de la siguiente manera:

La política contrainsurgente en Guatemala se caracterizó en varios períodos por acciones militares destinadas a la destrucción de grupos y comunidades como tales, así como al desplazamiento geográfico de comunidades indígenas cuando se las consideraba posibles auxiliares de la guerrilla. En el periodo más violento del conflicto armado (1978-1983), bajo las presidencias de los generales Romeo Lucas García (1978-1982) y Efraín Ríos Montt (1982-1983) los operativos militares se concentraron en Quiché, Huehuetenango, Chimaltenango, Alta y Baja Verapaz, costa sur y ciudad de Guatemala (p.12).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la Comisión ha señalado que Guatemala ha realizado muchos daños en la población maya, entre las cuales está el desplazamiento geográfico de estas comunidades con la excusa de que las mismas serían miembros de la guerrilla. Asimismo, se afirma que estos acontecimientos suscitaron en la época del conflicto armado. En ese

sentido, podemos afirmar que este hecho también es un caso de traslado forzoso, el cual debe ser considerado como uno de los supuestos del consentimiento.

En el caso de la Comunidad Moiwana de la Corte Interamericana (2005) se menciona algo muy importante que es el componente principal de este supuesto, el cual es:

La apremiante necesidad de abandonar el lugar donde se reside, sin que tal movimiento consista en el cruce de fronteras nacionales. Aquellas causas que pueden ocasionar tal necesidad son variadas, y sin parecer numeros clausus se señalan catástrofes, conflictos armados y graves violaciones a los derechos humanos. Aun así, se enfatiza el rol del Estado a través de acciones u omisiones que causen o propicien la situación de desplazamiento (p.57).

Un componente que se debe evaluar en este supuesto es la urgente necesidad de dejar las tierras o territorios donde viven con el fin de salvaguardar su integridad frente a catástrofes, conflictos militares y considerables vulneraciones a los derechos humanos. En ese sentido, al configurarse este apartado, el estado tiene el deber de crear mecanismos que analicen y simplifiquen las situaciones de traslado y la opción al regreso.

Otro punto importante en esta temática es la normativa internacional vinculante señalado por Carlos Fuentes (2007), el cual consiste en:

El derecho internacional humanitario, *lex specialis* aplicable solamente en situaciones de conflictos armados. Bajo esta normativa legal el desplazado está protegido en tanto que éste sea

un civil, y por tanto debe ser afectado en lo mínimo posible de acuerdo a la 4ta Convención de Ginebra, el Protocolo Adicional I y el Protocolo Adicional II (los dos primeros en casos de conflictos internacionales, y el último en el caso de conflictos no internacionales) (p.326).

En este apartado abordaremos el desplazamiento forzoso en caso de conflicto armado, el cual cómo podemos apreciar está contemplado en la cuarta convención de Ginebra, el Protocolo Adicional I y el Protocolo Adicional II. Estas normativas antes mencionadas son vinculantes para aplicar esta materia, las dos primeras son temas vinculados a los conflictos internacionales, y la última a los conflictos no internacionales. Asimismo, este dispositivo es analizado por el derecho internacional humanitario, el cual protege al trasladado mientras tenga la condición de civil.

En ese sentido, Henckaerts y Doswald (2005) afirman que “es una norma de derecho internacional humanitario consuetudinario, aplicable a conflictos internacionales, la prohibición de transferir forzosamente la población o de necesidad militar” (p.457).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, es una normativa que analiza temas que versan sobre conflictos internacionales y que forma parte del derecho internacional humanitario consuetudinario. Asimismo, existe la prohibición de traspasar de manera forzada a la población o en caso haya necesidad militar. En ese mismo orden de ideas, el supuesto de desplazamiento forzoso pertenece al derecho consuetudinario, dando lugar a la

defensa de los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas y tribales.

Similar es en el caso de los conflictos en materia no internacionales, Carlos Fuentes (2007) afirma que: “tiene rango de derecho consuetudinario la norma que prohíbe el desplazamiento forzado por razones del conflicto, a menos que sea necesario por la seguridad de los civiles o que se trate de un imperativo militar” (p. 326-327).

Según el autor, los conflictos no internacionales tienen un parecido a los conflictos internacionales, ya que proviene del derecho consuetudinario, siempre que provenga de razones del conflicto, por la seguridad de los habitantes civiles o una orden militar.

Es importante señalar que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998) tipifica lo siguiente:

Sanciona “diferentes crímenes, entre los cuales tenemos a los crímenes de guerra regulado en el artículo 8 en la sección del mismo nombre. En ese sentido, los conflictos internacionales están regulados como grave infracción a las convenciones de Ginebra, mientras que los conflictos no internacionales como otras violaciones graves a las leyes, y usos de la guerra” (p.7).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se regula los crímenes de guerra, en el cual encontramos los desplazamientos forzosos, es decir, las causas en donde se efectúe el traslado de los pueblos indígenas sin su consentimiento en materia

de conflicto armado será analizado como un crimen de guerra y será juzgado bajo esta jurisdicción.

Para poder ejemplificar este apartado pasaremos a abordar el caso masacres de Río Negro vs Guatemala en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) menciona que:

La relación que los pueblos indígenas tienen con su territorio es trascendental para poder conservar sus instituciones culturales y su propia existencia étnica, en ese sentido, el Tribunal señala que el desplazamiento forzoso de este sector puede ocasionar un estado de especial vulnerabilidad, ya que sus consecuencias actuarían en detrimento sobre su tejido cultural, por lo cual, genera un supuesto de peligro de extinción, ya sea cultural o físico. Por lo antes declarado, es fundamental que los estados adopten medidas idóneas de salvaguarda incorporando las particularidades de estos pueblos, así como sus usos ancestrales y el derecho consuetudinario para subsanar los posibles efectos de dicha situación (p.177).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el desplazamiento forzado de las comunidades originarias fuera de sus tierras y territorios los puede poner en un estado de vulnerabilidad, pues daña sus estructuras culturales y afecta su supervivencia ancestral, además de poner en peligro de extinción a las personas víctimas de este supuesto, en ese sentido, los estados parte tienen el compromiso de implementar mecanismos eficaces

que protejan a este sector, analizando las diferencias significativas que tengan, su derecho tradicional, prácticas ancestrales, valores y costumbres.

Otro derecho que es afectado en este supuesto según la Corte Constitucional de Colombia (2011) es el siguiente:

Es relevante que el Estado tenga de manera obligatoria el consentimiento de los pueblos antes de aplicar cualquier medida, en el caso de traslado de alguna comunidad originaria, pues atenta contra la integridad de las etnias y el derecho a la existencia, esto en marco del derecho internacional y de la interpretación del Convenio (p.1).

La Corte Constitucional de Colombia señala que el derecho que vulnera el traslado forzoso es el derecho a la existencia e integridad de las etnias, por lo cual, el estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos originarios antes de tomar cualquier medida, y no solo una mera consulta. Como se puede apreciar, no aborda la definición de este precepto transgredido, aunque es un enunciado válido para el estado colombiano.

Hay consecuencias que trae el desplazamiento forzoso según Mónica Acosta (2011), los cuales comprende: “situaciones humanitarias críticas como hacinamientos, insalubridad y falta de alimentación” (p. 39).

La vulneración de este supuesto trae resultados muy desfavorables para los miembros de las comunidades según Acosta, pues llegan a vivir en hacinamientos, insalubridad y no se abastecen de alimentos.

Una de las afirmaciones de los Relatores Especiales según Mónica Acosta (2011) es que “el desplazamiento forzado se da como consecuencia de la dinámica del conflicto armado, narcotráfico y explotación de recursos” (p.51).

A criterio personal considero que estoy de acuerdo con esta afirmación, pues el traslado forzoso no solo se configura con el conflicto armado, sino también con el narcotráfico y explotación de recursos, pues como se sabe, las comunidades a lo largo del tiempo han sido víctimas de discriminación, y muchas veces han sido privadas de sus derechos colectivos y consuetudinarios, entre los cuales tenemos al consentimiento como requisito.

En esa línea, se debe mencionar que la Corte Interamericana de Derecho Humanos (2017) afirma que “los derechos particularmente vulnerables a afectaciones ambientales se encuentran los derechos a la vida, integridad persona, vida privada, salud, agua, alimentación, vivienda, participación en la vida cultural, derecho a la propiedad y el derecho a no ser desplazados forzadamente” (p.30-31).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el término “no ser trasladado forzadamente” es un derecho según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como pertenecer a las afectaciones ambientales. Asimismo, este aparatado menciona los diferentes derechos que son vulnerados en temática ambiental.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017) en el caso de seguimiento a Colombia señala lo siguiente:

La Defensoría del Pueblo, por su parte, también destacó que se diseñó una estrategia social para fortalecer y asegurar el retorno de

pueblos indígenas a sus territorios tradicionales. En ese marco, notó que se realizaron jornadas de Concertación con Autoridades Étnicas para la implementación del Modelo de Acompañamiento Rural Étnico en territorios colectivos, obteniendo como resultado: 163 Resguardos Indígenas y 101 Consejos Comunitarios comprometido para trabajar conjuntamente en la superación de las privaciones de los hogares ubicados en los territorios (p.758).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, esta institución del estado colombiano felicitó la gestión de un plan social para consolidar y confirmar el regreso de las comunidades a sus tierras originarias. En ese sentido, identificó que efectuaron programas de coordinación con representantes indígenas para aplicar el plan piloto de Acompañamiento Rústico en los territorios étnicos, lo cual dio como resultado: más de 100 resguardos aborígenes y 101 Consejos Comunales obligados a trabajar de manera conjunta para superar los despojos ocurridos en los hogares tribales. Esto es un avance, pero la Defensoría (2017) expreso que: “existe un vacío de la política pública en la prevención y protección al desplazamiento forzado de los pueblos indígenas que se encuentran en dicho riesgo” (p.759).

En ese mismo orden de ideas, la Defensoría del Pueblo (2017) identifica algunas propuestas para las personas que han sido desplazadas en el estado peruano, aunque están pendiente de aprobación, los cuales comprende: “la elaboración de planes de reasentamiento y retorno con la participación de los sectores correspondientes de los gobiernos regionales y locales, además de las capacitaciones de los actores mencionados en la realización de proyectos a favor de la población desplazada” (p.89).

El estado peruano en caso se apruebe esta disposición, deberá garantizar el regreso y la reubicación con la intervención de los niveles de gobierno (regional y local) de las personas desplazadas, asimismo, estos actores tendrán que ser capacitados en la implementación de planes en favor de este sector. A criterio personal, considero que estas medidas pueden ser adoptadas en beneficio de las comunidades originarias, pues se estaría garantizando lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.

El sustento de este supuesto se encuentra en parte en los actos e informes preparatorios, normas internacionales, normas internas y en los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas que analizamos en este apartado como: derecho a la existencia e integridad de las etnias, derecho a la vida, derecho a la integridad cultural, a la propiedad comunal, derecho a la tierra, a la propiedad ancestral, identidad cultural, derecho de residencia, derecho al acceso a los recursos naturales, patrimonio cultural, a la subsistencia física y cultural, entre otros.

En ese sentido, “la justificación de este supuesto es el reconocimiento expreso en el Convenio 169 de la OIT, ya que el mismo es una norma hard law, es decir, un dispositivo de carácter vinculante” (CEFD, 2019, p.469), por lo cual, “es de obligatorio cumplimiento para el estado peruano a partir de 1995, ya que en ese año entró en vigor” (Congreso Constituyente Democrático, 1993, p.2). “Esta norma ostenta rango constitucional según el Tribunal Constitucional en las sentencias 05427-2009-AC/TC y 00025-2009-PI. También tenemos al artículo 3, artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, donde se reconocen los instrumentos internacionales en el derecho interno” (Ruiz, 2012, p.22-23), “de modo que forman parte del bloque de constitucionalidad, es

decir, conjunto de normas que al lado de la Constitución forman parte de la evaluación del carácter constitucional de las leyes y de las normas reglamentarias “(García, 1989, p.11). Asimismo, el *desplazamiento forzoso* es regulado en la séptima inc. a) disposición complementaria transitoria y final del Decreto Supremo N°001-2012-MC, en consecuencia, tiene el mismo efecto que el anterior. Aunque, es preciso mencionar que la justificación de esta premisa no termina en incorporarla dentro del ordenamiento interno, sino que es necesario darle un carácter legal, porque faculta a este presupuesto a tener rango o fuerza de ley, en otras palabras, da a entender que el grado que ocupa en la estructura jerárquica del ordenamiento le brinda la subordinación más directa e inmediata a la Constitución, y la capacidad de exigir al estado su implementación. caso contrario con las normas infralegales.

Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos

Este supuesto se encuentra regulado de manera expresa en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) en el artículo 29 inc. 2 en donde se expresa que: “los gobiernos deben garantizar la no introducción ni eliminación de materiales tóxicos en territorios comunales sin previo consentimiento” (p.11).

La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016) también reconoce este supuesto en el artículo XIX inc. 3, afirma lo siguiente: “los pueblos indígenas tienen derecho de ser protegidos contra la introducción, abandono, dispersión, tránsito, uso indiscriminado o depósito de cualquier material peligroso que pueda afectar negativamente a las comunidades, tierras y recursos indígenas” (p.8).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la Declaración Americana señala que las comunidades originarias deben ser protegidas ante cualquier abandono, explotación o almacenamiento de algún material tóxico que afecte de manera negativa a los miembros de estos pueblos, a sus territorios y recursos ambientales. En ese sentido, se observa que en este apartado se menciona el depósito o deserción de materiales dañinos, mas no el consentimiento, es decir, que lo afirmado por este instrumento internacional solo nos ayuda a comprender y delimitar la figura.

“En esa misma línea, el art.29.1 de la Declaración establece que «los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos»” (p. 124-125).

En este apartado se aprecia los derechos que protege este supuesto que es la conservación, el medio ambiente y la competencia de los beneficios de las tierras comunales y los recursos ambientales.

Por otro lado, se debe mencionar que este supuesto de consentimiento vinculante no fue recogido en el Convenio 169 de la OIT, ya que solo fue regulado en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en la Declaración Americana de Derechos sobre los Pueblos Indígenas, por lo cual, no sería de obligatorio cumplimiento para el estado peruano, aunque tiene la capacidad de ser una norma orientadora para nuestro gobierno.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015) también se pronuncia sobre esta figura, afirmando lo siguiente:

La CIDH también ha señalado que el consentimiento es exigible en el caso de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas. Ello en concordancia con lo establecido en el artículo 29 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (p.101).

Esta institución internacional reconoce este supuesto, en el extremo que señala que se tendrá el consentimiento en el caso de depósito de materiales tóxicos en los territorios de las comunidades, según lo establece la Declaración de la OEA. Pero se puede observar que en este apartado no se menciona la eliminación de estos materiales, lo cual también forma parte de este supuesto y que es regulado de manera expresa en el instrumento antes mencionado.

La Organización de los Estados Americanos (2009) regula esta figura con el siguiente enunciado:

En el artículo 29 de la Declaración de Naciones Unidas es reconocido de manera expresa el consentimiento de las comunidades en el caso de almacenamiento de materiales tóxicos en territorios indígenas, lo cual fue citado por el Relator Especial (p.126).

Como se puede apreciar, la Organización de los Estados Americanos afirma que según el Relator Especial el depósito de algún material dañino es un supuesto del consentimiento como requisito, ya que no basta la mera consulta. Asimismo, se puede observar que no se menciona la eliminación de estos

materiales y se cita la Declaración de la OEA en conformidad a lo señalado por la Comisión.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2001) en el proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas en el artículo XIII inc.6 se regula parte de este supuesto de la siguiente manera:

Los gobiernos sancionarán e impedirán el uso, tránsito, producción e introducción de armas de naturaleza biológica, químicas o nucleares en zonas originarias, asimismo, se aplicará en conjunto con sus autoridades indígenas en el caso de almacenamiento, introducción o abandono de materiales peligrosos (p.1).

Esta institución afirma que los gobiernos parte de este organismo deben impedir, sancionar e interceptar de manera conjunta con los representantes indígenas todo almacenamiento, desecho e incluir materiales tóxicos y radiactivos que vulnere las normas legales internas; al igual que el rendimiento, entrada, circulación, tenencia o manejo de artefactos químicos, biológicos o nucleares en tierras o territorios tribales.

La subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (1994) en el proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en el artículo 28 regula este supuesto de la siguiente manera:

Los gobiernos deben regular programas que coadyuven al restablecimiento de la salud de los miembros de las comunidades que se han visto perjudicados por estos materiales tóxicos, los cuales serán implementados por estos pueblos, asimismo, los

estados tienen la obligación de adoptar medidas idóneas que busquen garantizar el respeto por las tierras y territorios indígenas, y que no se depositen materiales dañinos en sus tierras y territorios (p.12).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, esta institución señala en el proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas que los gobiernos deben tomar medidas idóneas para que no se almacenen residuos tóxicos con el objeto de proteger las tierras y territorios de las comunidades. Igualmente, tendrán que aprobar mecanismos que garanticen repertorios para la comprobación, sostenimiento y la restauración de este sector vulnerados por estas acciones.

La Asamblea General (2009) se pronuncia en el párrafo 47 sobre el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos de la siguiente manera:

En la Declaración se reconoce dos supuestos en donde el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento, las cuales son: traslado forzoso de sus territorios y en depósito de materiales peligrosos en sus tierras. Por lo antes mencionado es relevante lograr el acuerdo de los pueblos indígenas, pues cualquier medida a implementarse afecta directamente sus vidas y a sus territorios ancestrales (p.18).

Esta institución menciona que el objetivo del consentimiento puede cambiar según los hechos y necesidades de los pueblos originarios. La afectación directa y a gran escala a la subsistencia o a las tierras de este sector involucraría una suposición que dicha acción no podrá aplicarse sin el pleno

consenso de las comunidades. En ciertos acontecimientos, esta conjetura puede llegar a ser un pronunciamiento negativo del plan de desarrollo si en caso no se obtuvo el consentimiento de los pueblos tribales. En ese sentido, la declaración de naciones unidas sobre esta materia establece dos posiciones en donde el gobierno tiene el compromiso de recabar el consentimiento. Estos criterios comprenden el desplazamiento forzoso y la aglomeración de materiales peligrosos en los territorios ancestrales.

Es necesario identificar que comprenden nuestras tierras y territorios, en ese sentido Naciones Unidas (2008) señala lo siguiente:

Los recursos naturales de los pueblos indígenas son componentes vitales e integrales de sus tierras y territorios. El concepto incluye todo el medio ambiente: suelo y subsuelo, aguas, bosques, hielos y aire. Los pueblos indígenas han sido los guardianes de estos entornos naturales y desempeñan un papel clave, a través de sus tradiciones, en mantenerlos respetuosamente para las generaciones futuras. Han administrado estos recursos de manera sostenible durante milenios, y en muchos lugares han creado paisajes bioculturales únicos. Muchos de estos sistemas de manejo indígena, aun aquellos que han sido alterados o perturbados por recientes procesos de cambio, siguen contribuyendo a la conservación de recursos naturales hasta el día de hoy (p.17-18).

Esta institución internacional señala que los recursos naturales de las comunidades originarias son elementos fundamentales y plenos de sus tierras ancestrales. Asimismo, menciona un breve concepto del mismo, el cual

comprende al medio ambiente, esto lo conforman: el subsuelo, el suelo, el agua, los bosques, los hielos y el aire. En ese sentido, se afirma que los pueblos aborígenes han sido durante largos años los vigilantes de estos recursos ambientales y este sector realizar un rol muy importante a través de sus costumbres, pues lo conservan para las futuras generaciones. Este sector vulnerable ha dirigido estos recursos de forma sostenible desde antes de la colonia. Incluso los que han sido afectados o desconcertados por la etapa de cambio, continúan asistiendo a la preservación de recursos naturales hasta la actualidad.

La Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (1994) en el Examen técnico del proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las poblaciones indígenas de la Adición, exactamente en el artículo 28 aborda lo siguiente: “Los Estados adoptaran medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras y territorios de los pueblos indígenas” (p.9).

Hay que mencionar que existe una diferencia en el examen técnico y en el proyecto de la declaración de naciones unidas, pues no se regula el consentimiento, solo medidas idóneas para que no introduzcan materiales tóxicos que vulneras las tierras comunales.

En ese sentido, el Consejo Económico y Social (1994) en el examen técnico del proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en Nota de la secretaria, señala que:

Los Estados también adoptarán medidas eficaces para garantizar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas

para el control, el mantenimiento y el restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas, programas que serán elaborados en consulta con los pueblos afectados por esos materiales peligrosos (p.22).

Esta institución afirma que los gobiernos deben garantizar a través de medidas idóneas se implementen programas con el fin de verificar, mantener y restablecer el derecho a la salud de las comunidades, estas acciones serán consultadas a los pueblos indígenas interesados por aquellos materiales tóxicos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015) en el caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam en el párrafo 180 afirma lo siguiente:

Asimismo, el artículo 29 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece que “[estos] tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación” (p.51).

Esta institución aborda el artículo 29 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas, lo que conlleva un pronunciamiento general de este supuesto en este instrumento, ya que menciona la capacidad de producción de las tierras y territorios comunales, y para lograrlo, no se deben almacenar materiales peligrosos en los mismos.

En el pie de página N°250 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015) en el caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam señala lo siguiente:

Caso del Pueblo Saramaka. Interpretación de la sentencia, supra, parr.41, y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu, supra, párr.206. Cfr. Declaración de Río sobre el Medioambiente y el Desarrollo, supra, Principio 10 que señala que: “[e]l mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes” (p.60).

En este caso se puede afirmar que la Corte determina los estudios de impacto ambiental, los cuales deben ser analizados en conformidad a las costumbres culturales de las comunidades. Uno de los temas más relevantes es la exigibilidad de estos estudios, ya que tienen por finalidad garantizar el derecho a la información sobre los proyectos que se implementen en sus territorios comunales.

Al respecto, la Corte en este pie de página menciona varios casos y normas, aunque se cita de manera expresa el principio 10, el cual aborda las cuestiones de índole ambiental, las cuales pueden mejorar con la participación

efectiva de las personas interesadas. Asimismo, señala que toda persona debe acceder a la información idónea sobre el medio ambiente, los cuales serán facilitados por las autoridades del estado, además de ello, se tendrá conocimiento sobre los materiales y actividades que pongan en peligro a las comunidades con el fin de resarcir los daños y los recursos ambientales afectados a través de procesos judiciales y administrativos.

Es importante señalar que según la Unión Interparlamentaria (2014) los derechos que defiende este supuesto son: “la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas” (p.32). También se protege a el derecho a un ambiente sano, es decir, a proteger y preservar el medio ambiente de las tierras donde radican las comunidades. Esta disposición obliga al estado a implementar medidas conjuntamente con este sector (DAR, Santillán, Ramos & Da Roit, 2010, p.12-13).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, este supuesto comprende la subsistencia, la dignidad humana y el estado de bienes de las comunidades originarias. Asimismo, preserva el derecho a un buen medio ambiente y el derecho a las tierras, territorios y recursos naturales. En ese sentido, se tiene que trabajar de manera conjunta (Estado y pueblo indígena) para aplicar esta medida.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019) cita diferentes instrumentos internacionales, con la finalidad de visualizar sus pronunciamientos sobre la materia, el cual comprende lo siguiente:

Debido a la importancia de los ríos y las fuentes de agua, en el plano internacional se han adoptado normas que buscan

salvaguardar este componente esencial del territorio. En efecto, el Convenio 169 de la OIT, instrumentos que contempla que la protección del territorio requiere darse de forma integral, lo cual abarca todo el hábitat de los pueblos, incluyendo los ríos y fuentes de agua que están dentro de dicho espacio. Del mismo modo, la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce que tales colectivos mantienen una relación espiritual con los territorios dentro de los cuales se incluyen las aguas y mares costeros (artículo 25); y establece que el Estado tiene la obligación de asegurar la conservación y protección de los pueblos indígenas, para lo cual es necesario que adopten medidas eficaces, sobre todo en el caso de almacenamiento de materiales peligrosos, como sería el caso del mercurio (artículo 29). Por su parte, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce el derecho a la protección del medio ambiente sano, y establece que estos pueblos “tienen el derecho de ser protegidos contra la introducción, abandono, dispersión, tránsito, uso indiscriminado o depósito de cualquier material peligroso que pueda afectar negativamente a las comunidades, tierras, territorios y recursos indígenas (artículo 19) (p.140).

Esta institución señala que en virtud del cuidado de los ríos y manantiales varios instrumentos han empleado estas concepciones con la finalidad de proteger y salvaguardar la principal fuente de vida de una persona, que es el agua. En ese sentido, el Convenio 169 de la OIT se pronuncia respecto a una protección integral del territorio, el cual corresponde en su conjunto al hábitat de

los pueblos, esto incorpora las corrientes de agua que se encuentren en dicho espacio geográfico. En relación con eso, la Declaración de Naciones Unidas sobre materia indígena reconoce el vínculo espiritual que tienen los miembros de este sector con sus tierras y territorios, entre los cuales encontramos mares litorales y fuentes de agua, por lo cual, el estado debe tomar medidas idóneas para salvaguardar el acceso al agua limpia, especialmente en el supuesto de almacenamiento de sustancias tóxicas como el mercurio. A este respecto, la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas regula el precepto de un ambiente que cumple las condiciones de salubridad, además de que los miembros de los pueblos étnicos deben ser protegidos ante cualquier vertimiento, uso o almacenamiento de materiales peligrosos que vulnere de manera directa las tierras comunales y sus recursos ambientales.

En ese sentido, la CIDH (2019) analiza la contaminación por mercurio, y se menciona lo siguiente:

Colombia ha sido identificada como uno de los mayores contaminantes en mercurio. Al respecto, esta institución observa importantes medidas adoptadas por el Estado para atender esta problemática, como la promulgación de la Ley 1658 de 2013, con el objetivo de reglamentar el uso, comercialización gestión, almacenamiento de transporte, disposición final y lanzamiento en el ambiente de mercurio en las actividades industriales. En julio de 2018 entro en vigor la prohibición del uso del mercurio en la minería, y en cuanto al uso del mercurio en la industria y en procesos de producción, el compromiso del país es eliminarlo en el 2023. A pesar de tales regulaciones, la aplicación y efectividad todavía

serían deficientes, pues aun existirían grandes impactos socio ambientales que afectan pueblos y comunidades que habitan la Amazonía (p.63).

Se ha realizado un estudio y se ha identificado que Colombia es el país más contaminante en mercurio. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que este gobierno ha adoptado medidas importantes como la Ley N°1658 que tuvo por objeto prohibir su uso para poder mitigar los daños ocasionados, pero la misma fue insuficiente, ya que en los territorios comunales aún sigue existiendo un daño de naturaleza social que vulnera de manera considerable a los habitantes de la Amazonía.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005) señala en el párrafo 167 lo siguiente:

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que existe una especial vulneración hacia los pueblos indígenas, pues se encuentran amenazados, en el caso se afecte sus tierras y territorios, ya que no tendrían la posibilidad de obtener alimento y agua. En ese sentido, las comunidades tienen el derecho a usar y disfrutar de los recursos naturales, lo que está directamente vinculado con la obtención de los alimentos y el acceso al agua limpia (p.90).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, Esta institución señala que el derecho a salud está vinculado a la correcta alimentación y el libre acceso al agua en buenas condiciones, estas son necesarias para una vida digna y gozar de caracteres básicos para efectuar otros

preceptos del sistema de derechos humanos como por ejemplo el derecho a la educación o a la identidad comunal. En el caso de los pueblos étnicos la entrada a sus territorios y recursos ambientales esta vinculados de manera directa a tema de alimentos y el agua en buenas condiciones. Asimismo, este Comité ha enfatizado la particularidad vulnerabilidad que tienen determinados pueblos respecto a la vía de acceso a sus tierras, pues puede hallarse amenazado, lo cual afecta su subsistencia física y cultural al no obtener agua y alimento.

A criterio personal, considero que al ser reconocido este supuesto en la séptima disposición complementaria, transitoria y final del Decreto Supremo N°001-2012-MC es de obligatorio cumplimiento para el estado peruano (de naturaleza vinculante), pero la misma no es suficiente, ya que consideramos trascendental darle rango legal a esta figura como supuesto del derecho al consentimiento como requisito en nuestra normatividad, puesto que promueve y protege los derechos a la tierra, territorios y recursos ambientales de las comunidades, con lo cual el estado peruano no solo debe mencionar este precepto en el reglamento de consulta previa, sino que debe regularse en la ley de esta materia, "y no solo un mero reconocimiento infralegal, ya que este último no tiene rango ni fuerza de ley, caso contrario de las normas legales" (Rubio, 1983, p.422). Esto ocasionaría que esta premisa tenga posición solo por debajo de la Constitución y capacidad de exigir al estado peruano su cumplimiento, lo cual trae el efecto deseado en esta investigación.

Medidas especiales de salvaguarda

Las “medidas especiales de protección” fueron reconocidas por primera vez en el artículo 3 del Convenio 107 de la OIT (1957), el cual establece lo siguiente:

1. Se deberán adoptar medidas especiales para la protección de las instituciones, las personas, los bienes y el trabajo de las poblaciones en cuestión mientras su situación social, económica y cultural les impida beneficiarse de la legislación general del país a que pertenezcan.
2. Se deberá velar por que tales medidas especiales de protección:
 - a) No se utilicen para crear o prolongar un estado de segregación; y
 - b) Se apliquen solamente mientras exista la necesidad de una protección especial y en la medida en que la protección sea necesaria.
3. El goce de los derechos generales de ciudadanía, sin discriminación, no deberá sufrir menoscabo alguno por causa de tales medidas especiales de protección (p.3-4).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, desde el año 1957 se reconoce las medidas especiales de protección, las cuales sirven para proteger las instituciones, a los miembros de la comunidad, los recursos y el desarrollo, en cuyo caso se imposibilite beneficiarlos de la normativa interna a que integran. Asimismo, no se utilizarán para producir o extender una situación

de disgregación y se aplicará solo en el supuesto de necesidad de resguardo especial y será proporcional al resguardo requerido. En ese sentido, al implementar estas acciones no deberá tener ningún deterioro los derechos vinculados a la ciudadanía y no se realizará ningún tipo de discriminación.

Es necesario mencionar que la Conferencia Internacional del Trabajo (1988) en el cuestionario que se realizó en la revisión del Convenio 107 de la OIT se mencionó que:

Las medidas especiales de protección tal vez no sean posible ni conveniente, en las conclusiones propuestas se sugiere que se añadan al texto que figura en el cuestionario las palabras “según procedan”. En una respuesta se propone que este párrafo se amplíe para referirse también a las tierras y recursos; la Oficina opina que el término “bienes” es en sí mismo suficiente para el artículo 3 del Convenio (p. 116).

Como se puede mencionar en el párrafo anteriormente citado, las medidas especiales de protección fueron analizadas en cada estado, y señalaron que tal vez no era conveniente pues deseaban que se añada el término “según procedan”, por otro lado, hubo propuestas que quisieron ampliar la regulación de esta figura, incorporando tierras y recursos. En ese sentido, la Oficina Internacional del Trabajo afirmó que la terminología “bienes” satisface por sí sola para ser estipulado en el artículo 3 de este instrumento internacional.

En ese mismo orden de ideas, en las actas provisionales de la Conferencia Internacional de Trabajo (1988) se aborda ciertos puntos en los principios generales, los cuales comprende:

9. Se regularán medidas especiales en el caso de salvaguardar los bienes, el medio ambiente, las organizaciones, el trabajo y los miembros de las comunidades originarias.
10. Las medidas de especial protección no deben contravenir los intereses de los pueblos indígenas.
11. No debe actuar en detrimento de la ciudadanía la aplicación de las medidas de especial protección (p.27).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la Conferencia Internacional de Trabajo analiza las medidas especiales de protección, en el cual se ve en la necesidad de realizar algunos cambios como: primero, se incorpora el medio ambiente a esta figura; segundo, que estas medidas se realicen en conformidad a los intereses de las comunidades, y tercero, afirma que no debe efectuarse ninguna discriminación ni deterioro en los derechos vinculados a la ciudadanía. Estos supuestos innovadores son necesarios para promover y salvaguardar los derechos colectivos e individuales, pues con estas acciones los estados tienen el compromiso de implementar medidas que coadyuven a este sector en las materias antes mencionadas.

Al respecto se ha analizado el texto de convenio propuesto antes de publicarlo de manera oficial, la Conferencia Internacional del Trabajo (1989) señaló lo siguiente:

Artículo 4

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para proteger las instituciones, las personas, los bienes, el

trabajo y el medio ambiente de los (pueblos/poblaciones) interesados.

2. Tales medidas especiales de protección no deberán ser contrarias a los deseos de los (pueblos/poblaciones) interesados.

3. El goce sin discriminación de los derechos generales propios de la ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales de protección (p.7)

Este artículo pertenece al texto de convenio propuesto, es decir, este documento no es el oficial, aunque es necesario mencionar que hicieron varios cambios como lo señalamos anteriormente, también otro punto importante son los términos “pueblos” y “poblaciones”, en el Convenio 169 de la OIT se emplea pueblos, ya que responde a los derechos de identidad y organización propia. Por otro lado, no se ha empleado la terminología estado de segregación que proviene del Convenio 107 del mismo instrumento, pues a criterio personal, considero que esta disposición creaba mucha exclusión a los pueblos originarios, pues se revictimiza a este sector.

En ese mismo orden de ideas, el Informe IV (2B) de la Conferencia Internacional del Trabajo (1989) también “analiza esta figura en el artículo 4, en el cual se establece casi lo mismo que el informe IV (1), aunque con algunas diferencias como: el uso de pueblos en vez de poblaciones, y pone en primer lugar a las personas antes que las instituciones” (p.5).

Por otra parte, analizando este término antes mencionado, el Convenio 169 de la OIT emplea el término “medidas especiales de salvaguarda”, además de que lo regula bajo el supuesto del consentimiento como requisito. Asimismo, esta figura no solo comprende a las personas, instituciones, bienes, trabajo y medio ambiente, sino también a cultura. Es decir, este instrumento internacional actual ha realizado algunos cambios en esta materia, lo cual a criterio personal considero que es muy pertinente para este supuesto, pues son acciones que necesitan tener un carácter obligatorio para los estados con el fin de defender los derechos colectivos e individuales de los pueblos originarios.

El convenio 169 de la OIT (2014) en el artículo 20 inc.1 afirma lo siguiente:

Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general (p.44).

Es cierto que este supuesto en su integridad es regulado por el Convenio 169 de la OIT en el artículo 4, aunque también encontramos el término “medidas especiales” en el artículo 20 de este mismo instrumento, pero al mismo tiempo no reconoce el consentimiento dentro de sus apartados. Como se puede apreciar, este dispositivo señala que los estados deben trabajar de manera conjunta con las comunidades en realizar medidas especiales con el fin de protegerlos en temática se contratación y empleo.

En ese mismo orden de ideas, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en el artículo 21 inc.2 señala lo siguiente:

Los Estados adoptarán medidas eficaces y, cuando proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas (p.108).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, en este instrumento internacional las medidas especiales también son mencionadas, aunque es preciso mencionar que no se reconoce el consentimiento, este dispositivo orienta a los gobiernos a crear medidas idóneas o en casos de especialidad, aplicar medidas especiales con el fin de proteger las necesidad económicas y sociales de las comunidades, asimismo, se pone mayor énfasis para las mujeres, jóvenes, ancianos, niños o personas con discapacidad pertenecientes a este sector.

Las medidas especiales no solo son mencionadas en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, también son citadas en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

En ese sentido, se abordará el artículo 1 inc.4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), el cual señala lo siguiente:

Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se consideraran como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzarlos los objetivos para los cuales se tomaron (p.2).

Este instrumento reconoce a las medidas especiales, aunque no se menciona el derecho al consentimiento. Este apartado señala que esta figura debe aplicarse con una finalidad exclusiva la cual responde a garantizar el progreso de los grupos étnicos o de otros ciudadanos que necesiten esta protección para que puedan ser tratados en condiciones de igualdad, en función a los derechos humanos y que no sean acciones de discriminación de índole racial. Asimismo, estas medidas no deben conllevar derechos distintos que dividan a los grupos raciales, y no ser implementados una vez que cumplieron su propósito de creación.

En ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013) ha afirmado que:

Una de las principales amenazas que enfrentan los pueblos en aislamiento y que frecuentemente lleva al contacto es la enorme presión sobre los territorios en que habitan y transitan, y que a

menudo deriva en incursiones a estos. Como han señalado la CIDH y la Corte Interamericana, los pueblos indígenas guardan una relación especial con sus tierras, territorios y recursos naturales en términos materiales, sociales, culturales y espirituales; la protección de esta relación es fundamental para el goce de otros derechos humanos de los pueblos indígenas y por lo tanto amerita medidas especiales de protección (p.48).

Lo que se desprende del párrafo anteriormente mencionado, la Comisión Interamericana ha señalado que esta figura también es aplicada a los pueblos en aislamiento, y no solo a las comunidades originarias. Asimismo, esta institución internacional se implementará en defensa de sus tierras, territorios y recursos naturales, en ese sentido, afirman que es de vital importancia su regulación para salvaguardar los otros derechos fundamentales de los pueblos tribales.

En ese mismo orden de ideas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010) señala que:

Los pueblos tribales y sus miembros son titulares de los mismos derechos que los pueblos indígenas y sus miembros. Para la CIDH, “el derecho internacional de los derechos humanos le impone al Estado la obligación de adoptar medidas especiales para garantizar el reconocimiento de los derechos de los pueblos tribales, incluso el derecho a la posesión colectiva de la propiedad” (p.12).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos da igualdad a los términos indígena y tribal, con el objeto de reconocer todos los derechos de este sector vulnerable, por otro lado, afirma que los Estados tienen el compromiso de aprobar mecanismos especiales con el fin de ponderar la regulación de los derechos de los pueblos indígenas y originarios, además de todo lo vinculado al derecho a la posesión de tierras o territorios.

En esa misma línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2000) en su segundo informe de la situación de los derechos humanos en el Perú, establece lo siguiente:

El instrumento internacional específico más relevante es el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, ratificado por Perú el 2 de febrero de 1994. El referido Convenio establece obligaciones de consulta y participación de los pueblos indígenas en los asuntos que los afectan. Las organizaciones indígenas lo utilizan de manera creciente y como parte de su programa de reivindicaciones jurídicas. Al ratificar tal instrumento, el Estado peruano se comprometió a adoptar medidas especiales para garantizar a sus pueblos indígenas el goce efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin restricciones, así como realizar esfuerzos para mejorar las condiciones de vida, participación y desarrollo en el marco del respeto de sus valores culturales y religiosos (p.7).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su marco jurídico ha señalado que la norma internacional más importante respecto a esta materia es el Convenio 169 de la OIT, el cual insta los derechos de participación y de consulta en temas que les concierne. También afirma que, al ratificar este instrumento, el estado peruano tiene el deber de aprobar medidas especiales que busquen reconocer a los pueblos indígenas y originarios el pleno ejercicio de los derechos humanos y preceptos fundamentales, asimismo, crear espacios de mejora en temas de participación, desarrollo y vida en conformidad de sus costumbres culturales y creencias religiosas.

Al existir mucha ambigüedad en su aplicación, Naciones Unidas (2009) decidió elaborar su significado y alcance, el cual comprende:

El concepto de medidas especiales se basa en el principio de que las leyes, políticas y prácticas adoptadas y aplicadas para cumplir las obligaciones previstas en la Convención deben complementarse, cuando las circunstancias lo aconsejen, con la adaptación de medidas especiales temporales destinadas a garantizar el disfrute pleno e igual de los derechos humanos y las libertades fundamentales por los grupos desfavorecidos. Las medidas especiales forman parte del conjunto de disposiciones de la Convención encaminadas a eliminar la discriminación racial, para cuyo cumplimiento será necesario aplicar fielmente todas las disposiciones de la Convención (p.4).

Como se puede apreciar, Naciones Unidas aborda las medidas especiales con el objeto de promover su implementación en todos los estados parte de la

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. En ese sentido, afirma que se debe complementar las leyes y políticas con la creación de medidas especiales, las cuales tendrán un carácter temporal y se efectivizará el pleno ejercicio de los derechos humanos y disposiciones fundamentales por los sectores vulnerables, entre los cuales tenemos a los pueblos indígenas, comunidades campesinas, comunidades nativas, entre otros. Este precepto tiene como objeto eliminar toda discriminación racial y promover la igualdad efectiva.

En esa misma línea, Naciones Unidas (2009) realiza una ejemplificación de las medidas para un mejor entendimiento, el cual comprende:

Por medidas se entiende toda la gama de instrumentos legislativos, ejecutivos, administrativos y reglamentarios a todos los niveles de la administración del Estado, así como los planes, políticas, programas y sistemas de cuotas en sectores tales como la educación, el empleo, la vivienda, la cultura y la participación en la vida pública para los grupos desfavorecidos, ideados y aplicados sobre la base de esos instrumentos. Para cumplir las obligaciones que les impone la Convención, los Estados partes deben incluir disposiciones sobre las medidas especiales en sus ordenamientos jurídicos, bien en la legislación general o bien en las leyes destinadas a sectores concretos, teniendo en cuenta el conjunto de los derechos humanos enumerados en el artículo 5 de la Convención, así como los planes, programas y otras iniciativas de política antes mencionados, a los niveles nacional, regional y local (p.4-5).

Se puede apreciar que se señala los diferentes temas que comprende las medidas como, por ejemplo: planes, programas, políticas y los sistemas de cuotas de sectores. Esta última se refiere a contenidos como la educación, vivienda, empleo, cultura y participación de los grupos de especial protección en el marco de los instrumentos ejecutivos, legislativos, administrativos y reglamentarios. Esto coadyuva para que los estados parte de esta Convención puedan incorporar estas disposiciones en su normatividad interna, los cuales tendrán un alcance nacional, regional y local.

Por otro lado, según Naciones Unidas (2009) esta figura “no comprende los derechos específicos de los pueblos ni los derechos humanos permanentes, pues, se refiere a las personas que pertenecen a las minorías, y a derechos reconocidos a nivel internacional que pueden beneficiarse de aquellas medidas especiales, respectivamente” (p.5).

En ese mismo orden de ideas, la Oficina Internacional del Trabajo (2013) señala que: “estas medidas no son privilegios especiales a los pueblos indígenas, sino que se requieren de las mismas en materia de consulta y participación para salvaguardar los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas en conformidad de un Estado en democracia” (p.3).

Asimismo, la Oficina Internacional del Trabajo (2013) afirma que “esta figura no comprende derechos especiales, sino que por la situación que atraviesan es necesario tomar medidas especiales con el fin de proteger sus culturas y su subsistencia. Estas afirmaciones sirven a que los gobiernos puedan incorporarlas en su normatividad” (p.14).

En ese mismo sentido, la Oficina del Alto Comisionado (2014) afirma que: “esta figura es un principio y que es una obligación de los estados parte en materia de pueblos indígenas, aunque existe un límite, el cual responde a la conformidad de los deseos expresados libremente por las comunidades” (p.17).

Como se puede apreciar, esta figura ha ido cambiando y ampliándose en el sistema internacional, lo cual es bueno para los miembros de las comunidades, que buscan solucionar sus conflictos cuando son afectados sus derechos. En ese sentido, se busca que este supuesto de consentimiento como requisito sea reconocida y que posea un rango legal, con el fin de ponderar los derechos colectivos e individuales de los pueblos originarios.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia se menciona lo siguiente:

Finalmente, sobre la recomendación hecha por la CIDH concerniente al impacto diferenciado del conflicto armado en las comunidades indígenas, la Defensoría del Pueblos informó que el Auto 004/09, en seguimiento a la Sentencia T-025/04 ordenó que se formulara de manera concertada con los pueblos indígenas un programa de garantías de derechos humanos y planes de salvaguarda para los pueblos indígenas identificados en riesgo. A pesar de ello, la respuesta institucional ha sido precaria en la inclusión de políticas diferenciales para la atención, prevención y protección de estos pueblos. En consecuencia, los pueblos indígenas consideran que este programa “quedó en papel” porque

su desarrollo no fue financiado ni adoptado por el gobierno nacional, departamental y municipal (p.744).

Esta disposición da entender que Colombia debe implementar medidas especiales de salvaguarda y planes en derechos humanos con el fin de garantizar los derechos fundamentales de los pueblos originarios. Pero la CIDH señala que las acciones realizadas por este gobierno no han sido idóneas, sino todo lo contrario, son insuficientes respecto a incorporar políticas con enfoque diferencial para atender, prevenir y proteger los derechos consuetudinarios de las comunidades. En conclusión, este sector siente que esta medida solo ha sido un mero trámite burocrático, pues su aplicación no fue subvencionado ni admitido por el estado colombiano en sus tres niveles de gobierno.

Analizando los documentos anteriores presentados por diferentes instituciones internacionales, se puede afirmar que este supuesto es vinculante para ser aplicado en nuestro país, pues al ser reconocido en el Convenio 169 de la OIT, se vuelve de obligatorio cumplimiento para nuestro ordenamiento jurídico, ya que es una norma *hard law*, asimismo, con el objeto de dar un carácter vinculante a este supuesto planteamos su reconocimiento en una norma legal (Ley de Consulta Previa N° 29785), “ya que la misma posee rango y fuerza legal, es decir, se encuentra solo por debajo de la Constitución y obliga al gobierno a acatar las disposiciones” (Rubio, 1983, p.422), además de ello, solicitamos la unificación con los otros supuestos pertinentes en esta norma de origen legal con el fin de amalgamar las premisas que promueven el derecho al consentimiento y no exista la contradicción normativa y la discontinuidad jurídica (Fernández, 1999, p.18).

Desarrollo, utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) en el artículo 1 inc.2 señala lo siguiente:

Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia (p.12).

Este instrumento internacional afirma que todas las comunidades pueden usar sus recursos ambientales sin detrimento de las acciones que vienen de la cooperación económica internacional, el cual tiene como base el principio de beneficio de índole recíproco, y a la vez del derecho internacional. Asimismo, bajo ninguna circunstancia se puede privar a una comunidad de su propia supervivencia.

A criterio personal, considero que el enunciado anteriormente citado demanda un equilibrio entre los derechos de los pueblos indígenas y la economía, lo cual nos hace pensar que ambas definiciones no son contrarias, sino complementarias. En otras palabras, las comunidades pueden disfrutar de sus recursos siempre que no dañen a la cooperación económica internacional, asimismo de realizar un trabajo en conjunto. En ese sentido, también se menciona que en ningún caso se podrá vulnerar su medio de subsistencia.

En ese mismo orden de ideas, Naciones Unidas (2008) menciona algunos principios rectores que ayudarán a identificar que los pueblos indígenas tienen derecho de estos recursos, el mismo comprende:

Es preciso mencionar que, si la actividad a realizar impide el acceso a los beneficios o no se contó con el consentimiento de las comunidades, no se podrá implementar ninguna medida para explotar o explorar los territorios ancestrales. Asimismo, este sector tiene el derecho a utilizar sus propios recursos naturales aún a pesar de que en algunos estados estos bienes son propiedad del gobierno. En ese sentido, se debe asegurar la correcta distribución de los beneficios, la compensación y el patrimonio originario (p.17-18).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, las comunidades originarias poseen la facultad de acceder a los recursos naturales aun donde los derechos del subsuelo y de estos recursos correspondan al estado. Aunque es necesario aclarar que estas facultades de manera general son manifestadas a través de consensos de origen legal que determina el uso de estos recursos, fortaleciendo la salvaguarda del patrimonio originario, repartición de ganancias y el resarcimiento. Asimismo, esta materia protege y respeta la subsistencia y el desarrollo de este sector vulnerable. Respecto los recursos del subsuelo que tengan como titular al estado ubicados dentro de los territorios de los pueblos étnicos, los mismos aun poseen el consentimiento previo, libre e informado, ya sea para la inspección y explotación de los recursos ambientales, además de solicitar las utilidades. También se observa que Naciones Unidas señala que no pueden dar permisos para extraer o explorar,

los recursos indígenas de sus territorios si el proyecto imposibilita a las comunidades a continuar utilizando y aprovechándose de aquellas zonas o cuando no se obtenga el consentimiento indígena.

Según la Asamblea General (1966) afirma 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 minerales” (57).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la Asamblea General señala que ninguna afirmación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales debe malinterpretarse en perjuicio del derecho a usar de manera libre sus recursos ambientales de los pueblos indígenas y tribales. Asimismo, en este apartado podemos advertir que se menciona los recursos minerales, los cuales comprende parte de este supuesto.

Otro punto importante en este supuesto es el análisis jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre esta materia, este tribunal regional cita de manera expresa en el pie de página este precepto en dos casos, los cuales serán estudiados a continuación.

La primera versa sobre la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007) del pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador en donde se afirma lo siguiente:

El aprovechamiento, uso o crecimiento de los recursos de naturaleza hídrica, mineral o de otro tipo afecta las tierras y territorios de las comunidades originarias, por lo cual, antes de implementarla se debe realizar una consulta a través de sus propias

instituciones con la finalidad de llegar al consentimiento. En ese sentido, este apartado es acogido en la presente sentencia en el pie de página número 134, en donde se cita al artículo 32.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Asimismo, se observa que existe una segunda garantía cuando se plantea el supuesto de planes de desarrollo, que es el de compartir de manera razonable los beneficios del proyecto con la comunidad de Saramaka. La palabra compartir beneficios es citado en diferentes normas internacionales de los derechos de los pueblos étnicos y tribales (p.44).

Como se puede apreciar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma que una segunda opción que debe implementar el gobierno de Surinam es que en el caso de planes de inversión en los territorios de este pueblo se debe entregar los beneficios de manera proporcional del proyecto a realizar. Igualmente, se menciona que el término de distribuir los beneficios se encuentra regulada en diferentes normas internacionales en el marco de los derechos de los pueblos originarios y comunidades.

Por otro lado, también se puede visualizar que se cita el pie de página 134 en donde de manera expresa se encuentra este supuesto, en ese sentido, se puede afirmar que el artículo 32 inc.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es empleado para analizar los planes de desarrollo y los beneficios que derivan de este proyecto. En otras palabras, el desarrollo, utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo, comprende parte del derecho al consentimiento como requisito, el

cual deberá ser analizada desde los planes de inversión a gran escala, cual precepto es señalado por el tribunal interamericano.

El segundo caso se refiere al Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012), en esta sentencia se menciona en tres oportunidades el artículo 32 inc.2 en el pie de página, los cuales serán analizados a continuación:

El estado debe llevar acciones de fiscalización y de inspección en la implementación del proceso de consulta y participación de las comunidades étnicas y ofrecer tutela efectiva a través de los diferentes órganos judiciales competentes. En ese sentido, el gobierno garantiza estos derechos en las diversas fases del proyecto que afecte la tierra donde se ubica algún pueblo originario, asimismo, la búsqueda de acuerdos debe efectuarse desde la primera etapa de la medida, con la finalidad de que cada pueblo interesado pueda intervenir en el proceso en virtud a los instrumentos internacionales. En esa misma línea, el estado asegura que los derechos colectivos de las comunidades sean respetados en cualquier actividad que se ejecute con el sector empresarial o ligado a las decisiones del propio poder público (p.49-50).

Examinando lo anteriormente mencionado, se puede afirmar que este supuesto del derecho al consentimiento como requisito deberá analizarse en las etapas de planeación y desarrollo de un plan de inversión, el cual puede afectar a los pueblos y comunidades de manera directa, además de vulnerar su derecho

esencial a su existencia, este análisis deberá formar parte en los inicios de estas acciones de la medida legislativa o administrativa con el objeto de que los miembros de este sector tengan participación efectiva en estas fases del proceso en virtud de lo dispuesto en las normas internacionales. En ese mismo orden de ideas, los gobiernos deben garantizar que no sean desplazados en estas actividades o que se vean afectados sus derechos colectivos e individuales. Asimismo, es obligación de los estados fiscalizar y monitorear estas medidas y cuando sea necesario acceder a las instituciones judiciales para ejercer tutela efectiva a sus derechos culturales.

Otra mención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) sobre este supuesto está en el párrafo 180, el cual comprende lo siguiente:

Cuando se efectúe la consulta, el artículo 15 inc.2 del Convenio N° 169 de la OIT señala que “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 existente en sus tierras”. Aunado a ello, el Tribunal ha identificado que la consulta se ejecuta en conformidad con las instituciones propias del pueblo étnico, en la primera fase de la medida de inversión y no exclusivamente cuando exista la necesidad de arribar a una aceptación de la misma comunidad, si este último fuera el caso, se debe avisar con tiempo para sostener una discusión dentro de los pueblos y brindar una respuesta idónea al gobierno. Asimismo, este apartado es citado en el pie de página

número 237 en donde se cita al artículo 32.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (p.55).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, este supuesto es citado en este apartado en el pie de página número 237, dando así una referencia de su aplicación, con la finalidad de establecer y determinar el precepto del consentimiento como requisito. En ese sentido, en el párrafo 180 se menciona que los estados deben instaurar o conservar acciones con el fin de consultar a los miembros de las comunidades e implementar algún programa de exploración o explotación de los recursos ambientales en sus territorios. Al respecto, este Tribunal regional señala que se debe aplicar la consulta en virtud de las costumbres de este sector, a inicios del plan de inversión y no solamente en el caso que se necesita la elección de estas comunidades, esto coadyuvará a tener una información adecuada y un tiempo idóneo para poder dialogar entre las partes interesadas y ofrecer una respuesta rápida y eficaz. Lo que quiere mencionar la Corte Interamericana con estas afirmaciones es que este apartado debe adaptarse dentro de los procedimientos de consulta, en los inicios de prospección o explotación de tales medidas.

A criterio personal considero que esto aborda situaciones como, por ejemplo: poner en conocimiento desde el principio a las personas pertenecientes en este procedimiento de la necesidad del consentimiento para la decisión final del proceso de consulta, explicación e información detallada de lo que comprende el derecho al consentimiento como requisito a los pueblos indígenas y tribales, entre otros.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) en el párrafo 185, afirma lo siguiente:

De acuerdo con las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, las consultas deberán ser “llevadas a cabo [...] de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. Asimismo, en este apartado se hace referencia al artículo 32.2 en el pie de página (p.57).

Este tribunal regional cita de manera expresa este supuesto con el fin de indicar la relación que existe con el proceso de consulta y el consentimiento, pues este último es la finalidad de toda consulta, aunque es necesario mencionar que por lo general no es obligatorio obtenerlo, pero existe algunas excepciones como ocurre en este caso en particular, pues versa sobre el desarrollo, utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

Otro análisis del caso de *Saramaka vs. Surinam* de la Corte Interamericana (2007) es el pronunciamiento del CEDR en el pie de página 133, en donde afirma que:

El Comité recomienda que se obtenga el consentimiento de naturaleza previa e informada de las comunidades interesadas, pues no es suficiente la mera consulta para cumplir con los estándares señalados por el Comité en la recomendación general XXIII sobre los derechos de los pueblos originarios, respecto a la explotación de los recursos que existen en el subsuelo de las tierras ancestrales de este sector (p.43).

Como se puede apreciar en el caso de Saramaka vs. Surinam se cita al CEDR respecto al pronunciamiento de la figura del consentimiento, el cual afirma que no basta la mera consulta en los casos de explotación de los subsuelos de los territorios originarios de las comunidades, sino que es necesario el consentimiento como requisito para poder cumplir con los estándares establecidos por este Comité.

En cuanto al pronunciamiento del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial-CEDR (1997) respecto al consentimiento, fue el siguiente:

En cuanto a la explotación, control y posesión de tierras y recursos minerales el Comité exhorta a los estados parte para que reconozcan y salvaguarden los derechos colectivos de las comunidades, y en el supuesto que se haya privado de sus territorios o hayan sido ocupados o usados sin su consentimiento, se adoptarán acciones para que sean devueltos. Por otro lado, cuando no sea posible estas medidas, se aplicará el derecho a la restitución para una justa indemnización, la cual debe ser en forma de territorios y tierras (p.5).

El CERD señala en el año 1997 que los gobiernos deben salvaguardar y regular los derechos colectivos e individuales de las comunidades respecto a sus territorios ancestrales y recursos ambientales, y también en los casos donde se les ha vulnerado el acceso a sus tierras tradicionales o al ocupar y usar esos espacios sin el consentimiento de los miembros de los pueblos tribales y originarios, asimismo, es necesario determinar mecanismos que busquen devolver las tierras que fueron vulneradas de alguna manera como se cita en el

párrafo anterior. Por otro lado, se puede observar que se menciona una salvedad, en el supuesto que no sea posible realizar esta devolución se aplicara el derecho a una indemnización justa y proporcional a las tierras y territorios.

En ese mismo sentido, el CEDR (2003) ha ido ampliando y precisando el derecho al consentimiento, lo cual es apreciado en el siguiente párrafo:

El Comité señala que, para su próximo informe periódico, el gobierno debe brindar información minuciosa sobre la titularidad de los territorios de los pueblos originarios, también sobre sus recursos que disponen para que puedan reclamar una indemnización en el supuesto de deterioro del medio ambiente de sus tierras comunales. Asimismo, el Comité observa que en el caso de explotación de los recursos que yacen del subsuelo no basta la mera consulta para cumplir con lo señalado en el Recomendación general N°XXIII del Comité, por lo que se recomienda que se obtenga el consentimiento de los pueblos indígenas y se respete la división justa de los beneficios que deriven de dicha medida (p.4).

En esa misma línea, el CERD realiza un pronunciamiento del derecho al consentimiento, el cual señala que no basta la aplicación de una consulta en el caso de explotación de tierras y recursos ambientales, ya que es necesario la implementación del consentimiento como requisito para cumplir con los estándares establecidos en la Recomendación general N°23. Asimismo, afirma de la importancia de dar las ganancias y beneficios a los miembros de las comunidades de los territorios que están aprovechando los gobiernos. En ese sentido, los estados deben realizar un informe periódico en donde se brinde

información respecto a los propietarios de esos recursos comunales, igualmente, los pueblos vulnerado por estas acciones tienen la facultad de solicitar una indemnización en el supuesto de depauperar el medio ambiente de las tierras ancestrales.

En la Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011) en el caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador se afirma lo siguiente:

Respecto de la relación del objeto del peritaje del señor James Anaya con el orden público interamericano de los derechos humanos, al someter el caso la Comisión expuso que “este caso representa la oportunidad de que el Sistema interamericano desarrolle con mayor profundidad el tema de derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas”. Posteriormente, al remitir su lista definitiva de declarantes, señaló que “[l]a experticia del doctor Anaya permitirá a la Corte profundizar en el tema del requisito del consentimiento y la consulta previa, el cual se interpreta como una salvedad consolidada de los derechos colectivos de las comunidades originarias, ya que existe un vínculo directo en el supuesto de implementación de planes de inversión con la identidad cultural, el derecho a la vida y otros derechos fundamentales (p.10).

Esta afirmación del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el peritaje del señor James Anaya en el caso de Sarayaku vs. Ecuador a criterio personal, nos parece un análisis muy curioso, ya que

menciona que es una gran oportunidad para estudiar a profundidad la consulta y el consentimiento como requisito, pues se pondera el derecho a la vida, a la identidad cultural y otros en el marco de los planes de inversión o desarrollo que afecten los derechos antes mencionados. En ese sentido, señalamos que en este caso en cuestión no se hizo la indagación necesaria para delimitar y enmarcar la naturaleza jurídica del derecho al consentimiento como requisito, lo cual se planteó en esta resolución, es más solo se siguió con el pronunciamiento del caso de Saramaka vs. Surinam.

Otro caso es de la Comunidad Yakyé Axa desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que señala lo siguiente:

Se visualiza una afectación al derecho a la vida, específicamente a una vida digna de los pueblos étnicos, pues les han privado de acceder a sus propias medidas de subsistencia, así también a acceder a alimentos, al uso y disfrute de los recursos comunales para obtener agua limpia y para la aplicación de la medicina originaria, el cual sirve para prevenir y curar enfermedades de los miembros de las comunidades (p.26).

La Corte IDH ha señalado en este caso la afectación a un estilo de vida digno de cada miembro de los pueblos originarios, pues les ha despojado de el libre acceso a sus medios de existencia cultural, también al derecho a una correcta alimentación y utilización de los recursos ambientales para obtener agua en buenas condiciones y la medicina comunal que prevenga y sane las enfermedades.

La subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (1994) desarrolla el proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las Poblaciones Indígenas, el cual en su artículo 30 establece lo siguiente:

Se dará una correcta indemnización a las comunidades por acciones nocivas y se acogerá medidas para amortiguar sus daños, siempre y cuando, exista un acuerdo con los pueblos interesados. Asimismo, los pueblos étnicos tienen la facultad de establecer y gestar sus propios programas de desarrollo o uso de sus tierras y otros recursos comunales, en particular a requerir de los gobiernos la obtención del consentimiento, previo a la aprobación de algún proyecto de inversión que afecte sus territorios u otros bienes naturales, especialmente vinculado a la utilización, desarrollo o explotación de recursos de naturaleza minera, hídrico o de otra índole (p.12).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, las comunidades originarias tienen la facultad de usar sus territorios y recursos ambientales, y especialmente pueden solicitar a los gobiernos el consentimiento con total conocimiento de los pueblos interesados antes de iniciar cualquier tipo de proyecto que vulnere sus tierras ancestrales y recursos comunales, singularmente en el supuesto de desarrollo, uso o aprovechamiento de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. Además de ello, se ofrecerá una indemnización proporcional a estas acciones y se crearán mecanismos para menguar los daños ocasionados al medio ambiente, al orden social, cultural, económico o ancestral.

A criterio personal, consideramos que este supuesto del consentimiento como requisito es declarado en este artículo anteriormente citado, como se puede observar existen diferencias con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas, pues en la versión oficial se reconoce en el artículo 32, está conformado por tres párrafos y se menciona la reparación; mientras que en el proyecto de esta norma se regula en el artículo 30, el cual se describe en un solo párrafo y alude al término indemnización.

La Comisión de Derechos Humanos (1994) señala en el examen técnico del proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las poblaciones indígenas en el artículo 30 lo siguiente:

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras, territorios y otros recursos, en particular el derecho a exigir a los Estados que obtengan su consentimiento, expresado con libertad y pleno conocimiento, antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras, territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. Tras acuerdo con los pueblos interesados, se otorgará una indemnización justa y equitativa por esas actividades y se adoptarán medidas para mitigar sus consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual (p.9-10).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, las comunidades originarias poseen la facultad de establecer y gestar el uso de las

tierras y recursos ancestrales, especialmente en el supuesto de obligar a los gobiernos el derecho al consentimiento antes de crear proyectos que vulneren los territorios de los pueblos indígenas y tribales, asimismo, respecto al desarrollo, utilización o aprovechamiento de los recursos comunales, hídricos o de otra índole. Por otro lado, se puede observar que se ofrecerá una indemnización proporcional a las acciones adoptadas con el fin de menguar los daños al medio ambiente, al orden social, cultural, económico o espiritual.

Otro punto fundamental es que esta figura fue citada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2001) en las fuentes del derecho internacional y nacional para el proyecto de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el artículo XIII que se aborda el derecho a la protección del medio ambiente, el cual señala lo siguiente:

Se dará una correcta indemnización a las comunidades por acciones nocivas y se acogerá medidas para amortiguar sus daños, siempre y cuando, exista un acuerdo con los pueblos interesados. Asimismo, los pueblos étnicos tienen la facultad de establecer y gestar sus propios programas de desarrollo o uso de sus tierras y otros recursos comunales, en particular a requerir de los gobiernos la obtención del consentimiento, previo a la aprobación de algún proyecto de inversión que afecte sus territorios u otros bienes naturales, especialmente vinculado a la utilización, desarrollo o explotación de recursos de naturaleza minera, hídrico o de otra índole (p.1)

Como se puede apreciar, este apartado responde fielmente a los dispuesto en el proyecto de la declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, ya que faculta a los gobiernos a obtener el consentimiento antes de iniciar cualquier proyecto que vulnere las tierras y recursos comunales, especialmente el supuesto de desarrollo, utilización o aprovechamiento de los recursos ancestrales, hídricos o de otra índole. Asimismo, regula la figura de la indemnización con el objeto de menguar los daños ocasionados al medio ambiente.

Al respecto, se puede observar que este supuesto del derecho al consentimiento como requisito es citado en el proyecto de la Declaración Americana de Derechos Humanos con la finalidad de promover y conservar el derecho a la tierras, territorios y recursos ambientales.

Por otro lado, también es importante mencionar el artículo XXIX inc.4 de la Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (2016) en donde se menciona este supuesto, el cual comprende lo siguiente:

Se obtendrá el consentimiento de manera especial en el caso de explotación, uso o desarrollo de bienes de naturaleza hídrica, minera o de otra índole. En ese sentido, los Gobiernos tienen el deber de consultar a las comunidades étnicas a través de sus organismos institucionales con la finalidad de llegar a un consentimiento, es mismo que será informado y libre, esto antes de aprobar cualquier medida que vulnere sus tierras, territorios y recursos comunales (p.14).

Como se puede apreciar, este instrumento reconoce de manera expresa este supuesto, asimismo, responde a una transcripción literal de lo citado en el artículo 32 de la Declaración de Naciones Unidas sobre esta materia. En ese sentido, se puede manifestar que ambas normas internacionales regulan el derecho al consentimiento como requisito respecto al desarrollo, uso de recursos comunales, de origen hídrico o de otra índole.

El autor González (2007) hace mención del medioambiente y desarrollo sostenible de la siguiente manera:

La gestión de la agricultura sostenible de bosques y otros recursos naturales requiere un enfoque integral de los varios temas que conforman esta área y la identificación de oportunidades que han tenido éxito a través de la cooperación de la gestión ambiental, tanto a nivel de proyectos como de políticas. Resulta imposible que una mano pueda aplaudir sola, tampoco resulta posible concebir una fructífera cooperación en el ámbito del medioambiente y el desarrollo sostenible que lo implique y comprometa a la vez los recursos naturales y ecológicos existentes y los recursos tecnológicos y financieros necesarios para utilizarlos racionalmente, para preservarlos y protegerlos adecuadamente (p.135-139).

Se observa que para gestionar la agricultura sostenible es relevante la formación integral de diferentes temas como el área y la determinación de oportunidades que han sido exitosas en la implementación de la gestión ambiental, ya sea en proyectos o en políticas. También se afirma que debe existir

un trabajo en conjunto, pues se debe concebir un trabajo en equipo respecto al medio ambiente y al desarrollo sostenible y que garantice los diferentes tipos de recursos (naturales, ecológicos, tecnológicos y financieros) con la finalidad de usarlos de manera consciente y preservarlo para las futuras generaciones.

La Organización de los Estados Americanos (2006) señala un plan estratégico que comprende lo siguiente:

Asegurar que las políticas y proyectos de desarrollo sostenible ayuden a reducir la pobreza; identificar apoyar nuevas oportunidades competitivas y de inversión, y mantener fuentes de ingresos. La meta es la reducción de la pobreza, promover la igualdad y la inclusión social. Asimismo, garantizar el uso sostenible de los recursos naturales como: los hídricos, la gestión agrícola, diversidad biológica, entre otros (p.2-3).

Esta institución señala que es importante que los planes de inversión y las políticas sean sostenibles con el objeto de disminuir la pobreza, determinar otras oportunidades de naturaleza competitiva y de libre inversión, y el fortalecimiento de las fuentes de financiación. Asimismo, la OEA tiene como meta la promoción de la igualdad, la integración social, y acortas las brechas de la pobreza. También, se menciona que se debe asegurar el uso sustentable de los recursos ambientales como cita el autor, en los siguientes casos: hídricos, de uso agrícola, la biodiversidad, etc.

En ese sentido, los autores Cotler, Sotelo, Dominguez, Zorrilla, Cortina y Quiñones (2007) señalan lo siguiente:

El deterioro del suelo afecta de distinta manera a la población rural y a la urbana por ser diferentes maneras de relacionarse con los recursos naturales, siendo mayor para la población que habita en las zonas rurales y que basa la mayor parte de su ingreso en las actividades agropecuarias. Estos efectos se incrementan si los campesinos son pobres y no tienen acceso a tecnología, créditos, u otros ingresos. La degradación de la tierra impacta negativamente el factor de producción más importante que tienen los pobres, además de su mano de obra. (p.13).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el daño progresivo del suelo afecta de manera más directa a la zona rural en vez de la urbana, ya que esta última tiene una relación más cercana con los recursos ambientales y comprende una población de campesinos pobres y la fuente de sus ingresos provienen de la agricultura y de la ganadería. Asimismo, los deterioros de estas tierras dañan de manera significativa su sistema de producción y a los trabajadores que laboran de ello.

En el artículo 30 del Proyecto de Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas se regula este supuesto de la siguiente manera:

Se debe ofrecer a las comunidades originarias con previo acuerdo, una indemnización idónea por las consecuencias que puedan ocasionar estas actividades y se crearán medidas para amortiguar los posibles daños de naturaleza ambiental, cultural, entre otros. Asimismo, los pueblos étnicos tienen la facultad de establecer y

gestar sus propias tácticas e intereses para el uso o fomento de sus territorios, tierras y recursos minerales, en especial el derecho a reclamar a los gobiernos de que ante cualquier proyecto de inversión se debe llegar a un consentimiento, particularmente en el caso de uso, progreso o explotación de recursos de naturaleza hídrica, minera o de otra índole (Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 1991,p.12).

Esta institución menciona que este proyecto reconoce a las comunidades a ejercer su autonomía respecto al establecimiento de prioridades y planificaciones para el uso de las tierras y recursos ambientales, especialmente el derecho al consentimiento previo, libre e informado antes de iniciar algún proyecto de inversión que vulnere de manera directa a sus territorios comunales en conexión al supuesto analizado en el presente apartado. Además, se ofrecerá una indemnización igualitaria a las actividades realizadas y de crearan medidas que coadyuven al daño ambiental, social, cultural, entre otros. Asimismo, se puede apreciar que estas afirmaciones de este proyecto son parecidas al documento oficial, por lo cual, sigue el mismo pronunciamiento.

La Organización de los Estados Americanos (2001) menciona lo siguiente:

La Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas cita en sus antecedentes el artículo 30 del proyecto de la declaración de naciones unidas de esta materia antes mencionado. Asimismo, se protege el derecho a la tierra y al territorio los recursos ambientales y a la supervivencia cultural. Aunque es importante

mencionar que no hay un artículo expreso en este proyecto que regule este supuesto (p.1).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, esta declaración en materia indígena en la parte de los antecedentes menciona al artículo 30, dispositivo que regula el derecho a la tierra, al territorio, a los recursos naturales y a la subsistencia étnica. Por otro lado, se menciona que en este proyecto no se hace referencia alguna a este supuesto.

La Comisión de Derechos Humanos (1994) en el artículo 30 de la Adición del Examen técnico del proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las poblaciones indígenas abarca lo siguiente:

Se debe ofrecer a las comunidades originarias con previo acuerdo, una indemnización idónea por las consecuencias que puedan ocasionar estas actividades y se crearán medidas para amortiguar los posibles daños de naturaleza ambiental, cultural, entre otros. Asimismo, los pueblos étnicos tienen la facultad de establecer y gestionar sus propias tácticas e intereses para el uso o fomento de sus territorios, tierras y recursos minerales, en especial el derecho a reclamar a los gobiernos de que ante cualquier proyecto de inversión se debe llegar a un consentimiento, particularmente en el caso de uso, progreso o explotación de recursos de naturaleza hídrica, minera o de otra índole (Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 1991,p.12).

Esta institución en la adición de este documento manifiesta que las comunidades tienen derecho respecto a establecer sus prioridades en el marco

del uso sostenible de sus tierras y recursos, asimismo, poseen el derecho al consentimiento antes de iniciar algún plan de desarrollo que afecte considerablemente sus territorios y otros recursos ambientales, especialmente relacionado a la temática de uso, desarrollo y aprovechamiento de recursos comunales, hídricos o de otra naturaleza. Al respecto, se trabajará de la mano con este sector para la entrega de indemnizaciones y se crearán acciones que mitiguen el daño causado en las diferentes esferas.

La Comisión de Derechos Humanos (1994) en la nota de la secretaría del Examen técnico del Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas se realizó un pronunciamiento del derecho a determinar las prioridades del desarrollo, el cual consistió en:

Este artículo reclama el derecho de los pueblos indígena a “determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras, territorios y otros recursos”.

Su texto refleja el espíritu de los artículos 1 y 2 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, en los que, respectivamente, se proclama el derecho de todos los pueblos a “participar en un desarrollo económico, social, cultural y político (...), a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él “, colectivamente, la responsabilidad del desarrollo (p.22-23).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el examen técnico de este proyecto señala que este artículo solicita la identificación y preparar las prelaiones y alianzas para el aprovechamiento de los recursos y los territorios originarios. Asimismo, se hace énfasis al derecho al desarrollo,

pues se busca la participación colectiva de las comunidades en el desarrollo de las diferentes esferas de la sociedad y a gozar de la misma, por lo cual, existe una responsabilidad de implementar este precepto.

Ahora se realizará el análisis sobre la naturaleza normativa y el carácter vinculante de este supuesto, en ese sentido, se puede apreciar en los párrafos anteriores que este supuesto es reconocido de manera expresa en la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas, en la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, también se menciona en los proyectos de estos instrumentos internacionales. Asimismo, “al ser regulada en declaraciones solo tiene fuerza normativa (soft law), mas no un carácter vinculante” (Sánchez,2019, p.472), por tal motivo, no es de obligatorio cumplimiento para el estado peruano.

Actividades militares

La Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (1994) en el examen técnico del proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las poblaciones en el artículo 28 indígenas señala lo siguiente:

No se llevará a cabo actividades militares en los territorios de las comunidades étnicas, en caso lo hayan pactado así. Asimismo, los pueblos originarios tienen la facultad de defender, restablecer y salvaguardar el medio ambiente en su totalidad y de acceder al rendimiento de sus tierras y recursos comunales, y a obtener asistencia de los gobiernos a través de la cooperación internacional (p.9).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el término “actividades militares” es mencionado en este artículo, además de reconocer el derecho al consentimiento. Asimismo, este apartado hace referencia al mantenimiento, recuperación y defensa del medio ambiente y de la producción de los territorios comunales y recursos originarios, también a ser asistidos por los gobiernos y el sistema internacional (cooperación internacional). Aunque existe una excepción a la regla y es que los interesados tienen que convenir de manera libre, además que no se efectuarán actividades militares en las tierras de los pueblos tribales.

La Comisión de Derechos Humanos (1994) en el examen técnico del proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las poblaciones indígenas en el artículo 28 afirma lo siguiente:

No se llevará a cabo actividades militares en los territorios de las comunidades étnicas, en caso lo hayan pactado así. Asimismo, los pueblos originarios tienen la facultad de defender, restablecer y salvaguardar el medio ambiente en su totalidad y de acceder al rendimiento de sus tierras y recursos comunales, y a obtener asistencia de los gobiernos a través de la cooperación internacional (p.9).

En ese mismo orden de ideas, se puede observar que este artículo del proyecto de la Declaración sobre los derechos de los Pueblos Indígenas se diferencia de la oficial en cuanto a que solo regula el consentimiento, contrario a la oficial que ofrece dos opciones: interés público y consentimiento. Además de ello, en el proyecto como en el examen técnico se visualiza una transcripción

literal del artículo 28, dando entender que no se hicieron modificaciones y analizaron con las mismas disposiciones.

En ese sentido, Stavenhagen (2009) menciona como afecta la militarización en Filipinas, la cual comprende:

La militarización de las comunidades y los territorios indígenas durante las operaciones de contrainsurgencia han creado una crisis continua que provoca múltiples violaciones a los derechos humanos de los indígenas, quienes en ocasiones se ven atrapados en esta lucha entre las tropas del gobierno y los grupos rebeldes (p.633).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la militarización en los pueblos étnicos según el autor puede ocasionar diferentes vulneraciones a los derechos fundamentales de las comunidades originarias, asimismo, se menciona que este sector se ve envuelto en medio de una pugna entre los militares gubernamentales y los miembros rebeldes.

Ahora se analizará la naturaleza normativa y el carácter vinculante de este supuesto, las actividades militares son reconocidas en la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas y en su proyecto, no en el Convenio 169 de la OIT, además esta regulación faculta al estado a optar entre un interés público o el consentimiento. En ese sentido, nuestra normatividad regula la no aplicación de este supuesto en el proceso de consulta en el inc. l) artículo 5 del Decreto Supremo N°001-2012-MC por el interés nacional, por lo cual, tampoco habría la posibilidad de implementar el consentimiento. Asimismo, “al ser reconocido en una declaración y no en un tratado, el mismo pertenece a las normas soft law, las cuales tienen la función

de orientar y no habría obligatoriedad para los estados” (Sánchez, 2019, p.472), respetando así “el principio de legalidad, ya que todo debe regirse en conformidad a la normatividad vigente” (Simaz, s.f, p.24).

Enajenación de tierras

En el artículo 1 inc.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), se señala que “todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, en ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia” (p.54).

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se afirma que todas las comunidades tienen la facultad de acceder y usar de manera libre sus riquezas y recursos ambientales, asimismo, bajo ninguna circunstancia se privará a este sector acciones de supervivencia.

A criterio personal, este pronunciamiento de este instrumento jurídico sirve de fundamento para esta figura, ya que al mencionar que se puede usar de manera libre sus recursos ambientales, se puede entender que las comunidades tienen la facultad de disponer libremente sus riquezas, asimismo, al referirse que no se privará a los mismos de sus mecanismos de supervivencia, se puede deducir que los gobiernos no podrán implementar acciones que vulneren su propia existencia, llegando así a ponderar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales, especialmente el derecho a la tierra y territorio.

La Asamblea General (1966) en el artículo 1 inc.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirma que “los estados partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del

derecho de libre determinación y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas” (p.54).

Otro punto importante que afirma el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es que incluso los gobiernos que tienen el deber de administrar las tierras no independientes y en fidecomiso fomentarán el pleno ejercicio de la autonomía y cumplirán este precepto en conformidad con las afirmaciones de la Carta de la OEA, ponderando así el derecho al territorio de los pueblos indígenas y tribales.

Este supuesto es analizado por la Conferencia Internacional de Trabajo (1989), el cual afirma que:

El Convenio 107 de la OIT no hace mención directamente a la figura de la inenajenabilidad, pero se complementa con las dos disposiciones de la Recomendación N°14, en donde se advierte la restricción del arrendamiento de naturaleza indirecta o de la hipoteca de los territorios comunales. En ese sentido, en el párrafo dos se debería tratar sobre la transferencia de los derechos a los territorios de los pueblos étnicos. Aunado a ello, se ha manifestado nuevamente observaciones respecto a la inserción del requerimiento de recabar el consentimiento, y en distintas respuestas se plantea que estas tierras sean declaradas inenajenables. Este último apartado fue acogido en la Reunión de Expertos de 1986, y los representantes de pueblos indígenas han expresado su aprobación (p.51).

Como se puede observar en el párrafo anteriormente citado, existe un problema con la aplicación del consentimiento en esta materia, ya que los estados no se ponen de acuerdo con la aplicación de este dispositivo. Por otra parte, hay que mencionar la inenajenabilidad que se señala en este documento, en ese sentido, es necesario afirmar que no hay un pronunciamiento de este tema en el Convenio 107 OIT, pero si en la Recomendación núm. 104, el mismo que restringe el arrendamiento indirecto o la hipoteca de los territorios ancestrales.

En ese mismo orden de ideas, la Conferencia Internacional del Trabajo (1989), señala lo siguiente:

Teniendo en cuenta el análisis de esta disparidad visible de objetivos, la Oficina ha considerado acoger su texto inicial con la finalidad de atender las recomendaciones. Asimismo, admitir las disposiciones que prohíban la enajenación implica la restricción de las decisiones de las comunidades. Esto conlleva en obstáculos para las propuestas que están destinadas a evaluar este instrumento, pues limita las facultades de los pueblos étnicos en implementar acciones que tomen después de realizar un vasto análisis al respecto (p.51).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la Conferencia Internacional del Trabajo afirma que restringir la enajenación de tierras se estaría vulnerando las opciones de decisión de las comunidades, en otras palabras, el consentimiento estaría lesionando los derechos colectivos de los pueblos originarios, por lo cual, decide seguir con la propuesta original. En

ese sentido, se puede señalar que ha existido un pronunciamiento sobre este supuesto desde antes de la publicación del Convenio 169 OIT y que es de vital importancia analizar la efectividad del mismo.

Naciones Unidas (2017) en su Septuagésimo segundo período de sesiones ha señalado que:

Los indígenas en caso de extrema vulneración se vuelven víctimas de ejecuciones de naturaleza extrajudicial, pues en muchas ocasiones son coaccionadas, retenidas y encausadas. Asimismo, ha aumentado en varias zonas regionales la acumulación de territorios a gran escala, lo que conlleva a graves incumplimientos de los derechos fundamentales y agresiones dirigidos directamente a los dirigentes étnicos e integrantes de este sector que procuran proteger sus derechos colectivos sobre sus territorios (p.16).

Esta institución internacional ha señalado en el Septuagésimo segundo período de sesiones llevada a cabo el año 2017, que se está acrecentando la acumulación de tierras y territorios de los pueblos indígenas y tribales a gran escala, lo cual ocasiona una variedad de violaciones a los derechos humanos y a sus derechos colectivos e individuales, asimismo, existe hostigamiento directo a los líderes originarios y a miembros de este sector que solo pretenden defender sus derechos sobre la tierra. En ese sentido, esta población vulnerable es en muchas ocasiones coaccionadas, confinadas y encausadas, y en los peores casos, se vuelven víctimas de ejecuciones extrajudiciales según el autor.

La Comisión de Derechos Humanos (1994) en el artículo 27 en el proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, afirma lo siguiente:

Al no poder aplicarse la restitución las tierras o territorios, las comunidades originarias podrán tener la facultad de reclamar una indemnización idónea, excepto cuando los pueblos hayan acordado de manera libre otra disposición, esta indemnización comprenderá en recursos y territorios de la misma cuantía, amplitud y naturaleza jurídica. En general, los pueblos étnicos poseen la facultad de la reposición de las tierras y los bienes minerales que ancestralmente han habitado o usado de manera diferente y que les hayan incautado, usado, ocupado o deteriorado sin pleno consentimiento (p.11).

Como se puede observar, se menciona este supuesto en el proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, el cual afirma que las comunidades poseen la facultad de restituir los territorios y recursos comunales que posean, ocupen o usen y que hayan sido privados o deteriorados sin el consentimiento de estas poblaciones. Además de ello, se aborda que en caso esto no sea factible, este sector tiene derecho a una indemnización, a excepción de que hayan pactado otras cuestiones.

En ese mismo sentido, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (1994) en el artículo 10 párrafo 43 del Examen Técnico del proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, señala lo siguiente:

La figura de la restitución de tierras se aborda en el artículo 27 del proyecto de este instrumento internacional, en donde se menciona el caso de incautación de territorios sin consentimiento de las comunidades étnicas, o por otro lado de la indemnización idónea, el cual será en tierras y bienes comunales de la misma cuantía, amplitud y naturaleza jurídica, también aborda la oportunidad de arribar a distintos acuerdos. Asimismo, se evalúa de manera dubitativa la posibilidad de incorporar en el art.10 una propuesta más exacta, similar al art.16 del Convenio o a lo estipulado en el artículo 27 del proyecto de declaración. Otra situación es incorporar el artículo 10 en la sección VI, vinculada a los territorios comunales, posiblemente añadiendo sus apartados en el artículo 27 (p.11-12).

Naciones Unidas en el examen técnico del proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas menciona al artículo 27 del proyecto de esta misma declaración, en donde se reconoce de manera expresa este supuesto del derecho al consentimiento como requisito, asimismo, realiza un análisis sobre la restitución, la indemnización y otros artículos que regulan sobre esta materia (tierras).

En ese sentido, también se aborda la posibilidad de modificar el artículo 10 con el fin de precisar tales afirmaciones, al respecto se hace mención de manera análoga el artículo 16 del Convenio 169 OIT o el artículo 27 de este proyecto en cuestión, por último, se observa que se podría incorporar al artículo 10 en el artículo 27 de este documento citado con anterioridad.

Otro tema importante es el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015), esta institución menciona por una sola vez al artículo 28 inc.1 para abordar el derecho a la reparación en el párrafo 27, en el caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras, el mismo citado a través del voto recurrente del juez Humberto Antonio Sierra Porto, el cual comprende lo siguiente:

El reconocimiento de que los pueblos indígenas o tribales, como tales, pueden ser titulares de un derecho a la reparación está establecido, inter alia, en el artículo 28(1) de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que dispone que: “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa”. Asimismo, su artículo 40 establece que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a [...] una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos” y que “[e]n esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados”. En el mismo sentido, los artículos 15 y 16 del Convenio 169 de la OIT se refieren a indemnizaciones de las cuales los pueblos o comunidades son los beneficiarios (p.6-7).

Se puede afirmar que la Corte Interamericana no realiza un análisis sobre este supuesto, pero existe la mención de este precepto por un jurista en este tribunal regional, lo cual brinda la importancia para su implementación en los estados pertenecientes al continente americano.

Al respecto, se puede afirmar que este apartado alude al artículo 28 inciso 1 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el mismo indica el derecho a la reparación, el cual comprende la restitución por regla general, en caso contrario la indemnización. Por otro lado, también menciona al artículo 40 para abordar el mismo derecho mencionado con anterioridad con el fin de mostrar que este instrumento garantiza una reparación justa y proporcional al daño producido. También se alega artículos del Convenio 169 de la OIT que versan sobre la indemnización.

Los autores Charters y Stavenhagen (2010) señalan que: “el hecho que las comunidades hayan sufrido injusticias históricas como resultado de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, impidiéndoles ejercer su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses” (p.374).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el precepto que se ve vulnerado según estos autores es el derecho al desarrollo en el marco de sus propios intereses, es decir, este supuesto protege esta disposición con el fin de velar por sus necesidades.

En líneas generales, consideramos que el pronunciamiento del jurista es transcendental para fundamentar nuestra postura, pues por única vez hasta la fecha se cita al artículo 28 inc.1 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas que regula este supuesto en un caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque también es necesario afirmar que no se mencionó la enajenación de tierras, sino el derecho a la reparación. En ese sentido, se puede referir que así no se haya mencionado en este tribunal

regional este precepto, si se citó el instrumento internacional que regula de manera expresa este supuesto. En otras palabras, el derecho a la reparación y la enajenación de tierras forma parte de este artículo, el cual salvaguarda el derecho a la tierra y territorio y a su libre desarrollo. En ese mismo orden de ideas, proponemos en conformidad de promover los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas dar un carácter legal a este supuesto, es decir que sea incorporado en la ley de consulta previa peruana.

Ahora es necesario abordar la naturaleza normativa y el carácter vinculante de este supuesto, en ese sentido, al ser reconocido esta premisa en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, pertenece a las “normas de carácter soft law, es decir, no es de obligatorio cumplimiento para el estado peruano”, por lo tanto, no es vinculante para el estado peruano” (Sánchez, 2019, p.472).

Bienes de índole cultural y otros

Según la Asamblea General (1966) afirma 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 minerales” (57).

Como se puede apreciar, la Asamblea General señala que cualquier regulación no puede deteriorar o transgredir los derechos pertenecientes a los pueblos indígenas, en ese sentido, se debe garantizar el disfrute y el uso de sus recursos ambientales.

Esta figura ha sido analizada por Naciones Unidas (2006), en donde se lanza un proyecto de Declaración de Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas en el artículo 11 inc. 2 en donde se afirma que:

En caso que las comunidades hayan sido privadas de sus bienes de naturaleza cultural, intelectual, religioso y espiritual sin el consentimiento o en vulneración de sus leyes y usos tradicionales, los gobiernos deberán ejercer la figura de la reparación a través de mecanismos idóneos que incluyan la restitución, esto con acuerdo previo de los pueblos originarios (p.5).

Naciones Unidas incluye esta figura en el proyecto de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas con el fin de que los gobiernos puedan crear medios de reparación, en el caso de que se hayan privado los bienes de índole cultural y otros sin el consentimiento de los pueblos indígenas y tribales o en vulneración de sus preceptos, usos y costumbres ancestrales. Otra afirmación que se puede advertir es que este apartado es uniforme a lo regulado por esta declaración en su versión oficial, asimismo, esta figura está estipulada en el mismo artículo de esta norma en cuestión.

En ese sentido, esta figura es recogida por Naciones Unidas en el texto oficial de la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas en el artículo 11 inc. 2, el cual afirma lo siguiente:

En caso que las comunidades hayan sido privadas de sus bienes de naturaleza cultural, intelectual, religioso y espiritual sin el consentimiento o en vulneración de sus leyes y usos tradicionales, los gobiernos deberán ejercer la figura de la reparación a través de

mecanismos idóneos que incluyan la restitución, esto con acuerdo previo de los pueblos originarios (p.5).

Como se puede apreciar, este artículo citado es el mismo que el analizado anteriormente, solo que este es la versión oficial de la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas. El mismo menciona que los gobiernos repararan a través de medios eficaces, los cuales pueden incorporar la restitución, asimismo, se tendrá que realizar estas acciones de manera conjunta con las comunidades respecto a los bienes de índole cultural, intelectual, religioso y espiritual que hayan sido separados sin su consentimiento o en todo caso haya vulnerado sus normas, usos y costumbres ancestrales.

La Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (1994) en el proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, regula este supuesto en el artículo 12, el cual afirma lo siguiente:

Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales y dramáticas y literaturas, así como el derecho a la restitución de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que han sido privados sin que hubieran consentido libremente y con pleno conocimiento o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres (p.7).

Esta institución señala que en el proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas afirma que las comunidades originarias poseen la facultad de intervenir y fortalecer sus costumbres y practicas ancestrales. Esto abarca la conservación, el resguardo y crecimiento de expresiones pasadas, actuales y futuras de sus culturas, entre ellos tenemos: sitios arqueológicos, ceremonias, utensilios, entre otros. Asimismo, también se integra el derecho a la restitución de los bienes de índole intelectual, religioso, espiritual y cultural que hayan sido tomados sin previo consentimiento o en vulneración a sus normas originarias.

La Comisión de Derechos Humanos (1994) en el proyecto de declaración convenido por los miembros del grupo de trabajo en su 11° periodo de sesiones, reconoce este supuesto en el artículo 12, el cual comprende lo siguiente:

Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales y dramáticas y literaturas, así como el derecho a la restitución de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que han sido privados sin que hubieran consentido libremente y con pleno conocimiento o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres (p.7).

Como se puede apreciar la Comisión de Derechos Humanos señala el mismo pronunciamiento de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones

y Protección a las Minorías, es decir, que dos instituciones tienen las mismas afirmaciones sobre este supuesto con el fin de abordar esta temática y darle valor a su reconocimiento en la regulación de la misma en los gobiernos.

La Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (1994) en el tema 15 del programa provisional se realizó el examen técnico del proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en donde se regula en el artículo 12 este supuesto, el cual comprende:

Se incluye la restitución en este apartado, el cual se aplicará cuando se trate de bienes de naturaleza intelectual, religioso, cultural y espiritual que hayan sido privados sin el consentimiento de los pueblos originarios o en vulneración de sus normas y usos tradicionales, ya que las comunidades étnicas tienen la facultad de realizar y fortalecer sus costumbres y tradiciones ancestrales [...] (p.13).

Esta institución realiza un examen técnico al proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas el cual señala que el artículo 12 hace referencia a las comunidades originarias a fomentar y salvaguardar las tradiciones y usos ancestrales, el cual abarca el derecho a la restitución de los bienes de carácter cultural y otros, los cuales hayan sido tomados sin previo consentimiento o en vulneración de sus normas originarias.

La Organización de los Estados Americanos (2001) sobre las fuentes del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, se cita al artículo 12 del proyecto de Declaración de las Naciones

Unidas sobre este sector para “fundamentar el derecho a la integridad cultural, regulado en el artículo VII en la sección tercera titulada Desarrollo Cultural” (p.1).

En ese sentido, la Organización de Estados Americanos (2001) menciona “a diferentes normas como: el proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas, la Alianza para el Desarrollo Sostenible de Centro América y la Constitución de Colombia, con el fin de regular la integridad cultural” (p.1).

Otro tema importante es la definición que ofrece Salah Stétié (1995) en el libro de Unesco titulado “*Derechos Culturales*”, el cual aborda los bienes culturales de la siguiente manera:

“Un bien cultural no es un objeto común. Según la definición limitada, aunque detallada del Comité Intergubernamental, cualquier bien que pueda ser objeto de una petición de restitución o retorno es un objeto fuertemente cargado de significaciones culturales (o naturales). Por consiguiente, la transferencia de ese bien fuera de su cultura priva irreparablemente a esta de un de sus dimensiones y, al quitarle un eslabón esencial, vuelve menos perceptible a sus propios ojos la lógica de su trama. En suma: el despojo de la posesión, implica también la privación del ser. Una pérdida de esta naturaleza puede ocurrir en un contexto geológico, como en el caso de un mineral o un fósil, así como en un contexto histórico, en relación con una obra de arte que, inicialmente, más que una expresión de arte era un testimonio de lo sagrado. Este objeto es una mediación para la creatividad o espiritualidad, que

nutren el genio de una comunidad humana, étnica, racial, religiosa o nacional, de la cual aquel constituye una de las expresiones simbólicas determinantes” (p.32).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, UNESCO determina un significado de un bien cultural con el fin de entender su naturaleza y podemos identificarla. Este apartado señala que no pertenece a los objetos comunes, sino que proviene de un objeto que pueda ser petitionado de restitución. Asimismo, el traspaso de este bien fuera de su cosmovisión cultural vulnera una sus dimensiones, está perdida puede ser de carácter geológico (mineral o fósil) e histórico (obra de arte). También el autor menciona que este bien es una mediación, ya que contribuye de manera positiva a la comunidad de origen racial, humana y religiosa. En ese sentido, se puede afirmar que los bienes pueden ser culturales, religiosos, históricos, entre otros. Los bienes culturales son las expresiones representativas que determinan las diferentes expresiones de los pueblos indígenas a lo largo de los años desde la época de la República.

En la Alianza para el Desarrollo sostenible de Centro América (1994) en el anexo de los objetivos específicos de la alianza para el desarrollo sostenible en la sección culturales, precisamente en el inciso 6 se menciona lo siguiente: “propiciar la restitución y retorno de bienes culturales que han sido exportados ilícitamente” (p.3).

Es importante mencionar que Colombia en el artículo 72 de su Constitución ha regulado los bienes culturales para este sector vulnerable de la siguiente manera:

El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica (p.31).

Como se puede apreciar, Colombia dentro de su carta magna reconoce de manera expresa los bienes de índole cultural, el mismo comprende que el patrimonio cultural está regulado por el Estado. Asimismo, el patrimonio de carácter arqueológico y otros bienes de naturaleza cultural que pertenecen a la identidad nacional son caracterizados por ser inalienables, inembargables e imprescriptible. Igualmente, la constitución colombiana afirma que la ley fijará las vías para recuperarlas en caso de que están en posesión de empresas privadas y se legislará los derechos originarios que tengan y que pudieran tener las comunidades indígenas ubicados en tierras de riqueza.

En ese sentido, el estado colombiano hace un reconocimiento expreso sobre los bienes culturales y los patrimonios arqueológicos, dándoles importancia en su legislación interna y promoviendo la recuperación de los mismos en caso estén en manos privadas.

La Convención sobre defensa del Patrimonio arqueológico, histórico y artístico de las naciones americanas o Convención de San Salvador (1976), al

cual forma parte el estado peruano, regula los bienes culturales en el artículo 1 de la siguiente manera:

La presente Convención tiene por objeto la identificación, registro, protección y vigilancia de los bienes que integran el patrimonio cultural de las naciones americanas, para: a) impedir la exportación o importación ilícita de bienes culturales; y b) promover la cooperación entre los Estados americanos para el mutuo conocimiento y apreciación de sus bienes culturales (p.1).

La Convención de San Salvador tiene por función el reconocimiento, relación, defensa y custodia de los bienes culturales que pertenecen a las naciones de América para los siguientes casos: privar las importaciones o exportaciones de naturaleza ilícita de los bienes culturales, fomentar la colaboración de los diferentes estados americanos para el recíproco conocimiento y valoración de sus bienes de índole cultural.

La Convención sobre las Medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales (1970) en el artículo 3 afirma lo siguiente: “son ilícitas la importación, la exportación y la transferencia de propiedad de los bienes culturales que se efectúen infringiendo las disposiciones adoptadas por los Estados Partes en virtud de la presente Convención” (p.1).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, esta Convención aborda la prohibición de las exportaciones, importaciones y transferencias de propiedad de origen ilícito de los bienes culturales, es decir,

que serán declaradas ilícitas los bienes culturales cuando se efectúe alguna acción ya mencionada.

La Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales en el artículo 1 inc. h) señala lo siguiente: “reiterar los derechos soberanos de los Estados a conservar, a adoptar y aplicar las políticas y medidas que estimen necesarias para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en sus respectivos territorios” (p.1).

Este supuesto es estudiado por Gómez (2018) en el párrafo 13, en donde señala lo siguiente:

La parte substantiva de la Declaración contiene un gran número de disposiciones sobre el derecho de los pueblos indígenas a la reparación, algunas de las cuales tienen un claro vínculo con los errores del pasado. En este sentido, el art.11 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a «practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales», lo que incluye el derecho a «mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas». Algunas veces, la realización de este derecho incluye un proceso de restitución de propiedades y objetos de los que los pueblos indígenas fueron privados en el pasado. Como se señala en el párr. 2 del art.11, «los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, [...] respecto de los bienes culturales,

intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres». Por su parte, el art.12 se refiere a la «repatriación de objetos de culto y de restos humanos» por parte de aquellos Estados que los posean (p.126).

Según el autor este instrumento internacional defiende el derecho a la reparación, ya que durante mucho tiempo los pueblos indígenas han sido privado de sus bienes. En ese marco, la Declaración en su artículo 11 regula de manera expresa el ejercicio y revitalización de sus prácticas y tradiciones ancestrales, lo cual comprende el precepto de preservar y prosperar las expresiones de su historia cultural (antiguas, actuales y futuras), estas comprenden: centros de naturaleza arqueológica, objetos culturales, ceremonias, literatura originaria, entre otros. En ese sentido, la efectividad de este derecho incorpora una fase de restablecimiento de objetos y propiedades que fueron despojados desde la antigüedad. Asimismo, en el inciso 2 de la misma disposición se reconoce la reparación, pero deberá ser alcanzada a través de medios eficaces, la restitución u otros, esto se aplicará en caso se priven bienes culturales, religiosos, intelectuales y espirituales sin que haya existido un consentimiento comunal o vulnerando normas vigentes y costumbres étnicos. Por otro lado, se menciona que en el artículo 12 se hace referencia a la repatriación de restos humanos y de objetos culto.

Ahora es necesario abordar la naturaleza normativa y el carácter vinculante de este supuesto, en ese sentido, al ser reconocido esta premisa en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en la Declaración Americana de esta materia, pertenece a las

“normas de carácter soft law, es decir, no es de obligatorio cumplimiento para el estado peruano”, por lo tanto, no es vinculante para el estado peruano” (Sánchez, 2019, p.472).

Afectación a la vida cultural

La vida cultural es reconocida por varios instrumentos internacionales, tales como: la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración de la Organización de los Estados Americanos (A-41), Protocolo de San Salvador y la Carta Africana sobre los derechos humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul).

Esta figura es reconocida en el Art. XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), el cual señala lo siguiente “Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos (p.1).

La vida cultural ha sido reconocida por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en 1948, el cual faculta a todo individuo a participar de manera libre en la vida cultural de los pueblos, disfrutar de sus artes y aprovechar de los beneficios que deriven de los desarrollos intelectuales y científicos.

Asimismo, la vida cultural también es regulada en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en el artículo 27 inc.1 donde afirma que “toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la

comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten” (p.8).

Como se puede apreciar, esta figura es reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual señala que todo individuo tiene facultad de formar parte en las expresiones culturales de los pueblos indígenas. Aunque es necesario advertir que en este apartado no se menciona el consentimiento.

En el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) es reconocido esta figura, el cual dice lo siguiente:

Los gobiernos no negarán a las personas pertenecientes a las minorías de naturaleza étnica, lingüista o religiosa la facultad de ejercitar y profesar su religión, a utilizar su propio idioma materno y a contar con su propia vida de origen cultural (p.3).

La vida cultural es reconocida por este instrumento, el mismo faculta a los estados parte a aplicar esta figura en caso existan minorías étnicas o de otra índole, asimismo no se les negará a los individuos que pertenezcan a este grupo a tener su propia vida cultural, a profesar su religión originaria y usar su idioma nativo.

En ese sentido, en el artículo 17 de la Declaración de la Organización de los Estados Americanos (1967) afirma que “cada Estado tiene el derecho a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica. En este libre desenvolvimiento el Estado respetará los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal” (p.7).

Como se puede apreciar, la vida cultural se defiende desde los años de 1967, además que la Organización de los Estados Americanos insta a cada

gobierno el derecho a esta figura y a las expresiones políticas y económicas de los pueblos indígenas y tribales. En esta decisión el gobierno reconocerá los derechos humanos y los fundamentos de la moral de índole internacional.

La vida cultural también se encuentra reconocida en el artículo 14 inc. 1.a del Protocolo de San Salvador (1988), el cual que establece que “toda persona tiene derecho a participar en la vida cultural y artística de la comunidad” (p.4).

Esta figura en este instrumento internacional comprende que todo individuo tiene el derecho de participar libremente en las expresiones culturales y artísticas de los pueblos indígenas u originarios con el fin de ponderar el derecho a la cultura.

En ese mismo orden de ideas, en el artículo 17 inc. 2 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) se señala que “todo individuo podrá participar libremente en la vida cultural de su comunidad” (p.3).

La vida cultural también es reconocida en la Carta Africana en 1981, la cual afirma que todas las personas tienen derecho a participar en expresiones culturales dentro de su comunidad, asimismo, este derecho podrá ser ejercido de manera libre sin ningún acto de coerción o algún vicio de voluntad.

En ese sentido, es indicado mencionar el caso de la Comunidad Endorois vs. Kenia en donde la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (2010) menciona que:

El gobierno tiene el deber de fomentar y preservar los valores ancestrales aceptados por un pueblo, asimismo, debe garantizar la participación efectiva de las personas en la vida cultural de su comunidad étnica, estas afirmaciones comprueban su dimensión

dual, tanto individual como colectiva. Esto estipulado en el artículo 17 de la Carta (p.324).

Como se puede apreciar, en este caso se analiza el artículo 17 de la Carta Africana, en donde se señala que tiene un carácter dual, pues tiene un área individual y la otra colectiva, la primera consiste en el derecho de participar de manera libre en la vida cultural de sus comunidades; el segundo responde a que los Estados puedan fomentar y salvaguardar los valores ancestrales originarias incorporados por un pueblo indígena.

En ese mismo sentido, en el caso de la Comunidad Endores vs. Kenia la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (2010) afirma que “el no aplicar el consentimiento cuando es necesario se está vulnerando el derecho a la propiedad, ya que no basta la mera consulta” (p.321).

En el caso Comunidad Endorois vs. Kenia se visualiza una afectación a la vida cultural, según Quintana y Góngora (2017), quienes lo abordan de la siguiente manera: “la falta de acceso al lago Bogoria que el pueblo Endorois siempre usaba como sitio sagrado para ceremonias, no permitía al pueblo ejercer su derecho a la vida cultural, pues se sentían desconectados de sus tierras y de sus ancestros” (p.63).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, estos autores señalan que en este caso en particular el no permitir al pueblo originario a acceder al lago Bogoria, que se usaba de manera tradicional para realizar ceremonias, hizo sentir a los miembros de las comunidades una desconexión de sus territorios y de sus antecesores.

Asimismo, Naciones Unidas (1976) también se ha pronunciado sobre esta figura, el cual afirma que: “la Conferencia General, considerando la voluntad de la Unesco de alentar y fomentar la educación de los artistas y de su medio con miras a que todos participen en la vida cultural” (p.54).

Como se puede apreciar, Unesco también reconoce esta figura, por lo cual señala que se debe incentivar la enseñanza de los artistas y su ambiente con el fin de que todos los miembros participen en la expresión cultural, en virtud de ello la Conferencia General sigue el mismo pensamiento, apoyando así lo dispuesto por esta institución.

En ese sentido, el Consejo Económico y Social (2009) en la Observación general N°21 señala una identificación por vida cultural, el cual consiste en:

Los gobiernos deben garantizar la aplicación del principio del consentimiento en todos los aspectos que les concierne. Asimismo, las comunidades étnicas poseen la facultad de salvaguardar y promover su patrimonio de naturaleza cultural, sus conocimientos de índole tradicional, sus manifestaciones culturales, sus ciencias, tecnologías, lo que comprende, los recursos humanos y genéticos, sus semillas ancestrales, su medicina tradicional, entre otros. En ese sentido, la vida cultural de este sector se establece principalmente con la vinculación de sus derechos con la tierra, territorios y recursos comunales, es por ello, que es fundamental su defensa y consideración con la finalidad de mitigar los daños a su estilo de vida, lo que incluye los medios de su propia existencia, deterioro de sus recursos minerales, y por ultimo a su identidad

indígena. Por ello, los gobiernos tomarán acciones para garantizar y fomentar los derechos consuetudinarios a usar, supervisar y vigilar los territorios y recursos, y se implementará medidas de devolución cuando hayan ocupado o usado estas zonas territoriales sin previo consentimiento. Aunado a ello, los gobiernos deben realizar acciones que garanticen el pleno ejercicio del derecho de la participación de la vida cultural, la misma que tendrá en consideración los fundamentos de la vida de naturaleza cultural, puede ser solo de forma comunitaria o manifestado y practicado como comunidad por los pueblos aborígenes (p.9-10).

Como se puede apreciar en el párrafo anterior, se deben crear medidas idóneas que ayuden al ejercicio de la participación en la vida cultural, las cuales tengan en consideración los significados de la vida de origen cultural, estas pueden ser de naturaleza comunitaria o expresados por las comunidades. La magnitud de la colectividad en la vida cultural de este sector es fundamental para la existencia del mismo, asimismo abarca los derechos vinculados a los territorios y recursos ambientales que de manera tradicional hayan poseído. Hay que defender y respetar estos valores culturales y los derechos derivados de las tierras originarias y su vinculación con la naturaleza, con la finalidad de prevenir la degradación de sus estilos de vida, los cuales incluye los medios para su existencia, deterioro de recursos ambientales y a su identidad étnica. En ese sentido, los gobiernos deben garantizar y salvaguardar los derechos consuetudinarios de los pueblos aborígenes respecto a la posesión, explotación, mantenimiento y uso de sus territorios y bienes naturales. Por otro lado, en el

caso que hayan sido ocupados o usados de otra manera y sin su consentimiento, se tendrán que tomar medidas oportunas para que se les devuelvan.

Uno de los países que regula esta disposición es México en la Declaración de las Políticas Culturales (1982), el cual señala que “es necesario la descentralización de la vida cultural y eliminar las desigualdades sociales, las convicciones religiosas o ser parte de los grupos marginales” (p.3).

Es importante citar el artículo 27 inc.1 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre (1948), en donde se menciona esta figura, el cual comprende: “toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten” (p.1).

Como se puede apreciar, la vida cultural ha sido recogida por cinco normas internacionales antes mencionadas, dando argumentos sólidos para su aplicación en nuestra normatividad, las cuales comprende: participación en la vida cultural en la comunidad, formar parte de manera libre en las expresiones culturales de los pueblos y participar de manera voluntaria en la vida artística de este sector. Aunque es necesario mencionar que la afectación a esta figura no ha sido analizada a profundidad en el Dictamen del Comité de Derechos Humanos en el Caso de Poma Poma vs. Perú, dando lugar a la búsqueda de información por otros medios, encontrando así la Declaración de la Organización de los Estados Americanos, la Carta Africana, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo de San Salvador que nos facilita su regulación y su reconocimiento. En ese sentido, se advierte que estos instrumentos regulan de manera expresa

la vida cultural, más no el consentimiento, por lo cual esta data solo sirve para comprender esta figura. En relación con ello, se puede afirmar que fue esta la observación que realizó Naciones Unidas para fallar a favor de estas comunidades y no del gobierno peruano, en esa misma línea, el Perú tiene el deber y la obligación de incorporar dentro de su normatividad este supuesto dándole un rango de legalidad con el de ponderar los derechos colectivos e individuales de esta población vulnerable.

Ahora es necesario abordar la naturaleza normativa y el carácter vinculante de este supuesto, en ese sentido, es necesario mencionar que el mismo no es reconocido por una norma, sino por la jurisprudencia de la OEA, “la cual el Perú es parte, por tal motivo, estas disposiciones son vinculantes para nuestro estado” (Oficina de Cooperación y Relaciones Internacionales, s.f, p.1).

Planes de desarrollo o inversión a gran escala

La Corte Interamericana (2007) en el Caso de Saramaka vs. Surinam, afirma que “al utilizar el término (plan de desarrollo o inversión) la Corte supone cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio Saramaka, en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras” (p.41).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la Corte Interamericana en el caso de Saramaka vs. Surinam señalan que al emplear la terminología “plan de desarrollo o inversión hace referencia a cualquier tipo de acción que vulnere los territorios y recursos ambientales en la jurisdicción de Saramaka, especialmente, alguna propuesta vinculada a las concesiones de índole maderera o minera.

El relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas (2007) señala lo siguiente:

Las comunidades étnicas atraviesan por muchas dificultades y vulneraciones cuando se llevan proyectos de inversión a gran escala, pues tienen cambios muy profundos tanto en lo social como económico, que las mismas autoridades gubernamentales no consiguen comprender y menos prevenir. Estos cambios son: el deterioro de la tierra y territorio comunal, el desplazamiento, el estado de abandono, y en algunos casos la reubicación, el menoscabo de los bienes naturales necesarios para su propia existencia, la contaminación indiscriminada del medio ambiente ancestral, el desarreglo de naturaleza social y comunitario, los efectos negativos de índole sanitario y nutricional y, por último, agresiones y arbitrariedades en algunas circunstancias (p.43).

En el 2007 el Relator Especial menciona que los proyectos a gran escala traen como consecuencia varios acontecimientos como: menoscabo de territorios, migraciones, desalojos, reubicaciones, decaimiento de los recursos subsistentes de índole cultural y física, devastaciones del medio ambiente, desajustes de carácter comunal y social, efectos perjudiciales de origen sanitario y nutricional, además de casos sobre violencia y abuso. Esto conlleva a criterio personal a un análisis de los sucesos antes abordados con el objeto de la aplicación del consentimiento y no solo la mera consulta.

En ese mismo orden de ideas, Naciones Unidas (2009) afirma que:

En ciertos supuestos es necesario obtener el consentimiento de las comunidades interesadas, pues son casos en donde se prohíbe la implementación de la medida o el proyecto de inversión. En ese sentido, se advierte que existe un vínculo sustancial de este sector con sus tierras y territorios, lo que conlleva a no aprobar acciones sin previo consentimiento de los pueblos étnicos. Aunado a ello, la figura del consentimiento cambia según los intereses comunales y los hechos que los indígenas estén atravesando. Asimismo, en el caso de Saramaka vs. Suriname, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló lo siguiente: “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones” (p.18).

Naciones Unidas señala que la finalidad del derecho al consentimiento depende de las circunstancias de las comunidades, ya que en el supuesto donde se requiere este dispositivo al momento de aplicar la medida que tenga efecto directo, muchos podrían interpretar que es un precepto sólido y que no basta la mera consulta. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos siguiendo esa misma lógica determina la obligatoriedad del consentimiento en la premisa que verse sobre planes de desarrollo o inversión a gran escala en el caso de Saramaka vs. Surinam.

El Consejo Económico y Social (2003) señala que:

No se cumple a cabalidad lo estipulado en el artículo 6 de la Convención N° 169 de la OIT, pues el consentimiento sigue siendo una razón que genera mucha incertidumbre, ya que diferentes pronunciamientos respecto a los proyectos de inversión a gran escala en las tierras de las comunidades étnicas no obedecen lo señalado en el presente instrumento internacional (p.8).

Como se puede apreciar el Consejo Económico y Social afirma que el consentimiento de las comunidades sigue siendo un problema que preocupa de gran manera, ya que muchos planes de inversión a gran escala en las tierras comunales no obedecen a lo regulado en el Convenio 169 de la OIT, vulnerando así a criterio personal la norma internacional más relevante de los pueblos indígenas, transgrediendo años de lucha para el reconocimiento de los derechos individuales y colectivos de este sector.

La Asamblea General (2016) afirma que:

La población se ve afectada de manera negativa especialmente por los planes de desarrollo a gran escala. Esto según observado en el Acuerdo de Asociación Transpacífico que fue adoptado por doce gobiernos de tres continentes, lo que representa un sector considerable del comercio del mundo. De los países mencionados, once de ellos, poseen una cantidad de pobladores étnicos, quienes se ven vulnerados por las acciones antes mencionadas (p.18).

Este organismo internacional señala que existe una afectación con efectos negativos en la premisa de proyectos de inversión extranjera a gran

escala en las tierras de las comunidades, por ello, se creó el Acuerdo de Asociación Transpacífico, con el fin de abordar esta problemática. Asimismo, es necesario mencionar que los países que integran este instrumento poseen una población suficiente de pueblos tribales los cuales son vulnerados en este supuesto, lo cual trae como consecuencia una variedad de situaciones o problemas que deben solucionar los estados en esta materia.

La Organización de los Estados Americanos (2013) señala una propuesta del señor James Anaya para identificar que planes pueden ser considerados a gran escala, los cuales comprende:

Existen ciertos fundamentos señalados por el Relator Especial de la ONU para ubicar determinados planes que pueden ocasionar daños mayores, los cuales comprende: el deterioro de la tierra y territorio comunal, el desplazamiento, el estado de abandono, y en algunos casos la reubicación, el menoscabo de los bienes naturales necesarios para su propia existencia, la contaminación indiscriminada del medio ambiente ancestral, el desarreglo de naturaleza social y comunitario, los efectos negativos de índole sanitario y nutricional y, por último, agresiones y arbitrariedades en algunas circunstancias (p.72).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, esta institución aborda los criterios que identifica el Relator Especial, los cuales son: menoscabo de tierra y territorios ancestrales, el desalojamiento, la emigración y la reubicación, el decaimiento de recursos ambientales de subsistencia para las comunidades, la contaminación ambiental, desestructuración comunal y de

índole social, efectos negativos de origen sanitario y que sean de extensa duración, y por último, que exista opresión y violencia.

Naciones Unidas (2016) señala en la sección de solución de controversias en materia de inversiones, en ese sentido se enumera varios deberes para esta población, como, por ejemplo:

Es relevante reconocer los fuertes impactos que traen los planes de desarrollo a gran escala en los derechos colectivos de las comunidades originarias y la segregación cultural. En ese sentido, es importante garantizar los derechos humanos cuando exista dichas controversias, lo que conlleva a la implementación del principio de proporcionalidad y la adopción de derechos fundamentales del derecho internacional (p.24).

La institución de Naciones Unidas menciona algunos deberes para la solución de conflictos en tema de inversiones, entre ellas tenemos: acoger enfoques sobre derechos humanos, supresión de la discriminación de naturaleza racial, implementar el principio de proporcionalidad y aceptar los acentuados impactos de los planes de desarrollo a gran escala en el derecho de las comunidades.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1997) en el proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas en su artículo XXI inc.2 regula este supuesto de la siguiente manera:

Existe una salvedad para no obtener el consentimiento de las comunidades étnicas, el cual responde al interés público del país, pero por lo general, los gobiernos deben adoptar acciones idóneas

cuando se implemente cualquier programa, proyecto o plan que pueda afectar los derechos colectivos o la propia existencia de los pueblos originarios (p.2).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, este organismo internacional en el proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas menciona que existe salvedades que justifican el bien común, en ese sentido, los gobiernos deben tomar medidas idóneas respecto a las decisiones sobre los planes de desarrollo que vulnere la subsistencia de las comunidades originarias, por ello, no podrán ser implementadas sin previo consentimiento e intervención de este sector, asimismo, se tendrá en cuenta sus intereses y que no se incorpore preferencias particulares con el fin de desfavorecer de manera negativa a los pueblos indígenas.

El programa ONU-REDD (2013) en el gobierno de Filipinas afirma que:

El comité aprecia la adopción de la Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas en 1997, la cual requiere el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas para cualquier proyecto de desarrollo en sus tierras ancestrales. Sin embargo, el Comité observa con preocupación que, según la información recibida, la Ley no ha sido implementada hasta la fecha (p.38).

En ese sentido, El programa ONU-REDD (2013) en el gobierno de Filipinas señala que: “el Comité desea recordar que el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas para cualquier proyecto de

desarrollo en sus tierras ancestrales es requerido bajo la Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas de 1997 del Estado parte” (p.39).

En ese mismo orden de ideas, Colchester y Farhan mencionan que:

En Filipinas, aproximadamente 12 millones de una población total de 85 millones, son considerados indígenas provenientes de unos 110 pueblos o ‘comunidades culturales’ diferentes. Una de las principales amenazas que enfrentan actualmente proviene de proyectos a gran escala de la industria extractiva-principalmente minería. No menos de 16 de los 23 principales proyectos se llevan a cabo en tierras de pueblos indígenas. Según la Constitución filipina (Sección 22, Artículo II) el Estado reconoce y promueve los derechos de las comunidades culturales indígenas dentro del marco de la unidad y el desarrollo nacional. La constitución (conforme a la Sección 17, Artículo XIV) también establece que el Estado reconocerá, respetará y protegerá los derechos de las comunidades culturales indígenas a preservar y desarrollar sus culturas, tradiciones e instituciones, y considerará esos derechos en la formulación de planes y políticas nacionales (p.13).

El grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (2005) señala lo siguiente: “mientras tanto, la IPRA ha establecido que cualquier proyecto de desarrollo que se realice o que afecte a las comunidades indígenas debe tener el libre consentimiento, informado y previo (LCIP) de estas comunidades” (p.310).

Ahora es necesario abordar la naturaleza normativa y el carácter vinculante de este supuesto, en ese sentido, es necesario mencionar que el mismo no es reconocido por una norma, sino por la jurisprudencia de la OEA, “la cual el Perú es parte, por tal motivo, estas disposiciones son vinculantes para nuestro estado” (Oficina de Cooperación y Relaciones Internacionales, s.f, p.1).

Programa de investigación, experimentación biológica o médica, y la esterilización

Este supuesto es acogido de manera expresa por la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, aunque no por el Convenio 169 de la OIT ni la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas.

En ese sentido, es importante mencionar que fue afirmativo su regulación en la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, pero no en su proyecto, ya que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1997) decidió “no incorporarlo en los documentos preparatorios del proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas” (p.2).

A criterio personal, consideramos que la no regulación de este supuesto en el proyecto de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ocasionaría muchos problemas en el sustento de unificar este apartado en el derecho al consentimiento como requisito, ya que al no incorporarlo en los documentos preparatorios de este instrumento estaría dando un mensaje desalentador, ya que desde el inicio no reconocieron este precepto, lo cual presta a muchas interpretaciones.

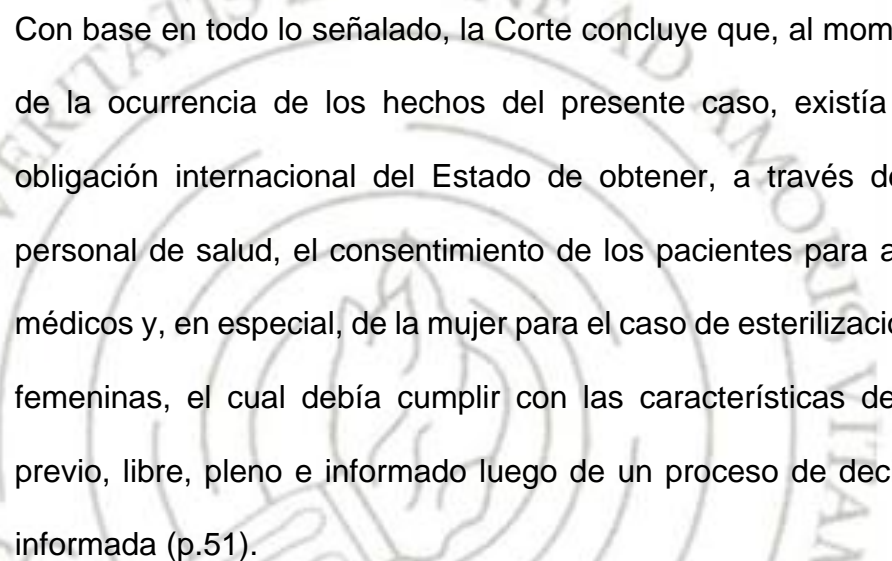
Por otra parte, es necesario mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020) en el párrafo 165 afirma lo siguiente respecto a las esterilizaciones:

[...] Ello es así, especialmente, en casos de esterilizaciones femeninas, por implicar estos procedimientos la pérdida permanente de la capacidad reproductiva. La necesidad de obtención del consentimiento informado protege no solo el derecho de los pacientes a decidir libremente si desean someterse o no a un acto médico, sino que es un mecanismo fundamental para lograr el respeto y garantía de distintos derechos humanos reconocidos por la Convención Americana, como lo son la dignidad, libertad personal, integridad personal, incluida la atención a la salud y en particular la salud sexual y reproductiva, a la vida privada y familiar y a fundar una familia. Asimismo, la Corte estima que la garantía del libre consentimiento y el derecho a la autonomía en la elección de los métodos anticonceptivos permite de manera eficaz, sobre todo para las mujeres, la práctica de las esterilizaciones involuntarias, no consentidas, coercitivas o forzadas (p.43-44).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la Corte Interamericana señala que en los temas de esterilizaciones es necesario la obligatoriedad del consentimiento en un proceso médico, ya que significa una acción relevante para cumplir con lo establecido en la Convención Americana, pues afecta de manera relevante la reproducción sexual en una mujer, ponderando la dignidad, libertad, asistencia del personal de salud, específicamente de la salud de naturaleza reproductiva y sexual, a una vida de

naturaleza familiar. Asimismo, esta institución afirma que el libre consentimiento y la autonomía en la toma de decisión sobre los tratamientos anticonceptivos favorece a las féminas a no ser víctimas de esterilizaciones coercitivas o forzadas.

En ese sentido, en el cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos (2020) sobre el derecho el derecho a la salud establece que:



Con base en todo lo señalado, la Corte concluye que, al momento de la ocurrencia de los hechos del presente caso, existía una obligación internacional del Estado de obtener, a través de su personal de salud, el consentimiento de los pacientes para actos médicos y, en especial, de la mujer para el caso de esterilizaciones femeninas, el cual debía cumplir con las características de ser previo, libre, pleno e informado luego de un proceso de decisión informada (p.51).

La Corte Interamericana afirma que, en referencia a los hechos en este caso, existe la obligación de índole internacional del gobierno de conseguir por medio del equipo médico, el consentimiento de la persona enferma para acciones de origen médico y, especialmente, de la paciente femenina para el tema de esterilizaciones, el cual deberá ser en conformidad a las características esenciales de este dispositivo (previo, libre e informado) después de un procedimiento de una elección bien fundada.

En ese mismo orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020) en el párrafo 185 señala lo siguiente:

El Tribunal resalta que el elemento de la libertad de una mujer para decidir y adoptar decisiones responsables sobre su cuerpo y su salud reproductiva, sobre todo en casos de esterilizaciones, puede verse socavado por motivos de discriminación en el acceso a la salud [...]. Factores tales como la raza, discapacidad, posición socioeconómica, no pueden ser un fundamento para limitar la libre elección de la paciente sobre la esterilización no obviar la obtención de su consentimiento (p.48).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la Corte Interamericana afirma que la libertad de una mujer para tomar decisiones sobre su persona, su cuerpo y su salud de reproducción, especialmente en los temas vinculados a esterilizaciones puede ser afectado por razones de discriminación en acceder a los servicios de salud. Asimismo, se menciona los factores de marginación como: la discapacidad, raza y situación económica. Estos no deben ser centro para restringir la elección del paciente sobre esta temática sin olvidar el requerimiento del consentimiento.

La Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial (2000) en el párrafo 22 reconoce la necesidad del consentimiento en la investigación y lo menciona de la siguiente manera:

El médico debe estar seguro que el paciente ha entendido toda la información, en ese momento se obtendrá el consentimiento por escrito, el mismo que será atestiguado y documentado de manera

formal. En ese sentido, cualquier tipo de investigación en personas humanas, cada persona tiene que ser informada de manera idónea sobre los métodos, objetivos, origen de financiamiento, disputa de intereses, beneficios y posibles riesgos del propio experimento. Cada individuo tiene que ser informado sobre la facultad que poseen de participar en el proceso de investigación y de retractarse sobre su consentimiento en cualquier etapa, sin ser expuesto a alguna represalia (p.3).

En este documento se puede observar que la investigación debe brindar información sobre los objetivos, estudios, el financiamiento, entre otros. Asimismo, los agentes del sector salud deben brindar al paciente toda información sobre el derecho a la participación o no de la investigación y la posibilidad de quitar su consentimiento si ningún tipo de consecuencias. Luego de esto se debe asegurar de que la persona haya entendido la información proporcionada, también el médico encargado tiene que obtener preferentemente por escrito el consentimiento, en caso no sea posible, el mismo será documentado y atestado de manera formal.

En la Declaración sobre la Esterilización Forzada de la Asociación Médica Mundial (2012) se afirma lo siguiente:

La AMM reconoce que ninguna persona, sin consideración de su sexo, etnia, nivel socio-económico, condición médica o discapacidad, debe ser sometida a una esterilización forzada permanente (...) Al igual que otros tratamientos médicos, la esterilización solo debe ser realizada en un paciente competente

después de una elección informada y de haber obtenido de la persona su consentimiento libre y válido (...) La AMM llama a las asociaciones médicas nacionales a manifestarse en contra de la esterilización forzada en sus propios países y a nivel mundial (p.1).

En esta declaración se puede apreciar que cualquier mujer sin distinción de su sexo, raza, entre otros; podrá ser subyugada a una esterilización de manera forzada u a otros procesos clínicos, la esterilización se aplicará en las personas luego de elegir de manera informada y al mismo tiempo, deberán obtener su consentimiento. Asimismo, se exhorta a las instituciones médicas pertenecientes a un estado a pronunciarse en oposición a esta figura de manera interna y en esferas internacionales.

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem Do Para” (1994) en el artículo 7 inc. a) afirma lo siguiente: “abstenerse de cualquier acción o practica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se componen de conformidad con esta obligación” (p.1).

Como podemos apreciar en el párrafo anteriormente citado, la Convención de Belem Do Para señala de manera expresa que protege al sexo femenina en caso se realice actos de violencia contra ella, asimismo señala que los mandantes, empleados del estado e organismos deben ser creadas en función a esta premisa.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016) en el caso I.V. vs. Bolivia se señala lo siguiente:

Por consiguiente, la Corte concluye que, a pesar de la existencia de normativa general en cuanto al consentimiento informado, el Estado de Bolivia no adoptó medidas de prevención suficientes para que el personal de salud garantizara a la señora I.V. su derecho a tomar sus propias decisiones sobre su salud reproductiva y los métodos anticonceptivos que mejor se ajustaban a su proyecto de vida, de modo tal que no fuera sometida a una esterilización sin su consentimiento previo, libre, pleno e informado. En virtud de ello, la Corte consideró que el Estado no adoptó las medidas preventivas regulatorias necesarias que establecieran con claridad la obligación médica de obtener el consentimiento en casos como el de la señora I.V. y faltó, por tanto, a su deber de actuar con diligencia para prevenir que ocurra una esterilización no consentida o involuntaria (p.73).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la Corte Interamericana afirma que el estado de Bolivia no aprobó medidas idóneas que faciliten la prevención de las acciones del personal de salud que atendió a la señora I.V, ya que los mismos deben informar al paciente sobre su salud reproductiva y el uso de métodos anticonceptivos, asimismo, la persona no puede ser supeditada a acciones como la esterilización sin previo consentimiento libre e informado. En ese sentido, esta institución estima que el gobierno en cuestión no tomó las medidas correspondientes que coadyuven la obligación médica de lograr el consentimiento en este presente caso con la recurrente y no

actuó con la debida diligencia para evitar la aplicación de una esterilización involuntario o no consentida.

En ese sentido, el Código de Núremberg (1947) en el párrafo primero afirma lo siguiente:

La responsabilidad de obtener el consentimiento recae en aquella persona que comienza, conduce o involucra a otro en el proceso de experimento, este deber no puede ser trasladada de forma indiscriminada a otra persona. En ese sentido, el consentimiento de naturaleza voluntaria es de carácter fundamental, es decir, que la persona en cuestión tiene que revestir de aptitud legal para expresar su consentimiento, quien pueda escoger de manera libre, sin ningún tipo de coacción, y tener la capacidad de entender la información en sus diferentes aristas con la finalidad de poder tomar una decisión sabia. Aunado a ello, hay que explicarle al sujeto las posibles consecuencias que puedan suscitar, el daño a su salud, la duración del proceso, los métodos a emplear, la formalidad, entre otros (p.1).

El Código de Núremberg afirma que el consentimiento de la persona es fundamental en este supuesto, es decir, que la persona humana comprometida debe gozar de capacidad legal para dar su permiso en este proceso; asimismo, se tiene que efectuar el ejercicio de su libertad de decisión, sin la participación de otros elementos como: la fuerza, el engaño, el fraude, coacción o algún otro elemento de índole coercitivo. También es importante que con anterioridad de la aceptación de una decisión positiva del paciente que va a ser incurrido en un

experimento hay que manifestarle la esencia, el tiempo y la finalidad de dicho proceso, el procedimiento y las estructuras del mismo, informar sobre las consecuencias y peligros que pueden aparecer y los impactos que podrían ocurrir en su salud.

Por otro lado, es necesario mencionar la relevancia del deber y la responsabilidad de recabar el consentimiento, la misma que recae en el sujeto que empieza, conduce o compromete a otra persona. Este deber y responsabilidad no puede encargarse a otra ser humano.

La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005) en el artículo 6 señala lo siguiente:

En caso las investigaciones se realicen a un grupo de individuos o una comunidad, se podrá solicitar también la conformidad de los representantes de esta colectividad, este acuerdo en ninguna situación puede sustituir el consentimiento de un ciudadano. Asimismo, la investigación de naturaleza científica se podrá implementar cuando se tenga el consentimiento previo de la persona, por lo cual, se brindará la información idónea y se comunicará las formas de retirar el consentimiento, la misma se aplicará en conformidad a lo estipulado en el artículo 27 del presente instrumento y con otras normas vinculadas a derechos humanos. En ese sentido, la intervención de naturaleza médica, preventiva, de diagnóstico y terapéutica se podrá efectuar solo en el caso de obtener el consentimiento del individuo interesado, y

podrá revocarlo en cualquier momento sin que esta acción sea un perjuicio para dicho proceso (p.1).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, este instrumento internacional afirma que todo proceso médico, preventivo y terapéutico debe realizarse bajo el consentimiento libre, previo e informado del paciente. Cuando se efectuó el consentimiento, este deberá ser expreso y el ciudadano podrá retirarla en cualquier momento y sin importar el motivo, sin la necesidad de que estas acciones conlleven a desfavorecer de alguna manera al interesado.

Al respecto con la investigación científica, solo podrá aplicarse si se obtiene el consentimiento previo del interesado. La información brindada al paciente deberá ser idónea y será de su conocimiento las formas de revocación del consentimiento, el cual no traerá como consecuencia algún perjuicio al paciente y tampoco se dará relevancia al motivo. En caso existan excepciones estas deberán ser reguladas de manera expresa en los gobiernos bajo la ética y principios de esta Declaración, y en marco de los derechos humanos.

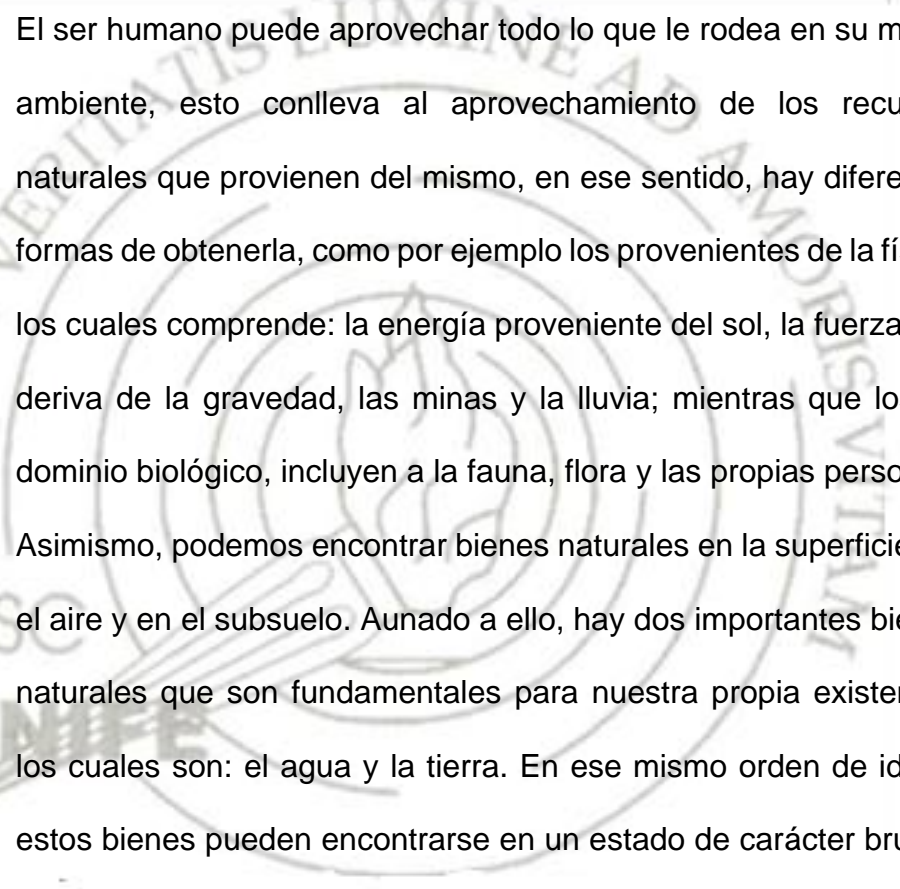
Asimismo, cuando se lleve a cabo investigaciones en una comunidad, podrá solicitarse el convenio de los representantes legales de los mismos. El acuerdo de un grupo de personas, de una comunidad, de un dirigente comunal u otra autoridad competente no deberá reemplazar por ningún motivo el consentimiento libre e informado de la persona.

Ahora se abordará la naturaleza normativa y el carácter vinculante de este supuesto, en ese sentido, es preciso mencionar que este supuesto es reconocido en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, es

decir, que es una “norma de carácter soft law, por lo cual, no es vinculante ni obligatorio para el estado peruano” (Sánchez, 2019, p.472).

Conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas

Este supuesto es vinculado con los recursos naturales, en ese sentido, la Organización de los Estados Americanos (2013) señala lo siguiente:



El ser humano puede aprovechar todo lo que le rodea en su medio ambiente, esto conlleva al aprovechamiento de los recursos naturales que provienen del mismo, en ese sentido, hay diferentes formas de obtenerla, como por ejemplo los provenientes de la física, los cuales comprende: la energía proveniente del sol, la fuerza que deriva de la gravedad, las minas y la lluvia; mientras que los de dominio biológico, incluyen a la fauna, flora y las propias personas. Asimismo, podemos encontrar bienes naturales en la superficie, en el aire y en el subsuelo. Aunado a ello, hay dos importantes bienes naturales que son fundamentales para nuestra propia existencia, los cuales son: el agua y la tierra. En ese mismo orden de ideas, estos bienes pueden encontrarse en un estado de carácter bruto o que pueden transformarse para poder satisfacer todas las necesidades de la comunidad. Al respecto, también se puede afirmar que los recursos de índole renovable y los que no tienen esta naturaleza tienen diferentes categorías (p.59).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, los recursos naturales según el autor comprenden todo aquello que el ser humano pueda

obtener y tomarlo del planeta, esto podría ser interpretado como la energía del sol, la gravedad, las minas, y la propia lluvia (por parte de los físicos). Por otro lado, incluyen la fauna y flora, los animales salvajes y domesticados, además de los recursos de naturaleza humana (por parte de los biólogos). Igualmente, se observa que estos recursos lo conforman la tierra, el subsuelo, el aire, el agua y la tierra. Ahora bien, los recursos en estado bruto también forman parte del mismo con el fin de cumplir con las necesidades de la persona, ya que llegan a transformarse. Asimismo, afirma esta institución internacional que existe clases de los recursos ambientales renovables y no renovables.

Respecto al conocimiento tradicional Naciones Unidas (2008) afirma lo siguiente:

Los gobiernos deben implementar estructuras jurídicas especiales para que las comunidades originarias sean beneficiadas de su propio conocimiento ancestral, además de prohibir su uso ilegal y lograr su reconocimiento del sistema internacional. En ese sentido, al haber generado grandes conocimientos culturales acerca del universo natural, la tecnología, los rituales, la salud y otras manifestaciones de naturaleza cultural. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos alcanzados por los estados, sus conocimientos, tradiciones e innovaciones siguen siendo explotados de forma indiscriminada por otros sin haber dado su consentimiento y sin participar de los beneficios del mismo. Es preciso mencionar que con regularidad los objetos y símbolos étnicos son colocados en el medio público con la finalidad de ser comercializado. Aunado a ello, el patrimonio de carácter inmaterial y las manifestaciones culturales

de los pueblos aborígenes son expuestos, ya que en muchas ocasiones no se valora el trabajo y el esfuerzo que realizan estas poblaciones para salvaguardar su patrimonio, pues no son considerados en las políticas del estado para un desarrollo sostenible. Asimismo, son un fundamento de riqueza consuetudinaria para las comunidades, aunque aún falta su reconocimiento, son parte del patrimonio de índole cultural de toda la humanidad. En ese mismo orden de ideas, los pueblos étnicos poseen la facultad de usar, monitorear y administrar su propio conocimiento de origen ancestral y su creatividad cultural, aunque se debe mencionar que es difícil su ejecución (p.20).

Los conocimientos tradiciones según este autor son generaciones que a lo largo del tiempo han fomentado sus conocimientos sobre lo natural, la salud, las nuevas tecnologías, ritos, entre otros. Aunque se debe mencionar que estos conocimientos y prácticas continúan siendo explotados de manera indiscriminada por otros sin el pleno consentimiento de las comunidades originarias y sin poder participar de forma equitativa en las ganancias. Asimismo, se menciona que muchos objetos, simbologías ancestrales o conocimientos proveniente de su cosmovisión sagrada son llevados al uso público y en muchas ocasiones son amenazados o patentados para comercializarlos. Igualmente, los patrimonios de naturaleza inmaterial y los bienes culturales son afectados y vulnerados por que las comunidades son las responsables de la elaboración, protección, sostenimiento y asueto de este tipo de patrimonio, que no es regulado ni siquiera valorado en los planes de gobierno. En ese sentido, las comunidades étnicas tienen la facultad de inspeccionar, usar y administrar sus

conocimientos ancestrales, pero esto sigue siendo complicado de gestionar. Naciones Unidas propone algo novedoso en esta disposición y es adoptar mecanismos jurídicos que puedan beneficiar solo a este sector, además de imposibilitar todo uso de origen ilícito por otras personas y conseguir el debido reconocimiento de la comunidad internacional.

Los recursos naturales en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los pueblos Indígenas reconocen los siguientes derechos:

A los recursos que tradicionalmente han poseído; a intervenir en el uso, gestión y conservación de los bienes naturales; a poseer, usar, desarrollar y monitorear los recursos de origen natural que poseen por tradición o que hayan adquirido de otra forma; a que el Estado proteja los recursos de las comunidades étnicas; que el estado asegure los derechos a las tierras y recursos comunales de los Pueblos Originarios, garantizando sus costumbres, tradiciones y sus sistemas de tenencia de este sector; a salvaguardar y proteger su medio ecosistema y su desarrollo productivo de sus territorios y bienes de la naturaleza; que el estado tome acciones en conjunto con los pueblos aborígenes para defender y resguardar el dominio ambiental de sus territorios (Dar, Santillán, Ramos & Da Roit, 2010, p. 21).

Estos instrumentos internacionales regulan los recursos naturales que forman parte de este supuesto, por lo tanto, es importante mencionar que derechos protege, estos comprenden: los recursos ambientales que hayan

poseído de manera tradicional, el uso e inspección de estos recursos que tienen la posesión por tradición o que exista otra modalidad que lo hayan adquirido, a reclamar al estado si no protege los recursos originarios de este sector, a exigir al gobierno la protección de los derechos vinculados a la tierra, costumbres ancestrales y tipos de tenencia indígena; a la preservación y defensa de los ecosistemas. Por otro lado, se debe señalar que no se hace mención del consentimiento previo, libre e informado a diferencia del Convenio sobre la Diversidad Biológica que será analizado después.

Según DAR, Santillán, Ramos y Da Roit (2010): “Existe legislación nacional que protege y garantiza los recursos naturales como: la Constitución Política del Perú, la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales y en la Ley General del Ambiente” (p.22).

La PCM (1993) señala en el artículo 66 que: “los recursos naturales (renovables y no renovables) son denominadas patrimonio de la Nación. Además de que el gobierno es autónomo en su utilización” (p.20).

El Congreso de la República (1997) en el artículo 3 de la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales señala lo siguiente: “los recursos ambientales comprenden toda unidad de la naturaleza, que puede ser utilizado para cubrir las necesidades de toda persona. Esto comprende: el agua, el suelo, las vegetaciones y el mundo silvestre” (p.1).

Los autores DAR, Santillán, Ramos y Da Roit (2010) señalan las diferencias entre las comunidades tituladas y las que no lo son, el cual comprende:

La ley Orgánica para el Aprovechamiento de los Recursos Naturales no respeta lo establecido por el Convenio 169 de la OIT, ya que niega toda posibilidad de reivindicación de los derechos de los pueblos a los recursos naturales en sus territorios, limitando el aprovechamiento de estos solo a comunidades debidamente tituladas (p.24).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, existe una diferencia entre las comunidades tituladas y las que no son tituladas, lo cual vulnera el principio igualdad, la no discriminación y sus derechos colectivos. Asimismo, no se cumple con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, pues renuncia a todo requerimiento de las comunidades sobre sus recursos ambientales dentro de sus tierras, restringiendo todo desarrollo solo para los pueblos titulados.

“La Ley General del Ambiente ofrece una definición de los recursos naturales parecido a la legislación anterior, con la diferencia que puede ser solicitada cuando exista necesidad pública, también hace mención de la diversidad biológica” (Congreso de la Republica, 2005, p.4).

Se observa que en los anteriores párrafos no se hace mención al consentimiento previo, libre e informado, pero es necesario citar esta temática, ya que nos ayuda a entender esta premisa (conocimientos, innovaciones, y prácticas de las comunidades campesinas y nativas).

El Convenio sobre la diversidad biológica (1992) en el artículo 8 inc. j regula este supuesto de la siguiente manera:

Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertenecientes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente (p.7).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el Convenio sobre la Diversidad Biológica afirma que la normatividad interna deberá garantizar los conocimientos, prácticas e innovaciones de los pueblos indígenas y comunidades locales que tienen un vínculo a sus costumbres ancestrales que pertenecen a la preservación y uso sustentable de la pluralidad biológica y fomentan su implementación, con el consentimiento y la intervención de las personas que tengan estas innovaciones, conocimientos y prácticas. Asimismo, se promoverá que la ganancia proveniente de la utilización de estas premisas que integran este supuesto se distribuyan de manera equitativa.

En ese sentido, la Organización de los Estados Americanos (2008) aborda también el artículo 8 inc.j del Convenio sobre Diversidad Biológica de la siguiente manera:

Se refiere al rol de las comunidades indígenas quienes a través de su conocimiento, innovaciones y prácticas pueden contribuir a la

conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica. Al respecto, el establecimiento y gestión de los recursos naturales aparece como un dominio de contribución por parte de los pueblos indígenas respecto a los elementos que hacen parte de la diversidad, tales como la fauna, los bosques, los acuíferos.

Según esta institución el Convenio sobre Diversidad Biológica promueve y protege el conocimiento indígena, las innovaciones y las practicas ancestrales, pues ayudan a conservar y a practicar el uso sostenible de la diversidad de índole biológica. Asimismo, la administración de los recursos ambientales se manifiesta como una colaboración por parte de las comunidades étnicas sobre la flora, vida silvestre y zonas acuíferas.

El Consejo Económico y Social (2005) menciona este supuesto en el Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas, específicamente en el párrafo 33, el cual establece lo siguiente:

Fue debatido el inciso j) del artículo 8 del Convenio por la Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica debatió el apartado j), que es la principal disposición del Convenio relativa a los conocimientos tradicionales, en virtud del cual las partes se comprometen a proteger, salvaguardar y amparar los conocimientos étnicos, las innovaciones culturales y las prácticas tradicionales de las comunidades originarias que sean pertinentes para la preservación y el uso sostenible de la diversidad de naturaleza biológica. El Convenio alienta a las Partes a que

promulguen leyes para proteger los conocimientos tradicionales. El apartado j) del artículo 8 exige también que los conocimientos consuetudinarios de los pueblos aborígenes solamente se utilicen con su “aprobación”, lo que implica que se requiere su consentimiento; además, señala que los beneficios derivados de la empleabilidad de los conocimientos ancestrales, innovaciones culturales y costumbres tradicionales se compartan de forma equitativa con las comunidades interesadas (p.9).

Analizando el párrafo anteriormente citado, se puede advertir que el Consejo Económico y Social afirma que el término aprobación mencionado en el artículo 8 inc. j) del Convenio de Diversidad Biológica hace referencia al consentimiento, por lo cual, faculta a los pueblos originarios a exigir esta disposición en cuanto los estados vulneren sus conocimientos, innovaciones y prácticas. Asimismo, este instrumento promueve a que los estados adopten normas con el fin de salvaguardar los conocimientos ancestrales.

Por otro lado, esta norma internacional también menciona que las ganancias que provengan de los conocimientos, innovaciones y costumbres de este sector deberán ser distribuidos de manera igualitaria.

El Foro Internacional Indígenas sobre Biodiversidad (2004) señala un examen de viabilidad para la efectividad del consentimiento en este supuesto, el primero es el programa de trabajo sobre la diversidad biológica de aguas continentales, el cual comprende:

d) Promover la participación justa y equitativa en los beneficios obtenidos de la utilización de los recursos genéticos de aguas

continentales y de los conocimientos tradicionales conexos, basados en el consentimiento fundamentado previo, de conformidad con las leyes nacionales

e) Emplear y depender de los conocimientos científicos, técnicos y tecnológicos de las comunidades indígenas y locales, y de aquellas personas interesadas de forma pertinente y directa, con la intervención y su consentimiento, en virtud con las leyes nacionales, al implementar todas las características del programa (p.122)

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, esta institución señala un programa viable para su aplicación, el primero consiste en fomentar la participación en el uso de los recursos ambientales provenientes de las aguas continentales y de los conocimientos de los pueblos originarios, los cuales deberán basarse en el consentimiento en el marco de las leyes internas.

Segundo, el Foro Internacional Indígena sobre Biodiversidad (2004) señala que las actividades de las partes corresponden a:

Promover, entre los científicos, interesados locales, planificadores, ingenieros y economistas, e incluidas las comunidades indígenas y locales con su consentimiento fundamentado previo (tanto dentro de un país como entre un país y otro), una la colaboración eficaz en la planeación y aplicación de proyectos de desarrollo para integrar mejor la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica de las aguas continentales a los desarrollos de recursos hídricos (...)

Fomentar el uso de tecnologías a bajo costo, enfoques no sistematizados y creaciones mediante el consentimiento en conformidad a las normas internas, usos tradicionales para analizar la diversidad de naturaleza biológica de las aguas denominadas continentales y cumplir con las metas de ordenación de cuencas de carácter hidrográfica, como por ejemplo: la posesión de humedales para restablecer la condición del agua, el beneficio del follaje y pantanos para recargar el agua proveniente del subterráneo y alimentar la fase hidrológica, para salvaguardar las provisiones de agua, y la utilización de canales inundables para prevenir las pérdidas por inundaciones, y la empleabilidad, siempre que sea posible, de especies nativas para la acuicultura (p.134).

El segundo punto que precisa esta institución es impulsar la colaboración entre los científicos, los locales, los profesionales (ingeniero y economista) y los pueblos étnicos respecto a la planeamiento y adopción de medidas de desarrollo que busquen la preservación y uso responsable de la variedad biológica derivados de la hidrología continental a los progresos de los bienes hídricos.

En el segundo párrafo se puede observar la promoción de la utilización de los recursos tecnológicos a bajo precio, con enfoques que no tengan muchas estructuras y sean innovadoras, las mismas que sean aplicadas a través del consentimiento y en el marco de las leyes nacionales, los usos tradicionales para analizar la variedad biológica provenientes de la hidrología continental y que pueda responder a los logros de las cuencas fluviales, los cuales comprende: el manejo de los humedales y de los bosques con el fin de proteger el

abastecimiento a la población y de las llanuras de inundación, pues se procura evitar daños.

Tercero, el Foro Internacional Indígena sobre Biodiversidad (2004) señala que:

Se debe favorecer la intervención de las comunidades originarias en las acciones sobre sus capacidades y su intercomunicación, con previo consentimiento respecto a sus regímenes, usos y modo de conservación sostenible de la biodiversidad de montañas. Asimismo, se debe implementar medidas de capacitación con el objeto de favorecer la participación de los pueblos étnicos que faciliten la preservación de las diferentes variedades de carácter biológico, con el consentimiento previo en virtud de las normas locales sobre el uso y administración sostenible de los ecosistemas de aguas de índole continental. Aunado a ello, se debe tomar acciones idóneas para mejorar la información ancestral de este sector y de los pasos adecuados como: el consentimiento previo. Este último se obtendrá de manera obligatoria para acceder a dicho conocimiento cumpliendo con las normas jurídicas internas sobre la obtención de los conocimientos consuetudinarios (p.390).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, esta institución menciona un tercer punto, el cual consiste en decidir de manera correcta sobre el mejoramiento de los conocimientos tradicionales de los pueblos étnicos y adoptar mecanismos idóneos, como por ejemplo el consentimiento

para poder llegar a estos conocimientos en el marco de las normas nacionales respecto a esta materia.

En ese sentido, se adoptará medidas idóneas que capaciten a coadyuvar la intervención de las comunidades originarias y la implementación de los conocimientos étnicos que ayuden al sostenimiento de la variedad biológica, además de contar con su consentimiento informado y previo, en el marco de las normas internas y el gestionamiento, preservación y uso responsable de la pluralidad biológica del medio ambiente de la hidrología continental.

En el tercer párrafo se pretende aplicar mecanismos para analizar las capacidades y el cambio de información para coadyuvar a la intervención de los pueblos aborígenes con el pleno consentimiento respecto al gestionamiento, preservación y uso responsable de la variedad biológica provenientes de las montañas.

Cuarto, el Foro Internacional Indígena sobre Biodiversidad (2004) elabora mecanismos efectivos para unificar los conocimientos tradicionales en temas sobre áreas protegidas marinas y costeras, por lo cual se abordó un plan piloto, el cual comprende lo siguiente:

Implementar directrices que ayuden a unificar los conocimientos ancestrales, los usos y las creaciones culturales, con la intervención de los pueblos étnicos y con previo consentimiento de ellos en conformidad a la normatividad interna, en la innovación y administración de las zonas protegidas de naturaleza marina y costera, y también protegiéndolas con la recopilación y promoción de los estudios respecto a un vasto conjunto de iniciativas que se

han ejecutado en los siguientes países: Chile, Nueva Zelanda y en el Caribe (p.195).

El cuarto punto que menciona esta institución señala la importancia de preparar directivas con el fin de unificar los conocimientos originarios, los usos y las innovaciones, en conjunto con la intervención de los pueblos aborígenes y con su pleno consentimiento en conformidad a las normativas internas. Asimismo, también adoptar e implementar zonas de protección de naturaleza marina y costera, en ese sentido, se buscar reguardar y propagar estudios respecto a sitios en donde se han iniciado estas acciones.

Quinto, el Foro Internacional Indígena sobre Biodiversidad (2004) señala lo siguiente:

Los cambios a la propuesta de inversión inicial se deberá obtener un nuevo consentimiento de los pueblos étnicos afectados. En ese sentido, la aceptación de las comunidades respecto a los diferentes niveles del proceso de análisis de impactos debe considerarse lo siguiente: conocimientos culturales, derechos, creaciones, usos tradicionales, el uso de idiomas nativos y procedimientos idóneos, el otorgamiento de un tiempo prudente y la información de naturaleza esencial, factico y jurídicamente adecuado. Aunado a ello, en la fase de evaluación debe primar el consentimiento, pues en el régimen jurídico interno se necesitará esta facultad (p.310).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, esta institución menciona el quinto punto de este programa, el cual consiste en evaluar el consentimiento en el procedimiento de apreciación de este sector en

el marco del sistema jurídico interno y precisar si se obtuvo el mismo. Asimismo, se observa que el autor menciona que el libre consentimiento en este proceso de impactos debe ser analizado en conformidad a los preceptos, creaciones innovadoras, conocimientos tradicionales y usos de las comunidades, al tiempo razonable y provisión de información concisa, fáctica, y jurídicamente adecuado. En ese sentido, los cambios a los modelos de desarrollo preliminar necesitaran un nuevo consenso de los pueblos tribales.

El sexto punto que aborda el Foro Internacional Indígena sobre Diversidad Biológica afirma que:

Para conservar sus derechos colectivos, los pueblos étnicos deben implementar o recibir asistencia respecto a programas de accesibilidad y uso de los conocimientos ancestrales en los niveles del análisis de los impactos de naturaleza cultural, social y ambiental, todo esto en conformidad a la normatividad legal vigente. Estos conocimientos deberán emplearse con previo consentimiento de sus dueños. Es importante mencionar que se respetarán las normas tradicionales de los indígenas y sus facultades sobre la propiedad intelectual respecto a sus creaciones innovadoras, usos consuetudinarios y conocimientos nativos (p.314).

El último punto que precisa esta institución es que todo lo vinculado con el desarrollo se debe tener en cuenta las normas consuetudinarias y los derechos de propiedad intelectual de los pueblos aborígenes como sus usos ancestrales, sus conocimiento y obras innovadoras. Estos conocimientos se emplean con el pleno consentimiento de los dueños de estos bienes. En ese sentido, para poder

proteger sus preceptos, este sector debe instaurar medidas de acceso y usos de estos conocimientos en los procedimientos de identificación de impactos ambientales, sociales y culturales. Asimismo, se proporcionará asistencia para poder determinar estos reglamentos, los cuales serán aplicados a solicitud.

Ahora se abordará la naturaleza normativa y el carácter vinculante de este supuesto, en ese sentido, esta premisa es reconocida en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, en la Ley sobre la Conservación y el Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica y en su reglamento; es preciso mencionar que las dos últimas normas fueron adoptadas por nuestro estado peruano, por lo cual, “es de obligatorio cumplimiento por el principio de legalidad” (Islas, 2009, p.101). Asimismo, el Convenio mencionado en este párrafo “pertenece a las normas hard law, es decir, que son vinculantes para el gobierno nacional” (Sánchez, 2019, p.468).

Establecimiento de Áreas Naturales Protegidas

El proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas (2001) en el artículo XIII inc. 7 regula este supuesto de la siguiente manera:

Cuando el Estado declare que un territorio indígena debe ser área protegida, y en el caso de tierras y territorios bajo reclamo potencial o actual por pueblos indígenas, y de tierras sujetas a condiciones de reserva de vida natural, las áreas de conservación no deben ser sujetas a ningún desarrollo de recursos naturales sin el consentimiento informado y la participación de los pueblos interesados (p.1).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, en el proyecto de la declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas se reconoció de manera expresa que las áreas de conservación no pueden estar supeditados a ningún avance de recursos ambientales sin previo consentimiento informado y la libre participación de los pueblos correspondientes, asimismo, se hace mención de áreas protegidas y tierras que están bajo reclamo de comunidades y tierras con reserva de vida de índole natural, las cuales tienen el mismo efecto.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1997) en el artículo XIII inc.7 del proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas regula este supuesto de la siguiente manera:

Cuando el Estado declara que un territorio indígena debe ser área protegida, y en el caso de tierras y territorios bajo reclamo potencial o actual por pueblos indígenas, y de tierras sujetas a condiciones de reserva de vida natural, las áreas de conservación no deben ser sujetas a ningún desarrollo de recursos naturales sin el consentimiento informado y la participación de los pueblos interesados (p.2).

La Organización de los Estados Americanos en el capítulo II se aborda el artículo XIII, en donde se regula los términos como: área protegida, tierras reclamadas por las comunidades, territorios de reserva de vida natural y áreas de conservación. Estas figuras también son mencionadas en la primera parte de este supuesto, aunque este análisis se realizó en el documento N°8 correspondiente a los documentos preparatorios del proyecto de declaración

americana sobre este sector vulnerable. Asimismo, se puede apreciar que hay un reconocimiento del derecho al consentimiento y a la libre participación.

Ahora se abordará la naturaleza normativa y el carácter vinculante de este supuesto, en ese sentido, esta premisa es reconocida en el Decreto Supremo N°038-2001-AG, reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas. Asimismo, cumpliendo con el principio de legalidad, es de obligatorio cumplimiento para el gobierno nacional” (Islas, 2009, p.101), aunque es preciso mencionar que, al no poseer un carácter legal, “se suscitará un conflicto, pues preferirá la norma legal, pues tienen más jerarquía jurídica que los reglamentos” (Bullard, 2005, p.80). En ese sentido, al no ofrecer una plena seguridad jurídica en el estado peruano, estos pueden cambiar de manera más constantes de las normas legales.

Por tanto, del análisis de los doce supuestos desarrollados en los acápite precedentes, a partir de diversas fuentes jurídicas (normas *hard law*, normas *soft law* y jurisprudencia), en la presente investigación se sostiene la defensa de los siguientes siete supuestos del derecho al consentimiento vinculante:

DERECHO AL CONSENTIMIENTO VINCULANTE	
N°	Supuestos vinculantes para el Estado Peruano
1	Desplazamiento forzoso
2	Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos
3	Medidas especiales de salvaguardia
4	Afectación a la vida cultural
5	Planes de desarrollo o inversión a gran escala
6	Conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas
7	Establecimiento de Áreas Naturales Protegidas

Elaboración Propia

2.2.4.5 Análisis Económico del Derecho

Los derechos colectivos de los pueblos étnicos en muchas ocasiones no son valorados, pues de forma tradicional no se ha consultado, solo se ha priorizado al sector empresarial y a las acciones económicas con el objetivo de elevar en gran medida la productividad y las utilidades. Asimismo, solo algunos gobiernos han respetado los derechos consuetudinarios de las comunidades originarias al momento de implementar los planes de inversión de gran envergadura (Stavenhagen, 2003).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, los estados a lo largo de los años han tenido problemas con los pueblos indígenas, ya que solo algunos de los gobiernos respetan los derechos consuetudinarios de estas comunidades al momento de implementar grandes planes de inversión. En ese mismo sentido, se da más importancia a los proyectos, que, a la propia consulta

y a los intereses de los pueblos originarios, pues se pondera un interés nacional que conlleva a conseguir una mayor productividad y ganancias al sector empresarial.

La explotación de las grandes industrias por la obtención de los recursos minerales, como: la minería, el petróleo, el gas, la infraestructura, la tala, entre otros. Han ocasionado en el sector indígena una desproporcionalidad respecto a los impuestos que dichas actividades ocasionan (Asuntos Indígenas, 2002).

El sector empresarial a lo largo del tiempo ha aumentado el interés y la preocupación sobre la obtención de recursos de las tierras o territorios de los pueblos indígenas, asimismo, estos últimos deben tolerar las acciones desproporcionadas de las empresas extractivas, petroleras, mineras, pesqueras, agricultores, de hidrocarburos u de otra índole. Igualmente, las comunidades deben soportar las industrias del ecoturismo y los planes de impuestos. Estas acciones han ocasionado que no se lleve una buena relación entre el área empresarial y los pueblos originarios.

La tortuosa relación, que desde mediados del siglo pasado se agudizó, entre los pueblos indígenas y las corporaciones trasnacionales, ha estado siempre marcada por la situación de poder y de impunidad que han gozado dichas empresas, a pesar de que, ya desde los años 20, organizaciones internacionales como la Organización Internacional del Trabajo se preocupaban por las condiciones de trabajo y de vida que les eran impuestas a los trabajadores indígenas (Berraondo, 2012).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, las comunidades y las empresas transnacionales no han tenido una buena relación desde hace varios años, ya que siempre se ha visto la problemática de sustentar el poder y las injusticias que han sido víctimas los miembros de los pueblos originarios en manos de este sector, en ese sentido, la Organización Internacional del Trabajo-OIT también observó estos acontecimientos y fue uno de los organismos internacionales en pronunciarse al respecto.

En el 2011, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, los cuales estipulan que las empresas deben actuar de conformidad con el respeto por los derechos humanos (Naciones Unidas, 2012).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el 2011, adoptó un documento en donde se estipula los principios que dirigen a las empresas y a los derechos humanos, el mismo desarrolla que las empresas tienen el compromiso de conducirse en el marco de garantizar los derechos humanos, cumpliendo así el ámbito internacional denominado como “proteger, respetar y remediar”¹⁰.

Este documento abarca tres supuestos, la primera, el compromiso del gobierno de resguardar los derechos humanos; el segundo, la obligación del sector empresarial de respetar los derechos humanos; y, por último, el acceso a vías de reparación; asimismo, estos supuestos incluyen dos principios, los

¹⁰ Berraondo, M. & Romero, A. (2012). *Pueblos indígenas frente a empresas que operan en competencia por los recursos: buscando formas de convivencia*. Ecodes. Pág. 13. Recuperado de [file:///C:/Users/Acer/Downloads/Informe_DDIndigenas%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Acer/Downloads/Informe_DDIndigenas%20(1).pdf)

cuales son: los principios fundacionales y principios operativos. En ese sentido, hablaremos a continuación sobre un principio fundacional y operativo. La primera, abarca que los gobiernos deben defender los derechos humanos en caso se suscite cualquier violación de la misma, realizadas en su territorio y/o jurisdicción, incluida el sector empresarial. A tal efecto, los estados tienen la potestad de dictaminar medidas idóneas para inspeccionar y restaurar los atropellos que acontecen a través de políticas que contengan una correcta reglamentación y puedan acceder a la justicia (principio fundacional); con respecto al principio operativo, se señala que los gobiernos tienen el compromiso de hacer cumplir la normativa que contenga el respeto por los derechos humanos al sector empresarial, también garantiza que otras normas que conducen actividades empresariales no obstaculice, más bien alienten esta materia, igualmente, aconsejan al sector empresarial sobre cómo garantizar los derechos fundamentales en sus acciones a desempeñar, y motivan a este sector a explicar sobre los impactos de sus actividades respecto al cumplimiento de los derechos humanos. El segundo, el sector empresarial tiene el compromiso de garantizar los derechos humanos, es decir, que deben evitar transgredir los derechos fundamentales de terceros y enfrentar las vulneraciones cometidas respecto a la materia (principio fundacional); según el principio operativo, debe existir un compromiso de índole político, en donde el sector empresarial afirme este suceso a través de una declaración política. El tercero, los gobiernos tienen el compromiso de tomar acciones correctas para salvaguardar los derechos humanos ante cualquier amenaza, estas vías pueden ser: judiciales, administrativas, legislativas o de la misma naturaleza, estas vías deben ser implementadas a las personas afectadas y que pueda brindar reparaciones

eficaces (principio fundacional); en ese mismo orden de ideas, el principio operativo señala que los gobiernos deben regular en su normativa interna medidas idóneas para garantizar el cumplimiento de los mecanismos judiciales cuando vulneren derechos humanos vinculados al sector empresarial.¹¹

Es necesario mencionar que en el sistema internacional existe instituciones del sector empresarial que buscan respetar y garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y de alguna manera aborda la problemática de esta sección, los cuales son: el Consejo Internacional de Minería y Metales-ICMM, los principios del Ecuador, el Consejo de Administración Forestal-FSC, la Asociación mundial del sector del petróleo y gas para cuestiones medioambientales y sociales-IPIECA, y la Asociación Regional de Empresas del Sector Petróleo, Gas y Biocombustibles en Latinoamérica y el Caribe-ARPEL.¹² El “ICMM” es una institución que se encarga de la industria minera y de metales, realiza sus operaciones de manera responsable y contribuye al desarrollo sostenible, además integra a diferentes empresas del mundo de esta misma materia, estas empresas han decidido de manera formal adoptar los principios y valores establecidos por este Consejo, asimismo, señala que el impacto que pueden ocasionarse a las comunidades pueden ser positivas o negativas, en caso sean negativas, se tiene que hacer responsable la empresa minera y reforzar la confianza y el respeto con las comunidades, por otro lado, menciona el apoyo al derecho del consentimiento previo, libre e informado, pero

¹¹ Naciones Unidas, (2011). Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. Oficina del Alto Comisionado. HR/PUB/11/04. Recuperado de https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_sp.pdf

¹² Berraondo, M. & Romero, A. (2012). Pueblos Indígenas frente a empresas que operan en competencia por los recursos: buscando formas de coexistencia. Recuperado de [file:///C:/Users/Acer/Downloads/Informe_DDIndigenas%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Acer/Downloads/Informe_DDIndigenas%20(1).pdf)

la misma no es general, es decir, se comprometen a intervenir en foros de índole nacional e internacional¹³; los “principios del Ecuador” son un conjunto de indicadores voluntarios sobre temas de carácter ambiental y social para los resultados financieros, asimismo, se aplica solo cuando el proyecto supere los 10 millones de dólares y se extiende a todo el mundo¹⁴; El “FSC” es una institución pionera en certificación forestal y tiene 25 años de experiencia en ese rubro, promueven el uso responsable de los bosques del mundo, posee 10 principios de los cuales regula los derechos de los pueblos indígenas y las relaciones con los mismos¹⁵; la “IPIECA” es una asociación de índole mundial que ve temas de petróleo y gas, esta institución busca impulsar el rendimiento medioambiental y social, aunque no hay compromiso expreso por parte de sus miembros, realizó un informe donde aborda las buenas prácticas entre este sector y los pueblos consuetudinarios, también es necesario mencionar que proporciona un análisis sobre la consulta y el consentimiento¹⁶; la “ARPEL” es una institución sin fines de lucro que integra a empresas del sector petróleo, gas y biocombustibles de Latinoamérica y el Caribe, en 2009 elaboró una manual sobre relaciones con pueblos indígenas, el cual aborda áreas relevantes entre ambas partes¹⁷.

El sector empresarial en el Perú ha tenido diferentes críticas a la implementación de la Ley de Consulta Previa, respecto a sus límites e

¹³ ICMM, (2020). Minería y comunidades. Recuperado de <https://www.icmm.com/es/sociedad-y-economia/mineria-y-comunidades>

¹⁴ Ching, D. (2019). Los principios del Ecuador. SCRiesgo. Recuperado de https://www.scriesgo.com/files/publication/193_losprincipiosdelecuador.pdf

¹⁵ Forest Stewardship Council-FSC. Somos la solución más confinable del mundo para el manejo forestal sostenible. Recuperado de <https://fsc.org/es/quienes-somos#somos-el-fsc>

¹⁶ IPIECA. Acerca de IPIECA. Recuperado de <https://www.ipieca.org/es/acerca-de-ipieca/>

¹⁷ Asociación Regional de Empresas del sector petróleo, gas y biocombustibles en Latinoamérica y el Caribe. Recuperado de <https://es.arpel.org/>

implicancias, entre las cuales tenemos a la Sociedad Nacional de Industrias (SIN), la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (Confiep) y la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía (SNMPE)¹⁸. Este sector sostiene que esta medida podría representar un peligro a sus nuevas inversiones, y también en el impacto potencias de la medida sobre el uso de la tierra si se incluiría a las diferentes comunidades originarias del país.¹⁹

Desde la promulgación de la ley, algunos líderes empresariales también han manifestado que la implementación del proceso de consulta ha obstaculizado la inversión en infraestructura y la expansión de la agricultura comercial. Otros sostienen que los líderes sociales y políticos locales pueden utilizar este nuevo derecho para ejercer un poder de veto de facto sobre los proyectos, aun cuando estos ya hayan sido aprobados por el Estado. (Sanborn, Hurtado & Ramírez, 2016, pág. 28)

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la Ley de Consulta previa ha sido un problema para el sector empresarial, pues afirman que han impedido el desarrollo de la inversión en tema de infraestructura y de la agricultura comercial. También sostienen que esta medida podría ser empleada para aplicar un derecho a veto sobre los proyectos a implementar, aunque estos ya hayan sido aceptados por el estado peruano.

En ese sentido, se debe afirmar que la mayor resistencia fue de los empresarios de las industrias extractivas, pues es el sector que tiene una

¹⁸ Ruiz, J. (2010). El debate en torno al derecho a la consulta en el Congreso. Lima: Servindi.

¹⁹ Sanborn, Hurtado & Ramírez, (2016). La consulta previa en el Perú: avances y retos. Universidad del Pacífico. Pág. 28. Recuperado el 28.10.2020 de <https://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/1195/DI6.pdf>

relación más próxima y estable con los pueblos indígenas. En necesario asegurar que desde el año 1990, se suscitó una extracción a gran escala de minerales e hidrocarburos quienes respondían a inversionistas privados y extranjeros, entre los cuales estaba liderando las corporaciones multinacionales y empresas extranjeras, aunque también empresas peruanas. Asimismo, la extracción de recursos ambientales es una de las principales fuentes de conflictos sociales en el estado peruano, lo cual trae consecuencias negativas para las acciones de estas empresas.²⁰

Debemos apreciar que en el sector empresarial existen críticas a la implementación de la consulta, pero hay empresas que opinan diferente, pues afirman que la aplicación de este derecho, coadyuvará a mejorar las relaciones con los pueblos originarios, por tal motivo, el informe de Oxfam presentado en Perú en el año 2012, afirma que algunas de las empresas que intervienen en el sector de manera activa, como Anglo American, Barrick, BHP Billition, Newton, Rio Tinto y Xstrata, son de las que piensan de manera positiva sobre la aplicación de este derecho, además tienen el compromiso de adoptar la consulta previa o en todo caso el consentimiento.²¹

Muchas veces las empresas extractivas mayormente ligadas al sector minero utilizaban la excusa de que si el pueblo indígena no estaba en la Base de Datos del MINCUL entonces estos no tenían

²⁰ Según el Instituto Peruano de Economía, en los últimos años los conflictos sociales han impedido el desarrollo de inversiones mineras por un monto de US\$ 8.000 millones (IPE 2014). Para la consultora Eurasia Group, aunque se espera que la producción de cobre del Perú se incremente a casi el doble en 2016 debido al inicio de la producción de varios proyectos a gran escala, los retos vinculados a obtener los permisos, cumplir con los altos estándares de regulación ambiental y evitar las tensiones sociales, están retrasando el desarrollo de otras nuevas inversiones (Puig, 2015).

²¹ Oxfam América, (2012). Community Consent Index. 26 de septiembre. Recuperado el 28.10.2020 de <https://www.oxfamamerica.org/explore/research-publications/>

derecho de consulta. Este argumento en su totalidad es erróneo ya que los pueblos tienen su derecho de consulta ganado desde muchos años atrás por lo que debe darse cumplimiento al Convenio N°169 (Valdivia, 2017, pág. 85).

Las empresas extractivas especialmente el sector minero suelen usar la justificación de que si una comunidad indígena u originaria no se encuentra registrada en la Base de Datos del Ministerio de Cultura no puede gozar del derecho a la consulta, lo cual según el autor es totalmente falso, ya que este derecho ha sido adquirido desde hace mucho tiempo por estos pueblos en conformidad con el Convenio 169 OIT.

El sector minero tiene riesgo social en todas partes del mundo, y en el más reciente estudio de Instituto Fraser, un *think tank* conservador con sede en Canadá, sobre clima de inversión, el Perú sigue considerado entre los 35 mejores países del mundo para la inversión en minería, de una lista de 109, y el segundo en América Latina después de Chile (Instituto Fraser, 2015).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el Perú es uno de los mejores países en inversión de minería a nivel mundial, y el segundo en Latinoamérica, esto indica que nuestro estado tiene un gran desarrollo en esta temática. En ese sentido, consideramos que se debe aplicar de manera idónea en el sector minero la consulta previa, ya que es el sector que más produce en nuestro gobierno.

En ese sentido, se debe mencionar que las empresas mineras de diferentes lugares llegan antes que el Estado implemente la consulta previa en

las tierras o territorios de las comunidades. Asimismo, es importante señalar que las empresas no realizan la consulta, sino que es responsabilidad del estado aplicarla, la institución encargada de realizarlo es la entidad promotora, que en nuestro caso sería Ministerio de Energía y Minas.²²

La promulgación de la Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, en el año 2011, coincidió con un contexto socioeconómico complejo, y generó expectativas y temores entre diversos sectores de la población peruana. Por un lado, desde el 2004, los precios de los minerales exportados por el Perú habían crecido hasta alcanzar valores históricamente altos, lo cual produjo un incremento importante de la cartera de proyectos de inversión minera (Baca y Ávila, 2015).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, los precios de los minerales sobre inversión minera subieron de manera histórica desde el 2004 y durante la vigencia de las dos normas sobre consulta previa, lo cual trajo muchas interrogantes y miedos en los miembros del país, acerca de su aplicación e implementación de este derecho, además de ello, este suceso ocasionó que se realicen más proyectos de esta misma índole.

Implementar la consulta previa sobre proyectos mineros a pueblos indígenas u originarios ha sido una de las tareas más complejas para el estado peruano, en su afán de impulsar políticas públicas de reconocimiento y respeto por los derechos colectivos de estos

²² Balbuena, Blanco, Caritimari, Cauper, Chislla, Hidalgo et al. (Edición primera) (2016). La implementación del derecho a la consulta previa en el Perú. Aportes para el análisis y la garantía de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Pág. 165. Recuperado de https://consulta-previa.org.pe/publicaciones/Consulta_Previa_paginas.pdf

pueblos. Por ello, el desarrollo de los primeros cuatro procesos de consulta previa en el subsector minería, entre setiembre del 2015 y agosto del 2016, representa un quiebre importante a favor del reconocimiento del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios andinos (Ocampo & Urrutia, 2016).

La aplicación de la consulta previa en los planes de minería es uno de los temas más complicados para el gobierno peruano, pues tienen el deseo desenfrenado de controlar y promover políticas públicas que garanticen los derechos consuetudinarios de las comunidades, es en este entorno que se lleva a cabo los primeros cuatro procesos de consulta en este sector, los cuales se aplicaron en el 2015 al 2016, lo cual figura una fragmentación significativa para la adopción de este derecho.

En ese sentido, mencionaremos los cuatro procesos de consulta en el sector de minería, la primera fue aplicada a la comunidad campesina del pueblo quechua de Parobamba de Cuzco, pueblo que fue consultado sobre el proyecto Aurora; la segunda, fue a la comunidad de Santa Rosa de Quikakayan de Ancash sobre el proyecto de Toropunto; la tercera, a la comunidad Cotarusi de Apurímac sobre el proyecto de Misha; y la cuarta, a las comunidades de Quilla Ayllu y Llactun Aija/Llactun Rurimarac de Ancash sobre el proyecto de La Merced. Los cuatro procesos versaron sobre proyectos de exploración y contaron con la presencia del Viceministerio de Interculturalidad, y la Defensoría supervisó los talleres informativos de los proyectos Aurora y La Merced. (Ocampo & Urrutia, 2016).

Los cuatros primeros procesos de consulta en el sector minero se trataron sobre proyectos de exploración y fueron supervisados por el Ministerio de Cultura y la Defensoría del Pueblo. Otro tema que podemos apreciar en el párrafo anteriormente citado, que la denominación que se emplea a las poblaciones indígenas son comunidades, pues aún existe este problema de autoidentificación entre esta población, por tal motivo, el estado peruano está realizando acciones para menguar estas concepciones.

Estos primeros casos que mencionamos con anterioridad sobre inversión minera, son experiencias positivas para nuestro estado, pero aún nos queda mucho por mejorar, en estos casos uno puede apreciar la oportunidad de la consulta, la identificación de los intervinientes de la consulta, acceso y distribución de información adecuada y culturalmente idónea, también la culminación de la consulta, que comprende la evaluación interna hasta la decisión final.²³ En ese sentido, el Ministerio de Energía y Minas como entidad promotora, es la encargada de implementar este derecho, esta institución tiene un texto único de procedimientos administrativos-TUPA, el cual ha identificado cuatro supuestos de medidas administrativas, las cuales son: autorización para el inicio de las actividades de exploración; autorización para el inicio de actividades de desarrollo, preparación y explotación en concesiones mineras metálicas y no metálicas; otorgamiento de concesión de beneficio y otorgamiento de concesión de transporte minero.²⁴

²³Ocampo, D. & Urrutia, I. (2016). La implementación de la consulta en el sector minero: una mirada a los primeros procesos. Pág. 170. Recuperado de https://consulta-previa.org.pe/publicaciones/Consulta_Previa_paginas.pdf

²⁴ TUPA del Minem, a partir de la modificación y actualización realizadas desde la Resolución Ministerial 362-2015-MEM/DM.

La consulta previa en minería se diferencia de los demás sectores por el hecho de que, en este caso, el proyecto sobre el cual versa la consulta ya cuenta con una empresa titular que ha establecido relaciones de diversa índole con las comunidades que deben ser consultadas. Así, la consulta previa en minería se realiza en un momento en el que las empresas ya se han configurado como actor primario en el escenario en el que se desarrolla la consulta (Ocampo & Urrutia, 2016, pág. 183).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la consulta en materia de minería es diferente a los otros sectores, ya que la empresa titular llega a hacer partícipe primario en la implementación del proceso de consulta, además de ello, establece una relación más profunda con los miembros de los pueblos indígenas u originarios pertenecientes al proceso de consulta.

La aplicación en nuestro país del pronunciamiento de la necesaria implementación del consentimiento en proyectos a gran escala en el caso de Saramaka vs. Surinam, significaría que los proyectos para la realización de actividades extractivas (mineras, hidrocarburos, hidroeléctricas) e infraestructura (carreteras) debieran necesariamente contar previamente con el consentimiento (aceptación) de los pueblos involucrados. Hoy en día ninguno de los proyectos mencionados que se desarrollan en tierras de pueblos indígenas ha contado ni siquiera con un proceso de consulta. (Sevillano, 2010, pág. 54)

Según el autor, la consulta no ha sido aplicada en ninguna inversión de actividades extractivas, los cuales clasifica de la siguiente manera: minera, hidrocarburo, hidroeléctrica y de infraestructura. También afirma que no basta solo con la consulta, sino que es necesario implementar el consentimiento, el cual debe ser previo a cualquier acción que pudieran realizar el sector empresarial en las tierras o territorios de los pueblos indígenas. En ese sentido, podemos advertir que el estado peruano tiene la obligación de efectuar una correcta consulta y consentimiento a las comunidades dentro de los parámetros internacionales.

Es necesario mencionar que el rol del sector empresarial no es muy activo, a diferencia del Estado y de los pueblos indígenas, ya que el gobierno es quien implementa la consulta previa en conformidad con el Convenio 169 OIT y las normas internas sobre la materia. Este derecho consiste en consultar a las comunidades sobre alguna medida de índole administrativa o legislativa que los afecte de manera directa. En ese sentido, tenemos que afirmar que muchos procesos de esta materia están vinculadas a las autorizaciones que da el Estado para que se lleve a cabo ciertas actividades por parte de las empresas privadas, en otras palabras, medidas que en algún momento llegarán a vulnerar a esta población originaria. Debemos tener en cuenta que este sector busca obtener una ganancia económica y es por esta razón que tiene un interés particular en participar en este proceso y por tal motivo solicita al gobierno poder intervenir en la consulta, estas pueden ser concesiones mineras o cualquier actividad de naturaleza extractiva. Al existir estas utilidades, el estado en muchas ocasiones ha derivado esta función al sector empresarial, pues en muchas circunstancias

ponderan beneficios propios, lo cual produce que se realicen talleres informativos en vez de procesos de consulta.²⁵

Los pueblos indígenas no están en contra del desarrollo, solo buscan que se respeten sus derechos consuetudinarios, sin que se efectúen vulneraciones a las comunidades y siempre buscando el dialogo intercultural, el cual debe ser empleado de buena fe para evitar cualquier problema o dictaminar alguna solución pacífica en favor de ambas partes.²⁶

La reducción de los conflictos sociales como consecuencia de la implementación de procesos de consulta previa adecuados y pertinentes -con el reconocimiento del derecho al consentimiento en determinados supuestos excepcionales- redundará en la maximización de los beneficios de todas las partes involucradas en los procesos económicos que tengan como protagonistas a los pueblos indígenas u originarios, al sector empresarial y al Estado.

2.3 Marco Normativo

2.3.1 Convenio 169 de la OIT

La historia de esta norma comienza en 1921, donde la Organización Internacional del Trabajo-OIT comenzó a estudiar a este grupo bajo el término “trabajadores aborígenes” en las colonias europeas, por tal motivo, en el año 1930 se vio necesario adoptar el Convenio sobre el Trabajo Forzoso N° 29, y

²⁵ Valdivia, J. (2017). “La consulta previa en el Perú: El estudio de los roles del Estado, los pueblos indígenas y las empresas privadas”. Universidad Ricardo Palma. Tesis para obtener el título profesional de Licenciado en Derecho. Recuperado de <https://repositorio.urp.edu.pe/bitstream/handle/urp/1126/TESIS-Jose%20Daniel%20Valdivia%20Linares.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

²⁶ Ameller, Vladimir y otros. (2012). El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina. Bolivia: Konrar-Adenauer-Stiftung. Programa Regional de Participación Política Indígena. Pág. 221

después de varios años en 1957 se aprobó la primera norma que regulaba esta materia.²⁷

En ese sentido, es preciso mencionar que existió un documento internacional que reguló los derechos colectivos de este sector vulnerable, el cual se denominó Convenio núm.107 de la OIT, admitido en 1957, el mismo empleó el término “poblaciones”, esto ocasionó muchos debates, porque no reflejaba la identidad de estas comunidades, por esta razón se decidió cambiar a otra norma jurídica titulada Convenio 169 OIT (1989), este instrumento adoptó la expresión “pueblos”, lo cual trajo mucha aceptación y es la norma vigente en la actualidad que regula esta materia²⁸.

El Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) es un tratado internacional, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1989. El Convenio refleja el consenso logrado por los mandantes tripartitos de la OIT en relación con los derechos de los pueblos indígenas y tribales dentro de los Estados-nación en los que viven y las responsabilidades de los gobiernos de proteger estos derechos. El Convenio se fundamenta en el respeto a las culturas y las formas de vida de los pueblos indígenas y reconoce los derechos a la tierra comunal y a los bienes naturales, también la facultad de tomar sus propias decisiones

²⁷ Oficina Regional para América Latina y el Caribe, (2016). Presentación del Director Regional de la Oficina de la OIT para América Latina y el Caribe. José Manuel Salazar-Xirinachs. En la Conferencia Internacional de Minería (CONFEMIN). “El Convenio 169 de la OIT”. Pag.5. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/statement/wcms_523910.pdf

²⁸ El Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, núm. 107 (1957) fue revisado por el Convenio núm. 169. Por lo tanto, ya no está abierto para ratificación, pero sigue vigente en varios países (por ej. Bangladesh, India y Pakistán).

sobre su desarrollo. El objetivo del Convenio es menguar las acciones discriminatorias que sufren estos pueblos y hacer posible que participen en la adopción de decisiones que afectan a sus vidas. Por lo tanto, los principios fundamentales de la consulta previa y la participación indígena son la base del presente instrumento. Además, el Convenio incluye una vasta información sobre cuestiones relativas a las comunidades culturales, que incluyen el empleo y la formación profesional, la educación, la seguridad social y la salud, el derecho consuetudinario, las instituciones tradicionales, las lenguas, las creencias religiosas y la cooperación a través de las fronteras. (Trabajo, 2013, pág. 01)

Como se puede apreciar en lo anteriormente citado, este Convenio es un instrumento internacional, que fue adoptado en 1989, el cual busca el reconocimiento por parte del gobierno de los derechos consuetudinarios de las comunidades originarias, y también empoderarlos en su propio desarrollo cultural.

La finalidad de este instrumento es superar los tratos discriminatorios que han padecido las comunidades originarias a lo largo del tiempo, y ejercer la participación de los mismos en los estándares establecidos a nivel internacional en cada norma legislativa o administrativa que les afecten, logrando así, la integración social y cultural.

El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT es un instrumento internacional que está dividido en diez partes, la primera trata sobre Política General; la segunda, sobre tierras; la tercera, Contratación y

Condiciones de Empleo; la cuarta, Formación Profesional, Artesanía e Industrias Rurales; la quinta, Seguridad Social y Salud; la sexta, Educación y Medios de Comunicación; la séptima, Contactos y Cooperación a través de las Fronteras, la octava, Administración; la novena, Disposiciones Generales y la décima, sobre Disposiciones Finales. Asimismo, contiene un total de cuarenta y cuatro artículos que tiene como finalidad garantizar los derechos consuetudinarios de los pueblos indígenas en los estados que son vulnerados²⁹.

Por otro lado, es necesario advertir que este instrumento internacional es de carácter vinculante para los estados parte, pues está incluida dentro de las normas *hard law*, por tal motivo, es de obligatorio cumplimiento para el estado peruano, ya que nuestro país lo ratificó en 1993 y entró en vigencia en 1995.³⁰

2.3.2 Declaración de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas el 13 de septiembre de 2007 por 144 votos a favor, 11 abstenciones y 4 votos en contra (los de Australia, el Canadá, los Estados Unidos de América y Nueva Zelandia). Desde entonces, varios Estados han modificado su posición, entre ellos los 4 que, pese a haber votado en contra, se han sumado a la Declaración.

²⁹ Oficina Internacional del Trabajo, (2014). Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

³⁰ Yrigoyen, R. (2003). El Convenio Núm. 169 de la OIT y su aplicación en Perú. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS. Recuperado de <https://www.dar.org.pe/documentos/Ryf-Convenio169OIT%20suaplicacionenPeru-2009.pdf>

En la Declaración, que es el instrumento más amplio relativo a los derechos de los pueblos indígenas existente en el ámbito del derecho y las políticas internacionales, figuran normas mínimas en materia de reconocimiento, protección y promoción de estos derechos. Aunque no se aplica de forma uniforme o coherente, la Declaración orienta normalmente a los Estados y los pueblos indígenas en la elaboración de las leyes y políticas que repercuten en estos pueblos, en concreto en el establecimiento de medios para atender mejor las reclamaciones que presentan. (Unidas, 2013, pág. 4)³¹

Este instrumento internacional fue aprobado el 13 de setiembre del 2007, es el más amplio dispositivo internacional en materia de políticas internacionales, a diferencia de la protección y promoción de sus derechos colectivos, que figuran normas mínimas. Es necesario afirmar que la misma no se aplica de manera uniforme, ya que se enfoca en orientar a los estados parte y a las comunidades originarias en la proposición de los planes y normas que les concierne. Asimismo, ayuda al establecimiento de medios para la atención en el ámbito de reclamos que se presentan a las instancias internacionales.

La Declaración de las Naciones sobre los Pueblos Indígenas es una norma de carácter internacional que está compuesta por cuarenta y seis artículos que tienen como finalidad garantizar los derechos colectivos y la igualdad cultural³². Asimismo, también es necesario mencionar que este instrumento es

³¹ Naciones Unidas, (2013). *Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas. Folleto Informativo N°9/Rev.2. Pág. 4 Recuperado de: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/fs9Rev.2_SP.pdf

³² Naciones Unidas, (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Recuperado de https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

diferente al Convenio, ya que es una norma soft law, es decir que no es de obligatorio cumplimiento, mientras que el Convenio 169 de la OIT, es una norma hard law, en otras palabras, es vinculante en los estados parte³³.

2.3.3 Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas

Es un instrumento jurídico adoptado por la OEA que reconoce una serie de derechos individuales y colectivos a los pueblos indígenas en las Américas. También reconoce una serie de obligaciones por parte de los Estados Americanos con los pueblos indígenas. Esta Declaración debe ser una herramienta de conocimiento, aprendizaje y trabajo colectivo para apropiarnos de nuestros derechos y exigir su cumplimiento. Asimismo, es necesario afirmar que la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas es el primer instrumento en la historia de la OEA que promueve y protege los derechos de los pueblos indígenas de las Américas (OEA, 2016, pág.12).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, este documento es de índole internacional, pues ha sido acogida por la OEA, la cual garantiza el respeto de los derechos consuetudinarios de los pueblos originarios en el continente de América. Asimismo, declara una escala de obligaciones por parte de los países americanos con las comunidades. También, es un instrumento de conocimiento y estudio y trabajo en colectividades con el fin de

³³ Sánchez, L. (2019). El sistema de Hard-Law y Soft-Law en relación con la defensa de los derechos fundamentales, la igualdad y la no discriminación. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho-CEFD. Recuperado de <file:///C:/Users/Acer/Downloads/14293-47643-1-PB.pdf>

empoderar a estas poblaciones, y, por último, afirma que es la primera herramienta en toda la historia de la OEA, por lo cual fomenta y defiende los derechos de este sector vulnerable.

La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas contiene 41 artículos y se divide en 6 secciones: la primera titulada Pueblos Indígenas, Ámbito de aplicación y alcances; la segunda, Derechos Humanos y Derechos Colectivos; la tercera, Identidad cultural; la cuarta, Derechos Organizativos y Políticos; la quinta, Derechos Sociales, Económicos y de Propiedad; y sexta sección, Provisiones generales.³⁴

2.3.4 Ley de Consulta Previa

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

³⁴ Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016. AG/RES.2888(XLVI-0/16). <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>

motivo a la promulgación de esta ley, fue el ocurrido en Bagua.”

(Linares, 2017, pág. 36)

La ley de Consulta Previa fue aprobada 7 de setiembre del 2011, lo cual trajo grandes cambios, como: la implementación de la consulta previa, la identificación de los pueblos indígenas u originarios, la realización de la consulta en su idioma originario, las funciones del ente rector (Ministerio de Cultura), el monitoreo y la fiscalización de este proceso³⁵. Es necesario afirmar que el Perú fue el primer país en América Latina en aprobar una ley que aborde los temas tratados en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), lo cual generó una gran aprobación por la población peruana, ya que el Estado se vio en la necesidad de proteger los derechos de las comunidades originarias por el caso ocurrido en Bagua, pero esto es solo el comienzo, ya que aún nos falta un gran camino por recorrer.

La ley de consulta previa (Ley N° 29785) entre sus temas más importantes, son el procedimiento de este derecho con etapas orientadoras y el instauramiento del consenso entre el Estado y los pueblos originarios como vinculante, los cuales ya habían sido mencionados por el Tribunal Constitucional. Además de ello, esta norma tuvo muchas críticas para su aprobación por parte de las organizaciones indígenas, ya que consideran que deberían modificarse los artículos 1,2,4,7,15,19 y la Segunda Disposición Final, ya que el primero solo menciona a las afectaciones directas, cuando debe incluir todo de tipo de afectación, esto incluiría a la indirecta; en el segundo, se alude a los derechos

³⁵ El diario el peruano, (2011). *Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconociendo en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*. Perú: el Diario el Peruano.

colectivos y no todo derecho indígena; en el artículo cuatro solo se nombra a siete de los dieciocho principios de la consulta; en el siguiente dispositivo se cuestiona porque excluye a las rondas campesinas y a los pueblos costeros, ya que solo de limita a los descendiente directos y a quienes hayan conservado sus características culturales; en el artículo quince, no está regulado el consentimiento, pues no solo debe ser una mera finalidad, sino una figura de carácter vinculante en los casos mencionados por los instrumentos internacionales; en el artículo diecinueve, se reclama una institución de índole indígena que sea autónoma para que pueda ser juez y vea los reclamos de los miembros de la comunidad, y no el Viceministerio de Interculturalidad; y por último, la segunda disposición final afirma que cualquier medida anterior a la validez de la Ley de Consulta pueden seguir de manera activa. A pesar de las diferencias que afirmaron las instituciones originarias se aceptó un texto normativo sin modificaciones³⁶.

La Ley de Consulta N° 29785 esta compuestas por los siguientes temas: Título I, Aspectos Generales; Título II, Pueblos Indígenas u Originarios a ser consultados; Titulo III, Etapas del proceso de consulta; Título IV, Obligaciones de las entidades estatales respecto al proceso de consulta y las cuatro Disposiciones Complementarias Finales. También está dividida por veinte artículos que buscan garantizar los derechos colectivos de las comunidades originarias y tribales.³⁷

³⁶ Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, (2012). Análisis crítico de la consulta previa en el Perú. Informes sobre el proceso de reglamentación de la Ley de consulta y del Reglamento. Grupo de trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. Pág. 15 y 16. http://www.dar.org.pe/archivos/publicacion/90_analisis_critico_consulta_previa.pdf

³⁷ Diario "El Peruano", (2011). *Ley del Derecho a la Consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Ley N° 29785*. Congreso de la República. https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/ExpVirPal/Normas_Legales/29785-LEY.pdf

2.3.5 Reglamento de la Ley de Consulta Previa

El presidente Ollanta Humala coadyuvó a la implementación del reglamento de la ley de consulta con la finalidad de promover la naturaleza económica de la extracción de los bienes naturales, y se cuestiona que no garantizó el respeto al medio ambiente y los derechos consuetudinarios de las comunidades étnicas. Asimismo, no se incorporó a las instituciones originarias en la Comisión Multisectorial, ni en las reuniones de carácter macroregional, lo que vulneró el derecho a la participación de estas organizaciones en la fase de evaluación interna del Reglamento de la Ley de Consulta. Aunado a ello, se suscitaron varios acontecimientos desfavorables como: el cambio de horario de algunas reuniones, la utilización de lugares no idóneos para estas reuniones y la mala alimentación hacia las personas que participaron en dichos eventos. Estos sucesos ocasionaron un gran malestar y rechazo de los líderes indígenas y sus dirigentes. Por lo antes expuesto, estos hechos dieron a conocer que el gobierno peruano no garantizó la información correcta, ni la publicidad de la Ley y el Reglamento de Consulta a los pueblos aborígenes. Lo que visualizó que los ciudadanos partícipes de estos encuentros macro regionales no entendieran los alcances de estas normas. También, ocasionó que no se resolviera los temas relevantes del reglamento (Humanos C.N, 2012, pág.35).

Con lo anteriormente citado, es necesario afirmar que el estado peruano no proporcionó una relación idónea entre las comunidades originarias y los

encargados de la instalación de la Comisión Multisectorial, ya que el presidente Ollanta Humala prefirió impulsar la extracción de los recursos naturales, favoreciendo la inversión privada, antes que los derechos colectivos de las comunidades originarias.

El proceso de formulación y aprobación del reglamento de la consulta previa, no se llevó a cabo de manera eficiente, puesto que hubo diversas organizaciones nacionales y regionales que solicitaron la participación en este dispositivo, pero fue denegada, además de ello se originó otras dificultades como: el problema logístico, el cambio de fecha de los encuentros, el uso de lugares inapropiados y un rechazo total de los líderes indígenas. Asimismo, es necesario señalar que el estado peruano no proporcionó la correcta publicidad e información respecto a la ley de consulta previa, puesto que muchos participantes no conocían esta norma, ni sus alcances, lo cual trajo muchas dificultades para la elaboración de este dispositivo.

El Reglamento de la Ley de Consulta fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MC del 02 de abril de 2012, pero durante su proceso se suscitaron diferentes deficiencias de forma y de fondo, lo cual trajo como consecuencia la no aceptación y la renuncia de la mayoría de las organizaciones indígenas. En ese sentido, se puede afirmar que este dispositivo no cumple los estándares internacionales, sino que busca promover el derecho de inversión y no el uso sostenible de los recursos ambientales, por tal motivo, existe críticas al artículo 24 ya que establece un plazo máximo de 120 días, lo cual establece un sistema muy rígido de tiempo, pues no se respeta las condiciones culturales y geográficas de las comunidades originarias, otro tema en discusión está en el artículo 6, el cual afirma que la consulta debe realizarse después de la

concesión del territorio, a diferencia de la Decimoquinta Disposición Complementaria y Final dispensa de consulta a las medidas sobre servicios públicos, educación y salud, ya que protegería a los pueblos indígenas, esto es decidido por instancias estatales, sin la opción de consultar.³⁸

Es necesario mencionar que en este Reglamento su puede identificar algunas contradicciones en los siguientes temas: la consulta no se realiza antes del otorgamiento de la concesión, sino de manera opcional (art. 3 y art.6); no se precisa de manera clara los casos de consentimiento que el gobierno peruano debería garantizar; el Viceministerio de Interculturalidad posee limitadas facultades para intervenir en las consultas, además la aprobación de este proceso a nivel regional o local es catalogado de origen inconstitucional, ya que no es un ente rector(art. 2 inc.3); y por último, se quiere acortar la actuación de las organizaciones indígenas para ciertos casos (art. 27 inc.6)³⁹.

El Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Decreto Supremo N° 001-2012-MC está compuesta por los siguientes temas: Título I, Disposiciones Generales; Título II, Aspectos Generales del Proceso de Consulta; Título III, Del proceso de consulta; Título IV, De las funciones del Viceministerio de Interculturalidad sobre el Derecho a la Consulta y las Disposiciones Complementarias Transitorias y

³⁸ Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, (2012). Análisis crítico de la Consulta previa en el Perú. Informes sobre el proceso de reglamentación de la Ley de Consulta y del Reglamento. Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. Pág. 16. http://www.dar.org.pe/archivos/publicacion/90_analisis_critico_consulta_previa.pdf

³⁹ Cultura, (2012). Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT). Decreto Supremo N° 001-2012-MC. https://www.perupetro.com.pe/wps/wcm/connect/corporativo/ac7b1abb-295f-4f82-a86b-2ef4de786ba9/9_Decreto_Supremo_001_2012_MC.pdf?MOD=AJPERES

Finales. También está dividida en treinta artículos que buscan implementar este derecho de manera idónea y de acuerdo a los parámetros internacionales.⁴⁰

2.4 Marco jurisprudencial

2.4.1 Organismo Nacional

2.4.1.1 Tribunal Constitucional

En esta parte de la investigación se aborda los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la Consulta Previa y el Consentimiento. Respecto al primero, a criterio personal considero que cinco sentencias analizan de manera relevante la temática, ya que reconocen expresamente y realizan un análisis sobre esta materia; mientras que el segundo, no es regulado por esta entidad pública.⁴¹

El Exp. N° 002-2009-PI/TC marco un hito en la historia peruana, ya que por primera vez el Tribunal Constitucional realiza un análisis de la consulta previa *per se*. El Caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos versa sobre una demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1089, el cual regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, ya que los demandantes alegan que no se efectuó la consulta correspondiente, violando así las normas internacionales sobre la materia. Lo innovador que trajo este pronunciamiento fue un análisis sobre el derecho a la identidad cultural, la vinculatoriedad del Convenio 169 de la OIT, mas no de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas, ya que al ser una norma de carácter soft law no es de obligatorio cumplimiento y

⁴⁰ Diario "El Peruano", (2012). Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT9. Decreto Supremo N° 001-2012-MC. Cultura.

⁴¹ Tribunal Constitucional, (2020).

el Derecho de consulta como un dialogo intercultural. En ese sentido, la identidad cultural consiste en que toda persona es perteneciente a un grupo étnico específico que comparten costumbres y tradiciones de naturaleza propia. Existe la exigibilidad del Convenio según el máximo intérprete de la Constitución, ya que es una norma con rango constitucional, puesto que es un tratado internacional sobre derechos humanos. Igualmente se estudia las disposiciones del Convenio reconociendo la necesidad de implementar la consulta, las características y elementos de la misma; también el contenido constitucional de esta figura que abarca el acceso a la consulta, las características esenciales y la garantía de cumplimiento de los acuerdos; y por último analiza tres tipos de medidas, las cuales comprende: las que regulan aspectos intrínsecos de los pueblos indígenas, normas de alcance general que podrían configurarse una afectación indirecta a las comunidades y aquellos donde determinados temas de esta población tengan una legislación de alcance general. En este expediente se resuelve declarar infundada esta demanda de inconstitucional respecto a la ley referida e interpretar que esta norma no es aplicable a los pueblos originarios. Por otro lado el consentimiento, solo es mencionado por el demandante, mas no por el Tribunal Constitucional.⁴²

La sentencia N° 0023-2009-PI/TC versa sobre una demanda de inconstitucional que presenta el señor Gonzalo Tuanama Tuanama en representación de más de 5000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N° 1079, el cual señala medidas que garantizan el Patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas. En este caso el Tribunal Constitucional afirma que se debe analizar la implementación de la consulta, la incorporación de las comunidades

⁴² Tribunal Constitucional, (2009). Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N°0022-2009-PI/TC.

que no poseen título, la posibilidad que sea constitucional, siempre y cuando, no se aplique a los pueblos originarios, entre otros. Respecto al primero, se considera que no hay una afectación directa a las comunidades, por lo cual, no es de obligatorio cumplimiento; el segundo cita varios casos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua, Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay y el Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay) para plantear si existe una afectación de naturaleza directa, en ese mismo orden de ideas, confirman que no configura este supuesto para aplicación de este derecho; en cuanto al tercero, se asiente que no vulnera el Convenio 169 de la OIT, ya que regula la posibilidad de que algunos recursos pertenezcan al estado, por lo cual, no es inconstitucional. En esa línea, el máximo intérprete de la Constitución menciona que ante cualquier conflicto que pueda aparecer entre los pueblos y los planes del estado, esta debe ser solucionada mediante las reglas de ponderación con la finalidad de fomentar los derechos comunales y los intereses del gobierno, en particular si la titularidad de los recursos ambientales pertenece al Estado. En ese mismo orden de ideas, se declara infundada la demanda de inconstitucionalidad y no se hace ninguna mención sobre el derecho al consentimiento, aunque si es solicitada por los demandantes.⁴³

En el exp. N° 00024-2009-PI se interpone una demanda de inconstitucionalidad por Gonzalo Tuanama Tuanama y 6226 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N° 994, la cual promueve la inversión privada en proyectos

⁴³ Exp. N° 0023-2009-PI/TC. Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos. Sentencia del Tribunal Constitucional.

de irrigación para el incremento de la frontera agrícola. La parte demandante alega que no se realizó la consulta correspondiente, mientras que el demandado afirma que esta norma ha sido expedida cumpliendo las facultades legislativas delegadas y que el Convenio 169 de la OIT no es aplicable en el estado peruano, ya que posee una población preponderantemente mestiza. En ese sentido, el Tribunal Constitucional manifiesta que se efectuó correctamente la facultad delegada, argumenta que el tema del derecho a la consulta es derivado del Convenio 169 de la OIT y por tal motivo es exigible desde el 2 de febrero de 1995, también cita la sentencia 0022-2009-PI/TC respecto al contenido constitucionalmente protegido de esta figura y los tres tipos de medidas, y aclara lo señalado por el demandado que no debe desorientar el reconocimiento de cierta población como comunidad originaria con lo regulado en el Convenio antes mencionado. En ese marco el Tribunal resuelve declarando improcedente la demanda. Por otro lado, no se menciona el consentimiento como derecho colectivo de los pueblos indígenas.⁴⁴

En el caso de la Federación Kichwa Huallaga El Dorado (Fekihd) se puede apreciar que la recurrente interpone una demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de El Dorado, alegando que se han vulnerado los siguientes derechos: la participación, la consulta y el debido procedimiento de la Comunidad Maray. En el Exp. 02196-2014-PA/TC, el demandado afirma que esta población originaria no ha sido identificada dentro de los registros de datos en materia indígena del gobierno peruano y que no se realizó la consulta respectiva. En ese sentido el Tribunal Constitucional establece dos temas, las

⁴⁴ Tribunal Constitucional, (2011). Exp. N° 00024-2009-PI. Gonzalo Tuanama Tuanama y seis mil doscientos veintiséis ciudadanos. Proceso de Inconstitucionalidad.

cuales comprende: la naturaleza jurídica de los pueblos indígenas u originarios en el marco de la Constitución y la consulta previa como cláusula constitucionalmente relevante. En el primero se analiza varios derechos consuetudinarios que regula la Constitución vigente y señala el cuerpo jurídico constitucional indígena peruano (art. 2 inc. 19, 15,17,48,88,89,149 y 191), y el segundo, cita al expediente N° 0022-2009-PI/TC para argumentar el contenido trascendental de la consulta dentro de nuestra norma suprema. En esa línea se resuelve declarar fundada la demanda y ordena a la Municipalidad implicada a implementar el proceso de consulta. En este caso, el máximo intérprete de la Constitución tampoco se pronunció sobre el consentimiento.⁴⁵

En el exp. 00025-2009-PI/TC se puede apreciar la pretensión de la demanda es declarar inconstitucional la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, pues según una de las partes se ha transgredido el art.66 de la Constitución, el derecho a la consulta y el derecho a la igualdad jurídica. En ese sentido, el Tribunal respecto al primero menciona que es incensario realizar un análisis de esta figura, ya que en el reporte se visualizó la votación de 75 congresistas, es decir con más de la mayoría estipulada en este artículo; el segundo, versa sobre el derecho a la consulta como una materialización del derecho a la participación regulado en el art. 2.17 de la Constitución o ya sea como un derecho fundamental con rango constitucional al ser parte de un tratado internacional en materia de derechos humanos (Convenio 169 OIT) y tercero, EL Tribunal afirma que la igualdad se encuentra concertado en el artículo 2..2 de nuestra carta magna vigente, el cual advierte que no seremos tratado igual en

⁴⁵ Tribunal Constitucional, (2014). Expediente N° 02196-2014-PA/TC. Federación Kichwa Huallaga El Dorado (Fekihd).

todo tiempo, sino que habrá diferencias, las cuales serán justificadas en el marco del principio de proporcionalidad. En esa línea, el máximo intérprete de la Constitución declara infundada la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos. En este caso no se hace mención al derecho al consentimiento, por lo que, a criterio personal se estaría vulnerando este dispositivo, dado que la utilización de recursos hídricos se encuentra como supuesto de consentimiento según la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, sin bien es cierto esta norma no es vinculante, pero sirve para orientar a los estados ha accionar frente a los problemas que se suscitan en esta población vulnerable.⁴⁶

Es necesario mencionar que en el Exp. 00770-2017-PHD/TC Auto en el párrafo 9 se hace mención al consentimiento, pero no hay un reconocimiento jurídico de esta figura. En ese sentido el Tribunal Constitucional (2017) sostiene que:

En cuanto al extremo referido a que se declare la nulidad de las concesiones, autorizaciones, licencias, permisos, servidumbre, proyectos o cualquier acto administrativo relacionado con las actividades mineras, ambientales, de infraestructura, agrarias u otras que no hayan sido consultadas previamente y o cuenten con el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades campesinas, rondas campesinas y demás pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por el Megaproyecto Conga, este

⁴⁶ Tribunal Constitucional del Perú, (2009). Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Del 17 de marzo de 2011. Exp. N° 00025-2009-PI/TC. Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 8099 ciudadanos contra la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, emitida por el Congreso de la República.

debe ser declarado improcedente, ya que tal pretensión no tiene incidencia en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos tutelados mediante el habeas data (acceso a la información pública y autodeterminación informativa). (p. 4)

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el Tribunal Constitucional realiza una mención del consentimiento, mas no su reconocimiento, pues señala que la nulidad de las concesiones y otras figuras que no hayan sido consultadas ni se haya efectuado el consentimiento deberá ser declarado improcedente, pues no regula los derechos protegidos en el habeas data.

En esa misma línea, se puede mencionar que el consentimiento ha sido exigido por los demandantes en varias sentencias, pero el máximo intérprete de la Constitución hasta la fecha no ha realizado un análisis jurídico de esta figura. En ese sentido pasaremos a abordar diferentes sentencias del Tribunal Constitucional de las cuales se aprecia lo antes acotado. En el expediente N° 02603-2014-PA/TC en el fundamento b) de la demanda establece lo siguiente: “b) que se disponga la realización de una consulta previa y se obtenga el consentimiento de los comuneros de la comunidad campesina de San José de Lluno” (2014, p.1)

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, los demandantes solicitan la consulta y el consentimiento en favor de los comuneros residentes del pueblo de San José de Lluno.

En relación con la temática estudiaremos el Pleno Jurisdiccional (acumulados de los expedientes 0003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC

acumulados) el cual contiene a varios intervinientes, quienes en varias oportunidades mencionan al consentimiento. El primero es AIDSESEP (2020) quien afirma que “en caso de traslado y reubicación de los pueblos indígenas solo puede darse con su consentimiento” (p.17). El segundo es la Clínica de Derechos Humanos (2020) que señala “la exigibilidad del consentimiento en caso exista proyectos de inversión y que debe ser factible mecanismos que garanticen este derecho” (p. 19).

Como se puede apreciar, hasta la fecha el Tribunal Constitucional no se ha mencionado sobre el consentimiento libre, previo e informado, lo cual vulnera los derechos consuetudinarios de los pueblos originarios al no respetarse este principio. A diferencia de la consulta que si es reconocida por esta entidad. Por otro lado, vemos como los demandantes e instituciones solicitan el análisis y reconocimiento de este dispositivo para garantizar los derechos que el mismo posee.

2.4.2 Organismos supranacionales

2.4.2.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Saramaka vs. Surinam

Saramaka es uno de los seis grupos maroon de Surinam, cuyos ancestros africanos esclavos fueron trasladados a dicho territorio por la fuerza, durante la colonización europea en el siglo xvii. Muchos de ellos lograron escapar y establecieron comunidades autónomas, surgiendo distintos grupos de maroons. La sociedad Saramaka se organiza en doce clanes de linaje materno, sus integrantes no son nativos de la región por las migraciones que

ocurrieron en la colonización, pero conforman un pueblo tribal con características culturales específicas, una identidad con relaciones espirituales con el territorio y una estructura jurídica propia. Su población va de 25,000 a 34,000 miembros, quienes se dividen en 63 comunidades situadas en la región del Río Surinam y algunas regiones desplazadas, ubicadas al oeste de dicha región. Saramaka ha vivido una violación de derechos humanos tras las autorizaciones de concesiones madereras y mineras por parte del Estado dentro de su territorio. Frente a ello se ha visto obligado a levantar la voz, para que sea reconocido y respetado como pueblo ante las instancias internacionales como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es por ello que el 23 de junio de 2006, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en representación del pueblo Saramaka, presentó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos una demanda en contra del Estado de Surinam, con objeto de que se le declare internacionalmente responsable por no adoptar medidas que reconozcan su derecho de propiedad comunal sobre las tierras que han usado tradicionalmente, ya que se conciben como un pueblo propietario de las tierras y no como miembros propietarios individuales, por la violación del derecho a la consulta y por el no reconocimiento de su personalidad jurídica como pueblo (Cervantes, 2014, págs. 303-304).

El 23 de junio de 2006 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos decide elevar el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, alegando

que el pueblo saramaka ha sido violentado, ya que el estado de Surinam ha otorgado concesiones madereras y mineras dentro de su territorio tradicional, sin la participación de los integrantes del pueblo de Saramaka. Además, señala que se le declare al estado de Surinam responsable internacional por estas afectaciones.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos deja en claro que se efectuará la participación del pueblo de saramaka en el proceso de otorgamiento de concesiones en el marco de sus costumbres y tradiciones. La Corte se pronuncia respecto a cuatro figuras: establecimiento de un mecanismo de consulta, la determinación de la justa compensación, estudio de impacto social y ambiental, y el reconocimiento legal del pueblo saramaka. La primera señala que es obligación del estado consultar al pueblo saramaka, esto quiere decir, que los miembros del mismo deberán participar en dicho proceso; el segundo señala la necesidad de compartir de manera proporcional y razonable, los beneficios de índole económica derivados de proyectos de inversión o de gran escala, los cuales serán determinados por el mismo pueblo; el tercero es entendido como un requisito previo para otorgar la concesión, el cual deberá asegurar la supervivencia del pueblo tribal; y el cuarto aborda el reconocimiento de su personalidad jurídica, ya que el pueblo de saramaka, no es indígena, sino tribal, esto quiere decir, que no son nativos, pero si mantienen sus costumbres y tradiciones.⁴⁷

Es preciso mencionar que la Corte definió la terminología “plan de desarrollo o inversión” como toda acción que pudiera vulnerar los

⁴⁷ Corte Interamericana, (2008). Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

derechos a los territorios originarios y bienes naturales en el pueblo de Saramaka, especialmente, ante cualquier tema relacionado a concesiones de naturaleza maderera o minera (Corte IDH, 2007, pág.41).

La Corte brindó una definición sobre el término plan de desarrollo o inversión, el cual consiste en alguna actividad que vulnere las tierras y los recursos ambientales dentro de la jurisdicción del pueblo de Saramaka, especialmente si está vinculada a concesiones de índole maderera o minera.

Es necesario advertir que en este caso no se definió el término “plan de desarrollo de gran escala”, esto trajo muchas consecuencias desfavorables para la implementación del consentimiento en favor de las comunidades étnicas y tribales, por tal motivo, es muy difícil la aplicación de este derecho en el ordenamiento interno de los países pertenecientes al sistema interamericano⁴⁸, es decir, para la correcta implementación del consentimiento es importante dar una definición o en todo caso establecer parámetros al término “inversión a gran escala” o “proyecto de gran desarrollo” con el fin de que las comunidades puedan exigir este derecho y no solo la mera consulta. A criterio personal considero que, como solución cada Estado miembro de la OEA podría establecer parámetros para poder efectuar de manera idónea esta terminología creando mecanismos de supervisión y fiscalización.

⁴⁸ Precedente Vinculante: Saramaka v. Surinam de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos. Pág. 20. V. Proyectos de inversión o desarrollo de grande escala.

En ese sentido, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial recomienda no solo la posibilidad de exigir el consentimiento, cuando se trate de actividades de gran desarrollo, sino que garantiza un beneficio a favor de las comunidades de dichas acciones de exploración y explotación.⁴⁹

Caso Sarayacu vs. Ecuador

El 26 de abril de 2010 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entregó ante la Corte Interamericana la demanda interpuesta por el pueblo kichwa, por la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo, las cuales no fueron consultados, vulnerando así sus derechos colectivos. En 1996 el estado ecuatoriano realiza un contrato de concesión entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR), el consorcio conformado por la CGC (Compañía General de Combustibles, una subsidiaria de Chevron, en Argentina) y la Petrolera Ecuador San Jorge S.A. En los años 2002 y 2003, se ingresó sin el consentimiento del pueblo indígena, a realizar exploración sísmica, para lo cual se sembró aproximadamente una tonelada y media de explosivos dentro de sus bosques, dañando su hábitat, su cultura, su ambiente, sus sitios sagrados; lo cual conllevó a enfrentamientos entre los Kichwa y los dirigentes de la empresa. En el 2003 la Comisión ordenó medidas cautelares en favor del pueblo de Sarayaku, pero la Corte se pronunció recién en el 2012, causando un daño irreparable para este pueblo. La misma determinó que Ecuador vulneró el derecho a la consulta previa (libre, informada y de buena fe), a la propiedad comunal y a la identidad cultural. Además, también fue declarado culpable por

⁴⁹ Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador, parr.16.

dañar su integridad cultural, su derecho a la vida, y afectación a los derechos de sus garantías judiciales.⁵⁰

En ese mismo sentido, la Corte se pronuncia respecto a dos temas: la aplicación del derecho a la consulta y el derecho a la identidad cultural. La primera aborda que la consulta debe ser realizada de manera previa, esto quiere decir, que debe ser aplicada antes de la prospección o la explotación de los recursos naturales, también debe ser de buena fe y el objeto de este dispositivo es llegar a un acuerdo, asimismo este proceso tendrá que ser adecuado y de fácil acceso, para que los pueblos originarios puedan participar de manera libre en el mismo, y por último se presentará un estudio de impacto ambiental, con la finalidad de medir el daño que el proyecto podría ocasionar; el segundo se refiere a su derecho a la vida, integridad personal y a sus garantías judiciales, se aborda estos temas con el objeto de respetar sus derechos colectivos y empoderar a los pueblos indígenas, en el marco de su identidad cultural.⁵¹

En ese mismo orden de ideas, es necesario mencionar que Ecuador ratificó el Convenio 169 de la OIT en 1998, pero fue de obligatorio cumplimiento a partir del 2002 cuando se reactivaron las acciones en el pueblo de Sarayacu, es decir, en este periodo ya deberían aplicar lo estipulado en la norma internacional, lo cual no sucedió, ya que la consulta no fue aplicada de manera previa, sino que se adoptó la actualización del estudio de impacto ambiental – EIA antes de este derecho, vulnerando así este instrumento internacional y los derechos colectivos del pueblo Kichwa. Por otro lado, estas actividades traen

⁵⁰ Red-DESC, (2012). Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador. Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2012). Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

como consecuencia una responsabilidad frente al sistema interamericano, puesto que no se garantizó los derechos consuetudinarios reconocidos a nivel supranacional.⁵²

En este caso la Comisión alegó que el otorgamiento y posterior implementación de la concesión petrolera se llevó a cabo sin que el Estado garantizara la participación efectiva de los miembros de la comunidad por medio de la consulta y el consentimiento previo, libre e informado, según sus tradiciones y costumbres, de modo que se beneficiaran del plan, y sin haber realizado un estudio previo de impacto social y ambiental (Corte IDH, 2012, pág.36).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la Comisión IDH afirma que el estado ecuatoriano no garantizó la correcta aplicación de la consulta ni el consentimiento, además no se realizó una investigación de carácter social y ambiental en el territorio del pueblo de Sarayacu, ni se beneficiaron las comunidades por las actividades del sector empresarial, sino todo lo contrario, quien se favoreció por estas acciones fue la empresa.

En ese sentido, es necesario mencionar que la Corte se pronuncia de la misma manera que en el caso de Saramaka vs. Surinam, pues afirma que debe lograr un consentimiento en caso se implemente algún proyecto de inversión, es decir, el estado ecuatoriano tiene que garantizar este derecho en favor del pueblo

⁵² Navas, I. (2015). "Análisis del caso del pueblo indígenas Kichwa Sarayacu vs Ecuador: su relación con los derechos de la naturaleza". Trabajo de graduación previo a la obtención del título de abogado de los tribunales de justicia de la República. Universidad del Azuay.

Kichwa con miras al cumplimiento de los derechos consuetudinarios de los pueblos indígenas y tribales regulados en los estándares internacionales.⁵³

2.4.2.2 Tribunal Europeo

En esta etapa de la investigación se estudiará los casos relevantes que versen sobre la materia de pueblos indígenas, el derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado.

Naciones Unidas (2013) señala un reconocimiento en materia de pueblos indígenas de la siguiente manera:

Aunque el Consejo de Europa no dispone de normas o mecanismo dedicados a los pueblos indígenas, en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales figuran normas pertinentes de derechos humanos jurídicamente vinculante, en particular en materia de no discriminación y en relación con el derecho a que se respete la vida privada y familiar, mientras que el tribunal Europeo de Derechos Humanos ha generado cierto volumen de jurisprudencia relativa a los pueblos indígenas. Además, los órganos encargados del seguimiento del Convenio Marco para la protección de las minorías nacionales y la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias se han ocupado de cuestiones relativas a los derechos

⁵³ Solicitaron a la Corte que requiera al Estado tomar las “medidas necesarias para dejar sin efecto el contrato con la empresa CGC en lo que respecta al territorio del Pueblo Kichwa de Sarayacu. Como parte de dichas medidas, el Estado debe proporcionar información detallada y clara a Sarayacu sobre el estado actual del contrato, así como asegurar que la comunidad [tenga] participación en los pasos a seguir para la cancelación del mismo”. Agregaron que el Estado debía “informar, asegurar la participación de la comunidad y lograr su consentimiento, sobre cualquier otro proyecto de desarrollo actual del Estado que pueda afectar sus intereses”.

humanos de los pueblos indígenas, durante sus visitas a países y en sus conclusiones (p.40).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el autor señala que en general en el sistema europeo no han adoptado normas o vías que garanticen los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas u originarios, pero existen disposiciones jurídicas en materia de derechos humanos que son jurídicamente vinculantes, que defienden la no discriminación y al respeto de la vida privada y familiar. Por otro lado, es necesario mencionar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos-TEDH ha producido jurisprudencia sobre las comunidades étnicas. Asimismo, se observa que existe un seguimiento del Convenio que protege a las Minorías y de la Carta Europea.

La Corte de esta región ha tenido poca presencia en materia de pueblos indígenas según Quintana y Góngora (2017), quienes afirman lo siguiente:

Es preciso mencionar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es la institución que menos ha abordado los derechos consuetudinarios de las comunidades étnicas y tribales. El caso más relevante que tiene la presente Corte es el caso Handölsdalen Sami Village y otros vs. Suecia, que se llevó a cabo en el 2010 y está vinculado con los pueblos Sami del norte de Europa, quienes tienen como principal actividad la crianza de renos (p.75).

Respecto de los derechos colectivos de los pueblos nativos el Tribunal Europeo ha estudiado muy poco sobre esta temática según lo señalan estos autores. También se cita el caso más relevante en esta Corte regional que responde al nombre de Handölsdalen Sami Village y otros vs. Suecia. Esta

sentencia identifica al pueblo Sami, quienes habitan al norte de Europa y tienen como medio de supervivencia la crianza de renos.

Es importante realizar un resumen del caso antes mencionado, ya que es significativo en esta materia, en ese sentido, Arboleda (2018) aborda lo siguiente:

El 30 de marzo de 2010 la Corte Europea de Derechos se mostró más reacia que los otros tribunales internacionales a reconocer los derechos de los pueblos indígenas. En el caso del Pueblos Handölsdalen Sami y otros vs. Suecia, los peticionarios señalaban que el marco legislativo vigente imponía a las comunidades concluir acuerdos con propietarios privados de la tierra para poder llevar a cabo sus actividades tradicionales. Los peticionarios se basan en un artículo de la CEDH sobre un doble dispositivo: el alto costo del proceso y el largo lapso de tiempo que requiere el procedimiento. En su decisión la Corte rechaza el primer dispositivo, pero acepta el segundo. En su opinión disidente el juez Ziemele menciona la evolución que se ha dado en el derecho internacional respecto a los pueblos indígenas y deplora que la Corte ignore la realidad que vive el pueblo Sami en Suecia. En ese sentido, cita las observaciones realizadas por el CEDR para poner de relieve la situación de discriminación (p.43).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene poca voluntad por resolver casos con temática de pueblos indígenas según el autor. El pronunciamiento de esta Corte se centra en el Pueblo Handölsdalen Sami, quienes alegan que una legislación

vigente les imponía concluir acuerdos con los dueños de los territorios para poder realizar sus actividades ancestrales, y se fundamentan en lo dispuesto por el CEDH sobre dos acontecimientos, los cuales son: proceso con alto costo y un largo periodo de tiempo que suscite el procedimiento. La decisión de la Corte fue declinar el primer supuesto, aunque el segundo fue aceptado. Por otro lado, el juez Ziemele señala que no está conforme con la decisión, ya que considera que no evaluaron la evolución de los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional, además que no se tomó en cuenta el contexto al ser una comunidad originaria, por lo cual, se evidencia una discriminación de facto.

2.4.2.3 Tribunal Africano

El 26 de mayo del 2017 la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se pronuncia respecto a una violación masiva de derechos regulados en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 hacia la República de Kenia, ya que habían desplazado de manera forzosa a la comunidad Ogiek. Asimismo, es necesario mencionar que en este caso la Corte se pronuncia por primera vez, sobre la vulneración de los derechos contenidos en la Carta Africana sobre las comunidades indígenas, también hay una consideración a las minorías-comunidades indígenas en general, como en particular y el alcance o significado de la propiedad de las mismas (Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 2017).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, en el año 2017 el Tribunal Africano falló en favor de la Comunidad Ogiek, lo cual marcó un logro sin precedente, ya que este suceso fue la primera sentencia sobre

comunidades indígenas. Este caso se centró en la vulneración de diferentes derechos reconocidos en la Carta Africana, como la integridad territorial, el derecho a la propiedad y a las minorías étnicas. Por otra parte, se puede observar que no se hace mención al consentimiento ni a la consulta previa que es objeto de esta presente investigación, sino a los derechos antes mencionados. Asimismo, es necesario advertir que en este caso se suscitó un desplazamiento forzoso, el cual trae como consecuencia la implementación del consentimiento, ya que es un supuesto reconocido a nivel internacional, pero el mismo no fue aplicado, vulnerando así los derechos reconocidos a los pueblos tribales.

En este caso se busca entender el vocablo “indígena” para poder abordar los derechos consuetudinarios que le son aplicados a las comunidades, los cuales están reconocidos en el ordenamiento internacional, en ese sentido, los tribunales regionales son los que protegen los derechos humanos, entre los cuales tenemos al Tribunal Africano que ejerció por primera vez dentro de su jurisdicción una sentencia que determina la transcendencia del derecho a la propiedad y los límites del principio de integridad territorial del Estado⁵⁴.

En ese mismo orden de ideas, es necesario mencionar que Kenia forma parte del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos y de otros instrumentos internacionales, pero no del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo-OIT, es decir, que este dispositivo no es vinculante ni de obligatorio cumplimiento para este gobierno. Otro punto importante es la Declaración sobre

⁵⁴ Iglesias, M. (2018). El asunto Ogiek y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: reforzando los derechos de las comunidades indígenas en África. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. Volumen 29(2), II Semestre 2018.

los Derechos de los Pueblos Indígenas en donde se afirma que existe una gran mayoría de pueblos indígenas en el continente africano, además de ello, se señala algunas preocupaciones como: la definición de comunidades originarias, la libre determinación, derechos de propiedad de las tierras y los recursos ambientales, instituciones de índole política y económica, y la integridad territorial y nacional.⁵⁵

En ese sentido, es primordial estudiar la historia de los Ogiek, quienes bienen luchando por varios siglos contra la República de Kenia por sus derechos originarios. Antiguamente ellos eran conocidos como comunidad y no como etnia, habitaban en el Mau Forest y se encargaban de la actividad de la caza y eran recolectores de miel. Este pueblo viene reclamando sus tierras originarias desde 1933 y de manera progresiva han sido desalojados de sus territorios ancestrales y también han sido afectados en su modo de vida. Pero a partir del 2009 donde se verifica que este pueblo había sido forzado a desplazarse de su territorio ancestral por la decisión del estado de Kenia, aduciendo que el gobierno no tiene la obligación de consultar los planes de desarrollo. A partir de este acontecimiento, la Comisión Africana de Derechos Humanos de los Pueblos decide elevarlo al Tribunal Africano para que pueda resolver este conflicto, dando lugar a la sentencia del 26 de mayo de 2017, donde se resuelve favoreciendo por primera vez esta temática⁵⁶.

A criterio personal, consideramos que es un gran avance para esta región aplicar algunos derechos consuetudinarios reconocidos a nivel internacional de

⁵⁵ Doc. Assembly/AU/9 (VIII) Add. 6 2.

⁵⁶Barume, (2005). "Indigenous Battling for the Land Rights: The Case of the Ogiek of Kenya" en Castellano J. y Walsh, N. International Law and Indigenous Peoples. The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library, Vol. 20, Martinus Nijhoff, The Netherlands, 2005, Cap. III, págs. 365-391.

los pueblos indígenas, pero aún les falta un gran camino por recorrer ya que, analizando este caso, se puede encontrar algunas violaciones a los derechos colectivos de las comunidades como: la consulta y el consentimiento. Los Ogiek afirman que no se les realizó ninguna consulta y el estado de Kenia acepto no haber aplicado este derecho, pues según su legislación no era necesario, además de ello en la sentencia no se reconoce este dispositivo. Por otro lado, no se hace mención del consentimiento, lo cual indica una deficiencia a la promoción de los derechos originarios, visto que se señala que existió un supuesto del mismo, al configurarse el desplazamiento forzoso, esto quiere decir, que el estado de Kenia tiene el deber no solo de consultar sino de implementar esta disposición dentro de los parámetros de las legislaciones internacionales sobre la materia con el fin de fomentar los derechos colectivos de estas poblaciones vulnerables.

2.5 Derecho Comparado

2.5.1 América Latina

México

Para comprobar el reconocimiento legal del consentimiento como requisito en este país, es necesario narrar un poco de su historia, en ese sentido, la Oficina de Información Diplomática (2021) realizó un estudio del mismo, en donde se señala que: “el nombre oficial de este país es los Estados Unidos Mexicanos, tiene una población de 125.200.000 habitantes en 2018, además posee el 6,5% de población indígena de 3 años o más de edad que equivale a 7,4 millones de personas en 2015” (p.2).

Esta información quiere decir que México está compuesto por varios estados, además de contar con un porcentaje considerable de población indígena, es decir que es un país multicultural, ya que habitan diferentes pueblos originarios.

En ese sentido, la institución Gobernanza de la Biodiversidad (2017) señala los instrumentos vinculantes que México ha ratificado, lo cuales comprende: “el Convenio 169 de la OIT, Convenio sobre la Diversidad Biológica, Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa de Beneficios y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas” (p.7).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el estado mexicano ha ratificado cuatro instrumentos internacionales, asimismo, se menciona que los mismos son vinculantes para su gobierno, es decir, que son de obligatorio cumplimiento para ellos. Por otro lado, es importante señalar que en otros países las declaraciones no tienen un carácter vinculante, sino que son meras normas orientadoras.

En ese mismo orden de ideas, el estado de México reconoce a la consulta en el artículo 2 inc. IX de su Constitución, el cual señala lo siguiente:

Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los planes de las entidades federativas, de los Municipios y, cuando proceda, de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen (p.10-11).

La figura de la consulta es reconocida en la norma suprema de México, por lo cual, tiene rango constitucional, es decir, es de obligatorio cumplimiento para su estado. Además, se puede apreciar que no se hace mención del consentimiento, quedando sin reconocimiento este derecho.

En este gobierno según OXFAM (2018) “no existe una ley general que regule la consulta y CPLI, por lo que los operadores estatales se han guiado, por los lineamientos de un protocolo sobre consulta elaborado por la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas” (p.3).

En ese sentido, OXFAM (2018) también menciona que: “no existe una legislación de esta figura, pero se realizan consultas por mandato judicial, aunque presenta algunos problemas de implementación, ya que no conocen la organización de las comunidades, la falta de información, entre otros” (p.50-53).

Como se puede apreciar en los párrafos anteriormente citados, no existe una regulación general del estado mexicano sobre consulta, pero la misma ha sido implementada solo por mandato judicial, aunque no ha traído buenas experiencias, ya que se visualiza problemas de su aplicación, puesto que al no poseer una normatividad, al padecer de poco conocimiento por parte de los interesados y las constantes vulneraciones a sus derechos colectivos se ha planteado en varias oportunidades una legislación sobre dicha materia, lo cual hasta la fecha no se ha realizado.

En esa línea, es necesario advertir que según el Congreso del Estado de San Luis Potosí (2012) se ha adoptado una legislación en solo un estado de México, la misma denominada “Ley de Consulta Indígena para el Estado y

Municipios de San Luis Potosí (Decreto 208) en donde se menciona al consentimiento, pero no como requisito, sino como finalidad” (p.7).

Es preciso mencionar que, según López (2010):

“La consulta y el consentimiento no poseen una norma general que los regule en este gobierno, pero si se menciona el CLPI en varios dispositivos como: la Ley Agraria, Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, Ley de Derecho y Cultura Indígena del Estado de México y Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca” (p.130-549).

En ese sentido, el autor afirma que el consentimiento ha sido nombrado en varias normas internas de México, a pesar de no existir una regulación general del mismo. A criterio personal esta disposición nos muestra la importancia que tiene este derecho en materia de agricultura, bosques y cultura.

La Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (2018) en el artículo 77 de la Ley Agraria señala lo siguiente: “en ningún caso la asamblea ni el comisionado ejidal podrán usar, disponer o determinar la explotación colectiva de las tierras parceladas del ejido sin el previo consentimiento por escrito de sus titulares” (p.15).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la Ley Agraria reconoce el consentimiento previo en los casos de disposición, uso o explotación de tierras pertenecientes al ejido. Además de ello, este consentimiento debe ser ofrecido por los propietarios de estos territorios.

La Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis (2012) en el artículo 63 de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable se afirma lo siguiente:

(...) Cuando la solicitud de una autorización en materia forestal sobre terrenos propiedad de un ejido, comunidad o comunidad indígena sea presentada por un tercero, éste deberá acreditar el consentimiento del núcleo agrario mediante el acuerdo de asamblea que lo autorice, de conformidad con la Ley Agraria (p.35).

Esta ley reconoce de manera expresa el consentimiento, pues lo menciona como un requisito en materia forestal. El mismo será adoptado en acuerdo con la Asamblea y en el marco de la Ley Agraria. Este derecho tiene por finalidad proteger las propiedades de las comunidades.

En ese mismo orden de ideas, el artículo 88 de la anterior norma establece lo siguiente:

Cuando la solicitud de una autorización de plantación forestal comercial sobre terrenos de propiedad de un ejido o comunidad sea presentada por un tercero, este deberá acreditar el consentimiento del núcleo agrario mediante el acuerdo de asamblea que lo autorice, de conformidad con la Ley Agraria (Secretaría General, 2012, p.41).

En este artículo se puede apreciar que el consentimiento se aplicará en materia de plantación forestal comercial en tierras o territorios indígenas, la misma que será reconocida por la Asamblea y en virtud de la Ley Agraria.

El artículo 101 de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable aborda que: (...) “La autorización a que se refiere este artículo sólo podrá otorgarse si se cuenta con el consentimiento escrito previo, expreso e informado, del propietario o legítimo poseedor del predio en el que el recurso biológico forestal se encuentre” (Secretaría General, 2012, p.43).

Esta ley señala que el consentimiento se aplicará en el supuesto de recurso biológico forestal, el mismo será brindado por el dueño o poseedor legal del territorio o tierra en donde se encuentre estos bienes.

La Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis (2012) en el artículo 102 de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable comprende que: “cuando se pretenda aprovechar los conocimientos de los pueblos y comunidades indígenas sobre los recursos biológicos forestales, deberá reconocerse la propiedad del conocimiento, en el que se acredite que se cuenta con el consentimiento previo, expreso e informado de ésta” (p.43).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, esta ley señala que el consentimiento deberá implementarse cuando se aproveche de los conocimientos de este sector sobre algún recurso biológico de índole forestal, además de que este reconocimiento de este dispositivo debe darlo el propietario de dicho conocimiento.

En el artículo 134 Bis de la ley General de Desarrollo Forestal Sustentable se determina que:

Los instrumentos legales y de política ambiental para regular y fomentar la conservación y mejora de los servicios ambientales,

deben garantizar el respeto a las salvaguardas reconocidas por el derecho internacional, así como, el consentimiento libre, previo e informado de ejidos, comunidades y pueblos indígenas, entre otros (Secretaría General, 2012, p.53).

Esta ley aborda que una de las medidas de salvaguarda recogidas por el sistema internacional es el consentimiento previo, libre e informado. Esto se aplicará con el fin de promover la conservación y bienestar del medio ambiente. Es necesario mencionar que este derecho deber ser ofrecido por las comunidades originarias, pueblos indígenas, pueblos tribales, entre otros.

Como se puede apreciar, en los estados unidos mexicanos no existe una regulación general sobre la consulta, ni el consentimiento, pero sí se regula una ley de consulta en un estado (San Luis Potosí), lo cual quiere decir que este derecho solo es reconocido en este lugar. Al respecto, se puede afirmar que esta última norma reconoce al consentimiento como finalidad y no como requisito. Asimismo, en este país se menciona en varios dispositivos este precepto, dando entender su importancia en materia forestal, ambiental, territorial y recursos biológicos. Aunque se puede entender un avance en los derechos colectivos de los pueblos originarios, considero a criterio personal, que es aún insuficiente, ya que no poseen una norma de carácter general que regule el consentimiento como requisito que es materia de esta investigación, vulnerando específicamente su derecho a la participación y libre determinación.

COLOMBIA

Para poder identificar si Colombia reconoce el derecho al consentimiento, se debe narrar un poco de su historia, en ese sentido, UNHCR (2011) señala lo siguiente:

En Colombia viven 87 pueblos indígenas identificados, los cuales hablan 64 lenguas amerindias y están distribuidos, según el censo 2005, en 710 resguardos ubicados a lo largo de 27 departamentos del país. Los indígenas representan el 3.4 % del total de la población colombiana. La Corte señala que al menos 32 pueblos indígenas de Colombia están en peligro de extinción (p.1).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, Colombia posee una población indígena considerable, además de mencionar que aproximadamente existe 32 pueblos originarios que están en peligro de extinción. Lo cual, a criterio personal, nos lleva a una reflexión, que el Estado y la ciudadanía deben respetar los derechos colectivos e individuales de las comunidades para salvaguardar su subsistencia.

La consulta y el consentimiento son derechos reconocidos según OXFAM (2015), que afirma lo siguiente:

La consulta es reconocida de manera jurisprudencial por la corte constitucional de Colombia, es decir, no existe una regulación específica sobre la materia. Al respecto, esta figura viene siendo implementada a través de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior a través del Decreto 2893. Asimismo, es preciso mencionar que para exigir este derecho es necesario

presentar por el interesado antes de obtener el licenciamiento ambiental una certificación de presencia de comunidades étnicas cuando estemos ante proyectos, obras o actividades extractivas (p.47- 50).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la consulta es reconocida de manera jurisprudencial, más no legal. Además de ello, poseen una instancia estatal que estudia sobre esta materia en específico. También el autor señala que para implementar esta figura es necesario presentar una certificación de presencia de poblaciones indígenas cuando se realice algún proyecto, obra o acción extractiva.

Otro tema importante según OXFAM (2015) es: “de acuerdo a la normatividad vigente en Colombia, el mecanismo que permite hacer exigible la consulta previa frente a proyectos, obras o actividades extractivas o de inversión es la certificación de presencia de comunidades étnicas ante la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, que el interesado debe presentar antes de obtener el licenciamiento ambiental” (p.69).

La corte Constitucional de Colombia como mencionamos anteriormente regula de manera jurisprudencial la consulta, y también el consentimiento, lo cual veremos a continuación:

Asimismo, en las sentencias T-769 de 2009, T-129 de 2011 y T-376 de 2012, la Corte Constitucional consideró que, frente a una afectación especialmente intensa al territorio colectivo de los pueblos indígenas, el deber de asegurar la participación de los pueblos no se agota en la consulta, sino que es preciso la

obtención del consentimiento libre, informado y expreso como condición de procedencia de la medida. Igualmente, ha identificado supuestos de consentimiento abordados explícitamente en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (OXFAM, 2015, p.49).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la Corte Constitucional de Colombia regula de manera jurisprudencial el derecho al consentimiento, además de identificar algunos supuestos que acoge de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Asimismo, se puede observar que el autor cita varias sentencias en donde se reconoce este derecho, además de mencionar que existe una afectación especialmente intensa, es decir, que no solo comprende una afectación directa, sino que este tiene un carácter intenso, lo cual lo diferencia de la consulta previa.

En ese sentido, la sentencia T-769/09 de la Corte Constitucional (2009) en el último párrafo de la quinta parte de este documento denominada “La exploración y explotación de los recursos naturales dentro de los territorios de las comunidades nativas” afirma lo siguiente:

La obtención del consentimiento puede llegar a ser vinculante en caso verse sobre proyectos de inversión de gran escala, pues tendría un mayor efecto en las tierras de las comunidades étnicas y afrodescendientes, por lo cual es deber del gobierno no solo realizar una mera consulta, sino arribar al sí de los pueblos originarios en conformidad a sus costumbres ancestrales. Asimismo, al llevarse a cabo estas actividades de exploración y

explotación pueden ocasionar cambios radicales como: el deterioro de sus territorios étnicos, las migraciones, los desalojos, la pérdida de los bienes naturales, entre otros (p.5).

Esta sentencia reconoce que en el caso de planes de desarrollo a gran escala y cuando tengan un gran impacto en el territorio de las comunidades originarias o afrodescendientes, el Estado no solo debe consultar, sino aplicar el consentimiento en conformidad a sus costumbres ancestrales. Además de ello, especifican que el hecho de efectuar planes de explotación y exploración en sus tierras, puede acontecer daños de carácter social y económico como: pérdidas de sus tierras ancestrales, migraciones, afectación a la subsistencia, contaminación ambiental, entre otros. Es decir que, al identificarse estas situaciones, se ejecutaría el consentimiento con el fin de salvaguardar sus recursos naturales debido a la afectación que padecen.

En ese mismo orden de ideas, en la sentencia T-129/11 la Corte Constitucional (2011) se señala lo siguiente sobre el consentimiento:

“Existen tres supuestos en donde se deberá conseguir obligatoriamente el consentimiento de las comunidades originarias, las cuales son: el traslado de los pueblos indígenas, el almacenamiento de materiales dañinos y cuando ponga en peligro la propia existencia de este sector” (p.8).

Como se puede observar en esta sentencia, la Corte Constitucional realiza un pronunciamiento más concreto de los supuestos que reconoce de manera jurisprudencia, los cuales son: traslado, almacenamiento o derramamiento de materiales peligrosos en los territorios originarios y

vulneración a la subsistencia de los mismos. En estos casos no solo se aplicará la mera consulta, sino que será exigible el consentimiento como requisito.

La sentencia T-376/12 de la Corte Constitucional (2012) realiza un análisis de la consulta y el consentimiento aplicando el test de proporcionalidad, lo cual comprende lo siguiente:

El principio de proporcionalidad en el presente caso se aplicará en virtud de las consideraciones de la participación de los pueblos originarios y afrodescendientes, los cuales comprende: la participación propiamente dicha, la consulta y el consentimiento. La primera consiste en que las comunidades pueden intervenir ante cualquier situación que sea de su interés, la segunda, se aplica ante cualquier medida que pueda vulnerar de manera directa a este sector, y, por último, el consentimiento se aplica cuando existe una afectación intensa de los derechos consuetudinarios (p.31).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la Corte Constitucional aplica el principio de proporcionalidad para evidenciar la viabilidad del consentimiento. Para ello menciona tres pasos: la participación, la consulta y el consentimiento. La primera comprende la intervención de los interesados étnicos en las esferas del estado con capacidad de decidir y a través de sus organizaciones culturales; la segunda, cualquier medida que afecté directamente a este sector; la tercera, cuando se efectuó una afectación intensa en sus derechos colectivos.

En esa misma línea, se puede afirmar que Colombia reconoce al consentimiento como requisito, pero solo de manera jurisprudencial, ya que no cuenta con una legislación específica sobre la materia. Además, los supuestos que contempla este país son cuatro: el traslado, almacenamiento o derramamiento de materiales peligrosos, vulneración a la subsistencia y proyectos de inversión a gran escala.

PANAMÁ

Para abordar el reconocimiento del consentimiento en Panamá, es necesario mencionar un poco de su historia en relación con los pueblos originarios, en ese sentido, según Damián (2001):

Los Pueblos Indígenas en Panamá según el censo de 2000, constituyen 232,400 habitantes, divididos en siete pueblos. Esto representa el 8.3 % de la población nacional. En la actualidad, las comarcas indígenas comprenden 15,103,4 km² de la superficie de Panamá y existen 5 comarcas jurídicamente reconocidos por el gobierno panameño: Comarca de Kuna Yala en 1938, Comarca Emberá –Wounaan en 1983, Comarca Kuna de Madungandi en 1996, Comarca Ngobe-Buglé en 1997 y Comarca Kuna de Wargandi en 2000 (p.1-2).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, en Panamá existen aproximadamente 232 mil personas pertenecientes a comunidades originarias, las cuales representan un número considerable en el estado, asimismo, estos pueblos están divididos en 7 comarcas reconocidos de manera

jurídica, los cuales comprende: Emberá-Wounaan, Kuna Yala, Ngobe-Buglé, Kuna de Madungandi y Kuna de Wargandi.

Ahora se mencionará la importancia del consentimiento, en ese sentido, Serie de Política y Derecho Ambiental (2019) afirma lo siguiente:

El principio de consentimiento libre, informado y previo refleja el desarrollo del derecho ambiental e indígena y se encuentra amparado en el Convenio 169 de la OIT. Este principio requiere que el Estado o la empresa que desarrolla grandes obras de infraestructura, mega proyectos hidroeléctricos o de minería, realice consultas previas con las comunidades directamente afectadas por dichas obras. El CLPI permite nivelar las reglas de juego en las negociaciones, posibilitando a poblaciones con desventajas estructurales tener voz y voto respecto de las decisiones que afectan directamente el acceso a los recursos naturales y a la tierra (p.125).

En esa línea, se puede afirmar que el autor menciona la importancia del consentimiento como principio, ya que este derecho juega un papel muy importante, pues aplica en temas de infraestructura, mega proyectos de naturaleza hidroeléctrica o minera, las cuales mueven a la economía del país. El mismo promueve y reconoce de manera real las posturas de las comunidades, les da voz para expresarse y que este sea escuchado y aceptado, además de poder incidir en las decisiones que afecte de manera directa a sus recursos ambientales y territorios.

En ese mismo orden de ideas, según la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (2019) señala que:

Se realiza la aprobación de la Ley 37 el 2 de agosto de 2016, en donde se establece el ejercicio del derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas que pudieran afectar sus derechos colectivos, su existencia física, identidad cultural, calidad de vida y/o desarrollo. Dispone su obligatoriedad para las comarcas, áreas anexas, tierras colectivas y tierras ancestrales. Esta ley es una forma de aliviar la presión ejercida por los pueblos indígenas de Panamá, país que no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT (p.4).

En esa misma línea, se puede afirmar que Panamá regula la consulta y el consentimiento en una ley (Ley N°37), la cual fue publicada en el 2016, el mismo se implementa cuando se susciten medidas legislativas que puedan afectar a sus derechos consuetudinarios, su subsistencia, identidad originaria, su desarrollo y/o estilo de vida. Asimismo, tienen carácter obligatorio para aplicarse a las 7 comarcas, las cuales mencionamos con anterioridad, a áreas fronterizas y a territorios. Otro tema fundamental que señala el autor es que este gobierno hasta la fecha no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, la cual como sabemos representa la norma fundamental en tema de pueblos indígenas, pero aún con este antecedente, han considerado adoptar una norma de carácter legal que consolide las necesidades de este sector vulnerable, lo cual hace evidenciar la importancia de reconocer las disposiciones de este derecho de manera interna.

En ese sentido, Gaceta Oficial Digital (2016) publica la Ley 37 “Que establece la consulta y consentimiento previo, libre e informado a los pueblos indígenas”, que en el artículo 5 inc. 1 y 3, señala lo siguiente:

1. Consentimiento. Es la decisión manifiesta en consenso de los pueblos indígenas sobre los asuntos sometidos a su consideración.

3. Previo. El consentimiento manifestado a cualquier autorización y respetando las exigencias cronológicas de los procesos de consulta propia de los pueblos indígenas (p.2).

En esa misma línea, se puede afirmar que Panamá regula la consulta y el consentimiento en la Ley 37. Esta norma señala que el consentimiento es el acuerdo de los pueblos indígenas sobre sus asuntos internos, además señala, que el mismo tiene un carácter previo, es decir, que debe ser expresado en cualquier aprobación y en conformidad a las estipulaciones de tiempo en los procesos de consulta.

En ese mismo orden de ideas, la Mesa Nacional de Desarrollo que publica el Plan de Desarrollo Integral de Pueblos Indígenas de Panamá, señala que:

Es necesario adoptar vías para hacer viable la consulta, el consentimiento y la participación, estas comprenden: implementar un procedimiento para la consulta y la participación en conformidad a las normas internacionales de Panamá garantizando los derechos colectivos de las comarcas y sus territorios, además de, su aplicación del mismo (p.1).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el Plan de Desarrollo Integral de Pueblos Indígenas de Panamá afirma que es importante

la viabilidad de tres derechos en este proceso (consulta, consentimiento y participación). Asimismo, señala que los mecanismos para lograr ello serían la implementación idónea del procedimiento del mismo y la participación en virtud de los instrumentos internacionales de este país, respetando así sus derechos consuetudinarios y su correcta aplicación.

La Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (2018) señala los pasos del derecho al consentimiento, los cuales comprenden: “primero, identificación de los pueblos indígenas; segundo, documentación de la información geográfica; tercero, diseño de un plan de comunicación y el itinerario de debates; cuarto, logro de consentimiento; quinto, monitoreo y evaluación; y sexto, sistematización y documentación de los logros” (p.6-8).

Esta institución en el 2018 menciona el procedimiento del consentimiento, la cual integra seis etapas, las mismas hace mención a la identificación de las comunidades, la geografía, comunicación, debates, consentimiento, monitoreo y logros. Entre estos, el más importante para la presente investigación a criterio personal es el cuarto, ya que se otorga el consenso por parte de los pueblos, a partir de ello, se decide si se sigue con el proceso o no se otorga el mismo.

Los impactos que trae la implementación del consentimiento, según la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (2018) son:

La creación de un ambiente intercultural, mayor valorización de las prácticas agrícolas ancestrales, se evidencian importantes mejoras en el aumento de la producción agrícola, la diversificación de los

rubros sembrados, la recuperación y valorización de recetas ancestrales y la conformación de un comité intersectorial, además el incremento de los rendimientos que es desde un 15% hasta un 231% (p.11).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, se observa resultados positivos de la implementación del consentimiento dentro de Panamá según esta institución. Estas mejoras responden al establecimiento de un ambiente intercultural, aumento de las prácticas agrícolas originarias, variedad de los rubros de sembrados, la restitución de recetas étnicas y la existencia de un comité intersectorial. Asimismo, se menciona que se visualizó un incremento en la productividad de un 15% al 231%, lo cual, a criterio personal, es un gran número de ganancias en favor de nuestras comunidades.

En general, en Panamá se regula el consentimiento, aunque no se menciona a ningún supuesto dentro de su normatividad. Como se puede apreciar la implementación de este derecho ha contribuido en aumentar el rendimiento en cifras muy alentadoras, lo cual, trae como consecuencia la necesidad de aplicar esta disposición en los gobiernos, ya que no solo favorece a las comunidades, sino también la economía del país. En ese sentido, estos resultados respaldan nuestra postura, pues buscamos legislar este precepto de manera interna.

CHILE

En necesario empezar por narrar un poco de la historia de Chile en el reconocimiento de los pueblos indígenas, en ese sentido, la Dirección General de Obras Públicas (2012) señala lo siguiente:

En Chile la ley Indígena 19.253 de 1993 reconoce la existencia de nueve pueblos indígenas; Aymaras, Quechuas, Atacameños, Collas y Diaguitas en el norte del país. Mapuches, Kawashqar o Alacalufe y Yámana o Yagán en el sur, y Rapa Nuí de la Isla de Pascua, en la Polinesia. La población indígena en Chile se ha contabilizado en el Censo de 2002 en 692.192 habitantes, lo que corresponde al 4.6% de la población nacional (p.9).

En este país existe una ley indígena que garantiza la existencia de las comunidades originarias, exactamente nueve, las cuales comprende: quechuas, aymaras, diaguitas, atacameños, collas, mapuches, alacalufe, yagán y rapa nuí. Además, se precisa el porcentaje de esta población, el cual es 4.6% de la población chilena.

La institución OXFAM menciona las normas internas que rigen a los pueblos indígena, por lo cual, afirma lo siguiente:

Chile ratificó el Convenio 169 de la OIT en 2008, el cual entró en vigencia en 2009, y desde entonces se ha dictaminado tres decretos supremos de alcance general que reglamentan la consulta; el primero es el Decreto N° 124 del Ministerio de Planificación (derogado actualmente); el segundo es el Decreto Supremo N° 40 del Ministerio del Medios Ambiente; y tercero, el Decreto Supremo N°66 del Ministerio de Desarrollo Social y su reglamento.

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, Chile ha ratificado el instrumento fundamental que rige a los pueblos indígenas, el cual es

el Convenio 169 de la OIT. A partir de ello, han adoptados normas internas que hagan efectivo lo dispuesto en el Convenio, los cuales son: Decreto Supremo N°40, Decreto N°124 y Decreto Supremo N°66 (regula la consulta) y su reglamento.

En ese sentido, en este país se ha adoptado varias normas que regulan los derechos colectivos de los pueblos indígenas, aunque se puede apreciar que en el Decreto N°40 en el artículo 7 se menciona el consentimiento, lo cual citaremos a continuación:

[...] Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas se consideren necesarios, solo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento y existan causas establecidas en la legislación vigente, el traslado y la reubicación solo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que dichos grupos tengan la posibilidad de estar efectivamente representados (BCN, 2012, p.1).

En este párrafo se reconoce un supuesto del consentimiento, que responde al nombre de desplazamiento forzoso, el cual debe darse de manera voluntaria. Por otro lado, en caso no se exista la posibilidad de obtener el consentimiento y que las causas estén reguladas en la normatividad vigente, se realizarán con procedimiento idóneos en donde se encuentren perfectamente representados.

Chile en el Decreto N°66 aprueba el reglamento de consulta y regula el consentimiento en los artículos 2 y 3 de la siguiente manera:

La consulta es un deber de los órganos de la Administración del Estado y un derecho de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente por la adaptación de medidas legislativas o administrativas, que se materializa a través de un procedimiento apropiado y de buena fe, con la propósito de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas susceptibles de afectarlos directamente (...) El órgano responsable deberá realizar los esfuerzos necesarios para alcanzar el acuerdo o el consentimiento de los pueblos afectados, dando cumplimiento a los principios de la consulta a través del procedimiento establecido en este reglamento (p.2-3).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, Chile regula la consulta y el consentimiento en una norma infralegal, aunque es necesario mencionar que el reconocimiento que se evidencia en este apartado del consentimiento es su finalidad, mas no como requisito. Asimismo, este proceso se realizará de manera apropiada y en buena fe, y cuando se adopte medidas de afectación directa. Igualmente, se debe implementar respetando los principios de la consulta y en conformidad a las disposiciones del reglamento.

En esa misma línea, es importante mencionar que no solo en decretos supremos se hace mención del consentimiento, sino también en una norma de carácter legal denominada Ley 19253, en el artículo 29 inc. c) donde se refiere a las culturas indígenas y bienes culturales, se señala lo siguiente: “la excavación

de cementerios históricos indígenas con fines científicos la que se ceñirá al procedimiento en la ley establecido N° 17.288 y su reglamento, previo consentimiento de la comunidad involucrada” (BCN, 1993, p.1).

Se observa que no solo se reconoce el consentimiento en normas infralegales, sino también las que tiene carácter legal, que regula el supuesto de bienes culturales expresamente respecto a la exploración de camposantos indígenas ancestrales con objetivos científicos, los cuales se regirá en conformidad de la normatividad vigente sobre la materia.

Otro tema que regula este país es la enajenación de tierras, que es un supuesto del consentimiento, el cual es reconocido en el artículo 13 de la Ley 19253 de la siguiente manera:

Las tierras a que se refiere el artículo precedente, por exigirlo el interés nacional, gozarán de la protección de esta ley y no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, no adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia. No obstante, se permitirá gravarlas, previa autorización de la Corporación. Este gravamen no podrá comprender la casa-habitación de la familia indígena y el terreno necesario para su subsistencia (BCN, 1993, p.1).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente, existe un pronunciamiento sobre un supuesto del consentimiento, el cual responde al nombre de enajenación de tierras, aunque este realiza una precisión, que debe gravarse. Lo cual no se menciona en la premisa de este derecho. Asimismo, se

regula que la enajenación solo se realizará entre pueblos originarios o pertenecientes a la misma etnia cultural.

En ese mismo orden de ideas, es importante mencionar el reconocimiento jurisprudencial del consentimiento en la Corte Suprema (2020), especialmente en el fallo 28.195-2018, en donde cita lo siguiente:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sistematizado los estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, concluyendo que la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas adquiere carácter obligatorio cuando: a) se trate de proyectos de inversión que impliquen desplazamiento y reubicación permanente de pueblos o comunidades indígenas. b) El consentimiento deviene en obligatorio, si se trata de un proyecto de inversión o desarrollo o de concesión de explotación, cuya ejecución privaría a los pueblos indígenas de la “capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia” (Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales). c) En el evento en que se deposite o almacenen materiales “peligrosos en tierras o territorios indígenas” (p.23).

La Corte Suprema ha citado algunas disposiciones de la Comisión Interamericana de Derechos humanos en donde regula varios supuestos del consentimiento, los cuales comprende: proyectos de inversión en caso de desplazamiento forzoso, proyectos de desarrollo que usen y gocen tierras

comunales y recursos ambientales que nos necesario para su existencia y en caso se almacenen materiales tóxicos en los territorios originarios. Esta postura es acogida por este país, ya que decidieron realizar un pronunciamiento del mismo, por lo cual, en estos casos el estado debe aplicar el consentimiento y no solo la mera consulta.

En líneas generales se puede afirmar que Chile reconoce el consentimiento, ya sea en una norma infralegal, de carácter legal o de forma jurisprudencial. En varias disposiciones hemos visualizado la presencia de algunos supuestos que son materia de esta presente investigación, como, por ejemplo: desplazamiento forzoso, enajenación de tierras, bienes culturales y almacenamiento de materiales tóxicos. Aunque es preciso mencionar que no existe una norma legal específica que regule el consentimiento como requisito e integre cada supuesto del mismo, sino que estos están dispersos.

PARAGUAY

A lo largo del tiempo los pueblos indígenas han ido alcanzando reconocimiento en las normativas internas, pero también han disminuido en número, como se aprecia a continuación:

La población total del Paraguay, según el último Censo Nacional de Población y Viviendas, de 1992, alcanza el número de 4.152.588 habitantes, de los cuales la población tenida como indígena se reduce a escasos 49.487 individuos. Viven en el Paraguay 17 pueblos indígenas, que a su vez se agrupan en cinco familias lingüísticas. Estos pueblos son: Aché, Avá-Chiripá, Mbya-Guaraní, Pa'i-Tavyterä, Guaná, Angaité, Ayoreo, Charnacoco,

Nivaclé, Guarayo, Lengua, Maka, Manjui, Sanapaná, Tapieté, Toba Maskoy y Toba Qom (Meliá & Telesca, 1997, p.86-87).

En este país existe una población indígena, pero la misma es escasa, ya que solo representa 49.487 personas en el país, esto según señalado por el Censo Nacional de Población y Viviendas en 1992. Asimismo, Paraguay posee 17 comunidades originarias, las cuales integran 5 familias lingüísticas. Esto conlleva a que el Estado tome acciones idóneas que garanticen el acceso de los miembros de este sector con la finalidad de respetar los derechos colectivos e individuales de los mismos.

Respecto la propiedad comunal regulada en el último párrafo del artículo 64 de la Constitución de Paraguay (1992) se menciona que: “se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos” (p.1).

La Constitución de este país regula el consentimiento como requisito, pero solo en el caso de desplazamiento forzoso, aunque se puede apreciar que no hay ninguna salvedad.

En Paraguay se reconoce el consentimiento en el artículo 14 de la Ley N°904/81 de la siguiente manera:

El asentamiento de las comunidades indígenas atenderá en lo posible a la posesión actual o tradicional de las tierras. El consentimiento libre y expreso de la comunidad indígena será esencial para su asentamiento en sitios distintos al de sus territorios habituales, salvo razones de seguridad nacional (Congreso de la Nación Paraguaya, 2013, p.2).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, en este país se reconoce la premisa del desplazamiento forzoso (consentimiento obligatorio), la misma tiene rango legal al ser adoptado en una ley. Asimismo, se aborda una salvedad, caso contrario a lo estipulado en la Constitución antes estudiado. Esta norma manifiesta como excepción la seguridad pública.

Según Stavenhagen (s.f) este artículo se refiere: “al criterio general establecido en la ley que es el derecho de posesión, con la excepción de las razones de seguridad nacional” (p.50). Es decir, que la regla es aplicar el consentimiento de los pueblos originarios, y solo de manera excepcional, se realizará por la seguridad nacional. En este apartado se reconoce un supuesto del consentimiento, que es el desplazamiento forzoso, aunque en este texto legal se denomina asentamiento.

En Paraguay se facilitó una propuesta de protocolo que oriente la aplicación del consentimiento de los pueblos originarios, el mismo fue colaborado por Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), que afirma lo siguiente:

Para asegurar que las negociaciones sean justas y que los pueblos indígenas no tomen decisiones bajo ninguna forma de coacción, hasta que los pueblos afectados otorguen su consentimiento al inicio del proyecto, el proponente del mismo deberá abstenerse de toda actividad, y cualquier acto que pueda conducir a que uno de sus agentes, o terceras partes bajo su control y actuando con su aquiescencia o su tolerancia, afecte la existencia, los valores, el uso o disfrute de las tierras, los territorios y sus recursos naturales sobre los que los miembros de los pueblos afectados tienen derechos (FAPI, p.18).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, se ha proporcionado al estado de Paraguay un protocolo que orienta la implementación del consentimiento, aunque es preciso mencionar, que la misma no es vinculante al no tener a una normativa interna. Asimismo, esta institución menciona que las decisiones de las comunidades deben de efectuarse sin ninguna coacción en todo el proceso, además de reconocer el consentimiento previo con el fin de proteger y garantizar los derechos a la tierra y recursos ambientales.

En ese sentido, se aprobó el Decreto N°1039 titulado “Protocolo para el proceso de consulta y consentimiento libre, previo e informado con los pueblos indígenas que habitan en el Paraguay” que afirma lo siguiente:

Para que sea significativo, el consentimiento previo debe ser buscado lo suficientemente antes de que el proponente del proyecto reciba cualquier tipo de autorización para empezar ciertas actividades que pueda afectar los derechos, tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas afectados (Ministerio de Educación y Ciencias, 2018, p.9).

Como se puede apreciar, este documento aborda el consentimiento previo, es decir, que debe buscarse antes que el proyecto sea autorizado. Además de ello, se menciona la afectación a los derechos de los territorios y recursos ambientales de las comunidades. Por otro lado, también es relevante mencionar que al ser un protocolo no es vinculante para el estado, en otras palabras, no es de obligatorio cumplimiento, solo cumple como una norma orientadora.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005) en el caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay cita “al artículo 64 de la constitución y artículo 14 de la ley 904/81. Asimismo, el Tribunal afirma que se ofrecerá una indemnización por el daño material por los traslados, ya que tienen un nexo causal directo con los hechos violatorios”.

En este caso la Corte analiza la aplicación de las normas internas y da un fallo. Como se observa, los preceptos citados son disposiciones que regulan estudiadas con anterioridad y regulan el consentimiento como requisito en el caso de desplazamiento forzoso. Al realizar estas consideraciones, el Tribunal señala que se facilitara una indemnización a las comunidades por las movilizaciones.

La Corte Suprema de Justicia (2005) cita al consentimiento de la siguiente manera:

“Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat” quedando totalmente vedado disponer del mismo: “Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos (p.7).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la Corte Suprema de Paraguay cita el supuesto de desplazamiento forzoso que corresponde al consentimiento, con el fin de salvaguardar la identidad cultural dentro de su hábitat.

En líneas generales, Paraguay reconoce el consentimiento como requisito en el supuesto de desplazamiento forzoso, el mismo tiene carácter constitucional

al ser estipulado en la Carta Magna, es decir, que esta sobre cualquier norma legal o infralegal. Asimismo, esta premisa también es adoptada en una construcción jurisprudencial por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia.

ARGENTINA

A lo largo de los años los pueblos indígenas han ido luchando por sus derechos colectivos e individuales, en virtud de ello, el Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas-INDEC ha señalado lo siguiente:

El 2,1% de la población de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se reconoce indígena. Se trata de 61.876 personas sobre un total de 2.890.151 habitantes. Ese porcentaje es levemente menor al promedio nacional de 2,4%. Los pueblos indígenas que comprende son: Quechua, Guaraní, Aymara, Mapuche, Diaguita-Chalchaquí, Toba, Kolla, Comechingón, Charrúa, Tehuelche, Pampa, Huarpe y otros (INDEC, 2010, p.13).

En este Censo se puede observar que la población indígena que registra de manera interna no es un número considerable, ya que a lo largo del tiempo han ido desapareciendo. En la actualidad argentina cuenta con más de 12 pueblos originarios, lo que trae como consecuencia implementación de planes, programas o acciones por parte del estado para garantizar sus derechos y obligaciones.

Los estándares internacionales vigentes sobre la implementación del derecho a la Consulta en Argentina y la aplicación del consentimiento previo, libre e informado según la Defensoría del Pueblos son:

Traslado o desplazamiento de las tierras-territorios que ocupan. Cuando excepcionalmente se considere, deberá contar además con acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso. Actividades militares en las tierras-territorios indígenas justificadas por razones de interés público. Megaproyectos que pudieran afectar derechos fundamentales, su existencia o su integridad física o cultural (p.4).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, en Argentina se reconoce a través de estándares internacionales tres supuestos de consentimiento como requisito, los cuales son: el desplazamiento forzoso, actividades militares y proyectos de inversión que afecté su subsistencia. En la primera se aplica el consentimiento como regla general, pero advierte una excepción, en caso no suceda esto, se ofrecerá indemnizaciones y la opción de regresar a sus territorios; el segundo, afirma que estas acciones del ejército deben responder a un interés público; y el tercero, se señala megaproyecto que vulneren de manera directa la existencia cultural y corporal de las comunidades. Estas premisas son reconocidas a través del Convenio 169 OIT y del pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En ese sentido, Argentina aprueba el Decreto 672/2016 en el cual establece un Consejo Consultivo y Participativo de los Pueblos Indígenas que en su artículo 2 establece lo siguiente:

(...) este Consejo propenderá a generar condiciones para que se efectivice un dialogo intercultural, a fin de que las medidas

legislativas y/o administrativas que afecten directamente a los Pueblos y/o Comunidades Indígenas, hayan contado con su intervención previa, incluyéndolos en los procesos de toma de decisión, actuando de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2016, p.1).

Esta norma señala que este Consejo debe garantizar las condiciones para que se efectivice un diálogo intercultural, en el caso exista alguna medida administrativa o legislativa que los afecte directamente, cumpliendo con la finalidad de la consulta que es lograr el consentimiento. En ese sentido, se puede observar que en Argentina se reconoce el consentimiento como finalidad, mas no como requisito, ya que no menciona la obligatoriedad de este precepto y no cita ningún supuesto del mismo.

En ese sentido, en el caso Nuestra Tierra vs. Argentina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020) se ha citado al consentimiento de la siguiente manera:

La vida cultural es de vital importancia para las comunidades nativas para su propia existencia, además que es un elemento fundamental para su desarrollo y bienes integral, asimismo, este supuesto integra los derechos vinculados a las tierras comunales, a los territorios ancestrales y bienes naturales que hayan usado u obtenido de forma tradicional. En ese sentido, se debe salvaguardar los valores de índole cultural y los derechos de los

pueblos étnicos relacionados a sus tierras culturales y su conexión con el medio ambiente, con el objeto de eludir el deterioro de su especial estilo de vida, lo que incluye la propia subsistencia, detrimento de los bienes de la naturaleza y por último, su misma identidad originaria. Por lo cual, es importante que los gobiernos tomen acciones inmediatas para distinguir y preservar las facultades de este sector, respecto a sus territorios y bienes del medio ambiente, y en el caso en que se haya usado o poseído de forma diferente estas tierras comunales sin consentimiento de las mismas, se tendrá que implementar medidas para aplicar la devolución (p.87).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, la Corte Interamericana de Derecho Humanos menciona el consentimiento en este apartado para mostrar que el mismo es necesario para defender los derechos a las tierras, territorios y recursos ambientales, asimismo, no debe afectar su estilo de vida y existencia física y cultural. En ese sentido, este derecho debe darse de manera libre e informada, además de que el estado tiene que tomar acciones para devolver los bienes que hayan sido privados sin su autorización. Estas acciones se realizan con el fin de prevenir la degradación de su medio ambiente y la vulneración a sus derechos colectivos.

En ese mismo orden de ideas, el Parlamento de Naciones Originarias (2016) señala que:

Los pueblos indígenas sistemáticamente reclaman el respeto de su derecho a la consulta, al consentimiento libre, previo e informado y

a participar en todos los asuntos que los afecten. Lamentablemente, los pueblos indígenas de Argentina denuncian recurrentemente la vulneración de esos derechos y las consecuencias que generan. Pese a lo establecido en la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por Argentina, no existen procedimientos reglamentarios de consulta a los pueblos indígenas (p.6).

Esta institución menciona que en Argentina los pueblos indígenas han sido vulnerados de manera sistemática, ya que no han respetado la consulta, el consentimiento y la participación de las comunidades en las medidas que los afecta directamente. Asimismo, señala que no existe un reglamento que regule estos derechos, transgrediendo así el reconocimiento de estándares internacionales adoptados por este país. Esto ha llevado que en muchas oportunidades este sector denuncie las violaciones que padecen con el fin de hacer respetar sus derechos adquiridos en instrumentos internacionales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2021) menciona en el fallo 344:441 lo siguiente: “las consultas deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, en la Corte Suprema se reconoce el consentimiento como finalidad, mas no como requisito, ya que no se hace mención al carácter vinculante del mismo. Asimismo, se

señala que la consulta deberá ser implementada en buena fe y en conformidad a las circunstancias.

En esa misma línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2015) en el fallo 338:837 establece lo siguiente:

Que, en las condiciones indicadas, no se ha aportado elemento alguno de juicio que recomiende impedir la continuación de la obra, máxime cuando, sobre la base de los fundamentos expuestos, corresponde considerar que el procedimiento de consulta al pueblo interesado fue apropiado, dado que se llegó a un acuerdo con los representantes de los distintos sectores de la Comunidad y se logró su consentimiento acerca de las medidas propuestas (p.7).

En este caso en cuestión se puede observar que se acordó un consentimiento respecto a las medidas correspondientes. Asimismo, se menciona la correcta implementación de la consulta. Es decir, en este proceso en particular existe buenas prácticas que coadyuva a fomentar la autodeterminación, la participación de los pueblos originarios y hacer valer su voluntad.

En líneas generales, en Argentina no existe una norma de carácter legal que regule la consulta o el consentimiento, aunque han adoptado varias disposiciones internacionales respecto al consentimiento como requisito, los cuales comprende: desplazamiento forzoso, proyectos a gran escala y almacenamiento de materiales tóxicos.

COSTA RICA

En este país se identifica una población indígena considerable, además de los reconocimientos jurídicos en materia indígena según Chacón (2005), quien señala lo siguiente:

En Costa Rica, se han adoptado normas en materia indígena como la Ley General de Terrenos Baldíos de 1939 y la Ley Indígena de Costa Rica de 1977. En 1993 se ratificó el Convenio 169 de la OIT en 1993, que es la norma más relevante en materia de pueblos originarios. Asimismo, se reconoce una población indígena de aproximadamente 63.876 personas (el 1.5% de la población total según el censo del año 2000). De los más de 5.210.000 hectáreas que abarca el territorio nacional, cerca de 350 mil (o sea, aproximadamente 7% del total de tierra) están determinada como territorios indígenas (p.123-125).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, en Costa Rica existe pueblos originarios, lo cual conlleva a implementar acciones estatales con el fin de garantizar sus derechos colectivos e individuales. En ese sentido, el estado costarricense ha aceptado el Convenio 169 de la OIT en 1993 y de manera interna a adoptado normas de carácter legal que regulen sus derechos ancestrales. Esto conlleva a afirmar que este gobierno debe respetar y garantizar las disposiciones incluidas en estas normas de carácter internacional y nacional.

Es necesario mencionar que según la Asamblea Nacional Constituyente (1949) en la Constitución Política de Costa Rica en el artículo 76 se alega que: “el español es el idioma oficial, pero el Estado también velará por las lenguas

indígenas” (p.10). Es decir, que el gobierno costarricense debe garantizar las lenguas ancestrales que estén dentro de su jurisdicción, con el fin de promover la educación cultural y bilingüe.

En ese mismo sentido, el Poder Ejecutivo (2018) ha adoptado el decreto N°40932-MP-MJP titulado “Mecanismo General de Consulta a los Pueblos Indígenas”, en donde el artículo 34 inc. c) establece lo siguiente:

Cuando el pueblo indígena no haya dado su consentimiento libre, previo e informado y tampoco estuvo dispuesto a generar acuerdos mínimos. Ante esta situación el Estado tiene la posibilidad de implementar la medida consultada, únicamente en los casos de interés público superior, debidamente comprobados y justificados bajo fundamentos jurídicos y técnicos, en el marco de los Derechos Humanos y, únicamente cuando la medida fuese necesaria y proporcional con respecto a dicho interés público superior (p.23).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, en el gobierno costarricense se reconoce el consentimiento como finalidad de la consulta, lo que faculta al estado a aplicar la medida legislativa o administrativa, pero solo en los casos de interés nacional, en conformidad al sistema de Derechos Humanos. Es decir, que Costa Rica puede implementar la medida a pesar de la voluntad del pueblo, aunque deberá justificarlo con fundamentos de índole jurídico. Además de ello, se puede afirmar que este país se acogerá a los estándares internacionales, ya que se aborda la temática de derechos humanos, en el cual tenemos al Convenio 169 de la OIT entre otros instrumentos, el cual representa la piedra angular de los derechos de los pueblos indígenas.

La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2016) menciona al consentimiento de la siguiente manera:

En el caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictaminó que “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones”. En esa misma postura encontramos a la Declaración pues señala que existen dos supuestos en donde el gobierno tiene que conseguir el consentimiento de los pueblos nativos, a parte de la aplicación de la consulta que tiene por objeto llegar al consentimiento. El mismo comprende el traslado fuera de sus territorios comunales y almacenamiento de materiales peligrosos en las tierras ancestrales (p.16).

Esta Corte menciona el consentimiento reconocido en la Declaración, en el Convenio 169 de la OIT y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos reafirmando la postura de los estándares internacionales sobre este derecho, además se especifica cuáles son los casos en donde tiene un carácter obligatorio: almacenamiento de materiales peligrosos, desplazamiento forzoso y planes de inversión a gran escala. Las dos primeras responden a los instrumentos internacionales, mientras que la última es una construcción jurisprudencial.

En líneas generales, se puede afirmar que en Costa Rica no existe una norma de carácter legal que regule la consulta ni el consentimiento, aunque los mismos son adoptados a través de una norma infralegal (decreto). Es preciso mencionar que se reconoce el consentimiento como finalidad, mas no como requisito. Asimismo, la Corte de este gobierno al pronunciarse en conformidad a la Declaración y al Convenio 169 de la OIT, se incorpora dentro de su jurisprudencia los supuestos de los estándares internacionales antes mencionados.

SURINAM

En este país se puede encontrar una población indígena, aunque con algunas deficiencias según el Tribal Communities of Suriname:

En Surinam existe una población indígena compuesta por 6 grupos que responde a 25.000 personas cerca del 6% en 1999. También es necesario mencionar que este país no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT hasta la fecha. Asimismo, el único idioma oficial de este país es neerlandés, mientras que las lenguas originarias no lo son. Otro tema relevante es que no se figura el reconocimiento de derechos indígenas como: derecho territorial, de autogestión y derechos culturales.

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, Surinam cuenta con una población indígena considerable, lo que conlleva a realizar acciones por parte del Estado en favor de las comunidades, pero como se observa no se ha adoptado el Convenio 169 de la OIT, que representa la piedra angular de los derechos indígenas, asimismo no se han implementado normas

legales de manera interna, estas acciones estatales traen como consecuencia la vulneración de los derechos colectivos e individuales de los pueblos originarios.

Aunque en este país no se han creado normas internas que promuevan los derechos colectivos de este sector, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007) ha considerado que:

El gobierno deberá obtener de forma obligatoria el consentimiento de las comunidades originarias cuando se aplique el supuesto de proyecto de inversión a gran escala, pues se afectaría de manera más directa el territorio de los Saramaka. Por lo cual, no basta solo la aplicación de un proceso consulta, sino que deben implementar el consenso de los pueblos aborígenes. En ese sentido, la Corte señala que es relevante establecer diferencias entre la consulta y el consentimiento (p.43).

En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos faculta a las comunidades a exigir el consentimiento cuando se trate de planes de inversión a gran escala que conlleven a una afectación intensa dentro de los territorios de los Saramakas, ya que no basta solo la aplicación de la consulta al existir vulneraciones a las tierras comunales y recursos ambientales. Asimismo, se afirma que el derecho al consentimiento se implementará en conformidad a las tradiciones ancestrales de los pueblos originarios.

En líneas generales, se puede afirmar que este país no regula de manera interna el consentimiento como requisito, pero existe una construcción jurisprudencial por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Saramaka, en donde se señala que no basta la mera consulta.

CANADÁ

En este país se reconoce pueblos originarios dentro de su territorio según el Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (2011) que afirma que:

Los pueblos indígenas de Canadá suelen denominarse “pueblos aborígenes”. La Constitución de 1982 reconoce tres grupos de pueblos aborígenes: los indios, los inuit y los metis. Según el censo de 2006, los aborígenes de Canadá suman un total de 1.172.790 personas, un 3,6% de la población del país (p.58).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, en Canadá se emplea pueblos aborígenes en vez de originarios. Asimismo, en 1982 se identifica tres comunidades denominados indios, inuit y metis; los cuales representan según el censo de 2006 el 3,6% que es aproximadamente un total de 1.172.790 individuos.

En Canadá existe una construcción jurisprudencial según IWGIA (2011) que señala lo siguiente:

Como se ha informado anteriormente en El Mundo Indígena, la Corte suprema de Canadá sentenció en el caso de la Nación Haida que la naturaleza y ámbito del deber de la Corona de consultar requeriría el “pleno consentimiento” de la nación aborígen... sobre cuestiones de gran importancia (p.63).

En este apartado se observa que la Corte Suprema de Canadá reconoce el consentimiento, aunque se afirma que se implementará cuando se trate de cuestiones de gran relevancia, dejando abierta la posibilidad de incluir varios

supuestos. Asimismo, se señala que no basta la mera consulta, sino que es necesario el consentimiento, logrando así un reconocimiento jurisprudencial.

En ese sentido, la sentencia N°29419 de la Corte Suprema (2004) menciona lo siguiente: “algunos casos pueden incluso requerir el pleno consentimiento de una nación aborígen, particularmente cuando las provincias promulgan regulaciones de caza y pesca en relación con las tierras aborígenes” (p.40).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el consentimiento se aplica en temas vinculados a la caza y a la pesca de los territorios originarios. Esta Corte presenta nuevos supuestos del derecho al consentimiento, dando un reconocimiento jurisprudencial de este precepto con carácter obligatorio.

Se identifica otro supuesto en donde se reconoce el consentimiento según Aylwin (2013) es el siguiente: “en el territorio de Yukón, por último, la ley sobre Petróleo y Gas se refiere explícitamente a la necesidad de contar con el consentimiento de los afectados antes del inicio de actividades de exploración y extracción de estos recursos naturales” (p.54).

El autor señala que el consentimiento también se aplica en la ley sobre Petróleo y Gas en el caso de las actividades de exploración y explotación de recursos ambientales, además de tener un carácter previo al mencionar la palabra “antes del inicio”. En ese sentido, este derecho tiene rango legal al estar estipulado en una ley.

En líneas generales, Canadá reconoce el consentimiento de manera jurisprudencial y legal, ya que en una sentencia se cita la obligatoriedad del

consentimiento en los temas de caza y pesca, mientras que, en la ley, se versa sobre recursos naturales. Al respecto, es importante señalar que no se cita ningún supuesto en específico, sino de manera más general.

BOLIVIA

En Bolivia se identifica una población indígena considerable según el Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (2012) en donde afirma lo siguiente:

Según el Censo Nacional de 2001, el 62% de la población boliviana mayor de 15 años es de origen indígena. Los pueblos reconocidos son 36, siendo los mayoritarios el Quechua (49,5%) y el Aymara (40,6%), que están ubicados en los Andes occidentales; los Chiquitano (3,6%), Guaraní (2,5%) y Moxeño (1,4%), junto al 2,4% restante, corresponden a los 34 pueblos indígenas que viven en las tierras bajas del oriente del país (p.159).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, en este país existe una población étnica considerable, que representa el 62% de población indígena con el indicador de mayores de 15 años. En el estado boliviano se encuentra 36 comunidades originarias, de las cuales el Quechua y el Aymara son los que cuentan con más personas que lo integran y se ubican en los andes del occidente, los 34 restantes viven en tierras del oriente.

La Organización Internacional del Trabajo (1991) señala lo siguiente: “en Bolivia se aprueba y ratifica el Convenio núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales bajo la Ley núm. 1257” (p.1).

Esta institución afirma que Bolivia ratificó el Convenio 169 de la OIT, por lo cual, es de obligatorio cumplimiento para el estado boliviano, en favor de las comunidades indígenas que se encuentren en su territorio.

El Congreso Nacional (2005) publicó la Ley de Hidrocarburos N°3058 en donde se menciona el consentimiento en el artículo 115 de la siguiente manera: “la consulta deberá ser realizada con procedimientos idóneos en conformidad a cada característica de cada pueblo, para determinar en qué medida serían afectados y con la finalidad de llegar al consentimiento” (p.26).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, esta ley hace mención de consentimiento, pero como finalidad, mas no como requisito. También afirma que la consulta debe realizarse bajo mecanismos apropiados para cada pueblo originario, además de identificar las medidas implementadas y su afectación.

Es importante mencionar una sentencia constitucional que cita el consentimiento de la siguiente manera:

Existe el consentimiento como finalidad, excepto en tres supuestos: el traslado de sus tierras y su reubicación, el depósito de sustancias tóxicas en los territorios originarios, y, por último, los proyectos de inversión a gran escala, los cuales ocasionarían una mayor afectación en el territorio del pueblo Saramaka (p.3).

Existe una construcción jurisprudencial en este país sobre tres supuestos del consentimiento, los cuales son: desplazamiento forzoso, almacenamiento de materiales tóxicos y planes de desarrollo a gran escala. En ese sentido, Bolivia reconoce de manera expresa que solo en estos casos no basta la consulta.

Como se puede apreciar, la primera y la segunda responde a estándares internacionales, mientras que la última a un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En líneas generales, no hay una norma específica que regule la consulta ni el consentimiento. Asimismo, existe un pronunciamiento del Tribunal Constitucional boliviano que menciona tres supuestos del consentimiento (desplazamiento, almacenamiento de materiales tóxicos y planes de inversión a gran escala), por lo cual, hay un reconocimiento de este derecho de manera jurisprudencial.

AMERICA LATINA			
País	Consentimiento	Supuesto	Impactos
México	-Art. 77 Ley Agraria -Art.63 Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable	Conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas	No hay pronunciamiento
Colombia	Sentencia SU.123/18 de 2018 Corte Colombiana	-Desplazamiento forzoso -Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos -Riesgo de subsistencia	No hay pronunciamiento
Panamá	Art.5 Ley 37 "Que establece la consulta y el consentimiento previo, libre e	-Riesgo de subsistencia -Afectación a la vida cultural	Aumento de la producción agrícola, rubros sembrados, recetas ancestrales.

	informado a los pueblos indígenas"		Rendimiento de un 15% a 231%
Chile	Art.7 Decreto 40	Desplazamiento y reubicación	No hay pronunciamiento
Paraguay	Art.64 Constitución Art.14 Ley 904/81	Desplazamiento forzoso	No hay pronunciamiento
Argentina	Nuestra tierra vs. Argentina (CIDH)	-Riesgo de subsistencia -Desplazamiento forzoso	No hay pronunciamiento
Costa Rica	Exp.08-009215-0007-CO Corte Suprema de Justicia	Desplazamiento forzoso	No hay pronunciamiento
Surinam	Caso Saramaka vs. Surinam CIDH	Planes de desarrollo a gran escala	No hay pronunciamiento
Canadá	Ley sobre Petróleo y gas	Planes de desarrollo a gran escala	No hay pronunciamiento
Bolivia	Tribunal Constitucional	-Desplazamiento forzoso -Almacenamiento de materiales tóxicos -Planes de inversión a gran escala	No hay pronunciamiento

Fuente: IWGIA, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, Ley Agraria de los Estados Unidos Mexicanos, Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable de los Estados Unidos Mexicanos, Sentencia SU.123/18 de la Corte Colombiana, Ley 37 de la República de Panamá, Decreto 40 que aprueba reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de la República de Chile, Constitución de la República Paraguaya, Ley 904/81 de la República Paraguaya, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ley sobre Petróleo y gas de Canadá y Tribunal Constitucional de Bolivia- ELABORACIÓN PROPIA

2.5.2 Asia

Filipinas

En este país se identifica pueblos indígenas, es por ello, que el Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (2021) señala lo siguiente:

El censo de la población realizado en Filipinas en 2010 incluyó, por primera vez, una variable étnica, pero hasta la fecha no se ha publicado la cifra oficial de población indígena. Por tanto, la población indígena del país se estima entre el 10% y el 20% del total nacional de 100.981.437, según el censo de población de 2015. El gobierno aún no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT (p.217).

En ese sentido, el Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (2005) afirma que:

En 1997, se promulgó la Ley de la República N°8371, conocida como Ley de los Derechos Indígenas (Indigenous Peoples Rights Act, IPRA). Mientras tanto, la IPRA ha establecido que cualquier proyecto de desarrollo que se realice o que afecte a las comunidades indígenas debe tener el libre consentimiento, informado y previo (CLIP) de estas comunidades (p.310).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, en Filipinas se creó una institución denominada "IPRA que es la que establece que cualquier tipo de proyecto de inversión que afecte directamente a los pueblos originarios deberán tener el consentimiento de las mismas.

El Consejo Económico y Social (2008) en el párrafo 6 establece lo siguiente:

- a) La Ley de derechos de los pueblos indígenas, de 1997 (Ley de la República N°8371).
- b) Las directrices sobre el consentimiento previo, libre e informado, aprobadas por la Comisión Nacional de los Pueblos Indígenas en 2002, donde se destaca el derecho de los pueblos indígenas a participar en decisiones que les afecten; y
- c) La Orden ejecutiva N°270-A, encaminada a salvaguardar la integridad ecológica de las tierras y los recursos indígenas ante el impacto negativo de las operaciones mineras (p.2).

Esta institución internacional señala que en este estado han existido muchos avances como: una ley de derechos de las comunidades (Ley de la República N°8371), directrices sobre el derecho al consentimiento y se promueve la participación y una orden ejecutiva que busca salvaguardar la ecología de los territorios originarios frente a las consecuencias negativas producto de las empresas mineras (Orden ejecutiva N°270-A). Como se puede apreciar el Comité felicita las medidas legislativas y administrativas que se han implementado en Filipinas, las cuales ayudan a garantizar los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas.

La ley de la República N°8371 en la sección 3 inc. g) señala lo siguiente:

Consentimiento libre, previo e informado. - Como se usa en esta Ley significará el consenso de todos los miembros de las comunidades indígenas que se determinarán de acuerdo con sus respectivas leyes y prácticas consuetudinarias, libre de cualquier

manipulación externa, interferencia y coacción, y obtenida después de revelar completamente la intención y alcance de la actividad, en un lenguaje y proceso comprensible para la comunidad (Comisión Nacional de Pueblos Indígenas, 1997, p.2).

Esta ley regula el derecho al consentimiento, aunque todavía no se hace mención a los supuestos de este precepto. Asimismo, se determina que las prácticas de índole consuetudinario sean manifestadas sin ningún tipo de coacción en este proceso. Este procedimiento tendrá que implementarse de manera idónea y con las características esenciales, los cuales son: previo, libre e informado.

Esta misma ley regula el supuesto de desplazamiento en la sección 7 inc. c) de la siguiente manera:

Derecho a permanecer en los territorios. - El derecho a permanecer en el territorio y a no ser trasladado. No se reubicará ningún pueblo indígena sin su consentimiento previo, libre e informado, ni a través de medios distintos del dominio eminente. Cuando la reubicación se considere necesaria como medida excepcional, dicha reubicación se llevará a cabo únicamente con el consentimiento fundamentado previo y libre de las comunidades interesadas y siempre que sea posible, se les garantizará el derecho a regresar a sus dominios ancestrales, tan pronto como dejan de existir motivos para la reubicación. Cuando dicha devolución no sea posible, según lo determinado por acuerdo o a través de los procedimientos apropiados, los pueblos indígenas deberán ser

provistos en todos los casos posibles con tierras de calidad y un estatus legal al menos igual al de la tierra anteriormente ocupada por ellos, adecuado para necesidades presentes y desarrollo futuro. Las personas así reubicadas también serán indemnizadas íntegramente por cualquier pérdida o lesión resultante (p.4).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, Filipinas a través de esta ley regula el supuesto del desplazamiento forzoso con el fin de garantizar el derecho a permanecer en las tierras de las comunidades. Asimismo, se menciona que la regla general es que no se traslade a ningún pueblo originario, en todo caso, cuando sea necesario, solo se podrá realizar bajo una salvedad, que es el consentimiento previo, libre e informado de este sector. En ese sentido, también se cita el derecho al retorno, es decir, que el estado tiene la obligación de regresar a estas personas a sus territorios ancestrales, pero cuando ello no sea posible se aplicara medidas idóneas para ofrecer tierras en igualdad de condiciones y estado legal que pueda responder a sus necesidades. Igualmente, se indemnizará a estas poblaciones por los daños y lesiones ocasionados.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (2008) cita el siguiente artículo de la ley de la República N°8371:

De acuerdo con el artículo 32, los pueblos indígenas y las comunidades culturales indígenas tienen el derecho a practicar y revitalizar las tradiciones y costumbres propias de su cultura. El Estado preservará, protegerá y desarrollará las manifestaciones

pasadas, presentes y futuras de su cultura, así como el derecho a que se les restituyan los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales que se les usurparon sin su consentimiento libre y fundamentado, en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres (p.53).

Esta institución cita al artículo 32 de Ley de derechos de los Pueblos Indígenas con el fin de promover la revitalización de las culturas en Filipinas. Asimismo, se puede apreciar que se reconoce el supuesto de los bienes culturales, religiosos, intelectuales y espirituales del consentimiento como requisito. Igualmente, se menciona el derecho a la restitución de estos bienes que fueron privados sin el consenso de las comunidades, además que se configura en vulneración a sus normas culturales y costumbres ancestrales.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2008) también hace mención de los bienes culturales respecto a los sitios sagrados en el artículo 33 en donde establece lo siguiente: “investigar, socavar o trasladar en lugares de naturaleza arqueológica sin el consentimiento de este sector se considerará ilegal” (p.53).

En ese sentido, se cita a la Ley de derechos de los Pueblos Indígenas de la siguiente manera:

De acuerdo con el artículo 35, se permitirá el acceso a los recursos biológicos y genéticos y a los conocimientos indígenas relacionados con la conservación, la utilización y la mejora de esos recursos, que se encuentran en las tierras y los dominios ancestrales de los pueblos indígenas y las comunidades culturales

indígenas, solo con el consentimiento libre y fundamentado de esas comunidades, de acuerdo con las normas consuetudinarias de las propias comunidades (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 2008, p.53-54).

Entre líneas se puede apreciar que se trata sobre el supuesto de conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas que analiza esta presente investigación. Esta disposición señala que los recursos biológicos y conocimientos culturales que estén relacionados con el uso y revitalización de esos recursos y que se ubiquen en las tierras y territorios de los pueblos indígenas se podrán emplear solo con el consentimiento de este sector, en conformidad a las normas consuetudinarias de los pueblos étnicos.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (2008) afirma lo siguiente:

La Ley de la República N°8371, llamada también Ley de derechos de los pueblos indígenas de 1997 fue promulgada el 29 de octubre de 1997 por el ex Presidente Fidel V. Ramos. Los pueblos indígenas, el Gobierno, la sociedad civil y la comunidad internacional la celebraron como un hito legislativo y un triunfo de la voluntad política (p.25-26).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, esta Convención menciona que la aprobación de la Ley N°8371 que regula los derechos colectivos de los pueblos indígenas es un acontecimiento importante en el continente asiático, ya que afirman que es un hito legislativo y una victoria del deseo político.

Los impactos que ha traído el reconocimiento del consentimiento en este país son los siguientes: *“180 acuerdos de reparto de la producción de minerales (MPSA); 70 permisos de exploración; 126 permiso de arena y gravilla industriales; y 5 permisos especiales de extracción de minerales”* (Rovillos, Ramo & Corpuz, 2003, p.10-11).

Ha tenido un efecto favorable el reconocimiento del consentimiento en favor de las comunidades étnicas, pues ha facilitado los acuerdos entre el sector empresarial e indígena.

En líneas generales, se puede señalar que en Filipinas se regula el consentimiento como requisito, asimismo, se reconoce de manera expresa en la Ley N° 8371 varios supuestos de este derecho como: el desplazamiento forzoso; bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales; y conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades originarias.

TAIWÁN

El Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (2008) señala lo siguiente:

La población indígena reconocida oficialmente en Taiwán suma 484.174 habitantes (2007), lo cual constituye el 2,1% de la población total. Trece pueblos indígenas han sido oficialmente reconocidos. Además, hay por lo menos nueve pueblos indígenas ping-pu (de las llanuras), a quienes se les ha negado el reconocimiento oficial. La mayor parte de los pueblos indígenas de Taiwán vive en las montañas centrales, en la costa este y en el sur (p.280).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, en este país se identifica una población indígena del 2,1%, lo cual nos indica la poca existencia de pueblos originarios. Asimismo, se reconoce a 13 comunidades indígenas de manera oficial, las cuales residen en las montañas centrales y en otras zonas (costa este y sur). Por otro lado, hay 9 pueblos étnicos que el estado ha negado su reconocimiento oficial.

El Departamento de Normas Internacionales del Trabajo (2009) señala lo siguiente:

Los derechos de los pueblos indígenas aparecen por primera vez de forma detallada en la Ley Básica de los Pueblos Indígenas, la misma que fue aprobada el 5 de febrero de 2005. Asimismo, en el artículo 21 de la citada norma se estipula que el país o el sector empresarial “deberán consultar a los pueblos indígenas y obtener su consentimiento o participación, y compartir con tales pueblos indígenas los beneficios surgidos del desarrollo de la tierra, la utilización de recursos, la conservación de la ecología y las investigaciones académicas que se lleven a cabo en las regiones de los pueblos indígenas” (p.113).

Esta institución afirma que existe una norma denominada “Ley Básica de los Pueblos Indígenas” que regula de manera expresa en el artículo 21 la consulta previa y la obtención del consenso, además de ofrecer los beneficios económicos del uso de los bienes ambientales, tierras y territorios de los pueblos aborígenes. Asimismo, se menciona la participación, preservación del medio

ambiente y de los estudios de índole académico que se lleven dentro de estas regiones.

Es necesario mencionar que Taiwán es afirmativo el reconocimiento del consentimiento, aunque de la siguiente manera:

A pesar de que un artículo de la Ley básica para las comunidades étnicas señala que el Gobierno de Taiwán debe respetar las facultades de los pueblos originarios a la tierra y los bienes naturales, y que los planes de desarrollo en zonas indígenas deben obtener el consentimiento, cumpliendo tres de sus características: previo, informado y libre (CLPI). Sin embargo, este apartado no se ha implementado hasta la actualidad (IWGIA, 2008, p.281).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, esta institución menciona que en Taiwán los casos de proyectos de desarrollo requieren obtener el consentimiento como requisito, aunque hasta la fecha no se han aplicado vulnerando así los derechos consuetudinarios de los pueblos aborígenes.

En líneas generales, en Taiwán si se reconoce de manera legal el consentimiento como requisito, pero solo en los casos de proyectos de inversión, aunque el problema radica que hasta el momento no se ha implementado.

NEPAL

En este gobierno se aprecia una población originaria importante que necesita reconocimiento, por lo cual, el Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (2010) señala lo siguiente:

La población total de Nepal es de 22.7 millones, y cerca de cien grupos religiosos y castas étnicas, y 92 lenguas maternas fueron listadas en el censo de 2001. Las nacionalidades indígenas (adivasi janajati) comprenden oficialmente 8.4 millones, el 37.19% de la población total, mientras que las organizaciones de pueblos indígenas alegan que las nacionalidades indígenas comprenden más del 50 % de la población total (p.424).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, en Nepal existe un número significativo de población indígena que representa aproximadamente el 37%, por lo cual, el gobierno tiene que asegurar los derechos consuetudinarios y particulares de las comunidades originarias. Por otro lado, es necesario mencionar que según las organizaciones de este sector esta población comprende más del 50%.

El Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (2020) afirma lo siguiente:

El banco Europeo de Inversiones solicitó a LAHURNIP desarrollar un protocolo de consentimiento libre, previo e informado (CLPI) en anticipación de que la Autoridad Eléctrica de Nepal (Nepal Electricity Authority, NEA) optara por mediación con la comunidad y se hubiera de obtener el CLPI de los pueblos indígenas afectados. Como la Autoridad Eléctrica de Nepal (NEA) rechazó la opción de mediación, el Banco Europeo de Inversiones revisará el cumplimiento realizado al respecto en el futuro (p.328-329).

Esta institución señala que se quiere iniciar un protocolo de consentimiento en caso exista alguna afectación de los pueblos indígenas, aunque esta norma orientadora está en miras de ser adoptada. Asimismo, se puede apreciar que el organismo interesado en crear esta iniciativa es el banco Europeo de Inversiones.

El Departamento de Normas Internacionales del Trabajo (2009) afirma que este país adoptó la norma más relevante de los pueblos indígenas de la siguiente manera:

En 2007 este gobierno aprobó el Convenio 169 de la OIT, y dispuso un equipo de estudio estatal de gran envergadura para analizar los planes y proyectos presentes del país y elaborar un programa integral para poner en marcha los estipulado por este Convenio. Este equipo fue integrado por 15 ministerios públicos y representantes originarios de dos fundaciones: NFDIN y NEFIN. (p.39).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, Nepal ha ratificado la norma internacional más importante en materia de pueblos indígenas (Convenio 169 OIT) en 2007 en donde se estableció un grupo de trabajo que se encarga de verificar los programas y políticas de gobierno existentes en el estado, además de crear un plan para implementar este instrumento. Este equipo fue integrado por 15 ministerios y representantes de las comunidades originarias de dos fundaciones (NFDIN y NEFIN).

En líneas generales se puede afirmar que en Nepal no existe una norma legal que regule el consentimiento como requisito, aunque hay que aplaudir la

iniciativa de implementar un protocolo que implemente este derecho, ya que muestra un interés por aplicar este precepto dentro de este país.

MALASIA

En Malasia se identifica una población indígena considerable, por lo cual, es necesario regular los derechos colectivos de las comunidades originarias, en ese sentido, el Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (2019):

En 2017, la población indígena de Malasia representaba aproximadamente el 13.8% del total de la población nacional de 31,660,700 millones. Se les conoce colectivamente como orang asals. Los orang aslis son los pueblos indígenas de Malasia Peninsular. Los 18 subgrupos de orang aslis dentro de los grupos negro (semang), senoi y aborígen-malayo representan alrededor de 215,000 o 0.7% de la población de Malasia Peninsular (31,005,066) ... (p.294)

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, en este país se observa una población indígena que representa aproximadamente el 13% de la población total, esto según el autor en el año 2017. Asimismo, en Malasia Peninsular estos pueblos son denominados orang asals, los cuales integran 18 subgrupos (grupos negro, senoi y aborígen-malayo), estos están alrededor de 215,000.

En Malasia se reconoce el consentimiento, pero como principio, esto según Colchester y Farhan (2007):

El informe resume algunas experiencias de pueblos indígenas con referencia a la aplicación del principio de consentimiento libre,

previo e informado en Suriname, Guyana, Malasia Peninsular, Perú, Indonesia, Papúa Nueva Guinea y Filipinas. Las leyes nacionales varían ampliamente en cuanto al grado de reconocimiento de los derechos indígenas sobre sus tierras y al consentimiento libre, previo e informado. Aun cuando se reconocen esos derechos, su aplicación adolece de importantes carencias. De la misma forma, aun cuando las empresas profesan que respetan los derechos indígenas y el derecho internacional, es posible que no adhieran a sus propias normas en sus tratos concretos con las comunidades. La corrupción, la manipulación y otras malas prácticas son también demasiado comunes, pero esos son problemas que enfrentan los pueblos indígenas en todos lados y no son específicos del consentimiento libre, previo e informado (p.1).

En este párrafo se observa que en varios países incluyendo Malasia peninsular existen experiencias respecto al consentimiento, aunque solo como principio. También se menciona sobre el reconocimiento de este precepto y el derecho a la tierra respecto a las variedades de leyes nacionales que existen y que cambian. Por otro lado, se afirma que estos derechos adolecen de insuficiencia. En ese sentido, las empresas privadas mostrarán de manera superficial la regulación de derechos colectivos, ya que de manera interna no integra normas consuetudinarias en sus proyectos. Asimismo, en este proceso según el autor versa la corrupción y los intereses particulares.

En este país se reconoce un supuesto del consentimiento como requisito de la siguiente manera:

A lo largo del espectro hay otros países como Malasia Peninsular, donde los derechos indígenas están débilmente protegidos, pero el gobierno aduce cumplir con las directrices de los organismos internacionales de desarrollo que exigen que se hagan esfuerzos para obtener el consentimiento de los pueblos indígenas antes de su reasentamiento (Colchester & Farhan, 2007, p.9).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, en Malasia se reconoce el supuesto del desplazamiento forzoso. Aunque por otro lado se menciona que los derechos colectivos no son apropiadamente garantizados, ya que se vulneran los derechos colectivos de las comunidades originarias. No obstante, el gobierno afirma cumplir con los estándares internacionales que exigen sobre el consentimiento en el caso del reasentamiento.

En el estado malayo existe un caso en donde se menciona el consentimiento según los autores Colchester y Farhan (2007), quienes afirman lo siguiente:

El gobierno malayo no acepta que los Orang Asli tengan derecho al consentimiento libre, previo e informado. Sin embargo, tal como lo registra el Centro para Asuntos Orang Asli, para las obras de la Represa Kelau el gobierno malayo aceptó un préstamo blando de 82.000 millones de yenes del Banco Japonés para la Cooperación Internacional, cuyas Directrices para la Confirmación de las Consideraciones Ambientales y Sociales requieren que: se hagan esfuerzos para obtener el consentimiento de la población indígena después de que esta haya sido plenamente informada

En Malasia según estos autores se ha citado el derecho al consentimiento en un caso que versa sobre una obra de la Represa Kelau en donde se recibió un préstamo de aproximadamente 82 millones de yenes, en donde se establecía directrices para la aceptación de los temas ambientales y sociales, en el mismo se menciona que se deberán crear mecanismos para obtener el consentimiento de las comunidades. En ese sentido, existe casuística en este país respecto a este precepto, aunque se visualiza que no se hace mención de otros supuestos como se estudió en el párrafo anterior.

En líneas generales, se puede afirmar que se reconoce el consentimiento como requisito, aunque el único supuesto mencionado es el desplazamiento forzoso. Asimismo, este precepto es estudiado en un caso de este país, por lo cual, se vislumbra su importancia.

INDONESIA

En este país se encuentra una población indígena según el Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (2020), que señala lo siguiente:

Indonesia tiene una población de aproximadamente 250 millones de habitantes. El gobierno reconoce 1.128 grupos étnicos. El Ministerio de Asuntos Sociales identifica algunas comunidades indígenas como: komunitas adat terpencil. Sin embargo, muchos más pueblos se identifican a sí mismos o son considerados por otros como indígenas. Las leyes y decretos gubernamentales recientes utilizan el término masyarakat adat, para referirse a los

pueblos indígenas. La organización nacional de Pueblos Indígenas, Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (p.270).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, en este país se identifica una población indígena, la misma bordea el 1.128 de grupos étnicos. Asimismo, se observa que las normas internas denominan a este sector “masyarakat adat”. En ese sentido, esta institución afirma que el Ministerio de Asuntos Sociales utiliza la terminología para ciertas comunidades “komunitas adat terpencil”.

El Programa de Pueblos de los Bosques señala que existe carencias al momento de implementar este derecho, por lo cual, afirma lo siguiente:

En el nivel práctico de llevar a cabo el CLPI, puede resultar problemático identificar quién debería verificar que se ha respetado el derecho al CLPI y cómo debería hacerse. Identifica algunas experiencias con auditorías de terceros para el Forest Stewardship Council (FSC) en Indonesia y sugiere que los verificadores han sido indebidamente indulgentes sobre lo que constituye un cumplimiento adecuado, lo que debilita cualquier influencia que las comunidades puedan obtener de las obligaciones de las empresas de respetar sus derechos y prioridades de acuerdo con los estándares voluntarios FSC (p.1).

Este programa señala que respecto al CLPI cuando se aplica es algo problemático, ya que es complicado identificar a la persona que deba verificar este proceso y como debería ser el mismo. Asimismo, se menciona algunas auditorías en donde se visualiza una incorrecta remisión sobre el cumplimiento

idóneo, esto ocasiona debilidad en las obligaciones de las empresas, ya que se vulneran de manera sistemática los derechos y estándares voluntarios de las comunidades.

En ese sentido, se debe mencionar que durante los años 2012-2013 se llevó a cabo un examen sobre la aplicación del CLPI por las empresas de palma de aceite de varios países, entre las cuales se encuentra Indonesia, en este estudio se mencionan algunas mejoras, aunque solo se abordará la consulta y el consentimiento, el mismo señala:

La consulta con las comunidades se considera ampliamente como equivalente a la realización del proceso de CLPI, en lugar de verla como un medio para la búsqueda del CLPI, en el que la negativa a dar el consentimiento se acepta como un resultado real y posible de este paso. En muchos casos, las comunidades se ven inmersas en negociaciones con empresas sobre el tipo y las condiciones para su consentimiento, en lugar del respeto a su derecho a decir "No" a que el proyecto siga adelante en sus tierras. En otros casos, la participación comunitaria en las consultas se considera como indicativa de un consentimiento al proyecto en general, en lugar de un medio para alcanzar tal (posible) resultado. La comprensión de la teoría y la práctica del CLPI a nivel de campo y la gestión operativa sigue siendo baja (RSPO, 2015, p.119).

Se observa en estas disposiciones, que en el caso de aceite de palma las mejoras que propusieron fueron varias, entre ellas la consulta y el consentimiento. Señalaron que en estos estudios se verificó que la consulta era

equiparada con el consentimiento, en vez de buscar realmente el consentimiento y la negación del mismo es aceptada en este procedimiento. También se aprecia en varias oportunidades que las comunidades cuando están en negociaciones con las empresas privadas analizan el alcance de este derecho en lugar de respetar el derecho al decir no en cualquier proyecto que afecte de manera directa sus territorios. Por otro lado, en otros casos se considera la participación de los pueblos originarios en el proceso de consulta previa como un consentimiento, en vez de verlo como una vía para obtener este resultado. Asimismo, se afirma que la implementación de este precepto es muy baja, es decir, que no se aplica la obligatoriedad del consentimiento.

Es importante mencionar lo que señalan Colchester y Ferrari (2007) sobre el consentimiento, en este sentido, estas personas afirman lo siguiente:

En Indonesia, en los últimos años ha habido un intenso debate el grado de exigencia del “Consentimiento libre, previo e informado” en la legislación nacional. Si bien Indonesia adhiere varias leyes internacionales que implican o exigen el respeto del derecho de los pueblos indígenas al CLPI- incluso los Pactos sobre Derechos civiles y políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Racial y el Convenio sobre la Diversidad Biológica- en la legislación nacional no hay términos equivalentes al CLPI. Sin embargo, varias leyes, incluidas las que establecen los procedimientos para la demarcación y afectación para reserva de zonas de bosque, exigen la consulta a las comunidades locales y su consentimiento (p.11).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, según estos autores en este país se debate la exigencia del consentimiento en la normativa interna, ya que se han adoptado varios instrumentos internacionales (Pactos sobre Derechos civiles y políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Racial y el Convenio sobre la Diversidad Biológica) que regulan el consentimiento, aunque no el Convenio 169 de la OIT. Asimismo, se debe afirmar que respecto a la temática de demarcación y vulneración de reservas de bosques se requiere la consulta y el consentimiento, es decir, que se aplicará el consenso para este caso en particular.

En Papúa Occidental provincia de Indonesia según el Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (2008) afirma lo siguiente:

El 52% de sus 2,4 millones de habitantes es indígena, unos 253 pueblos diferentes. El resto son inmigrantes indonesios. La mayoría de los papúes depende de los recursos naturales como base de subsistencia. La historia reciente de Papúa Occidental es la historia de una traición: el acuerdo de 1962 entre dos Estados entregando el territorio de un poder colonial (Holanda) a otro (Indonesia) sin consultar a los pueblos indígenas y sin su consentimiento, se suprimieron a los papúes occidentales de ejercer sus derechos a la libre determinación (p.248).

Esta institución señala que esta provincia alberga alrededor de 253 pueblos originarios que representa un 52% de la población total, es decir, que existe población indígena. Asimismo, se menciona que la historia de Papúa

Occidental fue una traición, ya que se entregó el poder colonial a Indonesia sin consultar a las comunidades ni obtener su consentimiento, además de estas acciones se ejercieron con el fin de suprimir el ejercicio de los papúes a la libre determinación. Por otro lado, se señala que esta región depende de los recursos naturales para sobrevivir.

PAPÚA NUEVA GUINEA

En este país se ha identificado pueblos indígenas, ya que el Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (2020) señala lo siguiente:

El país obtuvo la independencia en 1975 y en la actualidad es miembro de la Commonwealth de Naciones. Los habitantes de Papúa Nueva Guinea se denominan papú neoguineanos o papuanos. Es el país más multilingüe del mundo, con 830 lenguas habladas entre una población de 8.4 millones, es decir, una media de 9.100 hablantes por lengua (p.626).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, en Papúa Nueva Guinea se alberga la población más multilingüe del mundo, la cual comprende 830 lenguas (9.100 hablantes por lengua). También se menciona que a las personas que viven en este país se les denomina papú neoguineanos o papuanos.

En este país se menciona al consentimiento según Colchester y Farhan (2007) de la siguiente manera:

El informe resume algunas experiencias de pueblos indígenas con referencia a la aplicación del principio de consentimiento libre, previo e informado en Suriname, Guyana, Malasia Peninsular,

Perú, Indonesia, Papúa Nueva Guinea y Filipinas. En Papúa Nueva Guinea los derechos tradicionales a la tierra esta protegidos y los dueños de la tierra deben ser consultados por los planes de desarrollo que afectan a sus tierras, y deben consentirlos, si bien no se hace referencia al propio CLPI. Con respecto a la legislación Forestal, la ONG CELCOR informa que, si bien la ley no exige explícitamente el Consentimiento libre, previo e informado, el gobierno ha aceptado que se respeten los derechos de los dueños tradicionales de la tierra en las transacciones que los afectan, especialmente en la elaboración de Acuerdos de Manejo de Bosques entre el Departamento Forestal y las comunidades locales (p.5-13).

Estos autores señalan que en Papúa Nueva Guinea se reconoce el principio del consentimiento (previo, libre e informado). Asimismo, en este país se protege los derechos a la tierra, a la consulta, entre otros. Los propietarios de los territorios originarios deben ser consultados cuando se trate de planes de desarrollo que vulneren directamente sus tierras, además de consentirlos, aunque el mismo no responde al CLPI. Por otro lado, se menciona la normativa forestal, esta ley no requiere del consentimiento como requisito, además de ello se afirma que el estado reconoce y respeta los derechos de los propietarios de los territorios en las acciones que se realizan, particularmente en consensos sobre el empleo de bosques entre los pueblos étnicos y el Departamento Forestal.

ASIA			
País	Consentimiento	Supuesto	Impacto
Filipinas	Ley 8371	Proyectos de desarrollo -Desplazamiento forzoso -Bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales	-180 acuerdos de reparto producción minerales -70 permisos exploración -126 permiso de arena y gravilla industriales -5 permisos especiales de extracción de minerales
Taiwán	Art.21 Ley Básica de los PPII	Proyectos de desarrollo	No hay pronunciamiento
Malasia	Caso Orang Asli	Reasentamiento	No hay pronunciamiento

Fuente: IWGIA, Universidad de Oxford, Ley Básica de los Pueblos Indígenas de Taiwán -

ELABORACIÓN PROPIA

2.5.3 África

REPÚBLICA CENTROAFRICANA

Existe población indígena en este país, aunque la misma es escasa, en ese sentido, el Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (2011) señala lo siguiente:

Existen dos grupos de pueblos indígenas en la República Centroafricana, en concreto, los mbororo y los aka. Los indígenas mboro son, esencialmente, pastoralistas nómadas en constante

búsqueda de zonas de pastoreo. El censo de 2003 contabiliza una población Mbororo de 39.299 personas, o el 1% de la población total. A la población indígena Aka se la denomina de modo peyorativo pigmeos y su cifra exacta se desconoce, pero se estima que ronda las varias decenas de miles. La República Centroafricana voto a favor de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en septiembre de 2007 (p.466).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, en este país se encuentran dos pueblos originarios: los mbororo y los aka. El primero comprende a comunidades que se encargan del pastoreo y son nómades, ellos representan el 1% de su población; mientras que el segundo es discriminado y denominado pigmeo. También se menciona que se adoptó la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2007.

El Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (2011) señala lo siguiente.

El Código Forestal de 2008 es la primera pieza de legislación nacional que define y reconoce los derechos de los pueblos indígenas del bosque. Por primera vez, las estipulaciones de este texto expresan derechos consuetudinarios de uso y beneficios provenientes de explotación forestal, derechos de acceso y, sobretudo, principios de consulta con vistas a obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, como avalado por instrumentos legales internacionales.

Esta institución menciona que el Código Forestal (2008) es una norma interna relevante respecto a los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre la temática de bosques. La misma aborda los derechos étnicos de la explotación forestal, la consulta con miras a lograr el consenso e instrumentos internacionales. Como se aprecia en este párrafo en este país se aplica el consentimiento como finalidad, mas no como requisito que es materia de esta investigación.

2.6 Casuística Nacional

2.6.1 Caso Bagua

Este caso es relevante para esta presenta investigación, por lo cual, es necesario señalar un resumen y argumentos de la misma. Al respecto Dolorier y Paneque (2013) afirman lo siguiente:

Una de las confrontaciones recientes y de gran repercusión nacional e internacional fue el denominado Conflicto de Bagua, entre los indígenas amazónicos y el gobierno del Perú. El origen de este conflicto fue la promulgación, en junio de 2008, de un conjunto de Decretos Legislativos (DL) relacionados con la aplicación del Tratado de Libre Comercio (TLC) entre el Perú y los Estados Unidos, que regulaban la intervención sobre el territorio amazónico (p.141).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, en este caso existieron conflictos entre los pueblos de origen amazónico y el estado peruano. También se menciona que la causa de estos acontecimientos negativos era la

aprobación de varios decretos legislativos en 2008 (Perú y Estados Unidos), estas normas regulaban temas vinculantes al territorio amazónico.

La Federación Internacional de Derechos Humanos (2009) afirma lo siguiente:

Los pueblos indígenas señalan que el gobierno peruano incumplió el Convenio 169 de la OIT al dictar normas que afectan sus condiciones de existencia sin su participación y consentimiento. Asimismo, el Comité exige al gobierno parte a que implemente la consulta previa a los pueblos aborígenes interesados en cada fase de este proceso. Asimismo, ha obtener el consentimiento, previo a la aplicación de los planes de extracción de bienes naturales (p.20-35).

Esta institución identifica el incumplimiento del estado peruano en este caso, ya que no se aplicó lo regulado por el Convenio 169 de la OIT, pues de manera indiscriminada de aprobaron normas que vulneraron los derechos colectivos e individuales de los pueblos originarios, entre ellos la participación y el consentimiento. Al respecto, se observa que el Comité amonesta al gobierno a consultar a las comunidades originarias interesadas en cada fase de este proceso y a lograr el consentimiento en ejecución de proyectos que versen en la extracción de recursos ambientales.

En ese mismo orden de ideas, se solicita algunas disposiciones para evitar que estos acontecimientos se repitan, por tal motivo, se señala lo siguiente:

Se exige suspender todas las concesiones petroleras, mineras, gasíferas y demás que hayan sido otorgadas dentro de las tierras

de los pueblos indígenas amazónicos del Perú sin que se realizara los debidos procesos de consulta. Promover que se realicen procesos de consulta para garantizar el derecho al consentimiento previo, libre e informado por parte de los pueblos afectados. Asimismo, piden a los EE. UU reconocer públicamente la obligación del Perú de asegurar el respeto a los procesos de consulta transparentes y públicos, y a la procuración del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas cuando sus derechos o territorios se vean afectados por las medidas de implementación del TLC, tal y como lo prevé el Convenio N°169 de la OIT ratificado por el Perú (FIDH, 2009, p.46-47)

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, se exhorta a suspender todas las concesiones (petroleras, mineras, gasíferas y otros) realizadas dentro de los territorios de los pueblos indígenas de origen amazónico del estado peruano sin que previamente se haya realizado la consulta. Asimismo, se debe buscar el fomento del proceso de consulta el cual efectiviza el derecho al consentimiento (previo, informado y libre) por parte de las comunidades afectadas. Por otro lado, también se observa que solicitan a los Estados Unidos a reconocer de manera pública la obligación de nuestro gobierno en fortalecer el derecho a la consulta y la obtención del consentimiento de este sector cuando se vulneren sus derechos o territorios que fueron dañados por las acciones implementadas del TLC, tal como lo reconoce el Convenio 169 de la OIT, la misma que esta ratificada por nuestra nación.

En ese sentido, este conflicto evidenció diferentes puntos de vista como:

El marcado desencuentro de visiones e intereses del gobierno y de los indígenas amazónicos del Perú, respecto a la concepción, propiedad y uso del territorio; el menosprecio del gobierno hacia los indígenas, descartándolos como actores válidos; y una consistente organización indígena que exige su derecho a participar en la toma de decisiones (Dolorier & Paneque, 2013, p.141).

Estos autores señalan que en el caso de Bagua se observó las diferencias que existían en las visiones del gobierno y la de los pueblos originarios amazónicos sobre las tierras, la concepción y usos de los recursos ambientales, asimismo, se aprecia la indiferencia del estado peruano hacia este sector vulnerable, apartándolos como representantes firmes. Por otro lado, se contempla una organización consuetudinario resistente que reclama su derecho a la participación en las tomas de decisiones.

Los argumentos para superar esta problemática según Dolorier y Paneque (2013) son: “gobernanza territorial (participación ciudadana en las decisiones políticas), subpolítica (reinención de lo político que configura la sociedad desde abajo) y modernidad líquida (mundo fragmentado de identidades en competencia, culturas y estilos de vida)” (p.151-152).

En este apartado se mencionan las posibles figuras que se puede aplicar en este caso para solucionar la problemática, las cuales son: gobernanza territorial, subpolítica y modernidad líquida. La primera versa sobre el derecho a participar en las decisiones de índole política, la cual la tienen todos los ciudadanos sin distinción. La segunda, se trata sobre reconstruir lo político en el marco de la sociedad, es decir, desde abajo. La tercera, consiste en una

humanidad fragmentada en diferentes identidades como: competencia, estilos de vida y culturas.

2.6.2 Caso Las Bambas

El Ministerio de Energía y Minas menciona como antecedente lo siguiente: “Xstrata Perú S.A como empresa adjudicada para desarrollar el proyecto de Exploración Las Bambas en cumplimiento al Art.6 del DS N°038-98-EM, solicita a D&E Desarrollo y Ecología SAC la elaboración de la Evaluación Ambiental del Proyecto de Exploración Las Bambas” (p.1)

La institución Cooperación (2015) señala la ubicación de este proyecto de la siguiente manera:

El proyecto minero Las Bambas, se ubica en los distritos de Challhuahuacho y Progreso, de las provincias de Cotabambas y Grau respectivamente, en el departamento de Apurímac. Se encuentra entre los 3,800 y 4,650 msnm, en la divisoria de las cuencas del río Santo Tomas y del Vilcabamba, ambos pertenecientes a la cuenca del río Apurímac (p.2).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el caso Las Bambas se encuentra entre los distritos de Challhuahuacho y Progreso, los cuales se ubican en el departamento de Apurímac. Asimismo, se menciona que se ubican entre los 3,800 y 4,650 m.s.n.m. En el mismo se encuentra en la divisoria del río Santo Tomas y Vilcabamba, estos forman parte de la cuenca del río Apurímac.

En ese sentido, Wiener (2018) señala que este caso fue continuación de otra institución, que lo representa de la siguiente manera:

El proyecto Las Bambas representa una continuación geológica del denominado Copper Belt del Sur, que comprende zonas con alto contenido de cobre y proyectos mineros situados en el norte de Chile y el sur peruano (Cooperación, 2018, p.53).

Este autor afirma que el proyecto Las Bambas fue a continuación de Copper belt que se encuentra al sur, el mismo integra zonas con elevada cantidad de cobre y proyectos de origen minero ubicados en Chile (por el norte) y Perú (por el sur).

En ese mismo orden de ideas, es relevante mencionar los acontecimientos negativos que se suscitaron en el proyecto Las Bambas, los cuales comprende:

Durante la primera fase de este proceso, Xstrata y la comunidad comenzaron a firmar acuerdos específicos según los cuales la empresa adquiriría ciertos compromisos, como la dotación de puestos de trabajo, la entrega de vacunos, los programas de capacitación y formación de liderazgos, entre otros. Los conflictos empiezan a ser reportados a partir de marzo de 2008, cuando Fuerabamba empieza a demandar que se aumenten las remuneraciones en los puestos de trabajo que brindaba la empresa (Defensoría del Pueblo, 2008, p.23-25).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, el primer suceso identificado fue cuando se firmaron acuerdos respecto a conferir puestos laborales, entrega de vacunos, proyectos de capacitación, instrucción de líderes, etc. Asimismo, la Defensoría menciona que los conflictos empiezan a partir del

2008, ya que Fuerabamba inicia una demanda con el petitorio de aumentar las remuneraciones en estos puestos que ofrecía la empresa.

Al respecto, se puede apreciar en este caso la relación entre Xstrata y las comunidades de la siguiente manera:

Ese mismo año se produjo otro incidente con el bloqueo de la ruta de acceso al campamento, como rechazo a la propuesta que había planteado Xstrata para el reasentamiento (Moreno, 2014, p.136)

Este autor señala que en este caso existe diferencias entre Xstrata y los pueblos indígenas, ya que existió un incidente sobre el bloqueo de la ruta al campamento, pues no confiaban en la propuesta facilitada por Xstrata sobre el reasentamiento.

En esa misma línea, es importantes señalar que en este proyecto también hubo mención del consentimiento de la siguiente manera:

Proinversión está desarrollando el proceso de concesión del proyecto cuprífero Las Bambas sin consultar a las comunidades y los pueblos que serán impactados con su ejecución. Esta es una imposición que viola los derechos adquiridos y protegidos por la Legislación Nacional y, particularmente, por el Convenio 169 de la OIT, suscrito por el Estado peruano, que establece claramente el requisito del consentimiento de la población antes de desarrollar proyectos que la afecten. Esto es más grave por cuanto por lo menos 8 de las 24 comunidades de las provincias de Grau y Cotabambas serían desplazadas de sus tierras para ejecutar el

proyecto, solo en su primera fase de exploración (Gouley, 2005, p.101).

Como se puede apreciar en el párrafo anteriormente citado, Proinversión realiza la concesión del proyecto Las Bambas sin realizar la respectiva consulta a los pueblos interesados, los cuales pueden ser vulnerados con su implementación. Este acontecimiento transgrede los derechos reconocidos por la legislación interna, especialmente el Convenio 169 de la OIT, ratificado por el gobierno peruano, el cual determina como requisito el consentimiento de este sector en caso se desarrolle el desplazamiento y reubicación de sus tierras y territorios, es una situación preocupante, ya que aproximadamente 8 pueblos étnicos podrían ser desplazados de sus tierras ancestrales por implementar este proyecto, lo cual sería solo en la primera etapa de exploración.

En ese sentido, se debe advertir que el proyecto minero Las Bambas no solo evito implementar la consulta, sino que suscitaron otros acontecimientos que suprimieron toda legitimidad, lo cual veremos a continuación:

Si bien durante ese periodo se pusieron recoger diversos testimonios de representantes de comunidades que corroboraban el poco conocimiento sobre el proyecto minero, el descontento por los inadecuados mecanismo de participación por los posibles impactos ambientales, la reubicación de sus tierras y el desplazamiento forzoso, con el paso de los años, la empresa iría encontrando algunos aliados en comunidades que serían beneficiadas económicamente con la compra de sus tierras, entre los que destacan Fuerabamba o Huancuire. No obstante, también

se produjeron convenios con resultados insatisfactorios para otras comunidades, como el caso de Pamputa, debido a una negociación asimétrica con la empresa (Flores, 2016, p.85).

Como se puede apreciar, no solo se eludió la consulta previa, sino que la información de las comunidades sobre este proyecto era escasa, además no se aplicó la participación idónea de los pueblos indígenas y se efectuó el desplazamiento forzoso, vulnerando lo establecido al Convenio 169 de la OIT, el cual Perú es parte. En ese sentido, se puede observar lesionó uno de los supuestos del consentimiento que es la reubicación y el traslado, lo cual también está regulado en el reglamento de consulta, estudiado con anterioridad en esta presente investigación.

Por otro lado, la empresa estaría manipulando económicamente la voluntad de algunas comunidades para conseguir alianzas, aunque otras tuvieron resultado negativos como en el caso de Pamputa según los señala el autor, ya que la empresa negoció de manera asimétrica.

CAPÍTULO III: PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LEY

PROYECTO DE LEY QUE PROPONE LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY 29785, LEY DE LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS Y LA SÉTIMA DISPOSICIÓN TRANSITORIA DEL DECRETO SUPREMO N°001-2012-MC, AMBAS NORMAS RECONOCEN EL DERECHO A LA CONSULTA Y AL CONSENTIMIENTO REGULADOS EN EL CONVENIO 169 DE LA OIT.

Ley que propone la modificación del artículo 3 de la Ley 29785, Ley de la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios y la séptima disposición transitoria del Decreto Supremo N°001-2012-MC, ambas normas reconocen el derecho a la consulta y al consentimiento regulados en el Convenio 169 de la OIT.

Artículo 1.- Objeto de la Ley

El proyecto de ley tiene como objetivo modificar el artículo 3 de la Ley 29785 y la séptima disposición complementaria del Decreto Supremo N°001-2012-MC a efectos de garantizar la voluntad de los pueblos indígenas y su libre determinación.

ARTÍCULO 2.- MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY 29785, LEY DE LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS Y LA SÉTIMA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA, TRANSITORIA Y FINAL DEL DECRETO SUPREMO N°001-2012-MC

Modificase el artículo 3 de la Ley de Consulta y la séptima disposición complementaria del Decreto Supremo N°001-2012-MC, quedando redactado en los siguientes términos:

Artículo 3 **Consentimiento previo, libre e informado.** - La finalidad de la consulta es alcanzar un consenso entre el estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos consuetudinarios. No obstante, se tendrá que considerar en ciertos casos el consentimiento obligatorio, la misma tendrá que ser previa, libre e informada, estos supuestos comprenden: desplazamiento forzoso; almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos; medidas especiales de salvaguarda; planes de desarrollo o inversión a gran escala; conocimientos, innovaciones y prácticas nativas; y establecimiento de Áreas Naturales Protegidas.

Sétima Disposición Complementaria. - **Garantías para la implementación del consentimiento previo, libre e informado en favor de los pueblos indígenas.** - El Estado brinda las garantías establecidas por Ley y por la Constitución Política del Perú para defender los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en ese sentido, les corresponde conforme a Ley, adoptar las siguientes medidas:

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

- b) No se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas, debiendo asegurar que de forma previa a tal decisión reciban la información adecuada, debiendo cumplir con lo establecido por la legislación nacional vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos.
- c) Deberán adoptarse medidas especiales en donde se busque salvaguardar a las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las cultural y el medio ambiente de los pueblos interesados en el marco de la legislación vigente interna y lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT.
- d) No se afectará el disfrute de la vida cultural de los pueblos indígenas u originarios.
- e) Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro de los territorios de los pueblos indígenas u originarios, según sus costumbres y tradiciones.
- f) Cuando se trate de conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas u originarios para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en conformidad a la legislación vigente y al Convenio sobre la Diversidad Biológica.
- g) En el caso de establecimiento de Áreas Naturales Protegidas o categorización de predios de propiedad comunal, en conformidad a

lo establecido en el artículo II del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, Decreto Legislativo N°613.

Artículo 3.- Vigencia de la Ley

Al presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Constitución Política, en su artículo 2 inc.19 reconoce la pluralidad étnica y la identidad cultural, así como la autonomía, la existencia de naturaleza legal y la personería de carácter jurídica de las comunidades campesinas y nativas⁵⁷. Además, también poseen su propia jurisdicción dentro del ámbito territorial en conformidad al derecho consuetudinario, siempre y cuando, no vulneren derechos fundamentales de la persona⁵⁸.

En ese sentido, el artículo 2 de la Ley N°24656, Ley General de Comunidades Campesinas, señala que: “Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país. Constituyen Anexos

⁵⁷ Artículo 89 de la Constitución Política del Perú

⁵⁸ Artículo 149 de la Constitución Política del Perú

de la Comunidad, los asentamientos humanos permanentes ubicados en territorio comunal y reconocidos por la Asamblea General de la Comunidad”.

Por otro lado, los artículos 7,8 y 9 de la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, Decreto Ley 22175, abordan lo siguiente:

Artículo 7.- El Estado reconoce la existencia legal y la personalidad jurídica de las Comunidades Nativas.

Artículo 8.- Las Comunidades Nativas tienen origen en los grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso.

Artículo 9.- Son miembros de las Comunidades Nativas los nacidos en el seno de las mismas y aquellas a quienes estas incorporen siempre que reúnan los requisitos que señale el Estatuto de Comunidades Nativas. Se pierde la condición de comunero por residir fuera del territorio comunal por más de doce meses consecutivos, salvo que la ausencia sea motivada por razones de estudio o salud debidamente acreditadas, por traslado al territorio de otra Comunidad Nativa de acuerdo a los usos y costumbres y por el cumplimiento del Servicio Militar.

Conforme se desprende de nuestro marco normativo esbozado en los párrafos anteriores, se reconoce la personalidad jurídica, la existencia legal y sus

principales características (idioma, caracteres de índole social y cultural, tenencia, entre otros) de las comunidades nativas. En ese sentido, en estas disposiciones se aprecia que estas comunidades tienen origen en los grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva, asimismo, se debe cumplir con los requisitos estipulados en el Estatuto para pertenecer a estos pueblos aborígenes. También se menciona los requisitos para ser considerado comunero y además de señalar la pérdida del mismo (radicar fuera de las tierras comunales más de 12 meses continuos).

Respecto a la materia de estudio, se cuenta con el artículo 2 de la Ley N°29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en donde se encuentra estipulado de manera expresa el derecho a la consulta y el Decreto Supremo N°001-2012-MC, Reglamento de la Ley N°29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, el cual garantiza e implementa este proceso e identifica al ente rector (Viceministerio de Interculturalidad).

En ese sentido, se observa que en el artículo 55 de la Carta Magna, los tratados adoptados por el gobierno peruano son parte integral del derecho nacional, es decir, que los convenios que fueron ratificados por el estado peruano pertenecen a nuestra normatividad. En esa misma línea, se puede afirmar que el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, y el Convenio sobre la Diversidad Biológica son considerados como normas internas. Asimismo, es importante señalar que estas normas integran el hard law, en otras palabras, son vinculantes para el gobierno.

En ese mismo orden de ideas, es necesario mencionar que en el párrafo 26 del Exp. N°0025-2005-PI/TC y 0026-205-PI/TC se señala lo siguiente: “los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, detentan rango constitucional. El Tribunal Constitucional ya ha afirmado al respecto que dentro de las normas con rango constitucional se encuentran los Tratados de derechos humanos”. Esto quiere decir que el Convenio 169 de la OIT no solo pertenece a nuestra normatividad interna, sino que tiene rango constitucional, ya que versa sobre temas de derechos humanos.

Otras normas internacionales que regulan la consulta y el consentimiento son: la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aunque las mismas no tienen un carácter vinculante como los convenios antes mencionados.

Estas normas son una medida que ayuda a prevenir conflictos sociales, ya que en muchas ocasiones las comunidades campesinas y nativas han padecido muchos abusos y desigualdades a lo largo del tiempo. Por otro lado, estas disposiciones facilitan el cumplimiento y seguimiento de las autoridades respecto de los compromisos sociales y económicos. En ese mismo orden de ideas, también se adoptarán medidas de prevención antes que susciten problemas de índole social.

II. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente iniciativa legislativa busca garantizar el respeto a los derechos consuetudinarios de las comunidades campesinas y nativas como la consulta y el consentimiento. El mismo tiene como finalidad hacer valer la voluntad y la propia autonomía originaria.

Asimismo, este proyecto de ley materializa el derecho al consentimiento libre, previo e informado y sus respectivos supuestos que tienen un carácter obligatorio reconocidos en el Convenio 169 de la OIT, en la Declaración de Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana de los Pueblos Indígenas.

En el siguiente cuadro se aprecia la modificación del artículo 3 y la séptima disposición complementaria del Reglamento de la Ley de Consulta de estos artículos planteados:

TEXTO ACTUAL	TEXTO PROPUESTO
Artículo 3 de la Ley N°29785	Artículo 3 de la Ley N°29785
Artículo 3 Finalidad de la consulta	Artículo 3 Consentimiento previo, libre e informado
La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un dialogo intercultural que garantice su	La finalidad de la consulta es alcanzar un consenso entre el estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo

<p>inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos</p>	<p>intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos consuetudinarios. No obstante, se tendrá que considerar en ciertos casos el consentimiento obligatorio, la misma tendrá que ser previa, libre e informada, estos supuestos comprenden: desplazamiento forzoso; almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos; medidas especiales de salvaguarda; planes de desarrollo o inversión a gran escala; conocimientos, innovaciones y prácticas nativas; y establecimiento de Áreas Naturales Protegidas.</p>
<p>Sétima Disposición Complementaria del Decreto Supremo N°001-2012-MC</p>	<p>Sétima Disposición Complementaria del Decreto Supremo N°001-2012-MC</p>

Sétima	Disposición	Sétima	Disposición
Complementaria. - Garantía a la Propiedad Comunal y del derecho a la tierra de los pueblos indígenas	El Estado brinda las garantías establecidas por Ley y por la Constitución Política del Perú a la propiedad comunal. El Estado, en el marco de su obligación de proteger el derecho de los pueblos indígenas a la tierra, establecido en la Parte II del Convenio 169 de la OIT, así como al uso de los recursos naturales que les corresponden conforme a Ley, adopta las siguientes medidas:	Complementaria. - Garantías para la implementación del consentimiento previo, libre e informado en favor de los pueblos indígenas	El Estado brinda las garantías establecidas por Ley y por la Constitución Política del Perú para defender los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en ese sentido, les corresponde conforme a Ley, adoptar las siguientes medidas:
a) Cuando excepcionalmente los pueblos indígenas requieran ser trasladados de las tierras que ocupan se aplicará lo establecido en el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, así como lo dispuesto por la legislación en materia de desplazamientos internos.	b) No se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales	a) Cuando excepcionalmente los pueblos indígenas requieran ser trasladados de las tierras que ocupan se aplicara lo establecido en el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, así como lo dispuesto por la legislación en materia de desplazamientos internos.	b) No se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos

<p>peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas, debiendo asegurarse que de forma previa a tal decisión reciban la información adecuada, debiendo cumplir con lo establecido por la legislación nacional vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos.</p>	<p><i>indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas, debiendo asegurar que de forma previa a tal decisión reciban la información adecuada, debiendo cumplir con lo establecido por la legislación nacional vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos.</i></p> <p><i>c) Deberán adoptarse medidas especiales en donde se busque salvaguardar a las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las cultural y el medio ambiente de los pueblos interesados en el marco de la legislación vigente interna y lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT.</i></p> <p><i>d) No se afectará el disfrute de la vida cultural de los pueblos indígenas u originarios.</i></p>
---	---

e) Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro de los territorios de los pueblos indígenas u originarios, según sus costumbres y tradiciones.

f) Cuando se trate de conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas u originarios para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en conformidad a la legislación vigente y al Convenio sobre la Diversidad Biológica.

g) En el caso de establecimiento de Áreas Naturales Protegidas o categorización de predios de propiedad comunal, en conformidad a lo establecido en el artículo II del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, Decreto Legislativo N°613.

III. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

Este proyecto de ley no genera la asignación de gasto alguno al Estado en conformidad a la Ley 31084, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2021, por lo contrario, mejorara la calidad y estilo de vida de los ciudadanos pertenecientes a las comunidades nativas y campesinas del Perú profundo.

En esa misma línea, en el procedimiento de consulta y consentimiento en favor de las comunidades campesinas y nativas, se tendrían los siguientes beneficios:

- Disfrutar de sus derechos consuetudinarios (como la propiedad comunal, entre otros), ya que son fundamentales para su desarrollo económico, social y para sus medios de existencia.
- Reorientar y ahondar en los derechos a los territorios comunales y sus bienes naturales, pues son esenciales para mantener su vínculo espiritual, asimismo, como la sobrevivencia de colectividades territoriales viables y culturalmente diferentes.
- Actualizar y restablecer significativamente las acciones de planeamiento y gestión de políticas interculturales en los Gobiernos regionales y locales, y la fomentación intergubernamental para el desarrollo territorial respecto a políticas sectoriales y programas culturales.
- Implementación de las actividades de desarrollo sobre la base de necesidades específicas de las comunidades originarias y en conformidad a sus derechos colectivos, lo que representa un

rendimiento sustancial para los pueblos indígenas interesados en cualquier intervención de algún proyecto.

- Respetar y garantizar el derecho a la libre determinación y la real voluntad de las comunidades étnicas ante cualquier proyecto de inversión u otra medida legislativa o administrativa que los afecte de manera directa.
- Promover la participación inclusiva en todas las etapas del proceso del proyecto aplicando el consentimiento, lo cual reduce los riesgos y permite construir una relación de confianza, se informa como suplir las necesidades de las comunidades campesinas y nativas, y alienta a una futura colaboración.
- Garantizar a los pueblos nativos temas vinculados a la vida en los proyectos de desarrollo u otras medidas.
- Asegurar a las comunidades campesinas y nativas el consentimiento previo, libre e informado; ya que es una herramienta que les permite estar informados sobre los temas vinculados al proyecto, a realizar la vigilancia y diligencia de sus territorios y tierras, además de fomentar la identidad cultural respecto a su derecho al desarrollo como únicos pueblos.

CONCLUSIONES

La implementación del consentimiento vinculante en el proceso de consulta es relevante, pues actualmente existen conflictos sociales derivados de tal omisión. Así, puede apreciarse en el caso Las Bambas que no se ha ejercido este derecho, a pesar de presentarse el supuesto de excepcionalidad denominado “desplazamiento de los pueblos indígenas de la zona”, lo que ha generado desconfianza en las comunidades, pues sienten que no respetan su real voluntad.

El Estado ha vulnerado de manera sistemática los derechos a la consulta y al consentimiento, pues en reiteradas oportunidades se ha pretendido el cumplimiento de este proceso con el desarrollo de talleres informativos básicos que se encuentran en las antípodas de la generación de un auténtico diálogo intercultural, pues el Ministerio de Energía y Minas adopta el Decreto Supremo N°023-2011-EM, primer reglamento de consulta, el mismo que no hace diferencia del derecho a la consulta y el derecho a la participación ciudadana, tal como se señala en la sentencia N°05427-2009-PC del Tribunal Constitucional.

El consentimiento vinculante resulta imperioso en aquellos casos en los que el ejercicio del derecho a la consulta se torna insuficiente. Así, tenemos que se requerirá la opinión favorable de los pueblos indígenas u originarios cuando la medida administrativa o legislativa afecte la vida, la identidad cultural, los recursos, las tierras, los estilos de vida, la integridad de etnias, la propiedad comunal, el medio de subsistencia, las costumbres, las cosmovisiones, el medio ambiente, entre otros.

En esa perspectiva, los supuestos concretos del consentimiento vinculante son: desplazamiento forzoso; almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos; medidas especiales de salvaguardia; afectación a la vida cultural; planes de desarrollo a gran escala; conocimiento, creaciones innovadoras y usos tradicionales de las comunidades campesinas y nativas; y el establecimiento de áreas naturales protegidas.

La identificación y defensa de los precitados supuestos tiene como fundamento al Convenio 169 de la OIT, el Convenio de la Diversidad Biológica, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la normatividad interna y la jurisprudencia vinculante.

Finalmente, si bien los supuestos derivados de declaraciones no tienen la misma naturaleza y, por tanto, no son vinculantes -entre los que se encuentran el desarrollo, el uso o la explotación indiscriminada de los bienes de carácter natural, hídrico o de otra índole; las actividades militares; la enajenación de tierras; los bienes de índole cultural, intelectual, religioso y espiritual; los planes de investigación, la experimentación de calidad biológica o médica, y la esterilización-, pueden servir de criterio interpretativo en casos particulares en los que se requiera la optimización de los derechos de los pueblos indígenas u originarios.

RECOMENDACIONES

Se sugiere que la legislación nacional e internacional vinculante del derecho al consentimiento de los pueblos indígenas u originarios debe ser incorporado en la Ley de consulta previa, Ley N° 29785, e implementado en cada proceso y particularmente, en donde no se haya obtenido el acuerdo de las comunidades.

Para garantizar un reconocimiento idóneo de los pueblos indígenas es importante su reconocimiento de manera expresa en nuestra Carta Magna, en ese sentido, se debe reformar la Constitución en el apartado donde se reconoce de manera expresa el término “comunidades campesinas y nativas” como en los artículos 89 y 149, y sustituirlo por “pueblos indígenas u originarios”, ya que existen diferencias en estas denominaciones, cuyo desconocimiento propicia escenarios complejos que no permiten garantizar efectivamente los derechos colectivos e individuales de este sector vulnerable.

Es necesaria la adopción de una cartografía social que tenga como objeto identificar a los pueblos indígenas de cada lugar, con la finalidad de dar eficacia y eficiencia al proceso de consulta y consentimiento, evitando que sean tomados como meros requisitos burocráticos.

Corresponde al Ministerio de Cultura actualizar la base de datos de pueblos indígenas, en tanto herramienta de naturaleza declarativa. Una medida así permitirá al Estado desarrollar adecuadamente los futuros procesos de consulta, y a los pueblos indígenas u originarios conocer sus derechos y exigir su efectividad.

Se propone la modificación de la ley N°29785, Ley de Consulta Previa y el Decreto Supremo N°001-2012-MC, Reglamento de Consulta Previa, con la

finalidad de proteger y garantizar el derecho a la consulta y el derecho al consentimiento, además de unificar los supuestos de excepcionalidad de este último precepto.



REFERENCIAS

- Acosta M, (2011). *Análisis del desplazamiento forzado de los pueblos indígenas Emberá (2004-2009) a partir de los hallazgos y las recomendaciones de los relatores especiales de naciones unidas sobre pueblos indígenas*. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
<https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/2605/53032620-2011.pdf;jsessionid=3E15280CF3DC1685A4A9A1E16958A492?sequence=1>
- Alva, A. (2010). *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú*. España: Universidad de Salamanca.
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/AE01DE053DF89C9405257BE9006C683B/\\$FILE/El_Derecho_a_la_Consulta_previa_de_los_pueblos_ind%C3%ADgenas_en_el_Per%C3%BA.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/AE01DE053DF89C9405257BE9006C683B/$FILE/El_Derecho_a_la_Consulta_previa_de_los_pueblos_ind%C3%ADgenas_en_el_Per%C3%BA.pdf)
- Ameller, Vladimir y otros. (2012). *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina*. Bolivia: Konrar-Adenauer-Stiftung. Programa Regional de Participación Política Indígena.
- Asamblea General, (1966). *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- Asamblea General, (1988). *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y*

culturales, “Protocolo de San Salvador”. Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

http://derechoshumanos.pe/wp-content/uploads/congreso/PROTOCOLO_SAN_SALVADOR.pdf

Ameller, V & Chávez, D. (s.f). *La consulta previa en el estado boliviano*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3511/4.pdf>

Angles, G. (2014). “*Naturaleza y alcance constitucional del consentimiento en el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, en los casos de desplazamiento de territorio*”. (Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú).

http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5866/ANGLES_YANQUI_GERARD_PUEBLOS_INDIGENAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Asamblea General, (1976). *Convención sobre defensa del patrimonio arqueológico, histórico y artístico de las naciones americanas (Convención de San Salvador)*.

https://www.bnp.gob.pe/documents/marcolegal/convenio_san_salvador.pdf

Asamblea Médica Mundial, (2000). *Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial*. Principios éticos para las investigaciones médicas en

seres humanos. Asamblea General. https://medicina.udd.cl/centro-bioetica/files/2010/10/declaracion_helsinki.pdf

Asociación Médica Mundial, (2012). *Declaración de la AMM sobre la esterilización forzada*. Adaptada por la 63ª Asamblea General de la AMM, Bangkok, Tailandia.

Asamblea Nacional Constituyente, (1949). *Constitución Política de Costa Rica*. <https://pdba.georgetown.edu/Parties/CostaRica/Leyes/constitucion.pdf>

Aylwin, J. (2013). *Mercados y derechos globales: implicancias para los pueblos indígenas de América Latina y Canadá*. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502013000200003#n54

Asamblea General, (2009). *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Consejo de Derechos Humanos. 12 período de sesiones. Tema 3 de la agenda. A/HRC/12/34. <https://undocs.org/es/A/HRC/12/34>

Arboleda, D. (2018). *Estándares de protección de los pueblos indígenas. Elementos subyacentes a la inscripción normativa e institucional de los pueblos indígenas. Elementos subyacentes a la inscripción normativa e institucional de los pueblos indígenas a nivel internacional, regional y nacional*. Faculté de Droit et de Science Polique. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3233538

- Balbuena, Blanco, Caritimari, Cauper, Chislla, Hidalgo et al. (Edición primera) (2016). *La implementación del derecho a la consulta previa en el Perú. Aportes para el análisis y la garantía de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.* https://consulta-previa.org.pe/publicaciones/Consulta_Previa_paginas.pdf
- Berraondo, M. & Romero, A. (2012). *Pueblos indígenas frente a empresas que operan en competencia por los recursos buscando formas de coexistencia.* Ecodes.
- Barume, (2005). "Indigenous Battling for the Land Rights: The Case of the Ogiek of Kenya" en Castellino J. y Walsh, N. *International Law and Indigenous Peoples.* Martinus Nijhoff, The Netherlands.
- BCN, (2012). *Decreto 40.* Aprueba reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental. Ministerio del Medio Ambiente. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1053563>
- BCN, (1993). *Ley 19253.* Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena. Ley Chile. Ministerio de Planificación y cooperación. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30620>
- BCN, (2013). *Aprueba reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N°1 letra A) y N°2 del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo y deroga normativa que indica.* Ministerio de Desarrollo Social; Subsecretaría de Servicios Sociales. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1059961>

Casa de Gobierno, (1990). *Código del Medio Ambiente y los recursos naturales*.

Decreto legislativo N°613.

<http://www.oas.org/dsd/fida/laws/legislation/peru/peru.pdf>

Ching, D. (2019). *Los principios del Ecuador*. SCRiesgo.

https://www.scriego.com/files/publication/193_losprincipiosdelecuador.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2020). *Caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Fondo, reparaciones y costas.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf

Congreso Constituyente Democrático, (1989). *Aprueban el “Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y Tribales en países Independientes”*. Resolución Legislativa N°26253.

Carrasco, E. (2013). *Razonabilidad y proporcionalidad: criterios para la determinación de la consulta indígena en proyectos de inversión en el marco del Convenio N° 169 de la OIT*. Revista chilena de derecho.

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372013000100011#a31

Cervantes, S. G. (2014). *Consulta y consentimiento: Caso Saramaka vs. Surinam*. México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3541/13.pdf>

Clavero, B. (s.f). *Consulta y consentimiento previo libre e informado a la luz del derecho internacional de los derechos humanos*. Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas. <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Consulta%20y%20consentimiento%20previo%20libre%20e%20informado%20a%20la%20luz%20del%20derecho%20internacional.pdf>

Congreso de la República, (1997). *Ley sobre la conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica*. Ley N°26839.

Consejo Económico y Social, (2008). *Examen de los informes presentados por los estados partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. Filipinas*. Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 41° período de sesiones. E/C.12/PHL/CO/4. <https://undocs.org/sp/E/C.12/PHL/CO/4>

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, (2008). *Informes presentados por los estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención*. Vigésimo informe periódico que los Estados partes debían presentar en 2008. CERD/C/PHL/20.

Comisión Nacional de Pueblos Indígenas, (1997). *Republic Act N° 8371*. [Ley de la República N° 8371]. GOVPH. <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/phi13930.pdf>

Colchester, M. & Farhan, M. (2007). *Poniendo en práctica el CLPI, Consentimiento libre, previo e informado*. Desafíos y perspectivas para los Pueblos Indígenas. Forest Peoples Programme.

https://www.forestpeoples.org/sites/default/files/publication/2010/08/fpics_yntesisjun07sp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2012). *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, (Fondo y Reparaciones)*, Sentencia de 27 de junio de 2012.

http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2007). *Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

Comisión Nacional de Derechos Humanos, (2016). *La consulta previa, libre, informada, de buena fe y culturalmente adecuada: Pueblos Indígenas, Derechos Humanos y el papel de las empresas*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

<http://informe.cndh.org.mx/uploads/menu/10064/Laconsultaprevia.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2016). *Caso I.V. * VS. Bolivia, sentencia de 30 de noviembre de 2016. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2015). *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Fondo, Reparaciones y Costas).

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf

Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, (2012). *Análisis crítico de la Consulta Previa en el Perú. Informes sobre el proceso de reglamentación de la Ley de Consulta y del Reglamento*. Perú: Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.
http://www.servindi.org/pdf/DAR_Consulta_Previa.pdf

Cofopri,(s.f). *Demarcación y titulación de comunidades nativas*. Organismo de formalización de la propiedad informal.
<http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/exposiconcofopridemarcaci%C3%83%C2%B3n%20de%20comunidades%20nativas%202.pdf>

Congreso de la República del Perú, (1987). *Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas*.
http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

Castillo, M., Del Castillo, L., Monge,C. & Bustamante, M. (2004). *Las comunidades campesinas en el siglo XXI, situación actual y cambios normativos*. Lima: Grupo Allpa.
https://www.landcoalition.org/sites/default/files/documents/resources/05_ALLPA_Comunidades_Campesinas_en_siglo_XXI.pdf

Cooperación española, (2016). *Afrodescendientes. Programa de cooperación con afrodescendientes: documento de líneas estratégicas de actuación*. Agencia española de cooperación-AECID. <http://www.aecid.es/Centro-Documentacion/Documentos/Publicaciones%20AECID/Publicacion%20Afro.pdf>

Conferencia Internacional del Trabajo, (1957). *Informe VI (2), Revisión Parcial del Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, 1957 (núm.107)*.

Sexto punto del orden del día. 75ava. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, OIT, Ginebra 1988.

Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (2017). *Asunto 006/2012, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos contra la República de Kenia*. Sentencia de 26 de mayo de 2017.

Conferencia Internacional del Trabajo, (1989). *Actas Provisionales*. Septuagésima sexta reunión, Ginebra, 1989. Trigésima cuarta sesión. 26 de junio de 1989.
[https://www.ilo.org/public/libdoc/conventions/Technical_Conventions/Convention_no.169/169_Spanish/09656\(1989-76\)2a_Discusion.pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/conventions/Technical_Conventions/Convention_no.169/169_Spanish/09656(1989-76)2a_Discusion.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2005). *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 17 de junio de 2005.
http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

Conferencia Internacional del Trabajo, (1989). *Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107). Proyecto de convenio relativo a los pueblos indígenas y tribales en países independientes*. Informe IV (2B), 76. Reunión, cuarto punto del orden del día. Primera edición 1989. Oficina Internacional del Trabajo.
https://www.ilo.org/public/libdoc/conventions/Technical_Conventions/Convention_no.169/169_Spanish/89B09_51_SPAN.pdf

Conferencia Internacional del Trabajo, (1989). *Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107). Respuestas recibidas y comentarios*. Informe IV(2A), 76. Reunión. Cuarto punto del

orden del día. Oficina Internacional del Trabajo.
https://www.ilo.org/public/libdoc/conventions/Technical_Conventions/Convention_no.169/169_Spanish/89B09_87_SPAN.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2009). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 de diciembre de 2009. Organización de los Estados Americanos.
<https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (1999). *Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II.102. Doc.9 rev.1. 26 de febrero de 1999. Organización de los Estados Americanos. <http://www.cidh.org/countryrep/Colom99sp/indice.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2006). *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2001). *Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*. OEA/Ser.L/V/II.111. 6 de abril de 2001. Organización de los Estados Americanos.
<http://www.cidh.org/countryrep/guatemala01sp/cap.11.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2005). *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*. Sentencia de 15 de junio de 2005. Excepciones

preliminares, Fondo, reparaciones y Costas).

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2012). *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf

Corte Constitucional de Colombia, (2011). *Sentencia T-129/11, Consulta previa a comunidades étnicas en proyecto construcción de carretera, interconexión eléctrica binacional y concesión de minas en Choco*. 3 de marzo de 2011. [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm)

[129-11.htm](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm)

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2017). *Opinión consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia. Medio Ambiente y Derechos Humanos*. Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad persona-interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, (2013). *Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y*

Tribales en Países Independientes. Dirección de Participación y Consulta Indígena. http://www.semar.gob.mx/Pueblos_Indigenas.pdf

Consejo de Derechos Humanos, (1994). *Resolución 1/2. Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos encargado de elaborar un proyecto de declaración de conformidad con el párrafo 5 de la resolución 49/214 de la Asamblea General*, de 23 de diciembre de 1994.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, (1997). *Recomendación general N° XXIII relativa a los derechos de los pueblos indígenas*. 51° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 248. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7495&Lang=en

Comisión de Derechos Humanos, (1994). *Examen técnico del proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las poblaciones indígenas. Adición. Proyecto de declaración convenido por los miembros del grupo de trabajo en su 11° periodo de sesiones*. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. 46° período de sesiones. Tema 15 del programa provisional. Discriminación contra las poblaciones indígenas. E/cn.4/Sub.2/1994/2/Add.1. 20 de abril de 1994. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G94/125/13/PDF/G9412513.pdf?OpenElement>

Congreso Nacional, (2005). *Ley N°3058, Ley de Hidrocarburos*. https://sea.gob.bo/digesto/CompendioII/P/164_L_3058.pdf

Consejo Económico y Social, (1994). *Examen técnico del proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Nota de la secretaría.* Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Tema 15 del programa provisional. Discriminación contra las poblaciones Indígenas. E/CN.4/Sub.2/1994/2. 6 de abril de 1994.

https://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=6800

Cotler, H., Sotelo, E., Domínguez, J., Zorrilla, M., Cortina, S. & Quiñones, L. (2007). *La conservación de suelos: un asunto de interés público.* Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, (2015). *Comunidad Indígena Toba La Primavera - Navogoh el Formosa, Provincia de y otros si medida cautelar.*

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=724727&cache=1623823439547>

Corte Suprema de Justicia de la Nación, (2021). *Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad.*

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=763919&cache=1623823404181>

Chacón, R. (2005). *El sistema jurídico indígena en Costa Rica: Una aproximación inicial.* Revista IIDH. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08062-4.pdf>

Congreso de la Nación, (2013). *Ley N°904/81. Estatuto de las Comunidades Indígenas.*

<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/95121/111874/F-754477083/PRY95121.pdf>

Conferencia Internacional del Trabajo, (1988). *Sexto punto del orden del día: Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm.107)*. Actas Provisionales. Septuagésima quinta reunión. Informe de la Comisión del Convenio núm. 107.
[https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1988-75\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1988-75).pdf)

Conferencia Internacional del Trabajo, (1989). *Informe IV (1), 76 Reunión, Texto de convenio propuesto*.
https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1988/88B09_291_SPAN.pdf

Conferencia Internacional del Trabajo, (1989). *Informe IV (2B), 76 Reunión. Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107)*.
https://www.ilo.org/public/libdoc/conventions/Technical_Conventions/Convention_no._169/169_Spanish/89B09_51_SPAN.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2013). *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos*. Organización de los Estados Americanos. OEA/Ser.L/V/ II. Doc. 47/13. 30 de diciembre de 2013.
<https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/PUEBLOS%20INDIGENAS%20EN%20AISLAMIENTO%20VOLUNTARIO%20Y%20CONTACTO%20INICIAL%20EN%20LAS%20AMERICAS.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2000). *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú*. OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 59 rev. 2 de junio de 2000. Organización de los Estados Americanos.
<http://www.cidh.org/countryrep/Peru2000sp/capitulo10.htm>

Conferencia Internacional Americana, (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana.
<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp#:~:text=DECLARACION%20AMERICANA%20DE%20LOS%20DERECHOS%20Y%20DEBERES%20DEL%20HOMBRE&text=Todos%20los%20hombres%20nacen%20libres,exigencia%20del%20derecho%20de%20todo>
s.

Consejo de Derechos Humanos, (1994). *Resolución 1/2. Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos encargado de elaborar un proyecto de declaración de conformidad con el párrafo 5 de la resolución 49/214 de la Asamblea General, de 23 de diciembre de 1994.*

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, (1997). *Recomendación general N° XXIII relativa a los derechos de los pueblos indígenas*. 51° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 248.
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7495&Lang=en

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, (2016). *Expediente 13-011311-0007-CO*. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-725250>

Congreso de la República, (2005). *Ley General del Ambiente, Ley N° 28611.*

<https://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2017/04/Ley-N%C2%B0-28611.pdf>

Congreso de la República, (1997). *Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, Ley N° 26821.*

<http://sial.segat.gob.pe/normas/ley-organica-aprovechamiento-sostenible-recursos-naturales>

Consejo Económico y Social, (2009). *Observación general N°21.* Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 43 período de sesiones. E/C.12/GC/21. <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/21>

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, (2010). *Comunidad Endorois vs. Kenia.* Comunicación N° 276/2003. Decisión de julio de 2010.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5207/18.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2001). *Fuentes en el derecho internacional y nacional del proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas.* Organización de los Estados Americanos. OEA/Ser.LV/II.110.

<http://www.cidh.oas.org/Indigenas/Indigenas.sp.01/Indice.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2015). *Comunidad Garífuna Triunfo De la Cruz y sus miembros vs. Honduras.* Sentencia de 8 de octubre de 2015. Fondo, Reparaciones y Costas.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf

Consejo Económico y Social, (2005). *Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas*. Foro permanente para las Cuestiones Indígenas. Cuarto período de sesiones. Tema 4 del programa provisional. 17 de febrero de 2005. E/C.16/2005/3. <https://undocs.org/es/E/C.19/2005/3>

Congreso del Estado de San Luis Potosí, (2012). *Ley de Consulta indígena para el estado y municipios de San Luis Potosí*. Instituto de Investigaciones Legislativas, Unidad de Informática Legislativa. <http://sanluis.gob.mx/wp-content/uploads/2015/12/Ley-de-Consulta-Indigena-para-el-Estado-y-Municipios-de-San-Luis-Potosi.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2017). *Capítulo V, Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos*. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en el informe verdad, justicia y reparación: cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2017/docs/IA2017cap.5CO-es.pdf>

Corte Constitucional (2009). *Sentencia T-769/09*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-769-09.htm>

Corte Constitucional (2011). *Sentencia T-129/11. Consulta previa a comunidades étnicas en proyecto construcción de carretera, interconexión eléctrica binacional y concesión de minas de Choco*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm>

Corte Constitucional, (2012). *Sentencia T-376/12*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-376-12.htm>

Cooperación, (2015). *Caso “Las Bambas”*. Observatorio de conflictos mineros en el Perú. <https://cooperacion.org.pe/wp-content/uploads/2015/10/2015-10-Las-Bambas-informe-OCM.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos humanos, (1997). *Documentos preparatorios del proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Documento 8. Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 26 de febrero de 1997, en su sesión 1333ª. Durante su 95° Período Ordinario de Sesiones. <http://www.cidh.org/Indigenas/Cap.2g.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2020). *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°28, Derecho a la Salud*. Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo28.pdf>

Corte Suprema de Justicia, (2005). *Acción de inconstitucionalidad en el juicio: “Instituto Paraguayo del Indígena s/ medidas cautelares”*. Sentencia N°243.

Charters, C. & Stavenhagen, R. (2010). *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*. Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas. https://www.iwgia.org/images/publications/0277_El_Desafio_de_la_Declaratin.pdf

Colchester, M & Farhan, M. (2007). *Poniendo en práctica el CLPI- Consentimiento libre, previo e informado. Desafíos y perspectivas para los Pueblos Indígenas*. Documentos de trabajo sobre el CLPI. Forest Peoples Programme.

https://www.forestpeoples.org/sites/default/files/publication/2010/08/fpics_yntesisjun07sp.pdf

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, (2018). *Ley Agraria*. Secretaría de Servicios Parlamentarios.

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/13_250618.pdf

Corte Suprema, (2020). *Fallo 28.195-2018*. Tercera Sala.

<http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/#>

Dar, Santillán, A., Ramos, I. y Da Roit, G. (2010). *Nuestro Derecho al Territorio y a los Recursos Naturales*. Mott Foundation.

<https://dar.org.pe/archivos/publicacion/cartilla2.pdf>

Damián, B. (2001). *Pueblos Indígenas en Panamá*. Situación actual y Desarrollo Autónomo. Kuna-Panamá. Centro de Documentación de las Minorías.

<http://www.binal.ac.pa/panal/kuna/downloads/dbkcastdaut.pdf>

Defensoría del Pueblo, (2013). *El derecho a la consulta previa a los Pueblos Indígenas*. El rol de los Ombudsmen en América Latina. Perú: Defensoría del Pueblo.

Dolorier, G. & Paneque, P. (2013). *Poder, gobierno y territorio: análisis del Conflicto de Bagua, Perú*. Letras Verdes. Revista Latinoamericana de Estudio Socioambientales.

Diario el peruano, (2011). *Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconociendo en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*. Perú: el Diario el Peruano.

Defensoría del Pueblo, (2017). *Estándares regionales de actuación defensorial en proceso de consulta previa de Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú*.
<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Estandares-regionales-en-Consulta-Previa-2017.pdf>

Departamento de Derecho Internacional, (1994). *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención De Belem Do Para"*. Estado de firmas y ratificaciones. OEA.
<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Defensor del Pueblo (s.f). *República Argentina*.
https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/FPIC/Argentina_NHRI.pdf

Defensoría del Pueblos, (2008). *Reporte N°49, conflictos sociales conocidos por la Defensoría del Pueblos*. Unidad de Conflictos Sociales.
https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/07/conflictos_sociales49.pdf

Defensoría del Pueblo, (2017). *Vigésimo primer informe anual*.
https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/07/Informe_anual_DP_2017.pdf

Estupiñam, R. (2013). *Pueblos Indígenas y tribales la construcción de contenidos culturales inherentes en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

FAPI, (s.f). *Propuesta de protocolo para un Proceso de Consulta y Consentimiento con los Pueblos Indígenas del Paraguay*. Federación por la autodeterminación de los pueblos indígenas.

Federación Internacional de Derechos Humanos, (2009). *Perú-Bagua. Derramamiento de sangre en el contexto del paro amazónico. Urge abrir dialogo de buena fe*. FIDH.
<https://www.fidh.org/IMG/pdf/amer/pe529e.pdf>.

Fernández, J. (1999). *Los procesos de unificación internacional del derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados*. Universidad Complutense de Madrid.
[https://eprints.ucm.es/id/eprint/9311/1/LOS PROCESOS DE UNIFICACION DEL DERECHO PRIVADO.pdf](https://eprints.ucm.es/id/eprint/9311/1/LOS_PROCESOS_DE_UNIFICACION_DEL_DERECHO_PRIVADO.pdf)

Flores, C. (2016). *Conviviendo con la minería en el sur andino. Experiencias de las mesas de diálogo y desarrollo de Espinar, Cotabambas y Chamaca*. OXFAM.
<http://cooperaccion.org.pe/wp-content/uploads/2016/09/Conviviendo-con-la-mineria.pdf>

Fraser Institute, (2015). *Annual Survey of Mining Companies 2015*.
<https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/survey-of-mining-companies-2015.pdf>

Forest Stewardship Council-FSC, (s.f). *Somos la solución más confiable del mundo para el manejo forestal sostenible*. <https://fsc.org/es/quienes-somos#somos-el-fsc>

Fuentes, C. (2007). *Desplazamientos internos y pueblos indígenas: sobre la necesidad de un régimen de protección especial*. Universidad Latina de Panamá. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R22690.pdf>

Foro Internacional Indígena sobre Biodiversidad, (2004). *Decisiones adoptadas por la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica en su séptima reunión. 7° reunión de la Conferencia de las Partes (COP7) del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)*. UNEP/CBD/COP/7/21. <https://www.cbd.int/doc/decisions/cop-07/full/cop-07-dec-es.pdf>

Gutiérrez, R. & Del Pozo, E. (2019). *De la consulta a la libre determinación de los pueblos: Informes sobre la implementación del derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en México*. UNAM. https://fundar.org.mx/wp-content/uploads/2019/01/Documento_consulta-web.pdf

Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, (2019). *El Mundo Indígena* 2019. IWGIA. https://www.iwgia.org/images/documentos/indigenous-world-esp/ElMundoIndigena2019_ES.pdf

Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, (2020). *El Mundo Indígena* 2020. IWGIA. https://iwgia.org/images/yearbook/2020/IWGIA_El_Mundo_Indigena_2020.pdf

Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, (2005). *El mundo indígena 2005*. IWGIA.

Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, (2020). *El mundo indígena* 2020. 34ª edición. IWGIA.

https://iwgia.org/images/yearbook/2020/IWGIA_El_Mundo_Indigena_2020.pdf

Gobernanza de la Biodiversidad, (2017). *Consentimiento libre, previo e informado y condiciones mutuamente acordadas*. Cooperación Alemana.

<https://www.giz.de/en/downloads/giz2017-es-consentimiento-libre.pdf>

González, F. (2007). *OEA, medioambiente y desarrollo sostenible*.

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26907.pdf>

Gaceta Oficial Digital (2016). *Ley 37. Que establece la consulta y consentimiento previo, libre e informado a los pueblos indígenas*.

Gobierno de Chile, (2012). *Guía de antecedentes territoriales y culturales de los pueblos indígena de Chile*. Dirección General de Obras Públicas.

http://transparencia.dgop.cl/OtrosAntecedentes/docs/Guia_asuntos_indigenas.pdf

Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, (2011). *El mundo indígena* 2011.

https://www.iwgia.org/images/publications/0455_EL_MUNDO_INDIGENA_2011_eb.pdf

Grupo Internacional de Trabajo, (2008). *El mundo indígena 2008*. IWGIA.

https://www.iwgia.org/images/publications/0300_MI_2008.pdf

Colchester, M. & Farhan, M. (2007). *Poniendo en práctica el CLPI, Consentimiento libre, previo e informado*. Desafíos y perspectivas para los

Pueblos Indígenas. Forest Peoples Programme.

https://www.forestpeoples.org/sites/default/files/publication/2010/08/fpics_yntthesisjun07sp.pdf

Gouley, C. (2005). *Conflictos mineros, interculturalidad y políticas públicas: el caso de las Bambas, provincias de Cotabambas y Grau, departamento de Apurímac*. Informe final. Centro Bartolomé de Las Casas.

<https://www.nacionmulticultural.unam.mx/mezinal/docs/5759.pdf>

Gómez, F. (2019). *La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: un hito en el proceso de reconocimiento de los derechos indígenas*. Revista Española de Derecho Internacional.

Grupo Internacional de Trabajo, (2005). *El mundo indígena 2005*. IWGIA.

https://www.iwgia.org/images/publications/0534_EL-MUNDO-INDIGENA-2005.pdf

Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, (2021). *El mundo indígena 2021*. IWGIA.

https://iwgia.org/doclink/iwgia-libro-el-mundo-indigena-2021-esp/eyJ0eXAiOiJKV1QiLCJhbGciOiJIUz11NiJ9.eyJzdWIiOiJpd2dpYS1saWJyby1lbC1tdW5kby1pbmRpZ2VuYS0yMDIxLWVzcCIsImhhdCI6MTYxO DkxNDg1NywiZXhwIjoxNjE5MDAxMjU3fQ.1kOUBEI4EIVumW_edYPaE-8B9WeaWQNFNcbYt7bo3Qs

Harvey, E. (1995). *Derechos Culturales*. Unesco.

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/29123E3F329744B8052582820073C5F3/\\$FILE/DerechosCulturales.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/29123E3F329744B8052582820073C5F3/$FILE/DerechosCulturales.pdf)

- Henríquez, A. (2013). *Participación Indígena: desarrollo y alcances en torno a la participación ambiental*. Chile: Revista Ius et Praxis. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v19n2/art08.pdf>
- Hernández, E. (2018). *Los recursos naturales y el Patrimonio de la Nación*. Lima: Boletín GIDAMB. http://inte.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2018/05/Boletin_GIDAMB_INTE_8.pdf
- Henckaerts, J. y Doswald, L. (2005). *Customary International Humanitarian Law* (Volumen I: Rules). International Committee of the Red Cross. <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf>
- Huaco, M. (2015). *Los trabajos preparatorios del Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. A los 25 años de adopción*. Konrad Adenauer Stiftung. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/31577.pdf>
- Harvey, E. (1995). *Derechos Culturales*. UNESCO. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/29123E3F329744B8052582820073C5F3/\\$FILE/DerechosCulturales.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/29123E3F329744B8052582820073C5F3/$FILE/DerechosCulturales.pdf)
- INDEC, (2010). *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010*. Censo del Bicentenario. Pueblos Originarios. Región Metropolitana. Serie D N°6. http://trabajo.gob.ar/downloads/pueblosindigenas/pueblos_originarios_Metropolitana.pdf
- ICMM, (2020). *Minería y comunidades*. <https://www.icmm.com/es/sociedad-y-economia/mineria-y-comunidades>
- IPIECA, (s.f). *Acerca de IPIECA*. <https://www.ipieca.org/es/acerca-de-ipeca/>

- Iglesias, M. (2018). *El asunto Ogiek y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: reforzando los derechos de las comunidades indígenas en África*. Revista Latinoamericana de Derechos Humanos. [Revista Latinoamericana de Derechos Humanos \(una.ac.cr\)](http://Revista Latinoamericana de Derechos Humanos (una.ac.cr))
- International Labour Organization-ILO, (1957). *Convenio 107 de la OIT, Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales*. Promoting Jobs, protecting people. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107
- Islas, R. (2009). *Sobre el principio de legalidad*. Anuario de Derechos Constitucional Latinoamericano. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23516.pdf>
- López, F. (2010). *Legislación y derechos indígenas en México*. Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria. https://site.inali.gob.mx/pdf/Legislacion_Derechos_Indigenas_Mexico.pdf
- Landeo, L. (2000). *Costumbre indígena: complementación o sistema paralelo de administración de justicia*. Perú: Alertanet en Derecho y Sociedad. <http://red.pucp.edu.pe/ridei/files/2011/08/111.pdf>.
- Mesa Nacional de desarrollo, (s.f). *Plan de desarrollo integral de pueblos indígenas de Panamá*. Propuesta consolidada sujeta a validación por las autoridades indígenas. <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/pan164369.pdf>
- Ministerio de Cultura, (2016). *Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas u Originarios*. Perú: Ministerio de Cultura.

<https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/derechos-colectivos.pdf>

Ministerio de Cultura, (2014). *Etapas de identificación de pueblos indígenas u originarios*. Perú: Ministerio de Cultura.

Ministerio de Cultura, (2014). *Derecho a la Consulta Previa*. Perú: Ministerio de Cultura.

Ministerio de Cultura, (2014). *Agenda Regional para la implementación de la Consulta Previa*. Perú: Ministerio de Cultura.

Ministerio de Cultura. *El proceso de Consulta Previa*. Perú: Ministerio de Cultura. <http://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/El-Proceso-de-Consulta-Previa.pdf>

Ministerio de Cultura, (2015). *Los pueblos Achuar, Awajun, Kandozi y Wampis*. Perú: Ministerio de Cultura.

Ministerio de Educación y Ciencias, (2018). *Decreto N°1039*. <https://www.mspbs.gov.py/dependencias/portal/adjunto/7fdaf1-DECRETO1039Protocolodeconsultayconsentilibreprevioeinformadopueblosindigenas.pdf>

Ministerio de Energía y Minas, (s.f). *Resumen Ejecutivo*. D&E Desarrollo y Ecología SAC. http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/DGAAM/estudios/lasbambas/CapI_Resumenejecutivo.pdf

Ministerio de Energía y Minas, (2016). *Informe N°812-2016-MEM-DGAAM-CP-EXPLORACION-APUMAYO-DNAM-DGAM*. MINEM. <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/informe%20final.pdf>

Ministerio de Energía y Minas, (2016). *Proceso de Consulta Previa. Proyecto de explotación* Apumayo. MINEM.

[http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/Explotacion%20Apumayo\(5\).pdf](http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/Explotacion%20Apumayo(5).pdf)

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2018). *Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021*. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, (2018). *Constitución Política del Perú*. Perú: Ministerio de Justicia.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, (2016). *Decreto 672/2016*. Consejo Consultivo y Participativo de los Pueblos Indígenas de la República Argentina. Creación.

<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-672-2016-261285/texto>

Ministerio de Agricultura y Alimentación, (s.f). *Reglamento de la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva, Decreto Supremo N° 003-79-AA*. Lima: Ministerio de Agricultura y Alimentación.

<http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/per124298.pdf>

[Ministerio de Justicia, \(1993\). *Constitución Política del Perú. Sistema Peruano de Información Jurídica-SPIJ.*](http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)

http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

Ministerio de Cultura, (2014). *Etapas de identificación de pueblos indígenas u originarios. Guía metodológica*. Pág. 17.

<https://www.cultura.gob.pe/sites/default/files/noticia/tablaarchivos/guiaidentificacionppiifinal.pdf>.

Ministerio de Cultura, (2015). *Consulta previa: orientaciones para la participación de los pueblos indígenas u originarios*. Recuperado de <http://repositorio.cultura.gob.pe/bitstream/handle/CULTURA/591/consulta-previa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Ministerio de Cultura, (s.f). *El proceso de Consulta Previa*. Recuperado de <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/El-Proceso-de-Consulta-Previa.pdf>

Ministerio de Defensa, (2010). *Manual para las fuerzas armadas*. Centro del Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de las fuerzas armadas. https://www.mindef.gob.pe/informacion/documentos/manual_ddhh_ffaa_2010.pdf

Ministerio de Relaciones Exteriores, (1994). *Alianza para el desarrollo sostenible de Centro América*. Nicaragua.

Melià, B. & Telesca, I. (1997). *Los pueblos indígenas en el Paraguay: conquistan legales y problemas de tierra*. Centro de Estudios Paraguayos Antonio Guasch-Paraguay.

Melià, B. & Telesca, I. (1997). *Los pueblos indígenas en el Paraguay: conquistas legales y problemas de tierra*. <https://www.scielo.br/j/ha/a/VGfvkfjSSK6QjzjXQTFdMhn/?lang=es>

Melo, M. (2013). *Directrices para la aplicación del derecho al consentimiento, libre, previo e informado de los pueblos indígenas*. Bolivia: IBIS.

México, (1982). *Declaración de México sobre las Políticas Culturales*.

Conferencia mundial sobre las políticas culturales. México D.F., 26 de julio-6 de agosto de 1982.

https://culturalrights.net/descargas/drets_culturals400.pdf

Naciones Unidas, (2013). *Los Pueblos Indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas.

https://www.ohchr.org/Documents/Publications/fs9Rev.2_SP.pdf

Naciones Unidas, (s.f). *Los derechos de los Pueblos Indígenas en el Convenio 169 de la OIT. Guía para la aplicación judicial*. Naciones Unidas.

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2009/6903.p>

[df?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2009/6903](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2009/6903.pdf?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2009/6903)

Naciones Unidas, (2013). *La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

https://www.ohchr.org/Documents/Publications/UNDRIPManualForNHRI_s_SP.pdf

Naciones Unidas, (2009). *Caso Ángela Poma Poma*. Pacto Internacional de Derechos Civiles. Comité de Derechos Humanos. Sentencia 24 de abril de 2009. Dictamen del Comité de Derechos Humanos, Comunicación N°

1457/2006, CCPR/C/95/D/1457/2006. [http://acnudh.org/wp-](http://acnudh.org/wp-content/uploads/2015/01/2009.04.24_No.1457.2006_%C3%81ngela-Poma-Poma-v.-Per%C3%BA_ADMISIBLE_VIOLACION.pdf)

[content/uploads/2015/01/2009.04.24_No.1457.2006_%C3%81ngela-](http://acnudh.org/wp-content/uploads/2015/01/2009.04.24_No.1457.2006_%C3%81ngela-Poma-Poma-v.-Per%C3%BA_ADMISIBLE_VIOLACION.pdf)

[Poma-Poma-v.-Per%C3%BA_ADMISIBLE_VIOLACION.pdf](http://acnudh.org/wp-content/uploads/2015/01/2009.04.24_No.1457.2006_%C3%81ngela-Poma-Poma-v.-Per%C3%BA_ADMISIBLE_VIOLACION.pdf)

Naciones Unidas, (2011). *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*. Oficina del Alto Comisionado. HR/PUB/11/04.

https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusiness_hr_sp.pdf

Naciones Unidas, (1992). *Convenio sobre la diversidad biológica*. Naciones Unidas.

Naciones Unidas, (2018). *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos*. Consejo de Derechos Humanos. Consejo de Derechos Humanos, 38° período de sesiones. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. 11 de abril de 2018. A/HRC/38/39. <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/HRC/38/39>

Naciones Unidas, (2009). *Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general N°32. CERD/C/GC/32. 29 de septiembre de 2009.

<https://www.refworld.org/es/pdfid/5d7fcb51d.pdf>

Naciones Unidas, (2008). *Informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención*. Vigésimo informe periódico que los Estados partes debían presentar en 2008. Adición.

Filipinas. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. CERD/C/PHL/20.

<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=498854df2>

Naciones Unidas, (1976). *Actas de la Conferencia General. 19 reunión. Nairobi, 26 de octubre-30 de noviembre de 1976. Resoluciones, volumen 1.* Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/unesco7/trt_unesco7.pdf

Naciones Unidas, (2009). *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales incluido el derecho al desarrollo.* Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. 12 período de sesiones. Tema 3 de la agenda. 15 de julio de 2009. A/HRC/12/34.

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8057.pdf>

Naciones Unidas, (2003). *Cuestiones indígenas. Derechos Humanos y cuestiones indígenas. Informe del relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65* de la Comisión.* Comisión de Derechos Humanos. 59 período de sesiones. Tema 15 del programa provisional. 21 de enero de 2003. E/CN.4/2003/90. <https://undocs.org/es/E/CN.4/2003/90>

Naciones Unidas, (2017). *Septuagésimo segundo período de sesiones. Tema 73 b) del programa provisional. Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Derechos de los Pueblos Indígenas. Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas.* 21 de julio de 2017.
<https://undocs.org/es/A/72/186>

Naciones Unidas, (2016). *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas***. Consejo de Derechos Humanos. 33 período de sesiones. Tema 3 de la agenda. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo.* 11 de agosto de 2016.
<https://undocs.org/es/A/HRC/33/42>

Naciones Unidas, (2006). *Resolución aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2006 [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/61/448 y Corr.3)]. Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos encargado de elaborar un proyecto de declaración de conformidad con el párrafo 5 de la resolución 49/214 de la Asamblea General, de 23 de diciembre de 1994. Sexagésimo primer período de sesiones. Tema 68 del programa. 6 de marzo de 2007. A/RES/61/178.*

Naciones Unidas, (2007). *Resolución aprobada por la Asamblea General [sin remisión a una Comisión Principal (A/61/L.67 y Add.1)]. 61/295. Declaración de las naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos*

indígenas. Sexagésimo primer período de sesiones. Tema 68 del programa. 10 de diciembre de 2007. A/RES/61/295**.

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6030.pdf?view=1>

Naciones Unidas, (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General. Resoluciones aprobadas sobre la base de los informes de la Tercera Comisión.*

Naciones Unidas, (1948). *Declaración Universal de Derechos del Hombre. Carta Internacional de los Derechos del Hombre.* 10 de diciembre de 1948. 183 sesión

plenaria. <http://www.filosofia.org/cod/c1948dhu.htm#:~:text=Todos%20los%20seres%20humanos%20nacen,los%20unos%20con%20los%20otros.&text=Todo%20ser%20humano%20tiene%20derecho,reconocimiento%20de%20su%20personalidad%20jur%C3%ADdica.>

Naciones Unidas, (2008). *Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas.* Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

https://www.servindi.org/pdf/ONU_DirectrizPI_Desarrollo.pdf

Naciones Unidas, (1948). *Carta Internacional de los Derechos del hombre a Declaración Universal de derechos del hombre.*

[https://undocs.org/es/A/RES/217\(III\)](https://undocs.org/es/A/RES/217(III))

Naciones Unidas, (1966). *Carta Internacional de Derechos Humanos.* DHpedia.

https://tratadoseuropeos.eu/Documentos/Carta_Internacional_de_Derechos_Humanos.pdf

Naciones Unidas, (2003). *Examen de los informes presentados por los estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.* Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Comité para la Eliminación de la discriminación Racial. 62° período de sesiones. 3 a 21 de marzo de 2003. CERD/C/62/CO/2.

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2FC%2F62%2FCO%2F2&Lang=es

Naciones Unidas, (2011). *Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.* 17 de junio de 2011.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/sarayaku/res1.pdf>

Naciones Unidas, (2005). *Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas.* Consejo Económico y Social. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Cuarto período de sesiones. 16 a 27 de mayo de 2005. Tema 4 del programa provisional. E/C.19/2005/3.

<https://undocs.org/es/E/C.19/2005/3>

Naciones Unidas, (2003). *Examen de los informes presentados por los estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.* Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Comité para la Eliminación de la discriminación

Racial. 62° período de sesiones. 3 a 21 de marzo de 2003.
CERD/C/62/CO/2.

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2FC%2F62%2FCO%2F2&Lang=es

Naciones Unidas, (2011). *Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.* 17 de junio de 2011.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/sarayaku/res1.pdf>

Naciones Unidas, (2005). *Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas.* Consejo Económico y Social. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Cuarto período de sesiones. 16 a 27 de mayo de 2005. Tema 4 del programa provisional. E/C.19/2005/3.

<https://undocs.org/es/E/C.19/2005/3>

Naciones Unidas, (2008). *Examen de los informes presentados por los estados partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del pacto.* Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Filipinas. 41° periodo de sesiones. E/C.12/PHL7CO74.

<https://undocs.org/sp/E/C.12/PHL/CO/4>

Naciones Unidas, (2009). *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención.* Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Filipinas. 75° período de sesiones.

<https://undocs.org/es/CERD/C/PHL/CO/20>

Naciones Unidas, (2016). *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Filipinas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. E/C.12/PHL/CO/5-6.

Navas, I. (2015). "Análisis del caso del pueblo indígenas Kichwa Sarayacu vs Ecuador: su relación con los derechos de la naturaleza". Trabajo de graduación previo a la obtención del título de abogado de los tribunales de justicia de la República. Universidad del Azuay. <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/4328/1/10885.pdf>

Oficina de Cooperación y Relaciones Internacionales, (s.f). *Organización de Estados Americanos* (OEA). https://portal.jne.gob.pe/portal_documentos/files/ea6b24e1-8db5-4db8-bd14-9e1a67c15de3.pdf

Organización de las Naciones Unidas para la alimentación y la Agricultura, (2018). *El consentimiento libre, previo e informado. Un exitoso proceso de diálogo y codecisión con y para los pueblos indígenas de Panamá*. <http://www.fao.org/3/ca9428es/CA9428ES.pdf>

Organización de los Estados Americanos, (2013). *Los derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano. Principios Básicos*. Departamento de Derecho Internacional. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/pueblos_indigenas_publicaciones_Los%20Derechos%20de%20los%20Pueblos%20Indigenas_s.pdf

Organización de los Estados Americanos, (2007). *Programa interamericano para el desarrollo sostenible*. Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral-CIDI. <http://www.oas.org/dsd/documents/pidses.pdf>

Oficina Internacional del Trabajo, (2013). *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender el Convenio sobre Pueblos Indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)*. Ginebra: OIT.

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf

Organización Internacional del Trabajo, (2009). *Los derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica*. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo, (2005). *Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. Fondo Indígena.

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_531204.pdf

Organización de los Estados Americanos, (1967). *Carta de la Organización de los Estados Americanos (A-41)*. Organización de los Estados Americanos-OEA.

http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf

Organización Internacional del Trabajo, (1991). *Ley núm. 1257 por la que se aprueba y ratifica el Convenio núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales*.

http://ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=es&p_isn=52368&p_count=96286

Organización de la Unidad Africana, (1981). *Carta Africana sobre los derechos humanos y de los pueblos (Carta de Banjul)*. Organización de la Unidad

Africana.

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf>

Oficina Regional para América Latina y el Caribe, (2016). *Presentación del Director Regional de la Oficina de la OIT para América Latina y el Caribe. José Manuel Salazar-Xirinachs. En la Conferencia Internacional de Minería (CONFEMIN). “El Convenio 169 de la OIT”.*

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/statement/wcms_523910.pdf

[Ortiz, D. \(2015\). *La educación intercultural: el desafío de la unidad en la diversidad.* Ecuador: Sophia, Colección de Filosofía de la Educación.](https://www.redalyc.org/pdf/4418/441846095006.pdf)

<https://www.redalyc.org/pdf/4418/441846095006.pdf>

Oxfam América, (2012). *Community Consent Index.* 26 de septiembre.

<https://www.oxfamamerica.org/explore/research-publications/>

Organización de los Estados Americanos, (1998). *Principios rectores de los desplazamientos internos.* Extracto del documento E/CN.4/1998/53/Add.2. 11 de febrero de 1998.

http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/principios_rectores_desplazamientos_internos.pdf

OXFAM, (2018). *Implementación de la consulta y consentimiento previo, libre e informado. Experiencias comparadas en América Latina y discusiones sobre una ley de consulta en México.* Fundación para el Debido Proceso.

http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_sobre_consulta_y_cpli_mexico_final_web.pdf

OXFAM, (2015). *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú.* Due Process of Law Foundation.

http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_consulta_previa_2015_web-2.pdf

Oficina Regional para América Latina y el Caribe, (2016). *Presentación del Director Regional de la Oficina de la OIT para América Latina y el Caribe. José Manuel Salazar-Xirinachs. En la Conferencia Internacional de Minería (CONFEMIN). “El Convenio 169 de la OIT”.*

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/statement/wcms_523910.pdf

Oficina de Información Diplomática, (2021). *México, Estado Unidos Mexicanos.*

Ficha País. Ministerio de Asuntos Exteriores.

http://www.exteriores.gob.es/documents/fichaspais/mexico_ficha%20pais.pdf

Ormachea, I., Caravedo, J., Moreno, G. & Bedoya, C. (2014). *Minería, conflicto social y diálogo.* ProDiálogo, Prevención y Resolución de Conflictos.

<https://www.prodialogo.org.pe/sites/default/files/material/files/mcsyd.pdf>

Poder Ejecutivo, (2018). *Decreto N°40932-MP-MJP.* La Gaceta Diario Oficial.

<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/107029/131594/F149744943/DECRETO%2040932%20COSTA%20RICA.pdf>

Programa de Pueblos de los Bosques, (s.f). *Consentimiento libre, previo e informado.* <https://www.forestpeoples.org/en/guiding-principles/342>

- Pulgar, M. (s.f). *El aprovechamiento de los recursos naturales y los usos del territorio. Perú: Pontificia Universidad católica del Perú.*
- Puig, M. (2015). *Despite Las Bambas Progress, Outlook for Mining Investment Remains Bleak.* Eurasia Group.
- Programa ONU-REDD, (2013). *Complemento Legal al Programa ONU-REDD. Directrices sobre el Consentimiento Libre, Previo e Informado (CLPI).*
Derecho Internacional y Jurisprudencia que confirma el requisito de CLPI.
- Parlamento de Naciones Originarias, (2016). *Evaluación sobre el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en Argentina en el Marco de la presentación del Quinto Informe Periódico ante el Comité de Derechos Humanos 117° Período de Sesiones. Derechos de los Pueblos Indígenas en Argentina.* <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2016/07/InformeConjuntoDerechosPueblosIndigenas.pdf>
- Quintana, K. & Góngora, J. (2017). *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en los sistemas de derechos humanos.* Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. <http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/CESIDH-Derechos-Pueblos-Indigenas.pdf>
- Red-DESC, (2012). *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador.*
Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2012/caso-pueblo-indigena-kichwa-sarayaku-vs-ecuador>

- Rebaza, Uchuypuma & Nicolás (2019). *Una mirada crítica a la aplicación de la consulta previa en el Perú a propósito del 30° aniversario del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*. Perú: Revista Lumen.
<http://revistas.unife.edu.pe/index.php/lumen/article/view/1821/1988>
- Rovillos, Ramo & Corpuz (2003). *Cuando las “islas de oro” se convierten en islas del desacuerdo: Un estudio del caso de la ley filipina de minería de 1995*. Universidad de Oxford-Reino Unido.
<http://www.forestpeoples.org/sites/fpp/files/publication/2010/08/eirinternatwshopphilippinecasespapr03.pdf>
- Ruiz, J. (2012). *La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento*. Instituto de Defensa Legal.
http://propuestaciudadana.org.pe/sites/default/files/sala_lectura/archivos/Libro%20Juan%20Carlos%20ruiz%20Molleda.pdf
- Ruiz, G. (2015). *El derecho es el consentimiento, la consulta un procedimiento: reflexiones desde América Latina sobre el derecho a la consulta*.
- Ruiz, J. (2010). *El debate en torno al derecho a la consulta en el Congreso*. Lima: Servindi.
- RSPO, (2015). *Guía sobre Consentimiento Libre, Previo e Informado para miembros de la RSPO*. Grupo de Trabajo sobre Derechos Humanos de la RSPO 2015.
- Rojas, R. & Jacamijoy, S. (2016). *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. OEA.
<http://www.oas.org/es/sadye/documentos/DADPI.pdf>

República de Colombia, (2016). *Constitución Política de Colombia 1991*. Actualizada con los Actos Legislativos a 2016. Centro de Documentación Judicial-CENDOJ.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

República del Paraguay, (1992). *Constitución Nacional*.

https://www.oas.org/juridico/spanish/par_res3.htm

Rubio, F. (1983). *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley*. Revista de Administración Pública.

Rubio, F. (1989). *El bloque de constitucionalidad*. Revista Española de Derecho Constitucional.

Sistema de Monitoreo de la protección de los derechos y la promoción del buen vivir de los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe, (s.f). *Definición de elementos de la matriz del sistema*. Sistema de Monitoreo de la protección de los derechos y la promoción del buen vivir de los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe.

http://www.fondoindigena.org/apc-aa-files/documentos/monitoreo/Definiciones/Definicion%20Dominios/3_3_Jurisdccion%20Indigena_def.pdf

Simaz, A. (s,f). *Principio de legalidad e interpretación en el Derecho Penal: algunas consideraciones sobre la posibilidad de interpretar extensivamente la ley sustantiva*. Universidad Nacional de Mar del Plata.

https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20170308_03.pdf

- Stavenhagen, R. (s.f). *Derecho indígena y Derechos Humanos en América Latina. Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina.*
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/13089.pdf>
- Stavenhagen, R. (2009). *Los derechos humanos de los pueblos indígenas en Filipinas. Estudios de Asia y África.*
<https://www.redalyc.org/pdf/586/58620918007.pdf>
- Salaverry, O. (2010). *Interculturalidad en salud.* Revista Perú Med.
<http://www.scielo.org.pe/pdf/rins/v27n1/a13v27n1.pdf>
- Sáez, R. (2006). *La educación intercultural.* Universidad Complutense de Madrid.
http://www.revistaeducacion.educacion.es/re339/re339_37.pdf
- Sanchez, L. (2019). *El sistema de Hard-Law y Soft-Law en relación con la defensa de los derechos fundamentales, la igualdad y la no discriminación.* CEFD.
- Seminario, Castillo & Buendía (2020). *Los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas en el Perú: avances y desafíos.* Iura Revista Jurídica.
- Stavenhagen, R. (2003). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, presentado de conformidad con la resolución 2002/65* de la Comisión.*
E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4359.pdf>
- Sevilla, M. (2010). *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú.*
Derecho, Ambiente y Recursos Naturales-DAR.
http://dar.org.pe/archivos/publicacion/consulta_previa_peru.pdf

Snoeck, S. (2013). *Cartilla Informativa. El derecho a la Consulta Previa. Extraído de la publicación "Pueblos indígenas & REDD+ en el Perú. Análisis y recomendaciones para el cumplimiento de los derechos a la consulta, territorio y recursos naturales a la luz del Derecho internacional."*. DAR, Derecho Ambiente y Recursos Naturales.
https://dar.org.pe/archivos/publicacion/consulta_previa.pdf

Sánchez, L. (2019). *El sistema de Hard-Law y Soft-Law en relación con la defensa de los derechos fundamentales, la igualdad y la no discriminación*. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho-CEFD.

Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, (1994). *Proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Office of The High Commissioner for Human Rights. E/CN.4/SUB.2/RES/1994/45.
https://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=7984

Secretaría de Servicios Parlamentarios, (2021). *Constitución Política de los estados unidos mexicanos*. Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917. Última reforma publicada DOF 28-05-2021.

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf

Secretaría General, (2003). *Ley General de desarrollo forestal sustentable*. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de febrero de 2003. Última reforma publicada DOF 04-06-2012.
<https://www.conacyt.gob.mx/cibiogem/images/cibiogem/normatividad/vigente/SEMARNAT/LGDFS.pdf>

Serien de Política y Derecho Ambiental (2019). *Gobernanza para la adaptación basada en ecosistemas*. UICN n°89.

<https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/EPLP-089-Es.pdf>

Stavenhagen, R. (s.f). *Derecho Indígena y derechos humanos en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/13089.pdf>

Tibal Communities of Suriname, (s.f). *Surinam*. Comunidades Indígenas.

http://atlasflacma.weebly.com/uploads/5/0/5/0/5050016/complementario_surinam.pdf

Tribunal Constitucional, (2010). *Sentencia constitucional que reconoce el derecho a consulta y a la propiedad de la TCO en un caso que afecta a la Asamblea del Pueblo Guaraní Itika Guasu*. Exp N° 2008-17547-36-RAC.

<http://www.derechos.org/nizkor/bolivia/doc/apgig17.html>

Tribunal Constitucional de Perú (2009). *Sentencia recaída en el expediente N.º 05427-2009-PC/TC*. Aidesep contra el Ministerio de Energía y Minas. 3 de agosto. [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05427-2009-AC.pdf>]

Tribunal Constitucional del Perú (2007). *Sentencia recaída en el expediente N° EXP. N.O 03343-2007-PA/TC*. Jaime Hans Bustamante Johnson contra la Corte Superior de Justicia de San Martín. 10 de mayo.

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

Tribunal Constitucional de Perú (2009). *Sentencia recaída en el expediente N° 0022-2009-PI/TC*. Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000

ciudadanos. 01 de julio.

[<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>]

Tribunal Constitucional de Perú (2009). *Sentencia recaída en el expediente N° 00024-2009-PI*. Gonzalo Tuanama Tuanama y seis mil doscientos veintiséis ciudadanos. 26 de julio.

[<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00024-2009-AI.pdf>]

Tribunal Constitucional de Perú (2009). *Sentencia recaída en el expediente N° 0023-2009-PI/TC*. Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos. 21 de septiembre.

[<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00023-2009-AI.html>]

Tribunal Constitucional de Perú (2014). *Sentencia recaída en el expediente N° 02196-2014-PA/TC*. Federación Kichwa Huallaga El Dorado (Fekihd). 21 de agosto. [<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/02196-2014-AA.pdf>]

Tribunal Constitucional de Perú (2009). *Sentencia recaída en el expediente N° 00025-2009-PI/TC*. Gonzalo Tuanama Tuanama y ocho mil noventa y nueve. 17 de marzo. [<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00025-2009-AI.html>]

Tribunal Constitucional de Perú (2017). *Auto recaído en el expediente N° 00770-2017-PHD/TD*. Central Única de Rondas Campesinas del Perú. 7 de mayo. [<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/00770-2017-HD%20Resolucion.pdf>]

Tribunal Constitucional de Perú (2014). *Sentencia recaída en el expediente N° 02603-2014-PA/TC*. Comunidad Campesina San Jose de Llungo, representada por Justo Rufino Quispe Quispe (presidente). 10 de marzo. [<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/02603-2014-AA.pdf>]

Tribunal Constitucional de Perú (2020). *Pleno Jurisprudencial recaído en los expedientes 0003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC (acumulados)*. Caso de la ley de simplificación de procedimientos y promoción de la inversión. Gobiernos Regional de San Martín y ciudadanos. 12 de junio. [https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00012-2015-AI.pdf?fbclid=IwAR3y_FJEkfOg_MoE7tPXhX2cbkIBnhIYtEKkt8VhhhpB8Lw4QISdGxBicJA]

Tribunal Supremo de Canadá, (2004). *Haida Nation v. Columbia Británica*. Expediente N°29419. <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/2189/index.do>

Unesco, (1970). *Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales*. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13039&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

UNHCR, (2011). *Colombia situation (Colombia, Costa Rica, Ecuador, Panamá y Venezuela)*. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Colombia/Situacion_Colombia_-_Pueblos_indigenas_2011.pdf

Unión Interparlamentaria, (2014). *Aplicación de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Manual para parlamentarios N°23. PNUD. <http://archive.ipu.org/pdf/publications/indigenous-sp.pdf>

- Unesco, (2005). *Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales*. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
<http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/cultural-diversity/cultural-expressions/the-convention/convention-text>
- Valdivia Linares, J. (2017). *“La Consulta Previa en el Perú: El estudio de los roles del Estado, los Pueblos Indígenas y las empresas privadas”*. (Tesis para obtener el título profesional de Licenciado en Derecho, Universidad Ricardo Palma).
<http://repositorio.urp.edu.pe/bitstream/handle/urp/1126/TESIS-Jose%20Daniel%20Valdivia%20Linares.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Vallenas, K., Pautrat, L., & Samaniego, C. (s.f.). *Sociedad Peruana de Ecodesarrollo*.
<http://www.keneamazon.net/Documents/Projects/Previous-Consultation/Anexos/XVII.-Informes-Tecnicos-SPDE/3.-Analisis-Ley-Consulta-Previa.pdf>
- Wiener, L. (2018). *Gobernanza y Gobernabilidad: El caso Las Bambas. Cooperación*.
https://cooperacion.org.pe/wp-content/uploads/2018/09/Gobernanza-y-gobernabilidad-en-Las-Bambas_WEB1.pdf
- Yrigoyen, R. (2011). *El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento*. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS.
http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Documentos/El_Derecho_a_la_Libre_Determinacion.pdf

Yrigoyen. R. (2003). *El Convenio Núm. 169 de la OIT y su aplicación en Perú.*

Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS.

<https://www.dar.org.pe/documentos/RYF->

[Convenio169OIT%20suaplicacionenPeru-2009.pdf](https://www.dar.org.pe/documentos/RYF-Convenio169OIT%20suaplicacionenPeru-2009.pdf)

Yriart, M. (s.f). *Precedente vinculante: Saramaka v. Surinam de la Corte Inter-*

Americana de Derechos Humanos. Justicia viva.

<http://www.justiciaviva.org.pe/blog/wp->

[content/uploads/2015/11/saramaka.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/blog/wp-content/uploads/2015/11/saramaka.pdf)



ANEXO

1-A Carta N°000001-2021-DCP/MC del Ministerio de Cultura





PERÚ

Ministerio de Cultura

DIRECCIÓN GENERAL DE SERVICIOS
CIVILES PARA LOS CIUDADANOS

DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA



Entidad adherida por
Resolución Ministerial N° 000000001
del 2019
Código: 0001 para el documento
Fecha: 02/07/2021 de 11:58:20 AM

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"
"Perú Suyuna Paya Patata Manpa: paya patata fapraqchay maranka"

San Borja, 12 de Julio del 2021

CARTA N° 000001-2021-DCP/MC

Señora
DIANA MILENY UCHUYPUMA TUPIA
AV. Felipe Santiago Crespo 639 – San Luis
Lima. -

Asunto: Atención de consultas

Referencia: Expediente N° 2021-0044481
Expediente N° 2021-0044482

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted para saludarla cordialmente y dar respuesta a los expedientes de la referencia, mediante los cuales formula siete consultas relacionadas a la consulta previa a pueblos indígenas u originarios.

Al respecto, se remite adjunto el Informe N° 000014-2021-DCP-CBS/MC, de fecha 12 de julio de 2021, que da atención a su solicitud.

Sin otro particular, hago propicia la ocasión para expresarle los sentimientos de mi consideración y estima personal.

Atentamente,

Documento firmado digitalmente

ANGELA INES HERNANDEZ RAFFO
DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA

Se adjunta:
Informe N° 000014-2021-DCP-CBS/MC

AHR/cba



BICENTENARIO
PERÚ 2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Cultura, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2014-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <https://transparenciainformacion.gob.pe/di/validador/DocumentoI/InicioDetalle.jsp> e ingresando la siguiente clave: 0M18WV6



San Borja, 12 de Julio del 2021

INFORME N° 000014-2021-DCP-CBS/MC

A : ANGELA INES HERNANDEZ RAFFO
DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA

De : CATHERINE DEL ROCIO BARRERA SUAREZ
DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA

Asunto : Respuesta a petición administrativa sobre consulta previa

Referencia : Proveído N° 2021-000338
Proveído N° 2021-000339

Tengo el agrado de dirigirme a usted para saludarla cordialmente y, a la vez, desarrollar el presente informe que da respuesta a la petición administrativa presentada por la ciudadana Diana Mileny Uchuypuma Tupia.

I. ANTECEDENTES

- 1.1 Mediante formulario web de fecha 25 de mayo de 2021 (Expediente N° 0044481-2021) la ciudadana Diana Mileny Uchuypuma Tupia formula las siguientes consultas:
- a) ¿Cuántas consultas ha realizado el Ministerio de Cultura hasta la fecha?
 - b) ¿Cuántas consultas ha realizado el Ministerio implementando la Ley de Consulta Previa, Ley N° 29785?
 - c) ¿La implementación de la Ley de Consulta y su Reglamento han menguado las vulneraciones a los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas?
 - d) ¿Cuántas consultas han aplicado y aplicarán en materia de educación, salud y servicios públicos en conformidad a la sentencia A.P. N°29126-2018 LIMA, de la Corte Suprema, ¿ya que tiene efecto retroactivo?
 - e) ¿Cuántas consultas han terminado con el consentimiento de los pueblos indígenas?
 - f) ¿Cuántas consultas ha decidido el Estado al no existir el consentimiento de los pueblos indígenas?
 - g) ¿En cuántas consultas se ha aplicado los supuestos de consentimiento que se regula en la Séptima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de Consulta, Decreto Supremo N° 001-2012-MC; y cómo es su implementación?
- 1.2 Mediante formulario web de fecha 25 de mayo de 2021 (Expediente N° 0044482-2021) la ciudadana Diana Mileny Uchuypuma Tupia formula las mismas preguntas efectuadas en el Expediente N° 0044482-2021.

II. BASE NORMATIVA

2.1 Constitución Política del Perú



BICENTENARIO
PERÚ 2011

Ésta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Cultura, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.L. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.L. 005-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <https://transparencia.cultura.gob.pe/0181/validadeforcedocumento/Inicio/Detalle.jaf> e ingresando la siguiente clave:



- 2.2 Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, Ley N° 29785).
- 2.3 Reglamento de la Ley de Consulta Previa, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MC (en adelante, el Reglamento de la Ley N° 29785).
- 2.4 Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2013-MC.
- 2.5 Resolución Ministerial N° 365-2017-MC.
- 2.6 Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

III. ANÁLISIS

- 3.1 Conforme a lo establecido en el artículo 2, numeral 20, de la Constitución, toda persona tiene derecho a formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal.
- 3.2 Al respecto, el artículo 122 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, señala que el derecho de petición incluye las consultas por escrito a las autoridades administrativas sobre las materias a su cargo. En ese sentido, corresponde precisar que conforme a lo establecido en la Ley N° 29565, Ley de creación del Ministerio de Cultura, el Viceministerio de Interculturalidad es la autoridad en asuntos de interculturalidad e inclusión de las poblaciones originarias y, como tal, tiene la función de promover y garantizar los derechos de los pueblos del país. Asimismo, entre sus funciones principales, se encuentra la de promover y garantizar el respeto a los derechos de los pueblos indígenas u originarios, de conformidad con lo establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).
- 3.3 A su vez, según el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura, es función del Viceministerio de Interculturalidad formular, dirigir, coordinar, implementar, supervisar y evaluar las políticas nacionales y sectoriales sobre interculturalidad, pueblos indígenas y población afroperuana. Asimismo, el Viceministerio de Interculturalidad es el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo de conformidad con la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT.
- 3.4 Conforme al marco normativo enunciado, a continuación, se procede a dar respuesta a las consultas formuladas por la ciudadana Diana Mileny Uchuypuma Tupia.

Pregunta 1: ¿Cuántas consultas ha realizado el Ministerio de Cultura hasta la fecha?

- 3.5 Conforme a lo establecido en el artículo 9 de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y el artículo 3, literal g) del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC, corresponde a la entidad pública responsable de dictar la medida legislativa o administrativa identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen relación directa con los derechos





colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas.

- 3.6 En el marco de lo establecido por dichas disposiciones, mediante la Resolución Ministerial N° 365-2017-MC, de fecha 29 de setiembre de 2017, el Ministerio de Cultura aprobó los procedimientos internos del Sector en los que corresponde efectuar procesos de consulta previa a pueblos indígenas u originarios en la medida que se advierta afectación directa a sus derechos colectivos. Los procedimientos y medidas identificadas en dicha resolución ministerial son los siguientes:

TABLA 1: Medidas a consultar identificadas en la RM N° 365-2017-MC

Viceministerios	Direcciones Generales	Direcciones de Líneas	Procedimiento Interno	Medidas administrativas
Viceministerio de Patrimonio Cultural e Industrias Culturales	Dirección General de Patrimonio Arqueológico Inmueble	Dirección de Catastro y Saneamiento Físico Legal	Declaratoria de patrimonio cultural de la Nación de los bienes inmuebles con valor arqueológico	Proyecto de Resolución Viceministerial que declara patrimonio cultural de la Nación a un inmueble o monumento arqueológico prehispánico.
	Dirección General de Patrimonio Cultural	Dirección de Patrimonio Histórico Inmueble	Declaratoria de patrimonio cultural de la Nación de inmuebles de épocas colonial, republicana y contemporánea	Proyecto de Resolución Viceministerial que declara patrimonio cultural de la Nación de inmuebles de épocas virreinal, republicana y contemporánea
		Dirección de Paisaje Cultural	Declaratoria de patrimonio cultural de la Nación de paisaje cultural	Proyecto de Resolución Viceministerial que declara patrimonio cultural de la Nación paisaje cultural
Viceministerio de Interculturalidad	Dirección General de Derechos de los Pueblos Indígenas	Dirección de Pueblos Indígenas en Aislamiento y/o Contacto Inicial-PIACI	Categorización de Reserva Indígena	Proyecto de Decreto Supremo que asigna la categoría de Reserva Indígena.

Fuente: Resolución Ministerial N° 365-2017-MC.

- 3.7 A la fecha, el Ministerio de Cultura ha culminado tres (03) procesos de consulta: i) propuesta de Reglamento de la Ley N° 29735, Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú, ii) propuesta de declaratoria de paisaje cultural Apu Tambranco, y iii) propuesta de declaratoria del paisaje cultural Cuyocuyo. Cabe indicar que el proceso de consulta previa de la propuesta de Reglamento de la





"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
 "Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"
 "Perú Suyuna Paya Patata Manas: paya patata taqsoqtaqsi maranaka"

Regional de Ucayali, Municipalidad Distrital de Manseriche y Municipalidad Distrital de Nueva Requena.

Pregunta 3: ¿La implementación de la Ley de Consulta y su Reglamento han menguado las vulneraciones a los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas?

- 3.13 El artículo 2 de la Ley N° 29785 establece que el derecho a la consulta "[e]s el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos."
- 3.14 Al respecto, el artículo 3, literal b) del Reglamento de la Ley de Consulta señala que "[s]e considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos". Conforme a dicha definición se tiene que el término afectación no resulta equivalente a vulneración a derechos de pueblos indígenas u originarios.
- 3.15 Asimismo, es pertinente indicar que, según lo señalado por el Tribunal Constitucional, la finalidad del proceso de consulta es institucionalizar el diálogo intercultural⁴. En ese sentido, el artículo 3 de la Ley N° 29785 señala que "[l]a finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos.
- 3.16 Es importante añadir que el artículo 1, numeral 1.3 del Reglamento de la Ley de Consulta señala que la consulta se realiza con el fin de garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos como tales por el Estado Peruano en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Perú y las leyes.
- 3.17 Conforme al marco normativo descrito se tiene que, atendiendo a la finalidad de la consulta, esto es propiciar el diálogo intercultural entre los pueblos indígenas u originarios y el Estado y garantizar los derechos colectivos de dichos pueblos ante posibles afectaciones, los procesos de consulta tienen como finalidad la búsqueda de acuerdos.
- 3.18 A partir de la información remitida por las entidades promotoras se tiene que se han implementado 62 procesos de consulta, a la fecha, de los cuales 18 procesos concluyeron en la etapa de evaluación interna en tanto, en aplicación del artículo

⁴ STC N° 0022-2009-PVTC, fundamento jurídico 24, que señala que "[a] bien en el último párrafo del artículo 6 del Convenio se expresa que la consulta debe ser llevada a cabo "con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas", ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. Lo que explica tal artículo es que tal finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta. De ello se infiere que un proceso de consulta en el que se determina que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado. Debe afirmarse que no fluye de los artículos del convenio que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto. Lo que pretende la norma es institucionalizar el diálogo intercultural".



BICENTENARIO PERÚ 2011

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Cultura, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <http://tramitedocumentario.cultura.gob.pe/1181/validador/documento/finicio/detalle.jsf> e ingresando la siguiente clave:



19.4 del Reglamento de la Ley N° 29785⁴, los pueblos consultados manifestaron estar de acuerdo con la medida; 2 procesos concluyeron en la etapa de evaluación interna en aplicación del artículo 21 del Reglamento de la Ley N° 29785; 41 procesos llegaron a etapa de diálogo con acuerdos y 1 concluyó en la etapa de diálogo sin acuerdo.

Pregunta 4: ¿Cuántas consultas han aplicado y aplicarán en materia de educación, salud y servicios públicos en conformidad a la Sentencia A.P. N° 29126-2018 LIMA, de la Corte Suprema, ¿ya que tiene efecto retroactivo?

3.19 La Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley de Consulta que ha sido objeto de un proceso constitucional de acción popular establece que *la construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos que, en coordinación con los pueblos indígenas, esté orientada a beneficiarlos, no requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previsto en el Reglamento.*

3.20 Asimismo, el artículo 9 de la Ley N° 29785 concordante con el artículo 3, literal g) de su Reglamento establecen que la entidad promotora de la medida, es decir, la entidad pública responsable de dictar la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta, es la encargada de evaluar cuando una medida podría afectar directamente derechos colectivos de pueblos indígenas u originarios y, por ende, tendría que ser consultada.

3.21 Conforme al marco normativo señalado, corresponde a las entidades promotoras de medidas vinculadas a infraestructura en materia de salud, educación y provisión de servicios, realizar la identificación de las medidas que podrían afectar derechos colectivos de pueblos indígenas u originarios, así como realizar la identificación de pueblos y análisis de afectaciones a fin de determinar en qué casos correspondería implementar la consulta.

3.22 Es importante señalar que las sentencias que se emiten en el marco de un proceso constitucional de acción de amparo tienen efectos generales⁵ y se publican en el diario oficial El Peruano. En relación a ello, es importante señalar que la sentencia A.P. N° 29126-2018 LIMA aún no ha sido publicada en el diario oficial.

Pregunta 5: ¿Cuántas consultas han terminado con el consentimiento de los pueblos indígenas?

3.23 Conforme a lo establecido en el artículo 3 de la Ley N° 29785, el proceso de consulta tiene como finalidad alcanzar un acuerdo o el consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente.

⁴ Artículo 19.4 del Reglamento de la Ley N° 29785: "En caso los o las representantes del o de los pueblos indígenas señalen que se encuentran de acuerdo con la medida, concluye el proceso de consulta. La autoridad toma el documento indicado en el numeral anterior, en que se señala el acuerdo, como Acta de Consulta. (...)".

⁵ Código Procesal Constitucional

Artículo 81.- Efectos de la Sentencia fundada

(-) Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de acción popular podrán determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas.

En tal supuesto, la sentencia determinará sus alcances en el tiempo. Tienen efectos generales y se publican en el Diario Oficial El Peruano.





- 3.24 Al respecto, es importante precisar que el artículo 8 de la Ley N° 29785 establece las siguientes etapas del proceso de consulta: i) identificación de la medida que debe ser objeto de consulta; ii) identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados; iii) publicidad de la medida; iv) información sobre la medida; v) evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida que les afecten directamente; vi) proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios; vii) decisión.
- 3.25 Cabe señalar que conforme a lo establecido en el artículo 19, numerales 19.3² y 19.4³, del Reglamento de la Ley N° 29185, acabado el proceso de evaluación interna, los representantes de los pueblos indígenas pueden señalar que se encuentran de acuerdo con la medida propuesta, con lo cual concluye el proceso de consulta. En caso que los representantes de las organizaciones representativas del o de los pueblos indígenas presenten modificaciones, aportes o propuestas, o no expresen su voluntad colectiva en el plazo señalado en el numeral 19.3 del Reglamento de la Ley de Consulta, se procede a convocar a la etapa de diálogo intercultural.
- 3.26 Conforme al marco normativo señalado se tiene que, de los 62 procesos de consulta implementados a la fecha, 18 procesos concluyeron en la etapa de evaluación interna en tanto, en aplicación del artículo 19.4 del Reglamento de la Ley N° 29785⁴, los pueblos consultados manifestaron estar de acuerdo con la medida; 2 procesos concluyeron en la etapa de evaluación interna en aplicación del artículo 21 del Reglamento de la Ley N° 29785; 41 procesos llegaron a etapa de diálogo con acuerdos y 1 concluyó en la etapa de diálogo sin acuerdo.

Pregunta 6: ¿Cuántas consultas ha decidido el Estado al no existir el consentimiento de los pueblos indígenas?

- 3.27 A partir de la información brindada por las entidades promotoras, se tiene que en el caso de la propuesta de Resolución Directoral que autoriza el inicio de las actividades mineras del proyecto de exploración minera Apumayo, no se llegó a acuerdos. En ese sentido, y teniendo en cuenta que conforme al artículo 15 de la Ley N° 29785, la etapa de decisión corresponde a la entidad promotora de la medida, corresponde al Ministerio de Energía y Minas brindar la información solicitada.
- 3.28 Cabe indicar que, conforme a la norma antes señalada, en los casos en los que en un proceso de consulta no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades

² Artículo 19.- Etapa de evaluación interna

(...) 19.3 Acabado el proceso de evaluación interna, y dentro del plazo de dicha etapa, los o las representantes del o de los pueblos indígenas deberán entregarle a la entidad promotora, un documento escrito y firmado, o de forma verbal, dejándose constancia en un soporte que lo haga explícito, en el cual podrán indicar su acuerdo con la medida o presentar su propuesta acerca de lo que es materia de consulta, debiendo referirse en particular a las posibles consecuencias directas respecto a las afectaciones a sus derechos colectivos. Si los o las representantes no pudieran firmarlo, pueden colocar su huella digital.

³ Artículo 19.- Etapa de evaluación interna

(...) 19.4 En caso los o las representantes del o de los pueblos indígenas señalen que se encuentran de acuerdo con la medida, concluye el proceso de consulta. La autoridad toma el documento indicado en el numeral anterior, en que se señala el acuerdo como Acta de Consulta. En caso de que los o las representantes de las organizaciones representativas del o de los pueblos indígenas presenten modificaciones, aportes o propuestas, tales servirán para iniciar la etapa de diálogo propiamente dicha.

⁴ Artículo 19.4 del Reglamento de la Ley N° 29785: "En caso los o las representantes del o de los pueblos indígenas señalen que se encuentran de acuerdo con la medida, concluye el proceso de consulta. La autoridad toma el documento indicado en el numeral anterior, en que se señala el acuerdo, como Acta de Consulta. [...]".





PERÚ

Ministerio de Cultura

DIRECCIÓN GENERAL DE SERVICIOS
A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

SECCIÓN DE CONSULTA PREVIA

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"
"Perú Sajuna P'aya Patalla Mánqas: p'aya patalla t'apayachewi manqas"

estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.

Pregunta 7: ¿En cuántas consultas se ha aplicado los supuestos de consentimiento que se regula en la Séptima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de Consulta, Decreto Supremo N° 001-2012-MC; y cómo es su implementación?

3.29 A partir de la información remitida por las entidades promotoras, a la fecha, se han implementado 62 procesos de consulta. En relación a la pregunta efectuada, cabe señalar que no se cuenta con información sobre la aplicación de los supuestos de consentimiento previstos en la Séptima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley de Consulta.

3.30 Sin perjuicio de ello, hacemos de su conocimiento que en el portal institucional del Ministerio de Cultura se publicita la información que brindan las entidades promotoras sobre los procesos de consulta implementados a la fecha. En ese sentido, en caso de estimarlo pertinente, puede revisar dicha información, para cuyo efecto puede acceder ingresando al siguiente link: <https://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso>.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 Mediante el presente informe se procede a dar respuesta a las preguntas formuladas por la ciudadana Diana Mileny Uchuypuma Tupia.

4.2 Se recomienda remitir el presente informe a la ciudadana Diana Mileny Uchuypuma Tupia, a fin de dar atención a su petición administrativa.

Es todo cuanto se informa para su conocimiento y fines que se sirva determinar, salvo mejor parecer.

Atentamente,

CBS
cc: /cc:



Éste es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Ministerio de Cultura, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.L. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.L. 820-2011-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <https://transparencia.cultura.gob.pe/validador/documento/inicio/detalle.pdf> e ingresando la siguiente clave: