



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

# PUEBLOS INDÍGENAS & REDD+ EN EL PERÚ





# **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

**PROGRAMA SOCIAL INDÍGENA**

Diciembre, 2012

**Autores**

Sébastien Snoeck  
Irene Ramos Urrutia

**Colaboración**

Luis Hallazi Méndez  
Programa Social Indígena DAR

Cecilia Tacusi Oblitas Zevallos  
Programa Ecosistemas DAR

Cesar Gamboa Balbín  
Director de Políticas DAR

**Editora**

Iris Olivera Gómez

**Derecho Ambiente y Recursos Naturales DAR**

Calle Coronel Zegarra No. 260, Jesús María (Lima 11)  
Teléfono: (511) 2662063  
Correo electrónico: dar@dar.org.pe  
Página web: www.dar.org.pe

**Diseño y diagramación:**

Realidades S.A.  
Augusto Tamayo # 190 Of. 5  
Correo electrónico: informes@realidades.pe  
Página web: www.realidades.pe

**Coordinación General:**

Gisella Valdivia Gozalo

**Corrección de estilo:**

Diana Cornejo

**Foto de portada:**

Gisella Valdivia / DAR

Citar como: 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. Sébastien Snoeck, Irene Ramos Urrutia. Lima: DAR 2012.  
P. 165

Primera edición: diciembre 2012, consta de 1000 ejemplares

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-02097

Está permitida la reproducción parcial o total de este libro, su tratamiento informático, su transmisión por cualquier forma o medio, sea electrónico, mecánico, por fotocopia u otros; con la simple indicación de la fuente cuando sea usado en publicaciones o difusión por cualquier medio.

Esta publicación presenta la opinión de los autores y no necesariamente la visión de los donantes. Ha sido posible gracias al financiamiento de OXFAM América y la Coalición Flamenca para la Cooperación Norte Sur - I.I.I.I.I.

Impreso y hecho en el Perú.





## PRESENTACIÓN

La preocupación por una posible afectación de los derechos de los pueblos indígenas debido a los procesos de preparación e implementación de la reducción de emisiones de gases efecto invernadero provenientes de la deforestación y degradación en países en desarrollo y la función de la conservación, el manejo forestal sostenible y el incremento de las existencias de carbono forestal (REDD+) ha existido desde que se empezó a discutir sobre este mecanismo. Esta preocupación se ha hecho sentir tanto en el ámbito internacional, con el proceso mundial de negociación de REDD+ como parte de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC), como en el plano local, con las denuncias frente a abusos de algunos desarrolladores de proyectos voluntarios.

A la fecha existe casi consenso en el Fondo Cooperativo para el Carbono de los Bosques (FCPF) o el Programa de Naciones Unidas para REDD+ (UN-REDD) que promueven la preparación de los países para REDD+, pues si esta “no se lleva a cabo de manera apropiada, se ponen en riesgo los medios de subsistencia, la cultura y la biodiversidad” de los pueblos indígenas y otras comunidades dependientes de los bosques, por lo que es necesario “identificar, reducir y mitigar los riesgos”.

En ese sentido, una respuesta internacional a esa preocupación ha sido la decisión tomada durante la décimo sexta Conferencia de las Partes de CMNUCC en la que se estableció una salvaguarda específica respecto de los derechos de los pueblos indígenas que establece que se deberán respetar “los conocimientos y los derechos de los pueblos indígenas y los miembros de las comunidades locales, tomando en consideración las obligaciones internacionales pertinentes y las circunstancias y la legislación nacionales, y teniendo presente que la Asamblea General de las Naciones Unidas ha aprobado la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”.

Al año siguiente, el Ministerio del Ambiente (MINAM) y la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP), en el marco de preparación de Perú para REDD+, suscribieron una serie de acuerdos, entre los cuales se encuentra el “analizar y proponer acciones para alinear la legislación nacional respecto de la propiedad de las tierras y otros derechos de los pueblos indígenas, a lo establecido en el Convenio 169 y otros instrumentos internacionales”.

Con el propósito de contribuir a identificar, reducir y mitigar los riesgos que la preparación e implementación de REDD+ puede significar para los pueblos indígenas, DAR publica este primer estudio con el fin de señalar los vacíos y contradicciones del marco normativo nacional frente a los compromisos asumidos por el Estado peruano a la luz del Derecho internacional, pues consideramos que más allá de acatar los requerimientos de la CMNUCC, el FCPF o el Programa de Inversión Forestal (FIP), el Perú debe también cumplir con su marco legal y con los compromisos de Derecho internacional que ha suscrito, especialmente en lo que respecta a los pueblos indígenas.

En esta oportunidad nos centramos en los derechos a la consulta, el territorio y los recursos naturales, debido a que las preocupaciones en su mayoría se han enfocado en sus derechos a la autonomía —especialmente la referida al aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran en sus tierras y territorios debido a las restricciones que el mecanismo pudiera establecer, las posibles afectaciones a sus derechos territoriales durante la implementación del mecanismo en el campo—, pero también a la vulneración de sus derechos a la participación, consulta y consentimiento en el momento de decidir durante los procesos de preparación e implementación de REDD+.

Confiamos que este estudio sea un aporte útil para que la discusión sobre la preparación e implementación del REDD+ en el Perú también contribuya a un respeto pleno a los derechos de los pueblos indígenas de la Amazonía peruana, y en especial para dar cumplimiento al acuerdo entre el MINAM y AIDSESP, brindando un análisis del alineamiento del marco normativo nacional respecto de los derechos de propiedad de las tierras y otros derechos de los pueblos indígenas a lo establecido por los instrumentos de Derecho internacional suscritos por el Perú.

**Hugo Che Piu**  
**Presidente**  
**Derecho, Ambiente y Recursos Naturales**

# CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS	5
PRESENTACIÓN	7
INTRODUCCIÓN	11
<b>CAPÍTULO I :</b> <b>¿CUÁLES SON LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL?</b>	<b>15</b>
1. ANTECEDENTES: ¿POR QUÉ Y CÓMO SE PROTEGEN LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS?	15
1.1. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	15
1.2. LA PROTECCIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	16
2. ¿QUÉ ES EL DERECHO INTERNACIONAL? ¿DEBE EL ESTADO RESPETAR EL DERECHO INTERNACIONAL?	18
3. ¿CUÁLES SON LAS CONSECUENCIAS DE LA ADOPCIÓN DE UN TRATADO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS POR EL ESTADO PERUANO?	19
4. ¿QUÉ VALOR TIENEN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS PARA EL PERÚ?	20
5. ¿CUÁLES SON LOS OTROS ORGANISMOS INTERNACIONALES QUE SE PRONUNCIAN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS? ¿SON VINCULANTES SUS PRONUNCIAMIENTOS?	21
6. ¿CÓMO SE DEBEN INTERPRETAR LAS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS?	24



## **CAPITULO II:**

### **ANÁLISIS DEL MARCO NORMATIVO NACIONAL A LA LUZ DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL PERÚ: DERECHO A LA CONSULTA , TERRITORIO Y RECURSOS NATURALES**

**27**

<b>I. ANÁLISIS DEL MARCO NORMATIVO NACIONAL A LA LUZ DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL PERÚ: DERECHO A LA CONSULTA</b>	<b>27</b>
1.1. INTRODUCCIÓN: ¿POR QUÉ UNA CONSULTA PREVIA?	27
1.2. ¿POR QUÉ SON DISTINTOS LA CONSULTA PREVIA, EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN Y LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA GESTIÓN AMBIENTAL?	28
1.3. ¿QUIÉNES SON LOS ACTORES DE LA CONSULTA?	30
1.4. ¿CÓMO SE CONSULTA A LOS PUEBLOS EN AISLAMIENTO O CONTACTO INICIAL?	33
1.5. ¿CUÁLES SON LAS OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS RESPECTO DE LA CONSULTA?	34
1.6. ¿TIENE EL ESTADO OBLIGACIONES ANTES DEL PROCESO DE CONSULTA?	35
1.7. ¿CUÁLES SON LAS OBLIGACIONES DEL PUEBLO CONSULTADO DURANTE EL PROCESO?	36
1.8. ¿CUÁLES SON LAS MEDIDAS QUE SE DEBE CONSULTAR?	36
1.9. ¿SE DEBE CONSULTAR SOBRE LAS MEDIDAS O LOS PROYECTOS ADOPTADOS ANTES DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA?	43
1.10. ¿CUÁNDO NO SE APLICA LA CONSULTA?	44
1.11. ¿CUÁNDO Y CÓMO SE INICIA LA CONSULTA? SE DICE LA “CONSULTA PREVIA”, PERO ¿PREVIA A QUÉ?	46
1.12. ¿CÓMO SE DEBE LLEVAR A CABO EL PROCESO?	48
1.13. ¿QUÉ SE DISCUTE DURANTE LA CONSULTA?	55
1.14. ¿SE DEBEN EVALUAR LOS IMPACTOS DE LA MEDIDA?	55
1.15. EN GENERAL, ¿CUÁL ES LA FINALIDAD DE LA CONSULTA?	56
1.16. ¿EXISTEN CASOS EN LOS CUALES EL ESTADO TIENE QUE OBTENER EL CONSENTIMIENTO DEL PUEBLO AFECTADO	57
1.17. ¿QUÉ PASA CUANDO EXISTE UN ACUERDO SOBRE LA MEDIDA?	59
1.18. ¿QUÉ PASA CUANDO NO EXISTE UN ACUERDO SOBRE LA MEDIDA?	60
1.19. ¿QUÉ SE PUEDE HACER EN CASO DE IRREGULARIDADES EN EL PROCESO O ANTE LA NO REALIZACIÓN DE LA CONSULTA?	61
1.20. ¿TIENE EL ESTADO OBLIGACIONES DESPUÉS DE LA CONSULTA?	62
<b>2. ANÁLISIS DEL MARCO NORMATIVO NACIONAL SOBRE EL DERECHO A LA TIERRA, AL TERRITORIO Y A LOS RECURSOS NATURALES A LA LUZ DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL PERÚ</b>	<b>63</b>
2.1. PRINCIPIOS BÁSICOS A CONSIDERAR EN LA TOMA DE DECISIONES ESTATALES	63
2.2. ¿LOS PUEBLOS INDÍGENAS TIENEN DERECHO A LA TIERRA O AL TERRITORIO?	66
2.3. ¿EN QUÉ CONSISTE EL DERECHO DE PROPIEDAD Y POSESIÓN SOBRE LAS TIERRAS QUE TRADICIONALMENTE OCUPAN O A LAS QUE HAN TENIDO TRADICIONALMENTE ACCESO?	71
2.4. ¿EN QUÉ CONSISTE EL OTORGAMIENTO DE MEDIOS NECESARIOS PARA EL DESARROLLO DE TIERRAS QUE POSEEN LOS PUEBLOS INDÍGENAS?	74
2.5. ¿CÓMO SE GARANTIZA LA TRANSMISIÓN DE DERECHOS SOBRE LA TIERRA Y EL TERRITORIO ENTRE PUEBLOS O CON TERCEROS AJENOS AL PUEBLO?	76
2.6. OCUPACIÓN DE LA TIERRA SIN TÍTULO DE PROPIEDAD	78
2.7. OCUPACIÓN DE LA TIERRA CON TÍTULO DE PROPIEDAD	83
2.8. PUEBLOS QUE HAN SIDO LIMITADOS EN EL EJERCICIO DE SU DERECHO A LA PROPIEDAD Y POSESIÓN DE SUS TIERRAS Y TERRITORIOS	90
2.9. LOS RECURSOS NATURALES EXISTENTES EN LA TIERRA O EL TERRITORIO INDÍGENA	95

<b>CAPITULO III:</b>	
<b>LOS DERECHOS A LA CONSULTA, TERRITORIO Y RECURSOS NATURALES APLICADOS A REDD+</b>	<b>107</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN</b>	<b>107</b>
1.1. ¿QUÉ ES REDD+?	107
1.2. ¿CÓMO EL PERÚ ESTÁ PARTICIPANDO EN REDD+?	109
<b>2. DERECHOS A LA CONSULTA Y PARTICIPACIÓN EN REDD+</b>	<b>110</b>
2.1. ¿CUÁLES SON LAS NORMAS DE CONSULTA Y PARTICIPACIÓN QUE SE APLICAN A REDD+?	110
2.2. ¿CUÁLES SON LOS PROCESOS ACTUALES EN LOS CUALES PARTICIPA EL PERÚ? ¿CÓMO SE GARANTIZAN LOS DERECHOS A LA PARTICIPACIÓN Y A LA CONSULTA?	123
2.3. ¿CUÁLES SON LOS OBSTÁCULOS EN LA NORMATIVIDAD NACIONAL SOBRE LA CONSULTA PARA UNA PLENA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS A LA PARTICIPACIÓN Y A LA CONSULTA PREVIA EN LA IMPLEMENTACIÓN DE REDD+?	127
2.4. RECOMENDACIONES ACERCA DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN Y CONSULTA Y LA PREPARACIÓN DE REDD+ EN EL PERÚ	128
<b>3. DERECHOS A TERRITORIO Y RECURSOS NATURALES EN REDD+</b>	<b>128</b>
3.1. DERECHOS A LA TIERRA, EL TERRITORIO Y RECURSOS NATURALES EN REDD+	130
3.2. ¿LOS PUEBLOS INDÍGENAS TIENEN DERECHO A OBTENER BENEFICIOS DE UN PROYECTO REDD+?	130
3.3. LAS SALVAGUARDAS, DIRECTRICES Y LINEAMIENTOS QUE ENMARCAN A LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS O PROMOTORAS DE REDD+	131
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>150</b>
<b>ANEXO</b>	<b>159</b>

## INTRODUCCIÓN

La publicación constituye el resultado de una amplia investigación acerca de derechos fundamentales para los pueblos indígenas: por un lado, los derechos a la consulta y a la participación, y por otro, los derechos al territorio y los recursos naturales. El objetivo ha sido evaluar la conformidad de la normatividad nacional con las normas y pautas internacionales actuales con miras a determinar en qué medida las deficiencias observadas constituyen amenazas para los pueblos indígenas en los procesos de preparación e implementación de REDD+ en el Perú. En efecto, REDD+ es una iniciativa que impactará la gestión de los bosques y tendrá necesariamente consecuencias para los pueblos indígenas. Mientras el Perú se encuentra en la fase de preparación, ya se están llevando a cabo proyectos REDD+ en el territorio nacional. Ese informe pretende aportar precisiones importantes que deberían tomarse en cuenta, no solo durante la preparación de REDD+ sino también a lo largo de su implementación. El análisis comparativo que se propone intenta lograr un nivel de precisión suficiente para poder, de ser el caso, formular recomendaciones debidamente sustentadas.

La publicación está dividida en tres capítulos:

- El Capítulo I pone en perspectiva la protección jurídica actual de los pueblos indígenas. Al recordar por qué y cómo el Derecho abordó esa temática se ponen de relieve las razones que guiaron el desarrollo del Derecho de los pueblos indígenas, lo que nos permite entender mejor los principios que gobiernan esa materia. Además, se recuerdan, de forma general, las obligaciones del Estado frente al Derecho internacional, distinguiendo entre las numerosas instituciones que serán citadas a lo largo del análisis. De tal manera, se invita al lector a consultar esa parte cada vez que surge una duda acerca de términos del Derecho internacional o articulación entre normas internacionales y nacionales.
- El Capítulo II tiene un enfoque comparativo, al analizar la conformidad de la normatividad nacional con los estándares internacionales aplicables acerca de los derechos a la consulta y participación y los derechos al territorio y los recursos naturales. Para cada aspecto del Derecho, se ha identificado las normas internacionales aplicables y las pautas existentes, se ha identificado las normas nacionales y se ha llegado a conclusiones en cuanto a su congruencia. El análisis ha permitido resaltar las contradicciones y vacíos de las normas nacionales en comparación de las normas internacionales, lo que debería dar lugar a correcciones o interpretaciones determinadas para asegurar el pleno goce de esos derechos. Esa parte del análisis tiene un enfoque general, sin limitarse al tema REDD+, así que constituye también un aporte autónomo en el debate actual sobre la protección de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú. Las referencias citadas y la bibliografía deben permitir al lector acceder directamente a las fuentes usadas.

La primera parte del Capítulo II se aplica al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, cuya implementación en el Perú ha sido una reivindicación continua de los pueblos indígenas y de la sociedad civil, así como el objeto de un arduo debate entre los partidarios de un desarrollo basado en los derechos y los que pensaban que los mecanismos de participación crearían obstáculos innecesarios a las inversiones. La adopción de la Ley 29785 del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, el 31 de agosto de 2011 —dieciséis años después de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)— constituye sin duda un paso significativo hacia la protección de los pueblos indígenas del Perú.

En efecto, la consulta previa permite la participación de los pueblos indígenas en el proceso de adopción de las medidas que los puedan afectar y, por ello, contribuye a proteger todos sus demás derechos. Sin embargo, adoptando y aplicando sus normas internas, los Estados deben seguir cumpliendo con los estándares internacionales aplicables, no solo por congruencia jurídica sino también para que ese paso histórico no se convierta en una mera maniobra política y, más bien, se empiecen a adoptar decisiones estatales desde una mira realmente intercultural, ganando la confianza de todos los ciudadanos.

Un año después de la adopción de la Ley 29785 del derecho a la consulta previa, su aplicación plena queda

suspendida a la finalización de un largo proceso de preparación de las autoridades públicas. Los aportes presentados en esta parte buscan contribuir al debate actual sobre la aplicación o reforma de las normas sustentando cambios normativos y operativos a corto plazo, así como servir de guía a todas las partes involucradas en procesos de consulta que buscan aclaraciones desde una mirada internacional. La presentación del análisis favorece la cronología de los eventos con miras a cubrir la totalidad del proceso de consulta y facilitar el uso del documento.

En cuanto al derecho al territorio y los recursos naturales, abordados en la segunda parte del Capítulo II, la historia no es muy diferente de la vivida por el derecho a la consulta. Es una demanda histórica de los pueblos indígenas del mundo, y cada Estado ha respondido a ella de diferentes maneras. En el Perú —al igual que en muchos países latinoamericanos que basan su economía en la extracción de recursos naturales principalmente energéticos y minerales y además cuentan con una gran extensión de su suelo habitada por pueblos indígenas—, la cuestión de la tierra es sumamente delicada, y más aún si tiene algunos ribetes de posible escisión cuando se vincula con el territorio: ¿a quién pertenece la tierra?, ¿existe realmente un derecho al territorio integral indígena?, ¿son los pueblos indígenas propietarios de los bosques?, ¿cuál es el contenido del derecho a la propiedad indígena?, ¿tiene el Estado límites a su soberanía?

En nuestro país, las respuestas se empezaron a dar en la década del setenta del siglo pasado y desde entonces se han emitido múltiples normas que han pretendido señalar un camino para ordenar el aprovechamiento de los recursos naturales y el reconocimiento de derechos sobre la tierra (aún se mantiene el temor a usar el término *territorio*). Lo que fue un intento de ordenamiento y reconocimiento de derechos pionero en su época, hoy se ha convertido en un conjunto de normas que deben ser actualizadas, modificadas, o incluso derogadas, considerando no solo los avances de la normativa nacional (en cuanto al aprovechamiento de los recursos naturales o las decisiones de conservación) sino también las obligaciones vinculadas con los derechos humanos en general —y con los pueblos indígenas en particular— asumidas por el Estado ante la comunidad internacional, especialmente el Convenio 169 de la OIT.

Como veremos en esta parte, el Derecho internacional de los derechos humanos actúa como un límite al poder soberano del Estado en beneficio de los pueblos indígenas. Se inicia cada tema con el desarrollo de los estándares internacionales, seguido por el desarrollo del marco nacional, y acompañado finalmente por conclusiones y recomendaciones. Es necesario precisar que el estudio se restringió a los pueblos indígenas amazónicos y al marco general de los recursos naturales, sin considerar las normas sectoriales mineras y energéticas.

- En el Capítulo III se intenta identificar los retos que presenta la preparación actual de REDD+ en el Perú para el goce efectivo de los derechos analizados en el Capítulo II. Se recuerda primero la definición de REDD+, y cómo el Perú está participando actualmente en esa iniciativa. De manera más precisa, se analiza la participación en el FCPF y el FIP. En cuanto a los derechos de participación y de consulta, se analiza cuáles son las normas que se deberían aplicar y cómo se deberían garantizar esos derechos durante la preparación e implementación de REDD+. Además, se identifican las debilidades de las normas vigentes que tendrán un impacto en el ejercicio de esos derechos en el tema REDD+.

En cuanto a tierra, territorio y recursos naturales relacionados a REDD+ se revisan, usando un enfoque de derechos humanos, los principios y directrices contenidos en los principales documentos del FCPF y del FIP, y de aquellos documentos operacionales de los principales actores internacionales: el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Banco Mundial. Finalmente se mostrará la necesidad de que el Estado impulse o realice acciones de reconocimiento efectivo de los derechos de los pueblos indígenas antes de la implementación del Mecanismo REDD+, así como la necesidad de adoptar medidas de urgencia de protección de derechos frente a la ejecución temprana de Proyecto REDD+.



## CAPÍTULO I

# ¿CUÁLES SON LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL?

# 1

### I. ANTECEDENTES: ¿POR QUÉ Y CÓMO SE PROTEGEN LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS?

#### I.1. La protección internacional de los derechos de los pueblos indígenas

Hasta una época muy reciente, el Derecho internacional no se preocupó del destino de los pueblos indígenas<sup>1</sup> por una razón sencilla: el Derecho internacional era el cuerpo de normas que regulaba estrictamente las relaciones entre los Estados, y únicamente los Estados. El goce de derechos como “comunidad” solo se podía concebir en la medida en que los pueblos hubieran sido reconocidos como Estados, lo que era

inconcebible por el efecto que ello hubiese tenido sobre la soberanía nacional<sup>2</sup>.

Al inicio del siglo XX, como menciona Rodolfo Stavenhagen, los «salvajes» de la época de la conquista “se transformaron en ‘minorías subdesarrolladas’ que habrían de ser conducidas hacia el progreso, la civilización y el desarrollo por gobiernos modernizadores, iluminados y bien intencionados”<sup>3</sup>. En 1945 se creó la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y se inició un proceso de redacción de instrumentos internacionales hacia la protección de los derechos humanos, pero sin considerar a los pueblos indígenas de manera específica<sup>4</sup>. Los avances mayores durante el siglo XX vinieron de una institución especializada de la ONU y anterior a ella: la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>5</sup>, creada en 1919 para mejorar

1 A lo largo de este informe se utilizará la expresión “pueblos indígenas” para referirse a los pueblos tribales e indígenas, en el sentido del Artículo 1 del Convenio 169 de la OIT.

2 Véase ANAYA (2004), *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford.

3 Stavenhagen (2006), *Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos*, en Berraondo M. (2006) *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Universidad de Deusto. Bilbao.

4 Los principales tratados de protección de los derechos humanos son consultables en el sitio web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>

5 Desde 1946, la OIT es una institución especializada del sistema de las Naciones Unidas, conforme al Artículo 57 de la Carta de las Naciones Unidas.

las condiciones de trabajo de los trabajadores. Desde 1921, la OIT llevó a cabo estudios referidos a las condiciones de trabajo de los trabajadores indígenas<sup>6</sup>. En 1957, la OIT adoptó el Convenio “relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes” (en adelante, el Convenio 107)<sup>7</sup>. Se trata del primer instrumento internacional vinculante que aborda de manera general la protección de los pueblos indígenas<sup>8</sup>. El propósito general del Convenio 107 consiste en la integración progresiva de los pueblos indígenas en la población de sus respectivos países<sup>9</sup>.

Durante las décadas de 1970 y 1980, que vieron el nacimiento del movimiento indígena, el texto del Convenio 107 atrajo las críticas por su paternalismo y la ocultación de las aspiraciones propias de sus beneficiarios<sup>10</sup>. La OIT inició un proceso de revisión que dio luz al Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales 169 en el año 1989<sup>11</sup> (en adelante, el Convenio 169)<sup>12</sup>. El objetivo del Convenio era, por un lado, garantizar que puedan disfrutar en pie de igualdad con los otros sectores de la población los mismos derechos, y por otro, asegurar que puedan mantener su modo de vida, sus instituciones y tradiciones, decidiendo sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo<sup>13</sup>. Así, el Convenio 169 reconoce a los pueblos indígenas el derecho de existir como un grupo culturalmente distinto, y de desarrollarse sin necesariamente incorporarse en el proceso de desarrollo escogido por la mayoría de la población.

Durante las dos décadas siguientes, se reunieron órganos de las Naciones Unidas, expertos, académicos y representantes

de los pueblos indígenas con miras a elaborar un instrumento internacional que abordaría la totalidad de las preocupaciones de los pueblos indígenas y establecería los estándares más altos posibles al respecto. El proceso culminó en el año 2007 con la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (en adelante, la Declaración). El texto goza de una legitimidad incontestable y constituye en la actualidad “el instrumento internacional más completo y avanzado sobre los derechos de los pueblos indígenas y la última incorporación a un creciente corpus de Derecho internacional de los derechos humanos”<sup>14</sup>. Por primera vez se reconoció el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación<sup>15</sup>, así como el carácter colectivo de sus derechos<sup>16</sup>.

## I.2. La protección nacional de los derechos de los pueblos indígenas

Desde la creación del Estado moderno hasta la recién aprobada Ley del Derecho a la Consulta Previa, la protección de los derechos de los pueblos indígenas ha progresado paulatinamente en el Perú.

En el plano constitucional, la existencia legal de las comunidades indígenas y el carácter imprescriptible de sus tierras han sido reconocidos desde la Constitución de 1920<sup>17</sup>. En 1979, la nueva Constitución cambia el régimen de las tierras al disponer que son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta, o en caso de expropiación

- 
- 6 Hannum, citado por Anaya (2004), pág. 76. Ese estudio fomentó la adopción de varios convenios: Convenio sobre el Reclutamiento de Trabajadores Indígenas, 1936 (núm. 50); Convenio sobre los Contratos de Trabajo (trabajadores indígenas), 1939 (núm. 64); Convenio sobre las Sanciones Penales (trabajadores indígenas), 1939 (núm. 65); Convenio sobre los Contratos de Trabajo (trabajadores indígenas), 1947 (núm. 86); Convenio sobre la Abolición de las Sanciones Penales (trabajadores indígenas), 1955 (núm. 104).
  - 7 La recomendación 104 de la OIT completa el Convenio 107.
  - 8 Entre los avances más notables, se pueden identificar: la no discriminación, la posibilidad de adoptar medidas especiales de protección, la consideración del derecho consuetudinario, el derecho a la educación en su lengua materna y el derecho a la propiedad colectiva de la tierra.
  - 9 El preámbulo del Convenio 107 menciona que “en diversos países independientes existen poblaciones indígenas y otras poblaciones tribales y semitribales que no se hallan integradas todavía en la colectividad nacional y cuya situación social, económica o cultural les impide beneficiarse plenamente de los derechos y las oportunidades de que disfrutaban los otros elementos de la población”. Véanse igualmente los Artículos 2.1, 4, 5, 7.2, 22.1 y 24 del Convenio 107.
  - 10 Anaya (2004), pág. 58; Gómez (2006), El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en Berraondo (2006), pág. 135.
  - 11 El Convenio 107 queda en vigor por los Estados que no han firmado el nuevo Convenio 169, como es el caso, en Latinoamérica, de Panamá, El Salvador, Cuba, Haití o República Dominicana.
  - 12 El preámbulo del Convenio 169 dispone que es “aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, con el fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores”, añadiendo que se reconocen “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”.
  - 13 Artículos 2 y 7 del Convenio 169. Véase STC 00022-2009-PI/TC, párr. 14.
  - 14 Charters y Stavenhagen (2009).
  - 15 Artículos 3 y 4 de la Declaración. Véanse Charters y Stavenhagen (2009).
  - 16 Además, la Declaración contiene disposiciones importantes sobre, entre otros, el territorio, la protección de la propiedad intelectual, la protección del medio ambiente y el resarcimiento por daños sufridos.
  - 17 Constitución para la República del Perú, dictada por la Asamblea Nacional de 1919 y promulgada el 18 de enero de 1920, Artículos 41 y 58. La Constitución de 1933 precisará que sus tierras son imprescriptibles, inalienables e inembargables, salvo excepciones (Constitución Política del Perú, 29 de marzo de 1933, párrs. 207-212). Véase Congreso de la República, Comisión Multipartidaria encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los pueblos indígenas, *Consulta previa: derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumento de gestión estatal para el fortalecimiento de la democracia, mayo 2009, Lima*.



por necesidad y utilidad públicas<sup>18</sup>. Se garantiza además el derecho a la indemnización. Por otra parte, se preservarán las “manifestaciones de las culturas nativas” y se promoverá el estudio y conocimiento de las “lenguas aborígenes”<sup>19</sup>. Las comunidades campesinas y nativas gozan de personería jurídica y se les reconoce un cierto grado de autonomía en sus asuntos interiores<sup>20</sup>. En la actualidad, la Constitución vigente de 1993 reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación, garantizando el derecho a la identidad étnica y cultural y fomentando la educación bilingüe e intercultural<sup>21</sup>. Se reconoce también el derecho consuetudinario<sup>22</sup>. Aunque se protege formalmente la propiedad comunal<sup>23</sup>, se dispone que las tierras abandonadas pasarán al dominio del Estado<sup>24</sup>.

En cuanto al desarrollo legislativo de esos derechos, se logró un reconocimiento progresivo que resultó en una situación de protección heterogénea, con una “fragmentación”<sup>25</sup> de las normas de protección, sin que exista una norma global que recopile todos los derechos de los pueblos indígenas<sup>26</sup>. Antes de la ratificación del Convenio 169, se adoptaron desde el 1978 la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva<sup>27</sup> y en 1987 la Ley General de Comunidades Campesinas<sup>28</sup>, que se enfocaron principalmente en la gestión del territorio. En 1995, la entrada en vigencia del Convenio 169 no dio luz a una implementación interna sistemática de los derechos consagrados internacionalmente. En lo que atañe a la legislación específicamente destinada a las comunidades, cabe mencionar el régimen de protección

de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados con los recursos biológicos (2002)<sup>29</sup>, el marco normativo sobre la educación bilingüe (2002)<sup>30</sup>, la creación del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano (INDEPA - 2005)<sup>31</sup> y el régimen de protección de los pueblos en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial (2006)<sup>32</sup>. Por otro lado, existen innumerables normas que regulan o impactan de manera directa los derechos de las comunidades nativas o campesinas, reglamentando el uso del territorio nacional o sus recursos<sup>33</sup> o las actividades económicas y las inversiones<sup>34</sup>. El punto de partida de esas normas no fue el reconocimiento de derechos, sino la regulación de actividades.

Sin embargo, el conjunto de derechos reconocidos internacional y nacionalmente siempre ha sido menoscabado por la falta de un derecho clave: el derecho a la consulta sobre medidas que pueden afectar a los pueblos indígenas<sup>35</sup>. A pesar de estar consagrado desde 1995, el derecho a la consulta solo fue mencionado en unas normas sectoriales, sin que se desarrolle su contenido normativo<sup>36</sup>. Las primeras iniciativas legislativas para implementar ese derecho fueron planteadas desde el año 2006<sup>37</sup>. Sin embargo, es solo después de los trágicos eventos de Bagua, en junio de 2009 que se impulsó el esfuerzo decisivo hacia la aprobación por el Congreso, el 19 de mayo de 2010, de la autógrafa de la Ley de Consulta. Observada por el Ejecutivo, la adopción de la Ley tuvo que esperar el cambio de mandato presidencial.

18 Constitución para la República del Perú, 12 de julio de 1979, Artículo 163.

19 Artículos 34 y 35.

20 Artículo 161.

21 Artículo 2, inciso 17 y Artículo 2, inciso 19; Artículo 48; Artículo 89.

22 Artículo 149.

23 Artículo 88.

24 Artículos 88 y 89. Véanse también los Artículos 134-139 del Código Civil.

25 Ballón Aguirre (2004) pág. 57. En lo que respecta a la Declaración, cabe mencionar que el gobierno peruano confirmó en 2012 no tener una estrategia global de aplicación de la Declaración. Véase respuesta del Estado peruano a la encuesta del Mecanismo de Expertos sobre mejores prácticas en la implementación de la Declaración: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Declaration/Peru.pdf>.

26 Para una presentación del marco legal vigente, véase CARE (2012), págs. 46-94.

27 Decreto Ley 22175. Véase también el DS 002-79-AA, el DS 003-79-AA y la RM 0244-93-AG.

28 Ley 24656 y sus reglamentos, aprobados por el DS 008-91-TR y el DS 004-92-TR.

29 Ley 2781 I, que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados con los recursos biológicos.

30 Ley 27818, para la Educación Bilingüe Intercultural.

31 Ley 2849, Ley del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano.

32 Ley 28736, para la protección de pueblos indígenas u organismos en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial.

33 Véanse, por ejemplo, Ley 26839, Ley sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica; Ley 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales; Ley 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre; Ley 2861 I, Ley General del Ambiente; Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos; Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas.

34 Véanse por ejemplo, Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada; Ley 27037, Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía.

35 Para una presentación de los antecedentes generales sobre el proceso de adopción de la Ley del Derecho a la Consulta Previa, véase Sevillano Arévalo (2010), así como Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF) y Oxfam (2011).

36 Véase la Resolución Ministerial 159-2000-PROMUDEH, Anexo. Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, Decreto Supremo 038-2001-AG, artículo 43. Ley General del Ambiente, artículo 72. En el sector energía y minas, véanse: Resolución Ministerial 596-2002-EM/DM, Decreto Supremo 028-2008-EM, artículo 4; Decreto Supremo 012-2008-EM, Artículo III del Título Preliminar y Resolución Ministerial 571-2008-MEM-DM, artículo 4.5. El Decreto Supremo 023-2011-EM, más completo y aprobado después de la sentencia de Tribunal Constitucional en el expediente 05427-2009-PC/TC, fue derogado por la Ley del Derecho a la Consulta Previa.

37 Véase, por ejemplo, el Proyecto de Ley 00413 del 04.10.2006, citado por Bermúdez Tapia (2011). El derecho a consulta de los pueblos indígenas. *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*, Tomo 39, Setiembre 2011, Lima, pág. 31.

La Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, fue finalmente adoptada el 23 de agosto de 2011 por el Congreso y promulgada el 7 de setiembre de 2011. El proceso de reglamentación de la Ley fue el producto de un proceso participativo, criticado<sup>38</sup>, a cargo de una Comisión Multisectorial, conformada por representantes de la PCM, de viceministerios y de organizaciones indígenas nacionales, y liderado por el Viceministerio de Interculturalidad<sup>39</sup>.

Según las pautas definidas en la Ley, se realizaron seis eventos macrorregionales en distintas regiones del país y un evento en Lima para informar a los pueblos indígenas sobre el alcance de la propuesta de reglamento. Por motivos de divergencias, tanto sobre el proceso como sobre el fondo, cuatro de las seis organizaciones indígenas nacionales que participaron en el proceso se retiraron antes de la etapa de diálogo con el Estado. Las dos organizaciones que participaron emitieron observaciones sobre el proyecto final y criticaron la inclusión de nuevas disposiciones no consultadas en los últimos momentos del proceso. Al final, ninguna organización aceptó el contenido del proyecto final. Sin embargo, la etapa de decisión resultó en la aprobación del reglamento, mediante el Decreto Supremo 001-2012-MC el 2 de abril de 2012. Esas normas serán evaluadas en el presente informe.

## 2. ¿QUÉ ES EL DERECHO INTERNACIONAL? ¿DEBE EL ESTADO RESPETAR EL DERECHO INTERNACIONAL?

El Derecho internacional se define como el derecho que se aplica a la sociedad internacional, es decir a los Estados y a las organizaciones internacionales, y de manera excepcional a los individuos<sup>40</sup>. A pesar de que no existe una “policía internacional” para investigar a los Estados, ni un tribunal

permanente que pueda condenar todos sus incumplimientos<sup>41</sup>, las normas del Derecho internacional sí son vinculantes y de obligatorio cumplimiento. En la práctica, los Estados las respetan por varias razones: la presión de la opinión pública nacional e internacional, la necesidad de presentarse de manera positiva en las relaciones internacionales o el medio de sanciones adoptadas por otros Estados u organizaciones internacionales<sup>42</sup>. Se identifican como fuentes formales y vinculantes de las obligaciones de los Estados<sup>43</sup>: (i) las convenciones internacionales; (ii) la costumbre internacional; (iii) los principios generales de Derecho, y (iv) las decisiones judiciales y las doctrinas de los autores de mayor competencia. Las **convenciones internacionales**, igualmente denominadas “tratados”, “convenios”, “pactos”, o “protocolos”, pueden identificarse como “contratos” entre los Estados, sean generales o particulares<sup>44</sup>. Son vinculantes porque los Estados expresaron su compromiso formal a acatarlos (más abajo). Conforman la fuente principal de las obligaciones estatales, especialmente en lo que respecta a los derechos humanos<sup>45</sup>.

La **costumbre internacional** es una fuente antigua del Derecho internacional que no radica en acuerdos formales y no necesariamente tiene un soporte material. Se enraza en una práctica constante y generalizada en las relaciones internacionales y en la aceptación de los Estados que esa práctica es de obligatorio cumplimiento<sup>46</sup>. Los **principios generales** de Derecho son reconocidos en todos los sistemas jurídicos de los Estados independientes<sup>47</sup>. Se trata, por ejemplo del respeto a los tratados, del cumplimiento de la cosa juzgada (es decir, decisiones judiciales finales), de la prohibición del abuso de derecho o del principio la reparación del acto ilícito. Se encuentran en tantos sistemas jurídicos que son considerados como universalmente aplicables.

Finalmente, se deben tomar en cuenta la **jurisprudencia** (las decisiones judiciales) y la **doctrina** (las opiniones de los

38 Véase, especialmente, Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH) (2012); Wiener Ramos L. (2012), disponible en: <http://www.observatoriotierras.info/publicaciones/12437>.

39 Resolución Suprema 337-2011-PCM. El Viceministerio de Interculturalidad desempeñó el cargo de Secretaría Técnica y asumió un papel decisivo en la redacción de la propuesta de Reglamento.

40 Álvarez Londoño (2007), pág. 46.

41 Existen tribunales internacionales, pero tienen una competencia limitada a ciertos incumplimientos. Se puede mencionar, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia de la ONU, el Tribunal Penal Internacional, o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Respecto de los derechos humanos, existen la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

42 Esas sanciones pueden consistir en la interrupción de las relaciones diplomáticas o económicas o en el embargo y la congelación de fondos y haberes financieros. Ver Capítulo VI y VII de la Carta de la ONU.

43 Artículo 38, inciso 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Anexo a la Carta de las Naciones Unidas.

44 La Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados define el tratado como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (artículo 2, inciso a).

45 Véase el sitio web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>

46 Álvarez Londoño (2007), pág. 181. Por ejemplo, la obligación de cumplir con los tratados firmados es una costumbre internacional vinculante. En lo que atañe derechos humanos, se puede mencionar la prohibición de la tortura, del genocidio, de la esclavitud o de la discriminación racial. Moeckli, Shah, Sivakumaran (2010), pág. 113.

47 Álvarez Londoño (2007), pág. 201.

mejores autores de las distintas naciones) como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho, es decir, como una fuente interpretativa. La jurisprudencia y la doctrina internacional no son directamente vinculantes, sino que pueden legítimamente tomarse en cuenta al momento de determinar el contenido de una obligación internacional. Sin embargo, de manera general, la jurisprudencia de las Cortes Internacionales es de obligatorio cumplimiento, a partir de tratados que lo fundamentan.

### 3. ¿CUÁLES SON LAS CONSECUENCIAS DE LA ADOPCIÓN DE UN TRATADO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS POR EL ESTADO PERUANO?

Al adoptar un tratado de derechos humanos, el Estado se compromete frente a la comunidad internacional, pero también frente a su propia población<sup>48</sup>, a una serie de obligaciones que es necesario precisar, antes de analizar de manera específica los estándares aplicables a la protección de los pueblos indígenas.

Primero, después de la negociación y firma, el acto que da efecto al tratado es su *ratificación*: el acta solemne de los órganos internos competentes del Estado que comprometen definitiva e internacionalmente al Estado<sup>49</sup>. Por ejemplo, el Convenio 169 fue ratificado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa 26253 del Congreso Constituyente Democrático del 26 de noviembre de 1993. Con la ratificación, el Estado está obligado a **cumplir** con las disposiciones del tratado **de buena fe**<sup>50</sup>, a partir de la fecha de su entrada en vigencia en Derecho interno y hasta la extinción del tratado. Esa obligación se aplica a todas las autoridades públicas (es decir, el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el

Poder Judicial, las autoridades centrales, así como autoridades descentralizadas)<sup>51</sup>. Es conveniente recordar que en el Perú, los tratados de derechos humanos forman parte del ordenamiento jurídico<sup>52</sup>, teniendo automáticamente un valor igual a la de la Constitución<sup>53</sup>, y son inmediatamente aplicables<sup>54</sup>.

Segundo, el Estado tiene que dar efecto, de manera concreta, a las disposiciones del tratado. Es ahora globalmente aceptado que los Estados tienen **tres tipos de obligaciones** específicas en la implementación de derechos humanos internacionalmente reconocidos<sup>55</sup>, que se categorizan de la manera siguiente:

(i) **‘Respetar’**: el Estado tiene la obligación “negativa” de no adoptar medidas que puedan vulnerar los derechos humanos. Esa obligación se aplica a todas las personas que laboran para el Estado.

(ii) **‘Proteger’**: el Estado tiene que asegurar que los derechos no sean vulnerados por terceros, es decir por otras personas privadas (individuos o empresas). Ello implica la obligación de investigar y castigar vulneraciones de derechos humanos<sup>56</sup>.

(iii) **‘Garantizar’**: la obligación de garantizar se refiere a la adopción de las medidas internas necesarias por el Estado para adaptar su realidad y asegurar el cumplimiento de sus obligaciones<sup>57</sup>.

Existen unos derechos cuyo cumplimiento demanda acciones específicas, por lo que resulta inaceptable la inacción del Estado, y a veces insuficiente la mera adopción de medidas normativas. En ciertas ocasiones se permite a los Estados *tomar medidas especiales* que discriminen positivamente a un sector dado de la población, con el fin de permitir el goce efectivo del derecho considerado. Además, es de resaltar que

48 Cabe recordar que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen un carácter específico. En efecto, en general, los tratados sancionan obligaciones recíprocas entre Estados, radicando el interés del uno en el cumplimiento del otro. Sin embargo, los tratados de derechos humanos no solo expresan obligaciones entre Estados, sino también compromisos frente a sus propios ciudadanos y a la comunidad internacional en general (Moeckli, Shah, Sivakumaran (2010), págs. 127-130). Véase Corte IDH, OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982, párr. 29.

49 Álvarez Londoño (2007), pág. 119.

50 Artículo 26 de la Convención de Viena de 1969, que codifica un principio de la costumbre internacional.

51 Artículo 27 de la Convención de Viena de 1969. Véase, por ejemplo, STC 05427-2009-PC/TC, fundamentos 26 y 38; STC 027-2009, fundamento 7.

52 STC 03343-2007-PA/TC, fundamento 3. Véase Ruiz de Molleda (2011), Guía de Interpretación de la Ley de Consulta, IDL, Lima, págs. 34-35.

53 Artículo 55 de la Constitución peruana. Sobre el valor constitucional del Convenio 169, véase STC 3343-2007-PA/TC; STC 6316-2008-PA/TC; STC 00022-2009-PI/TC, fundamento 10; STC 05427-2009-PC/TC, fundamento 9; STC 025-2009-PI/TC, fundamento 20; STC 027-2009, fundamento 7; STC 024-2009, fundamento 4.

54 Véase STC 0025-2005-PI/TC, fundamentos 25-34. Véase la referencia directa del Tribunal Constitucional a los artículos 7 y 18 del Convenio para reconocer el derecho de los pueblos indígenas a controlar intrusiones en su propiedad en la sentencia del expediente 01126-2011-HC/TC, fundamentos 25 y 43.

55 Moeckli, Shah, Sivakumaran (2010), págs. 130-132. Véase, por ejemplo, la Observación General 31 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas sobre el derecho a participar en la vida cultural, párr. 48. Véase también Corte IDH, *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C, N.º 172, párr. 96.

56 Véase Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C N.º 4, párrs. 172 y 176. En el Perú, el Tribunal Constitucional ha precisado que las personas privadas tengan también que respetar los derechos humanos (STC 03343-2007-PA/TC, fundamento 7.).

57 Véase, por ejemplo el Artículo 2 de la Convención Americana y el Artículo 2, inciso 1, del Convenio 169. Véase también STC 05427-2009-PC/TC, fundamento 35.

las disposiciones de un tratado de derechos humanos son estándares mínimos y que siempre es posible adoptar medidas de protección más garantistas de los derechos.

Tercero, y como consecuencia de lo mencionado, el incumplimiento de un convenio de derechos humanos implica la **responsabilidad internacional** del Estado y la obligación de resarcir los daños ocasionados<sup>58</sup>.

#### 4. ¿QUÉ VALOR TIENEN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS PARA EL PERÚ?

En los últimos años, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte Interamericana) ha emitido varias sentencias que han fortalecido la protección de los pueblos indígenas en varios países de Latinoamérica, por lo cual nos parece útil brindar algunas precisiones.

La Corte Interamericana pertenece, al lado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión), al sistema de protección de los derechos humanos desarrollado por los Estados de la Organización de los Estados Americanos (OEA)<sup>59</sup>. Por un lado, corresponde a la Comisión supervisar, especialmente mediante quejas individuales, el debido cumplimiento de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>60</sup>. Por el otro, para los Estados que han ratificado la Convención Americana y que además han aceptado la competencia de la Corte Interamericana, como lo hizo el Perú, corresponde a la Corte pronunciarse sobre violaciones de la Convención Americana por parte de ellos.

La Corte, conformada por siete jueces, puede emitir dos tipos de medidas: las opiniones consultivas, que constituyen opiniones interpretativas de la Corte sobre el contenido de la Convención Americana<sup>61</sup>, y sentencias contenciosas, definitivas e inapelables, mediante las cuales se pronuncia sobre violaciones concretas de la Convención Americana por parte de un Estado<sup>62</sup>. Las decisiones dictadas en casos contenciosos son de obligatorio cumplimiento por los Estados partes del caso<sup>63</sup>. Para los Estados que no han sido partes del caso, las sentencias de la Corte constituyen una interpretación autoritativa, en la medida en que son emitidas por la autoridad responsable de su fiscalización. En lo que respecta al Perú, se ha elegido una posición más garantista. En efecto, el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional dispone que:

“el contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

A partir de esa disposición, el Tribunal Constitucional ha derivado una obligación general para todos los poderes públicos internos, no solo de respetar la Convención Americana, sino también de cumplir con todas las sentencias emitidas por la Corte, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso<sup>64</sup>. De esa manera, las disposiciones del Derecho interno deben interpretarse a la luz de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana, aunque las normas no lo mencionen de manera expresa.

58 Corte Permanente de Justicia Internacional, caso *Usine de Chorzow*, 1928, Serie A N.º 17, pág. 29. Martín, Rodríguez-Pinzón, Guevara (2004), pág. 73. Véase el Artículo 40 de la Declaración.

59 Para una explicación detallada del sistema, véase Rodríguez, *El sistema interamericano de protección de derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en: [http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/PaginaExterna.aspx?url=/BibliotecaWeb/Varios/Material\\_Educativo/SI\\_Proteccion\\_DDHH.htm](http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/PaginaExterna.aspx?url=/BibliotecaWeb/Varios/Material_Educativo/SI_Proteccion_DDHH.htm) (consultado 15/08/2012).

60 Véase la Convención Americana (Artículo 41), el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Artículo 19), y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en su versión de 2011).

61 Artículo 64 de la Convención Americana. Sobre la opinión consultiva de la Corte, véase Corte IDH, OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N.º 1.

62 Artículos 61-63 de la Convención Americana. Se debe también mencionar las medidas provisionales que puede dictar la Corte en caso de emergencia (Artículo 63.2 de la Convención Americana).

63 Artículo 68 de la Convención Americana. Véase también Corte IDH, OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A N.º 3, párr. 32.

64 STC 2730-2006-PA/TC. El Tribunal Constitucional precisó que “las obligaciones relativas a la interpretación de los derechos constitucionales no solo se extienden al contenido normativo de la Convención [Americana] *stricto sensu*, sino a la interpretación que de ella realiza la Corte a través de sus decisiones”. Además, dispuso que “la vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutoria [...], sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. La cualidad constitucional de esta vinculación derivada directamente de la CDFT de la Constitución, tiene una doble vertiente en cada caso concreto: a) reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensarse una adecuada y eficaz protección, y b) preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la CIDH, de las que, lamentablemente, nuestro Estado conoce en demasía. Es deber de este Tribunal, y en general de todo poder público, evitar que este negativo fenómeno se reitere” (Fundamentos 11-13). Véase también STC 0218-02-HC/TC, fundamento 2 y STC 0007-2007-PI/TC, fundamento 36.

## 5. ¿CUÁLES SON LOS OTROS ORGANISMOS INTERNACIONALES QUE SE PRONUNCIAN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS? ¿SON VINCULANTES SUS PRONUNCIAMIENTOS?

Hoy en día, numerosos órganos de las Naciones Unidas se han pronunciado sobre los derechos de los pueblos indígenas. El órgano más alto en la jerarquía de las Naciones Unidas es la Asamblea General, conformados por representantes de cada uno de los 193 Estados miembros de la organización. La Asamblea emite resoluciones que abarcan recomendaciones o declaraciones, que no tienen un carácter vinculante<sup>65</sup> pero que llevan un alto peso político y gozan de una alta legitimidad por el consenso que manifiestan<sup>66</sup>. La resolución más importante adoptada por la Asamblea General acerca de los pueblos indígenas fue la resolución 61/295<sup>67</sup>, que aprobó en 2007 la **Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas** (en adelante, la Declaración). Aunque no constituye un documento jurídicamente vinculante por su rango normativo, la Declaración tiene un valor muy especial. En efecto, el texto fue adoptado con la casi unanimidad de todos los Estados del mundo<sup>68</sup> y con el apoyo del Estado peruano<sup>69</sup>. Todos los Estados aceptaron que la Declaración fija las metas actuales en término de protección de los pueblos indígenas. Además, goza de una alta legitimidad entre las organizaciones indígenas por su participación activa en el proceso de redacción<sup>70</sup>.

El Tribunal Constitucional ha considerado la Declaración como un guía o un código de conducta<sup>71</sup> para implementar los derechos de los pueblos indígenas, precisando que “cuando entre las disposiciones de la Declaración [...] y las del Convenio 169 no existan antinomias, aquellas pueden entenderse a manera de interpretación autorizada de éstas últimas”<sup>72</sup>. En efecto, cabe resaltar que, según el Derecho internacional, un tratado debe interpretarse teniendo en cuenta “toda forma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”<sup>73</sup>. Por ello, la Declaración debe, por lo menos, servir de guía para interpretar el Convenio 169 de manera evolutiva y conforme a la posición actual de la comunidad internacional<sup>74</sup>. Últimamente, el Tribunal Constitucional se ha referido directamente a la Declaración para reconocer el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación<sup>75</sup>. Finalmente, hay que señalar que unos autores van hasta considerar que los principios básicos de la Declaración podrían tener rango de costumbre internacional<sup>76</sup>.

En segundo lugar, hay que mencionar los **órganos de control de la OIT**<sup>77</sup>. En efecto, el Convenio 169, redactado dentro del marco de la OIT, está sometido a varios procedimientos de control que nos informan sobre el alcance de sus disposiciones. A partir de las disposiciones del Convenio 169 y de la Constitución de la OIT, los Estados partes tienen la obligación de emitir reportes periódicos sobre la aplicación del Convenio<sup>78</sup>. Esos informes son examinados anualmente por un grupo de veinte expertos independientes que conforman la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (en adelante, la CEACR), que pueden comunicar recomendaciones acerca de la aplicación del Convenio<sup>79</sup>. Por otro lado, la OIT ha

65 Artículo 10 de la Carta de las Naciones Unidas. Por ejemplo, la Declaración de los Derechos Humanos.

66 Moeckli, Shah, Sivakumaran (2010), pág. 120. Además, el voto de esas resoluciones puede constituir la prueba de una costumbre internacional [Daillier y Pellet (2002), pág. 380].

67 Doc. A/RES/61/295 del 13.09.2007.

68 El texto fue adoptado con 143 votos a favor, cuatro en contra y once abstenciones (véase el comunicado de prensa de la Asamblea General, Doc. GA/10612). Los cuatros Estados que votaron en contra en 2007 (Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda) han cambiado desde entonces su posición y han expresado su apoyo al texto.

69 El Perú votó a favor del texto y fue uno de sus promotores. Cabe mencionar que, durante el debate en la Asamblea General que precedió el voto del texto, el representante del Estado peruano expresó que “por primera vez en la historia de la ONU, representantes de pueblos indígenas, beneficiarios de los derechos reconocidos en esa Declaración, han participado de manera activa en el grupo de trabajo, lo que otorga al documento una legitimidad indiscutible” (Doc. ONU A/61/PV.107, págs. 10-11; la traducción es nuestra; subrayado nuestro).

70 Véase Charters y Stavenhagen (2009).

71 STC 00022-2009-PI/TC, fundamento 7 y 8. STC 024-2009-PI, fundamento 14.

72 STC 0024-2009-PI, fundamento 14.

73 Convención de Viena de 1969, Artículo 33, inciso 3.

74 Véanse las Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU, Estados Unidos de América, 8 de mayo de 2008, 72 período de sesiones, Doc. CERD/C/USA/CO/6, párr. 29. Según la Comisión Multipartidaria encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los pueblos indígenas, la Declaración podría considerarse como un “acuerdo internacional”, en el sentido de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 (2009, págs. 74-75).

75 STC 01126-2011-HC/TC, fundamento 23.

76 Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, 10 de agosto de 2011, Doc. ONU A/66/288, párr. 68.

77 Para mayor información, véase OIT (2009), Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica. Una Guía sobre el Convenio 169 de la OIT. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. OIT. Ginebra, pág.págs. 172-185.

78 Artículo 42 del Convenio 169; Artículos 22 y 23 de la Constitución de la OIT.

79 Al respecto, la CEACR precisó: “En varias ocasiones, la Comisión de Expertos ha señalado que, aunque su mandato no incluye el deber de dar interpretaciones de los convenios de la OIT, a fin de llevar a cabo su función de determinar si las exigencias de los convenios se respetan, tiene que examinar el alcance jurídico y el significado de las disposiciones de dichos convenios, cuando proceda”. Informe CEACR, Conferencia Internacional del Trabajo, 100.a reunión, 2011, Informe III (Parte IA), Convenio 169, pág. 860.

instituido un mecanismo propio de quejas (“reclamaciones”)<sup>80</sup> que, de ser oportuno, pueden ser sometidas a un grupo de expertos (‘comité tripartito’). El Consejo de Administración de la OIT puede adoptar el informe final emitido y comunicar recomendaciones al Estado. Esos pronunciamientos no son directamente vinculantes, sino que ayudan a precisar el alcance de las obligaciones estatales derivadas del Convenio. Tienen un alto valor interpretativo, pues provienen de la institución internacional encargada de supervisar su cumplimiento.

Por otra parte, hay que tener presente que los pueblos indígenas gozan de la protección de los tratados generales sobre derechos humanos<sup>81</sup>. A partir de esos tratados, los Estados partes han acordado someterse a la verificación de su cumplimiento ante órganos independientes y especializados, llamados “**órganos de tratados**”<sup>82</sup>. Cada órgano emite informes periódicos sobre la aplicación del tratado que monitorea y la mayoría puede recibir quejas de individuos. Los pronunciamientos de esas instituciones, sean de alcance general o particular, tienen un valor jurídico especial por emanar de órganos especialmente instituidos por los Estados para interpretar y velar por el cumplimiento de un tratado específico. Al respecto, es importante mencionar el Plan Nacional de Derechos Humanos 2005-2010, ampliado hasta el 2011 y ahora en proceso de revisión, que precisa que “si un Estado ratifica un tratado que prevé la emisión de recomendaciones de un órgano especializado, tiene la obligación de realizar, de buena fe, sus mejores esfuerzos para evaluar y atender dichas recomendaciones”<sup>83</sup>.

Además, existen tres instituciones especializadas en el tema indígena que emiten regularmente informes y recomendaciones de alta pertinencia. Primero, el **Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas** (el

Relator Especial) es un experto<sup>84</sup> adscrito al Consejo de Derechos Humanos<sup>85</sup> que tiene el mandato de aconsejar dicho Consejo y promover el cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas, redactando informes, llevando a cabo visitas de campo y recibiendo informaciones de todas las partes involucradas<sup>86</sup>. Segundo, dentro del Consejo de Derechos Humanos, se instituyó un comité de cinco expertos internacionales sobre el tema indígena, el “**Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**”<sup>87</sup> (el Mecanismo de Expertos), que publica recomendaciones e informes temáticos, guiando las acciones del Consejo de Derechos Humanos. Finalmente, se debe mencionar el “**Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas**” de la ONU (el Foro Permanente), que es un organismo asesor del Consejo Económico y Social<sup>88</sup> y tiene un mandato general sobre el examen de la situación de los pueblos indígenas en el mundo. Además, la Declaración encarga al Foro Permanente, entre otras instituciones, promover el respeto de su plena aplicación<sup>89</sup>.

**Ningún documento emitido por esas instituciones tiene directamente un valor jurídicamente vinculante.** Sin embargo, sus informes llevan un alto valor, tanto político como académico, por el renombre de sus autores y la profundidad de sus análisis jurídicos. Contribuyen a la ‘doctrina internacional’, que es una fuente interpretativa del Derecho internacional. Al respecto, es de resaltar que el Tribunal Constitucional ha considerado que la regla según la cual derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales “contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano”<sup>90</sup>.

80 Artículo 24 de la Constitución de la OIT.

81 Se trata de los tratados siguientes: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derecho, Civiles y Políticos; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

82 Los órganos que más se han pronunciados sobre los derechos de los pueblos indígenas son: el Comité de Derechos Humanos (del Pacto Internacional sobre los derechos civiles y políticos), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) (del Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales), y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial). Véase la web del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>.

83 Plan Nacional de Derechos Humanos 2005-2010, El Peruano, 11.12.2005, pág. 305958, disponible en: <http://www.pcm.gob.pe/PNDH-2006-2010.pdf>.

84 El profesor James Anaya es el actual Relator Especial. Su mandato vence en 2013. Anaya es profesor de Derecho internacional y derechos humanos de la Universidad de Arizona (EEUU).

85 El Consejo de Derechos Humanos es el órgano principal de la ONU encargado de la protección y promoción de los derechos humanos. Creado en 2006 como un órgano subsidiario de la Asamblea General, reemplazó la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (Doc. ONU, Res. A/60/251).

86 Véase Resolución 15/14 del Consejo de Derechos Humanos.

87 Resolución 6/36 del Consejo de Derechos Humanos del 14.12.2007. Eso grupo reemplaza el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas de la antigua Comisión de Derechos Humanos.

88 El Consejo Económico y Social es uno de los seis órganos principales de la ONU, al lado de una Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Administración Fiduciaria, la Corte Internacional de Justicia y la Secretaría.

89 Artículo 42 de la Declaración. Véase Foro Permanente, Informe de la Octava Sesión, E/C.19/2009/14, Anexo.

90 STC 0218-02-HC/TC, fundamento 2.

Institución	Posición en la ONU	Documentos que emite	¿Por qué tomarlo en cuenta?
Asamblea General	Órgano más alto en la jerarquía, compuesto por todos los Estados de las ONU (193).	Resoluciones: declaraciones y recomendaciones.	Goza de una muy alta legitimidad política internacional. Puede constituir a la conformación de la 'costumbre internacional' (que es vinculante)
Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones	Expertos independientes nombrados por el Consejo de Administración de la OIT. La OIT es una institución especializada de la ONU.	Informes anuales sobre el cumplimiento del C169 que abarca observaciones generales y observaciones por país. Emite recomendaciones.	Es una institución independiente de alta calificación que revisa específicamente el cumplimiento de las convenciones adoptadas dentro de la OIT. = Interpretación "oficial".
Comité encargado de examinar una reclamación (Comité Tripartito)	Compuesto por tres miembros del Consejo de Administración de la OIT.	Informes sobre quejas.	Los Estados han aceptado la posibilidad de enfrentar quejas. Tienen que tomar en cuenta los informes de buena fe. Tiene por misión exclusiva controlar el cumplimiento de los convenios de la OIT.
Órganos de tratados	Independientes, pero son auspiciados por la ONU <sup>91</sup> .	Recomendaciones generales o particulares que se pueden llamar: observaciones (generales o finales) o recomendaciones.	Alta legitimidad política y jurídica. Son órganos creados por los Estados mismos, por el propio tratado que monitorean (= Interpretación "oficial"). Implica aplicación de buena fe.
Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	Experto nombrado por el Consejo de Derechos Humanos.	Informes y declaraciones públicas que contienen recomendaciones y propuestas.	Es un experto independiente y reconocido en Derecho de los pueblos indígenas, con amplia experiencia (órgano especializado).
Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas	Grupo de trabajo del Consejo de Derechos Humanos.	Informes, estudios, opiniones.	Son expertos independientes y reconocidos. Los mandatarios actuales son indígenas con experiencias diversas (órgano especializado).
Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas	Órgano adscrito al Consejo Económico y Social de la ONU.	Informes que contienen recomendaciones.	Son expertos independientes, nombrados en parte por los Estados y en mitad por los indígenas (órgano especializado).

91 El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales depende del Consejo Económico y Social de la ONU.



Liliana García / DAR

## 6. ¿CÓMO SE DEBEN INTERPRETAR LAS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS?

De manera general, los tratados internacionales tienen que interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin<sup>92</sup>. Respecto de los derechos humanos, existe un principio adicional, conocido como “**el principio pro homine**”, según el cual las normas tienen que interpretarse a favor de una protección extensiva de los derechos y que sus limitaciones deben explicarse de manera restrictiva<sup>93</sup>. Tanto el Convenio 169

como la Convención Americana mencionan ese principio de interpretación<sup>94</sup>. En el Perú, ese principio ha sido consagrado por el Tribunal Constitucional, que resaltó que “los tratados de derechos humanos deben interpretarse no solo de buena fe y atendiendo a su objeto y propósito (artículo 31 de la Convención de Viena), sino también en atención al principio pro homine, es decir, prefiriendo la interpretación que mejor favorezca a la protección de los derechos humanos”<sup>95</sup>. Es útil recordar que los derechos reconocidos por la Constitución peruana tienen que interpretarse a la luz de los tratados de derechos humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana<sup>96</sup>. Esos estándares plantean un nivel de protección mínimo, que siempre puede incrementarse.

92 Artículo 31, inciso 1, de la Convención de Viena de 1969.

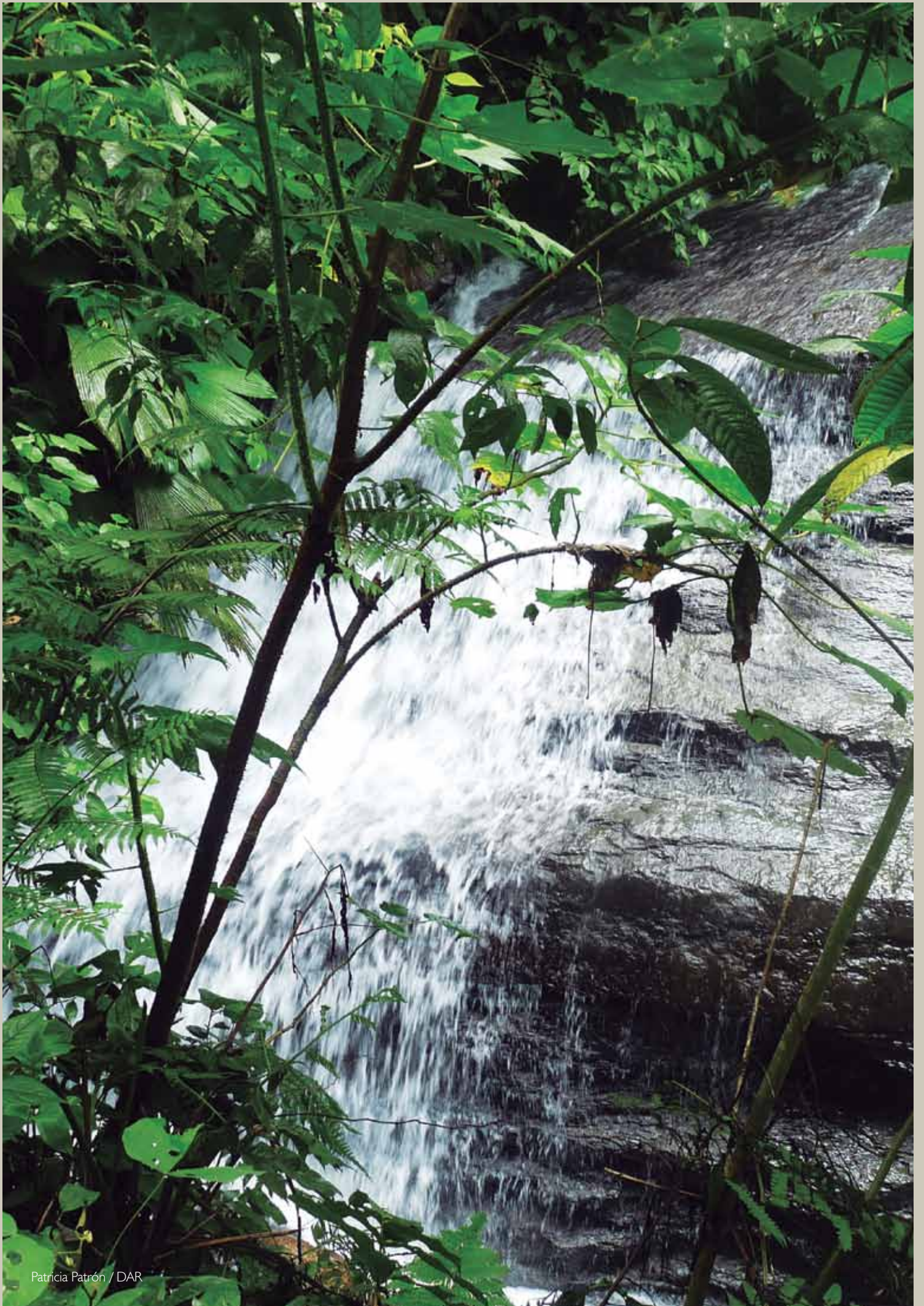
93 Corte IDH, OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No 5, Opinión separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, párr. 12.

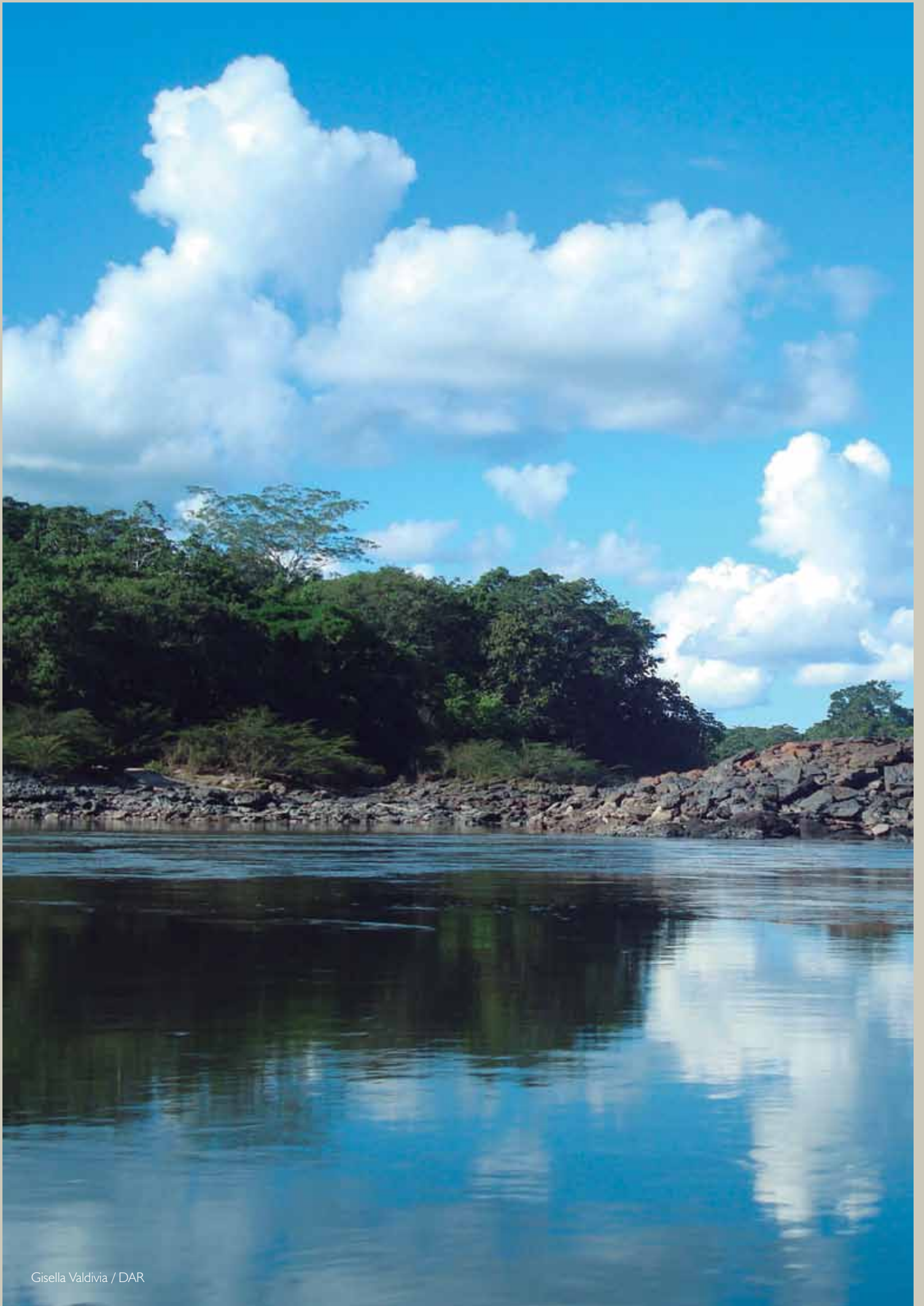
94 Artículo 35 del Convenio 169 y Artículo 29 de la Convención Americana.

95 Véase STC N.º 0075-2004-AA/TC, fundamento 6. STC 054-2009-PC/TC, fundamento 35.

96 Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Véase también STC 0218-02-HC/TC, fundamento 2; STC 2730-2006-PA/TC, fundamentos 9-11; STC 5854-2005-PA/TC, fundamento 23. Según el Tribunal Constitucional, el Convenio 169 “viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas” (STC 022-2009-PI/TC, fundamento 9; STC 027-2009-PI/TC, fundamento 7).







## CAPÍTULO II

# ANÁLISIS DEL MARCO NORMATIVO NACIONAL A LA LUZ DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL PERÚ:

## DERECHO A LA CONSULTA, TERRITORIO Y RECURSOS NATURALES

# 2

### I. ANÁLISIS DEL MARCO NORMATIVO NACIONAL A LA LUZ DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL PERÚ: DERECHO A LA CONSULTA

El objeto de la presente sección es evaluar la conformidad de la Ley 29785 del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT (en adelante, “la Ley”) y de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 001-2012-MC (“el Reglamento”), con los estándares internacionales aplicables.

#### I.1. Introducción: ¿por qué una consulta previa?

El derecho de los pueblos a ser consultados por el Estado antes de adoptar decisiones que los puedan afectar es un **derecho colectivo**<sup>97</sup>, consagrado por el Convenio 169 y reafirmado

por la Declaración de 2007. Por ello, la consulta es una obligación internacional de índole convencional, por emanar de un tratado. La Corte Interamericana estima, además, que la consulta previa constituye un “**principio general de Derecho internacional**”<sup>98</sup>.

El derecho a la consulta constituye una garantía de índole procesal que debe asegurar que se escuche y se tome en cuenta la posición de esos pueblos antes de modificar su situación<sup>99</sup>. Es un principio fundamental para eliminar el enfoque integracionista de las políticas anteriores<sup>100</sup>. Los derechos a la consulta previa y a la participación constituyen “la piedra angular del Convenio [169]”<sup>101</sup> que permite, por la institucionalización del diálogo<sup>102</sup>, garantizar todos los demás derechos de los pueblos indígenas<sup>103</sup>, contribuyendo asimismo a prevenir y resolver conflictos de intereses al beneficio de la cohesión social en el respeto de la diversidad<sup>104</sup>.

97 Corte IDH, caso *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Fondo y reparaciones, sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No 245, párr. 231. STC 025-2009-PI/TC, fundamento 22.

98 Corte IDH, caso *Pueblo Kichwa de Sarayaku*, párr. 164.

99 En su informe de julio 2012, el Relator precisó: “la norma sobre consulta y consentimiento que se aplica específicamente a los pueblos indígenas es un medio para hacer efectivos estos derechos y se justifica además por el carácter generalmente marginado de los pueblos indígenas en la esfera

El derecho a la consulta no es un privilegio, sino más bien una garantía para que esos pueblos puedan efectivamente beneficiarse de los derechos humanos en las mismas condiciones que los demás sectores de la población, dadas las injusticias que han sufrido en el pasado<sup>105</sup>, pero de una manera que sea conforme con su identidad y sus aspiraciones, respetando su derecho a la autodeterminación<sup>106</sup>. El Tribunal Constitucional mencionó que a través del diálogo intercultural entablado por la consulta previa e informada se tiene como finalidad incluir a un grupo humano históricamente postergado en el proceso de toma de decisiones públicas y otorgar al Estado legitimidad en sus decisiones, garantizando que el desarrollo económico no se contraponga, sino más bien se armonice con el derecho de los pueblos indígenas a su bienestar y desarrollo<sup>107</sup>. Además, constituye un deber del Estado.

## 1.2. ¿Por qué son distintos la consulta previa, el derecho a la participación y la participación ciudadana en la gestión ambiental?

Cabe resaltar que el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación son derechos complementarios<sup>108</sup>, pero distintos<sup>109</sup>. En lo que respecta a los pueblos indígenas,

el derecho a la participación tiene dos dimensiones: una interna y otra externa<sup>110</sup>. La dimensión interna se refiere al ejercicio de la autonomía y el autogobierno de los pueblos indígenas y al mantenimiento de sus propios sistemas jurídicos y de justicia. Acerca de la dimensión externa, por un lado, el derecho alude a la participación en la vida política en general, que es un derecho político reconocido en varios instrumentos internacionales<sup>111</sup>. El Convenio 169 reconoce la obligación de los Estados de 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*, en 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<sup>112</sup>, lo que hace necesaria la adopción de medidas especiales a favor de los pueblos indígenas<sup>113</sup>.

Por otro lado, se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a participar en la adopción de decisiones estatales acerca de medidas que afecten sus derechos o intereses<sup>114</sup>. El derecho a la consulta constituye una *garantía* de esa dimensión del derecho a la participación<sup>115</sup>, pero no basta para dar cumplimiento a ese derecho<sup>116</sup>.

política, pero es una norma que, sin lugar a dudas, no representa el pleno alcance de estos derechos" (Informe del Relator Especial, 6 de julio de 2012, Doc. ONU A/HRC/21/47, párr. 51).

- 100 Por ejemplo, Informe CEACR, Conferencia Internacional del Trabajo, 100.ª reunión, 2011, Informe III (Parte IA), Convenio 169, Observación General sobre la Obligación de Consulta.
- 101 Por ejemplo, véase Informe CEACR, Conferencia Internacional del Trabajo, 98.ª reunión, 2009, Informe III (Parte IA).
- 102 Informe CEACR, Conferencia Internacional del Trabajo, 96.ª reunión, 2007, Informe III (Parte IA), Convenio 169, Ecuador. Informe CEACR, Conferencia Internacional del Trabajo, 95.ª reunión, 2006, Informe III (Parte IA), C169, Convenio 169, Guatemala.
- 103 Mecanismo de Expertos, Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, Opinión 2, Doc. ONU A/HRC/EMRIP/2011/2, párrs. 13 y 22; STC 06316-2008-PA/TC, fundamento 18; Informe Relator Especial (2012), Doc. ONU A/HRC/21/47, párr. 49.
- 104 OIT, reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Brasil, (GB.295/17):(GB.304/14/7), párr. 44. OIT, reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Guatemala (GB.294/17/1) : (GB.299/6/1), párr. 53.
- 105 *Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT*, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, OIT, 2009, Ginebra, pág. 30.
- 106 Véase STC 06316-2008-PA/TC, fundamento 20; STC 03343-2007-PA/TC, fundamento 33. Informe del Relator Especial, 10 de agosto de 2011, Doc. ONU, A/66/288, párr. 79.
- 107 STC 05427-2009-PC/TC, fundamento 57.
- 108 OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, México (GB.286/20/1):(GB.296/5/3), párr. 35.
- 109 Artículo 6 y 7 del Convenio 169. Informe CEACR, Conferencia Internacional del Trabajo, 99.ª reunión, 2010, Informe III (Parte IA), Convenio 169, Colombia. Mecanismo de Expertos, Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, 17 de mayo de 2010, Doc. ONU A/HRC/EMRIP/2010/2, párr. 5.
- 110 Informe provisional del Relator Especial, 9 de agosto de 2010, Doc. ONU A/65/264, párr. 41-46. Mecanismo de Expertos, Doc. ONU A/HRC/EMRIP/2010/2, págs. 12-24.
- 111 Por ejemplo, Artículo 21 de la Declaración Universal, Artículo 25 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, Artículo 5, inciso c, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.
- 112 Artículo 6, inciso 1.b del Convenio 169.
- 113 Corte IDH, caso *Yatama vs. Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No 127. Relator Especial, Doc. ONU A/65/264, op.cit., párr. 43. Esas medidas pueden consistir en cuotas de asientos en órganos elegidos o en la institucionalización de la participación, en varios niveles de toma de decisión.
- 114 Artículo 7 del Convenio 169 y Artículo 18 de la Declaración (Doc. ONU A/65/264, párr. 44). De manera específica, el Convenio reconoce el derecho de participación en asuntos determinados. Se trata principalmente de la protección y preservación del medio ambiente de los territorios que habitan (artículo 7.4); programas de formación profesional (artículo 22.1); fortalecimiento de las actividades tradicionales (artículo 23.1); organización de los servicios de salud (artículo 25.2); formulación y ejecución de programas de educación (artículo 27.2). La Declaración contiene más de veinte disposiciones referidas a la participación.
- 115 Corte IDH, caso *Pueblo Kichwa de Sarayaku*, párr. 160. Relator Especial, Doc. ONU A/65/264, párr. 44.
- 116 Véase Comisión Multipartidaria encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los pueblos indígenas (2009), pág. 81-82.

Hay que descartar que los mecanismos de “participación ciudadana” en la gestión ambiental previstos en el Derecho nacional para las actividades petroleras y mineras<sup>117</sup>, que prevén mecanismos meramente informativos, no cumplen con las exigencias de la consulta previa<sup>118</sup> (más abajo). Sin

embargo, esos mecanismos siguen vigentes, beneficiando a la población en su conjunto. El proceso de consulta es un mecanismo adicional que beneficia exclusivamente a los pueblos indígenas y tribales.

	<b>El derecho a la participación política</b>	<b>Participación ciudadana en la gestión ambiental (energía y minas)</b>	<b>Participación indígena en adopción de medidas que los afectan / Derecho a la consulta</b>
<b>Resumen</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- derecho de votar</li> <li>- derecho de ser elegido</li> <li>- derecho de postular a y ejercer cargos públicos</li> <li>- derecho de participar en los asuntos públicos</li> </ul> <p>En el Perú, se prevé también:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- la iniciativa de reforma constitucional</li> <li>- la iniciativa en la formación de las leyes</li> <li>- el referéndum</li> <li>- la iniciativa en la formación de dispositivos municipales y regionales</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- derecho de solicitar información acerca de los proyectos</li> <li>- derecho de asistir a eventos presenciales, talleres informativos y audiencias públicas</li> <li>- derecho de comunicar observaciones orales y escritas</li> <li>- derecho de participar en el monitoreo y la vigilancia ambiental</li> </ul>	<p>Participación en el proceso + Consulta formal:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- derecho al diálogo genuino</li> <li>- posibilidad de influir en el resultado</li> <li>- derecho a la información</li> <li>- derecho al cumplimiento de pautas procesales</li> <li>- en ciertos casos, derecho al consentimiento</li> <li>- derecho al cumplimiento de lo acordado</li> </ul>
<b>Beneficiarios</b>	<p>Todos los ciudadanos. Es un derecho individual. Pueden necesitar medidas especiales a favor de los pueblos indígenas.</p>	<p>Todos los ciudadanos. Se considera con mayor atención a los pobladores del área de influencia del proyecto. Es un derecho individual.</p>	<p>Pueblos indígenas y tribales afectados por la medida. Es un derecho colectivo.</p>
<b>Objetivo</b>	<p>Fomentar la democracia representativa</p>	<p>Asegurar la información completa del sector sobre los impactos potenciales y informar a la población acerca del proyecto.</p>	<p>Asegurar que se tome en cuenta las posiciones de los pueblos afectados. Lograr el consentimiento o llegar a un acuerdo sobre la medida</p>

117 Ley 28611, Ley General del Ambiente. Véase especialmente, DS 012-2008-EM y DS 028-2008-EM.

118 STC 05427-2009-PC/TC, fundamento 62. Véase Ruiz Molleda (2011), pág. 158.

### I.3. ¿Quiénes son los actores de la consulta?

Los actores de la consulta son: el Estado y los pueblos indígenas afectados por la medida.

#### Comparación directa de las normas internacional y nacional

	Derecho internacional	Derecho nacional
<b>Pueblos beneficiarios</b>	<p>El Convenio 169 se aplica a los “pueblos “tribales” y a los “pueblos indígenas”<sup>119</sup>.</p> <p><b>Pueblos tribales:</b> pueblos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial<sup>120</sup>.</p> <p><b>Pueblos indígenas:</b> pueblos considerados indígenas por:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales.</li><li>- cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.</li><li>- la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio.</li></ul> <p><b>Criterios</b></p> <p>Existe un consenso para identificar criterios de identificación de los pueblos indígenas<sup>121</sup>:</p> <p><b>Criterios objetivos</b></p> <ul style="list-style-type: none"><li>- Continuidad histórica, es decir, que son sociedades anteriores a la conquista o la colonización.</li><li>- Conexión territorial (sus ancestros habitaban el país o la región).</li><li>- Instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas (retienen algunas/todas sus instituciones propias).</li></ul> <p><b>Criterio subjetivo:</b> autoidentificación como pueblo indígena (= se considera indígena o se identifica como perteneciente a ese pueblo)<sup>122</sup>.</p> <p>Estos criterios deben tomarse en cuenta en su conjunto, acordando una importancia fundamental a la autoidentificación<sup>123</sup>.</p>	<p>Ley de Consulta Previa se aplica a los <b>pueblos indígenas u originarios</b><sup>124</sup>.</p> <p>No se hace referencia a los pueblos tribales.</p> <p>Se refiere en general a los “<b>pueblos indígenas</b>”<sup>125</sup>. Estos:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- descenden de poblaciones que habitaban en el país en la época de la colonización.</li><li>- cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.</li><li>- al mismo tiempo, se autorreconozcan como tales.</li></ul> <p><b>Criterios</b></p> <p>Se identifican igualmente los siguientes criterios de identificación<sup>126</sup>:</p> <p><b>Criterios objetivos</b></p> <ul style="list-style-type: none"><li>- Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.</li><li>- Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.</li><li>- Instituciones sociales y costumbres propias.</li><li>- Patrones culturales y modo de vida distintos de los de otros sectores de la población nacional.</li></ul> <p><b>Criterio subjetivo:</b> la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria.</p> <p>Todos los pueblos que corresponden a esos criterios pueden beneficiarse de la ley, cualquiera que sea su denominación<sup>127</sup>.</p>

119 Artículo 1 del Convenio 169. El único factor que diferencia a los pueblos *indígenas* de los pueblos *tribales* es una historia de “conquista o colonización” y el vínculo con el territorio ancestral [DAES (1996)]. El Convenio no contiene una definición más precisa de esos pueblos, con el fin de tomar en cuenta toda la diversidad de los pueblos indígenas del mundo. Según el estudio marco realizado por J. Martínez Cobo, “son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades, que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales” [Martínez Cobo (1983) Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.8, párr. 378].

120 Por ejemplo, se ha aplicado el Convenio 169 a comunidades afrodescendientes de Colombia (Informe CEACR, 2006), Convenio 169, Colombia, párr. 4.

121 OIT (2009); Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo (2009), Directrices sobre las cuestiones relativas a los pueblos indígenas, Naciones Unidas, Nueva York.

122 Al respecto, se precisó que “si bien es cierto que la conciencia de la propia identidad constituye un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio, ello debe entenderse concretamente de la conciencia de su identidad indígena o tribal, y no necesariamente en relación con el sentimiento de que las personas de que se trate formen un ‘pueblo’ distinto de los demás miembros de

	Derecho internacional	Derecho nacional
El Estado	<p>El C-169 impone la obligación de consultar a “los gobiernos”<sup>128</sup>.</p> <p>No se determina el proceso de identificación.</p> <p>Todas las entidades del Estado tienen que cumplir con lo dispuesto por el C-169<sup>129</sup>.</p>	<p>Ley: la consulta es implementada de forma obligatoria solo por el Estado<sup>130</sup>.</p> <p>Es la <b>entidad estatal promotora</b> de la medida legislativa o administrativa que llevará a cabo el proceso de consulta<sup>131</sup>.</p> <p>Se identifican como entidades promotoras:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-la Presidencia del Consejo de Ministros</li> <li>-los ministerios</li> <li>-los organismos públicos</li> <li>-los gobiernos regionales y locales, previo informe favorable del Viceministerio de Interculturalidad<sup>132</sup></li> </ul> <p>La entidad estatal promotora identificará a los pueblos afectados<sup>133</sup> teniendo en cuenta la información contenida en <b>la base de datos</b><sup>134</sup>, a cargo del Viceministerio de Interculturalidad<sup>135</sup>. La inclusión en la base de datos se hace a partir de la información que tiene la administración. Se tomarán en cuenta la lengua indígena y las tierras comunales para dar cuenta de la “continuidad histórica” del pueblo<sup>136</sup>.</p>

la población indígena o tribal del país, con los que pueden formar conjuntamente un pueblo” (OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Dinamarca (GB.277/18/3);(GB.280/18/5), párr. 33.

- 123 OIT (2009). Véase Corte IDH, caso Comunidad indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C N.º 214, párr. 37. Artículo 33, inciso 1, de la Declaración.
- 124 Artículo 5 de la Ley. Las expresiones “pueblos indígenas” y “pueblos originarios” son sinónimas en la Ley y tienen el mismo alcance jurídico. Sobre el origen de las expresiones, véase Congreso de la República, Comisión Multipartidaria encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los pueblos indígenas (2009), págs. 15-20.
- 125 Artículo 3, inciso k, del Reglamento.
- 126 Artículo 7 de la Ley. El Reglamento precisa que esos criterios deben ser interpretados en el marco de lo señalado en artículo 1 del Convenio 169 de la OIT (Artículo 3, inciso k).
- 127 Incluso las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos. Artículo 7 de la Ley. Artículo 3, inciso k), del Reglamento.
- 128 Artículo 6 del Convenio 169. La Declaración menciona a los “Estados” en general. Siendo una competencia exclusiva, el Estado no puede delegar la organización de consultas a las empresas u otros terceros. Véase Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, fundamento 187. Mecanismo de Expertos, informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, con especial atención a las industrias extractivas, Doc. ONU A/HRC/EMRIP/2012/2, Opinión No 4, párr. 8. Relator Especial, Informe del Relator Especial, 15 de julio de 2009, Doc. ONU A/HRC/12/34, párr. 54.
- 129 La organización interna del Estado no puede justificar el incumplimiento de un convenio internacional (Artículo 27 del Convenio de Viena de 1969). Recae en el Estado la obligación de justificar que todas las dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizadas (Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, fundamento 179).
- 130 Artículo 2 de la Ley y Artículos 5 y 1, inciso g, del Reglamento. El Tribunal Constitucional precisó que los tratados de derechos humanos, entre ellos el Convenio 169, vinculan a todos los poderes públicos de Estado (STC 5427-2009, fundamento 38. Véase también, STC 00027-2009-PI/TC, fundamento 7).
- 131 Artículo 8, 9 y 17 de la Ley.
- 132 Artículo 2.3. del Reglamento. Véase CNDDHH (2012).
- 133 Artículo 10 de la Ley.
- 134 Artículo 8 del Reglamento. Esa entidad contribuirá a la constitución de la base de datos (Artículo 8.2 del Reglamento).
- 135 Artículo 20 de la Ley; Artículo 29 del Reglamento. Véase Resolución Ministerial 202-2012-MC que aprueba la Directiva 03-2012/MC que regula el funcionamiento de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios, párr. 7.1. Artículo 29.3 del Reglamento. No tiene carácter constitutivo de derechos, es decir, la inclusión de un pueblo no significa necesariamente que será consultado (Artículo 29, inciso 1 del Reglamento). En un comunicado de prensa del 19 de setiembre 2012, el Viceministerio mencionó que en la Base de Datos se encontraría, en esa fecha, 52 pueblos indígenas identificados, 48 en la Amazonía y 4 en el área andina.
- 136 Directiva 03-2012/MC, párr. 7.1.5.

**En cuanto a los beneficiarios:**

Definiendo los pueblos indígenas, la Ley omite la referencia a “ocupación antes de la **conquista**” o del “establecimiento de las actuales **fronteras estatales**” y solo se refiere a la ocupación anterior a la colonización. Esa omisión limita el alcance de la protección.

La normatividad peruana no contempla la noción de “**pueblos tribales**”, que gozan de la protección del Convenio 169 de igual manera que los pueblos indígenas<sup>137</sup>. Esa omisión reduce drásticamente el alcance del Convenio 169 y constituye un incumplimiento directo de sus disposiciones. La cuestión de saber si existen o no pueblos tribales en el Perú debe ser debidamente considerada<sup>138</sup>, de manera multidisciplinaria, sin que una norma lo pueda decidir de manera definitiva.

Por otra parte, según lo ha destacado la Comisión de Expertos de la OIT, la referencia en la Ley a la “**descendencia directa**” de las poblaciones indígenas podría tener efectos restrictivos<sup>139</sup>. En efecto, el Convenio no impone una descendencia directa (es decir, sin ‘mestizaje’ alguno) ni la posesión actual de la mismas tierras que fueron ocupadas por los ancestros.

De manera general, se puede lamentar que los criterios objetivos identificados por la OIT no han sido directamente adoptados, agregando precisiones que podrían limitar el alcance de la protección<sup>140</sup>.

La Ley dispone que todos los pueblos que corresponden a los criterios de definición puedan beneficiarse del derecho a la consulta, cualquiera que sea su denominación. Varias

organizaciones opinaron que la normatividad hubiera debido incluir de manera automática a las **comunidades nativas y las comunidades campesinas** en su ámbito de aplicación<sup>141</sup>, debido a sus definiciones en las normas vigentes<sup>142</sup>. Por lo menos, debe existir una presunción favorable a la inclusión de esas comunidades en la base de datos y en el trato de sus solicitudes de ser consultada.

En cuanto a las comunidades campesinas ubicadas en la costa y en los Andes, u otras comunidades, el nuevo marco normativo precisa que se pueden beneficiar del derecho a la consulta previa, de satisfacer con la definición de pueblo indígena<sup>143</sup>.

Sin embargo, al no considerar a los pueblos “tribales” se está limitando la posible aplicación del derecho a la consulta a las comunidades distintas de los pueblos “nativos” amazónicos. En efecto, las comunidades campesinas son regidas por una legislación especial y se podría considerar que sus condiciones sociales, culturales y económicas las distinguen de otros sectores de la población, en el sentido de la definición de los pueblos tribales.

De igual manera, la Directiva que regula el funcionamiento de la **base de datos** oficial de pueblos indígenas u originarios ha introducido varias precisiones que pueden limitar el alcance de la protección<sup>144</sup>. Primero, la referencia a las “tierras comunales” como criterio objetivo podría interpretarse como una exigencia de conexión territorial vigente (para establecer la “continuidad histórica”). Por ello se viene excluyendo indebidamente a los pueblos que han sido reubicados o desposeídos de sus tierras<sup>145</sup>. Segundo, la referencia a la lengua debería entenderse como un índice de continuidad histórica o de presencia de una institución propia. La mera ausencia de lengua propia no podría justificar la denegación de la identidad indígena<sup>146</sup>. Tercero, la Directiva

137 Véase COMISEDH (2012), pág. 8.

138 Se debe considerar también la situación de las comunidades afroperuanas. Véase Informe CEACR (2007), Convenio 169, pág. 595. Comité DESC, Observaciones Finales, Colombia, 7 de junio de 2010, Doc. ONU E/C.12/COL/CO/5, párr. 9. CEDR, Observaciones Finales, Bolivia, 10 de marzo de 2011, Doc. ONU CERD /C/BOL/CO/17-20, párr. 20.

139 Informe CEACR (2011), Convenio 169, Perú. Véase Perú: Informe Alternativo 2012 sobre el cumplimiento del Convenio 169, 2012, Lima, pág. 11.

140 Los criterios relacionados con “estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan” y a los “patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional” no son contemplados por la OIT. La referencia a condiciones que les distinguen de otros sectores de la población es una característica de los pueblos tribales, no de los pueblos indígenas (ver Artículo 7.1.3. de la Directiva 03-2012/MC, que se refiere directamente a los criterios de la OIT).

141 Véase COMISEDH (2012). Véase referencia a las comunidades campesinas y nativas en el Artículo 7.4.5.3. de la Directiva 03-2012/MC.

142 Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva, aprobada por Decreto Ley 22175 (artículo 8) y Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas (artículo 2).

143 Informe CEACR (2009), Convenio 169, Perú: “La Comisión considera que, en la medida en que las comunidades campesinas reúnen los requisitos del artículo 1, párrafo 1, del Convenio, deben gozar de la protección integral del Convenio independientemente de las diferencias o similitudes con otras comunidades, e independientemente de su denominación”.

144 Véase Informe Alternativo 2012, pág. 12-13.

145 La Comisión de Expertos ha subrayado que la expresión “las tierras que tradicionalmente ocupan”, utilizada en este artículo, tiene que leerse junto con el artículo 14, párrafo 3) del Convenio en materia de reivindicaciones de tierras, en el sentido que el Convenio abarca igualmente situaciones en que los pueblos indígenas y tribales hayan perdido recientemente la ocupación de sus tierras o hayan sido recientemente expulsados de ellas (Informe CEACR (2010), Convenio 169, Perú).

146 El Convenio se refiere a la conservación total o parcial de las instituciones del pueblo. La CEACR notó que “no se restringe la aplicación de su artículo 1 que no contempla el criterio lingüístico para definir a los pueblos protegidos por el Convenio”. CEACR, 76.a sesión, 2005, Solicitud Directa Individual, México, envío 2006, citado en OIT (2009), Un Guía sobre el Convenio 169.



no prevé la posibilidad por las comunidades de solicitar su registro o de modificar la información que contiene la base de datos, a pesar de ser pública<sup>147</sup>. Cabe recordar que la directiva, aprobada mediante Resolución Ministerial, tiene un valor inferior que el Reglamento y la Ley. Entonces, sus disposiciones no pueden utilizarse para fomentar prácticas contradictorias a esas normas.

Esas observaciones ponen de relieve la necesidad de homogeneizar las definiciones en el Derecho peruano, para garantizar el pleno goce de los derechos internacionalmente consagrados.

Finalmente, se ha criticado el doble papel del Viceministerio de Interculturalidad al poder emitir opiniones en primera instancia y pronunciarse en segunda instancia sobre solicitud de consulta<sup>148</sup>.

### En cuanto a la responsabilidad del Estado:

La normatividad nacional no cumple con el Derecho internacional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando limita a las entidades promotoras, excluyendo especialmente al Congreso de la República. Además, la obligación de los gobiernos locales y regionales de obtener el informe previo favorable del Viceministerio de Interculturalidad es sumamente cuestionable<sup>149</sup>. El carácter previo y favorable del informe podría limitar la aplicación del derecho a la consulta. En todo caso, la medida aprobatoria del informe debería ser impugnabile, sabiendo que la normatividad no ha precisado las modalidades de la tutela.

### Recomendaciones y sugerencias

Por lo anteriormente mencionado, se recomienda a las autoridades públicas competentes:

- Modificar la Ley de Consulta de acuerdo con lo previsto el Artículo I de Convenio: introducir la noción de pueblos tribales, ampliar la conexión histórica a la conquista y delimitación de las fronteras del Estado, suprimir la referencia al carácter "directo" de la descendencia.
- En todo caso, no interpretar o aplicar las normas nacionales de manera que restrinja el ámbito de la protección ofrecida por el Convenio 169.

- Autorizar a los pueblos indígenas a solicitar su inclusión en la base de datos y a solicitar las correcciones que sean necesarias.
- Eliminar el carácter "favorable" del Informe emitido por el Viceministerio de Interculturalidad sobre propuestas de consulta por gobiernos locales y regionales; entre tanto, asegurar la posible impugnación de los avisos negativos.
- De manera general, adaptar el marco normativo aplicable a los pueblos indígenas, al homogeneizar la definición de los beneficiarios.

## 1.4. ¿Cómo se consulta a los pueblos en aislamiento o contacto inicial?

### Normatividad internacional

Ni el Convenio 169 ni la Declaración se refieren a la situación de los pueblos en aislamiento o contacto inicial. En 2012, se adaptaron nuevas directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, aplicables a la región amazónica<sup>150</sup>. Para los pueblos indígenas en **aislamiento voluntario** se debe respetar su decisión de no usar este tipo de mecanismo, teniendo en cuenta la necesidad de mayor protección de esos pueblos. Los pueblos indígenas en **contacto inicial** deben ser consultados, decidiendo la forma en que debe hacerse su participación<sup>151</sup>.

### Normatividad nacional

No se prevé la consulta de esos pueblos. El Reglamento asigna al Viceministro de Interculturalidad la responsabilidad de emitir una opinión técnica previa vinculante sobre los estudios de impacto ambiental referidos a exploración o explotación de recursos naturales ubicados en reserva indígena que el Estado considere de necesidad pública<sup>152</sup>. Por su parte, el Tribunal Constitucional se pronunció a favor de la existencia del derecho a la consulta de los pueblos en aislamiento, pero ejercido efectivamente por las comunidades, autoridades, asociaciones y demás entidades **representativas de las comunidades aledañas o colindantes**<sup>153</sup>.

147 El Artículo 7.5.4. de la Directiva 03-2012/MC solo dispone que la DG de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos "facilitará los medios para contar con la participación de los pueblos indígenas con el fin de actualizar la información contenida en la Base de Datos".

148 Artículo 9 y 19 de la Ley. Véase Ruiz Molleda (2011), pág. 162, e Informe Alternativo 2012, pág. 17.

149 CNDDHH (2012), pág. 14. Ruiz Molleda (2012), La constitucionalidad del Reglamento de la ley de consulta, Informe Jurídico, Documento de Trabajo N° 60, Instituto de Defensa Lega, Lima, párr. 4.13.

150 Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la región amazónica, el gran chaco y la región oriental de Paraguay (2012), Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, en cooperación con la AECID, Ginebra.

151 *Ibid.*, párrs. 66-67.

152 DCTF Novena del Reglamento. Se modifica el artículo 35 del Decreto Supremo 008-2007-MIMDES.

153 STC 06316-2008-AA, fundamentos 4 y 15.

## Conclusiones

La nueva normatividad no contempla la obligación de consultar a las organizaciones de las comunidades aledañas o colindantes de los pueblos en aislamiento, a pesar de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Tampoco se prevé la posibilidad de tomar en cuenta la posición de los pueblos en contacto inicial.

No se precisa la noción de “necesidad pública” que justificaría la exploración o explotación de recursos naturales en una reserva indígena y se confirma la “intangibilidad relativa” de las reservas indígenas<sup>154</sup>.

## Recomendaciones y sugerencias

Por lo anteriormente mencionado, se recomienda a las autoridades públicas competentes:

- Modificar el Reglamento con miras a prever la celebración de consultas con las organizaciones representativas de los pueblos en contacto inicial y con las comunidades aledañas o colindantes de los pueblos en aislamiento.
- Evitar cualquier exploración o explotación de recursos naturales dentro de las reservas indígenas hasta la culminación de esas consultas.
- Modificar el régimen de las tierras de los pueblos en aislamiento o contacto inicial con miras a garantizar la intangibilidad de sus tierras; precisar la noción de “necesidad pública” mencionada en el Artículo 35 del Decreto Supremo 008-2007-MIMDES, tomando en cuenta las condiciones definidas por el Derecho internacional acerca de las limitaciones de los derechos (véase más arriba).

## 1.5. ¿Cuáles son las obligaciones de las empresas respecto de la consulta?

### Normatividad internacional

Las empresas no tienen obligaciones formales establecidas en el Convenio 169 o en la Declaración. Sin embargo, hoy en día existe un consenso internacional según el cual los actores privados tienen la **obligación de “respetar” los derechos humanos**<sup>155</sup>. Eso quiere decir que las empresas deben, por un lado, abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros por sus propias actividades, y por el otro, hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación, es decir tratar de prevenir o mitigar esas consecuencias. Para cumplir con esa responsabilidad, las empresas deberían adoptar un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos, cumplir un proceso de “diligencia debida” en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos, así como adoptar procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas que hayan provocado o contribuido a provocar<sup>156</sup>.

Es necesario que las empresas **identifiquen, incorporen plenamente y apliquen efectivamente las normas** relativas a los derechos de los pueblos indígenas en cada uno de los aspectos de su labor y adopten códigos de conducta<sup>157</sup>. En lo que atañe a la consulta, el Relator opina que las empresas deben reconocer el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas y abstenerse de llevar a cabo las consultas<sup>158</sup>. Asimismo no deben tratar de manipular el proceso de consulta o influir en él<sup>159</sup>. Se las insta a garantizar que se hayan llevado a cabo procedimientos de consulta adecuados y se haya obtenido el consentimiento de los indígenas antes aceptar concesiones o iniciar proyectos<sup>160</sup>.

154 CNDDHH (2012). Véase Ley 28736 y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo 008-2007-MIMDES.

155 En 2011, el Representante Especial del Secretario General de la ONU para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, presentó los Principios Rectores para aclarar las obligaciones respectivas de las empresas acerca de los derechos humanos, también llamado “Marco Ruggie” (Doc. ONU A/HRC/17/31) (en adelante, los Principios Rectores). Ese marco fue adoptado por unanimidad por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en el mismo año (Resolución 17/4 del Consejo de Derechos Humanos, 6 de julio de 2011, Doc. ONU A/HRC/RES/17/4). Véase Mecanismo de Expertos, Informe 2012, párr. 9. Véase Informe del Relator Especial, 19 de julio de 2010, Doc. ONU A/HRC/15/37 e Informe del Relator Especial, 6 de julio de 2012, Doc. ONU A/HRC/21/47.

156 Principios Rectores, párr. 11, 13 y 15. Véase Mecanismo de Expertos (2012), Opinión 4, párrs. 9 y 27. Si las empresas del sector extractivo no son capaces de prevenir o mitigar las consecuencias negativas de sus actividades, las actividades no deberán llevarse a cabo (ibíd., párr. 10; véase también Informe del Relator Especial (2012), párr. 69.

157 Informe del Relator Especial (2009), párr. 57 y 73. Agregó que una debida diligencia que no se limita al cumplimiento de la legislación nacional, más bien exige que el comportamiento de las empresas no infrinja ni contribuya a infringir los derechos de los pueblos indígenas reconocidos internacionalmente, sea cual sea el alcance de las leyes nacionales (Informe del Relator Especial, 2012, párr. 61.) Sobre las obligaciones de las empresas frente a los pueblos indígenas, véase también Banco Mundial (2005), Política Operacional 4.10 (OP 4.10), Pueblos Indígenas, Manual de Operaciones del Banco Mundial; *Corporación Financiera Internacional (IFC)* (2010) Norma de Desempeño 7. V2, Pueblos indígenas. IFC.

158 Informe del Relator Especial (2010), párrs. 48 y 61; Informe del Relator Especial, 10 de agosto de 2011, Doc. ONU, A/66/288, párr. 99. Véase Nota preliminar sobre la aplicación del principio de consulta con los pueblos indígenas en Guatemala y el caso de la mina Marlin, 8 de julio de 2010, Doc. ONU A/HRC/15/37/Add.8.

159 Informe del Relator Especial (2012), párr. 67.

160 Informe del Relator Especial (2010), párr. 65. Informe del Relator Especial (2012), párr. 69.

## Normatividad nacional

El Reglamento prevé la posibilidad del beneficiario de una medida administrativa consultada, que puede ser una empresa, de ser **invitado** por la entidad promotora con el fin de brindar información, realizar aclaraciones o para evaluar la realización de cambios respecto del contenido de la medida<sup>161</sup>. Según lo precisó el Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales **vinculan tanto al Estado como a los particulares**<sup>162</sup>. Por ello, las empresas tienen que respetar el derecho a la consulta previa y no podrán iniciar actividades antes de que se termine el proceso de consulta.

## Conclusiones

La obligación de los particulares de cumplir con los derechos humanos establecida por el Tribunal Constitucional debería interpretarse acorde con la obligación internacional de las empresas de “respetar” los derechos humanos de los pueblos indígenas. Las obligaciones mencionadas se aplican tanto a las empresas privadas como a las empresas públicas, que tendrán que colaborar con el Estado cuando este último lo pida.

## Recomendaciones y sugerencias

El Estado debería adoptar las medidas necesarias para fomentar la adopción e implementación de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos<sup>163</sup> por las empresas activas en el Perú y asegurar que no se inicie ninguna actividad antes de la culminación de los procesos de consulta, de ser aplicable.

## I.6. ¿Tiene el Estado obligaciones antes del proceso de consulta?

### Normatividad internacional

El Convenio 169 hace hincapié en que los Estados adopten “una **acción coordinada y sistemática**”, lo que conlleva las medidas siguientes: implementar revisiones integrales de leyes, políticas, programas y proyectos; establecer mecanismos de monitoreo adecuados para evaluar continuamente la situación de los pueblos indígenas<sup>164</sup>; asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados<sup>165</sup>.

Al respecto, la Corte Interamericana brindó nuevas precisiones importantes al mencionar que los Estados tenían el deber de adaptar **todo su marco normativo y organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental** de tal forma que la consulta pueda llevarse a cabo efectivamente, generando canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas<sup>166</sup>.

El Convenio obliga a los Estados a establecer los medios para el pleno desarrollo de **las instituciones e iniciativas de los pueblos indígenas**, y en los casos apropiados, proporcionar los recursos necesarios para este fin<sup>167</sup>.

### Normatividad nacional

En el Perú, la implementación del derecho a la consulta se limitó, hasta ahora, a la adopción de la Ley de Consulta y su Reglamento. La Ley modificó el panorama institucional al otorgar nuevas competencias al Viceministerio de Interculturalidad<sup>168</sup>. Las únicas medidas visibles de organización previa fueron la creación de la base de datos de pueblos indígenas y la creación de un grupo de trabajo temporal sobre la institucionalidad indígena dentro del Viceministerio de Interculturalidad<sup>169</sup>. En el plano normativo, se ha modificado un artículo del Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial<sup>170</sup>

161 El administrado no sería considerado como parte del proceso (Artículo 12 del Reglamento).

162 STC 03343-2007-PA/TC, fundamento 7. Agregó que en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, de la economía social de mercado y del desarrollo sostenible, la responsabilidad social constituye una conducta exigible ineluctablemente a la empresa (fundamentos 21-22).

163 [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_SP.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf)

164 OIT (2009), pág. 29.

165 Artículo 33.1 del Convenio 169.

166 Corte IDH, caso Kichwa de Sarayaku, párrs. 166, 301, 302.

167 Artículo 6.1, c, del Convenio 169. En efecto, como lo mencionó el Mecanismo de Expertos, teniendo en cuenta que muchas instituciones indígenas han resultado menoscabadas en procesos discriminatorios históricos que han engendrado la asimetría en la relación entre los Estados y los pueblos indígenas, es de crucial importancia que los Estados apoyen el desarrollo de las propias instituciones e iniciativas de los pueblos indígenas y que, cuando corresponda, les proporcionen los recursos necesarios (Informe provisorio del Mecanismo de Expertos (2010), párr. 21. y (2011), Opinión 2, párr. 29).

168 Artículo 19 de la Ley; Artículo 28 del Reglamento.

169 Resolución Ministerial 361-2012-MC del 20 de setiembre del 2012.

170 Decreto Supremo 008-2007-MIMDES. Véase DCTF Novena del Reglamento.

y se ha agregado una nueva obligación en la elaboración de los estudios de impacto ambiental (más abajo)<sup>171</sup>. La Ley precisa no modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia<sup>172</sup>.

### Conclusiones

La implementación del Convenio 169 impone la adopción de una “acción coordinada y sistemática” que implica, además de una norma sobre la consulta, la reorganización adecuada de todo el aparato gubernamental, en coordinación con los pueblos indígenas. Entre las medidas a adoptar, la creación de una entidad pública que permita la participación permanente de los pueblos indígenas en las políticas del Estado y que goce de alta legitimidad y poder de decisión constituye una prioridad indiscutible.

### Recomendaciones y sugerencias

Por lo anteriormente mencionado, se recomienda a las autoridades públicas competentes:

- Analizar todas las implicancias del derecho a la consulta y a la participación de los pueblos indígenas, y adaptar las normas vigentes y las instituciones estatales, especialmente las referidas a la gestión ambiental (más abajo).
- En cooperación con las organizaciones indígenas del país, fomentar la institucionalidad estatal de los pueblos indígenas, con miras a entablar un diálogo permanente entre las autoridades y los pueblos indígenas, mediante una estructura legítima, verdaderamente representativa y adecuadamente financiada.
- Apoyar la creación y el fortalecimiento de las organizaciones indígenas.
- Organizar capacitaciones a todos los funcionarios involucrados en los procesos de consulta.
- Modificar o derogar las normas incongruentes, especialmente el Decreto Supremo 038-2001-AG, el Decreto Supremo 028-2008-EM y el Decreto Supremo 012-2008-EM.
- De manera general, se recomienda coordinar y transparentar la normatividad aplicable a los pueblos indígenas.

171 DCTF Sexta del Reglamento.

172 Segunda DCF de la Ley.

173 Corte IDH, caso *Saramaka*, 2008, párr. 18.

174 Informe Relator Especial (2011), párr. 85 e Informe (2009), Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6, párr. 25.

175 Corte IDH, caso *Saramaka*, 2008, párr. 19.

176 Artículo 3, inciso d, del Reglamento.

177 Artículo 23, inciso 2, del Reglamento. El Tribunal Constitucional estimó, en efecto, que la buena fe se aplica tanto para el Estado como para los pueblos indígenas o cualquier otro particular que intervenga en el proceso de consulta, en todas las fases del proceso (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 27.)

178 Ruiz Molleda (2011), pág. 182.

179 Artículo 6 del Convenio 169.

## 1.7. ¿Cuáles son las obligaciones del pueblo consultado durante el proceso?

### Normatividad internacional

De manera general, el Derecho internacional solo genera obligaciones para los Estados. Sin embargo, en cuanto al proceso de consulta, se ha recomendado que las organizaciones participantes: designen a sus representantes<sup>173</sup>, respeten el principio de buena fe<sup>174</sup>, den a conocer el resultado de la evaluación interna<sup>175</sup> y celebren acuerdos de carácter vinculante para todos.

### Normatividad nacional

El Reglamento impone a las organizaciones actuar de buena fe<sup>176</sup> y cumplir con lo acordado<sup>177</sup>.

### Conclusiones

Las normas internas son congruentes con los estándares internacionales.

### Recomendaciones y sugerencias

Aunque no constituye un requisito formal, es aconsejable que los representantes de los pueblos involucrados en el proceso también motiven sus posiciones, sean de aceptación o de rechazo (parcial o total) de la medida, no solo por el principio de buena fe, sino también para ayudar a que el diálogo progrese hasta un consenso<sup>178</sup>.

Se recomienda también que las organizaciones se preparen y organicen de manera adecuada y oportuna para llevar a cabo una evaluación interna que permita tomar en cuenta todas las opiniones de sus bases.

## 1.8. ¿Cuáles son las medidas que se deben consultar?

La consulta debe realizarse cada vez que se **prevean medidas susceptibles de afectar directamente** a los pueblos indígenas<sup>179</sup>, es decir antes de la adopción de la medida. Entonces, se necesita examinar: (i) el tipo de medida que se debe consultar, y (ii) la noción de “afectación directa”.

### 1.8.1. ¿Qué tipos de medidas que se deben consultar?

Existen tres tipos de medidas contempladas expresamente en la normatividad internacional que necesitan una consulta cuando afecten a los pueblos indígenas: (i) las medidas legislativas y administrativas; (ii) los planes y programas de desarrollo, y (iii) los proyectos de explotaciones de recursos naturales. Además, el Convenio y la Declaración hacen hincapié en situaciones específicas.

#### A. Las medidas legislativas y administrativas

##### Comparación directa de las normas internacional y nacional

	Derecho internacional	Derecho peruano
<b>Regla general</b>	<p>C-169: medidas legislativas o administrativas<sup>180</sup></p> <p>No se definen las medidas legislativas o administrativas.</p>	<p>Ley: sobre las <b>medidas legislativas o administrativas</b><sup>181</sup>.</p> <p>Reglamento: <b>medidas administrativas y decretos legislativos</b><sup>182</sup>.</p> <p>Medidas legislativas: normas <u>con rango de Ley</u> que puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas<sup>183</sup>.</p> <p>Medidas administrativas: normas reglamentarias de <u>alcance general</u>, así como el <u>acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto</u>, o el que autorice a la administración la <u>suscripción de contratos</u> con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas<sup>184</sup>.</p>
<b>Precisiones</b>	<p>La Corte Interamericana se ha referido a <b>“decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos”</b><sup>185</sup>.</p> <p>De manera general, los órganos de la ONU se refieren a <b>toda medida o decisión</b> que pueda afectar directamente a los pueblos indígenas<sup>186</sup>. Se deben considerar igualmente proyectos de reformas constitucionales<sup>187</sup>.</p>	<p>El Tribunal Constitucional interpretó esa noción de manera amplia, al referirse a todas <b>“medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, independientemente de la naturaleza que tales medidas puedan tener”</b><sup>188</sup>.</p> <p>En otros casos, el Tribunal Constitucional se refirió a la noción de “medidas estatales”<sup>189</sup>, sin limitarlas a medidas legislativas o administrativas.</p>

#### Conclusiones

La Ley prevé la consulta de medidas legislativas y administrativas, pero el Reglamento limita su alcance a las medidas administrativas y a los decretos legislativos<sup>190</sup>. Por lo tanto, no se prevé la consulta para proyectos de leyes y no

se menciona al Congreso como autoridad promotora de la consulta<sup>191</sup>. A la fecha, no se ha reglamentado la consulta de los proyectos de leyes, aun menos de los proyectos de reforma constitucional<sup>192</sup>. Además, el Reglamento limita la noción de medida administrativa a tres casos. No se contemplan todas las medidas administrativas individuales.

180 Artículo 6.1.a del Convenio 169; véase también, Artículo 19 de la Declaración. Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, párr. 166.

181 Artículo 2 de la Ley. Véase STC 00025-2009-PI/TC, fundamento 25.

182 Artículo 2.1. del Reglamento.

183 Artículo 3, inciso j, del Reglamento.

184 Artículo 3 inciso i, del Reglamento.

185 Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, párr. 160.

186 Informe CEACR (2011), Convenio 169, Perú. Informe Relator Especial (2011), párr. 81. OIT (2003) Convenio 169 - Un Manual. CEDR, recomendación general 23 relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 18 de agosto de 1997. CEDR, observaciones finales, Paraguay, 26 de agosto de 2011, Doc. ONU CERD/C/PRY/CO/1-3, párr. 14; CERD, observaciones finales, Guatemala, 15 de mayo de 2006, Doc. ONU CERD/C/GTM/CO/11, párr. 19.

187 OIT, reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, México, caso Reforma Constitucional, (GB.282/15/3) (GB.282/15/4) (GB.289/17/3), párr. 83. Informe del Relator Especial (2009), párr. 45; CERD, Observaciones Finales, México, 4 de abril de 2006, Doc. ONU, CERD/C/MEX/CO/15, párr. 12. Véase, OIT (2003).

188 STC 00025-2009-PI/TC, fundamento 32.

189 STC 00024-2009-PI, fundamento 5; STC 00025-2009-PI/TC, fundamento 21.

190 Artículo 2, inciso 1, del Reglamento.

191 Artículo 3, inciso, g del Reglamento.

192 Cabe mencionar que la congresista Verónica Mendoza entregó al Congreso de la República una propuesta de resolución legislativa que modificaría el Reglamento del Congreso al establecer nuevos órganos y procedimientos para que se consulten los proyectos de medidas legislativas (Proyecto de Ley 1183/2011-CR del 28 de mayo del 2012). Véase Comisión Multipartidaria encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los pueblos indígenas (2009), págs. 98-118.

## Recomendaciones

Por lo anteriormente mencionado, se recomienda a las autoridades públicas competentes:

- Definir lo más pronto posible las modalidades de la consulta sobre medidas legislativas y constitucionales, tomando en cuenta las pautas internacionales recordadas en el presente informe.
- Modificar el Reglamento con miras a prever la consulta sobre todas las medidas administrativas.
- Organizar consultas sobre toda medida que pueda afectar a los pueblos indígenas, independientemente de la naturaleza que tales medidas puedan tener.

## B. Los planes y programas de desarrollo nacional y regional

### Comparación directa de las normas internacional y nacional

	Derecho internacional	Derecho peruano
Regla general	El C-169 menciona varias veces la necesidad de celebrar consultas o garantizar la participación acerca de <b>planes y programas</b> , especialmente en materia de protección jurídica, desarrollo, salud y educación <sup>193</sup> .	Ley: <b>planes, programas y proyectos</b> de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos <sup>194</sup> .  Reglamento: las <b>medidas administrativas en virtud de las cuales se aprueban</b> los planes, programas y proyectos de <b>desarrollo</b> <sup>195</sup> .
Precisiones	Se deberían añadir la elaboración y aplicación de <b>políticas</b> que afecten a los pueblos indígenas <sup>196</sup> . Ej.: <ul style="list-style-type: none"><li>- políticas y programas sociales y de desarrollo en relación con los pueblos indígenas<sup>197</sup>.</li><li>- la aplicación de la Política Nacional peruana del Ambiente, sección 5, relativa a la minería y la energía<sup>198</sup>.</li></ul>	

## Conclusiones

No se contempla la consulta, ni cualquier tipo de participación, sobre las políticas que puedan afectar a los pueblos indígenas en general. Además, el Reglamento solo prevé la consulta sobre la medida administrativa que aprueba un plan, un programa o un proyecto de desarrollo, lo que limita el grado de participación en el proceso de adopción de la medida.

193 Véase Artículo 2.1, 5, c, 7.1, 7.2, 15.1, 22.3, 23.1, 27.3, 28 del Convenio. Informe CEACR (2011), Convenio 169, observación general sobre la obligación de consulta. El Consejo de Derechos Humanos de la ONU menciona, por su parte, "todos los planes y proyectos que pudieran afectarlas" (CDH, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Panamá, 4 de enero de 2011, Doc. ONU A/HRC/16/6, párr. 69.32).

194 Artículo 2 de la Ley.

195 Artículo 2.1. del Reglamento.

196 El Convenio menciona la participación en políticas y programas que les conciernan (Artículo 6, inciso 2). Para varias autoridades, la elaboración de políticas también necesita la celebración de consultas. OIT (2003), Informe del Relator Especial, 15 de noviembre de 2007, Doc. ONU A/HRC/6/15, párr. 69. Informe del Relator Especial, *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, 5 de octubre de 2009, Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6, párr. 6. Mecanismo de Expertos (2012), Doc. ONU A/HRC/21/53, párr. 12. CEDR, Observaciones finales, Australia, 13 de septiembre de 2010, CERD/C/AUS/CO/15-17 párr. 18.; Comité DESC, Observaciones finales, Colombia, 6 de diciembre de 2001, Doc. ONU E/C.12/1/Add.74, párr. 33. Comité DESC, Observaciones finales, Ecuador, 7 de junio de 2004, Doc. ONU E/C.12/1/Add.100, párr. 35. Foro Permanente, Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al CLPI, Doc. ONU E/C.19/2005/3.

197 Informe del Relator Especial, 15 de noviembre de 2007, Doc. ONU A/HRC/6/1, párr. 69.

198 CDESC, observaciones finales, Perú, 30 de mayo de 2012, Doc. ONU E/C.12/PER/CO/2-4.

## Recomendaciones

Por lo anteriormente mencionado, se recomienda a las autoridades públicas competentes:

- Eliminar en el Reglamento la referencia limitada a la ‘medida administrativa de aprobación del plan, programa o proyecto’, para asegurar la participación en todas las etapas de adopción de la medida (más abajo).
- Eliminar en el Reglamento la referencia a planes, programas y proyectos “de desarrollo”, para cubrir todos los temas.
- Asegurar la participación de los pueblos indígenas y la celebración de consultas en la elaboración y aplicación de las políticas que les puedan afectar<sup>199</sup>.

### C. Los proyectos de explotación de recursos naturales

#### Comparación directa de las normas internacional y nacional

	Derecho internacional	Derecho peruano
Regla general	<p>C-169: antes de emprender o autorizar cualquier <b>programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras</b>, 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 tierra<sup>200</sup>.</p> <p>La Declaración impone consultas antes de <b>cualquier proyecto que afecte a sus tierras</b> o territorios y otros recursos<sup>201</sup>.</p>	<p>Reglamento: siendo los recursos naturales Patrimonio de la Nación (incluyendo los recursos del subsuelo)<sup>202</sup> es obligación del Estado peruano consultar al o los pueblos indígenas que podrían ver afectados directamente sus derechos colectivos, determinando en qué grado, antes de aprobar la <b>medida administrativa que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales</b> en los ámbitos geográficos donde se ubican el o los pueblos indígenas<sup>203</sup>.</p>
Precisiones	<p>Según la Corte Interamericana, la consulta se aplica a <b>cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras<sup>204</sup> y recursos naturales</b> dentro del territorio del pueblo<sup>205</sup>.</p> <p>Por ejemplo: actividades mineras, petroleras o forestales<sup>206</sup>; construcción de gasoductos y oleoductos<sup>207</sup>; plantaciones de palma oleaginosa o de soya<sup>208</sup>; desarrollo hidroeléctrico y construcción de represas<sup>209</sup>; construcción de pozos de agua<sup>210</sup> y desarrollo hídrico<sup>211</sup>; construcción de una carretera o ferrocarril<sup>212</sup>; administración y conservación de los recursos naturales<sup>213</sup>.</p>	<p>El Tribunal Constitucional precisó que la consulta debe realizarse antes de emprender <b>cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural<sup>214</sup></b>.</p>
Mitigación, indemnización y beneficios	<p>C-169: los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los <b>beneficios</b> que reporten tales actividades, y percibir una <b>indemnización equitativa<sup>215</sup> por cualquier daño</b> que puedan sufrir como resultado de esas actividades<sup>216</sup>.</p> <p>Declaración: se adoptarán medidas para <b>mitigar<sup>217</sup></b> las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual<sup>218</sup>.</p>	<p>Reglamento: los pueblos indígenas deberán participar siempre que sea posible en los <b>beneficios</b> que reporte el uso o aprovechamiento de los recursos naturales de su ámbito geográfico, y percibir una <b>indemnización equitativa por cualquier daño</b> que puedan sufrir como resultado de dichas actividades, según los mecanismos establecidos por Ley<sup>219</sup>.</p> <p>Según el Tribunal Constitucional, se debería llegar a la <b>coparticipación</b> en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar <b>notoriamente beneficiados<sup>220</sup></b>.</p>

199 Al respecto, véase la *Guía metodológica del proceso participativo y descentralizado para el fortalecimiento del sector forestal* (mayo 2012), disponible en: [http://dggffs.minag.gob.pe/r1ffs/pdf/guia\\_metodologica\\_proceso\\_fortalecimiento.pdf](http://dggffs.minag.gob.pe/r1ffs/pdf/guia_metodologica_proceso_fortalecimiento.pdf).

200 Art. 15.2 del Convenio.

201 Artículo 32.2 de la Declaración.

202 Artículo 66 de la Constitución.

203 Artículo 6 de Reglamento.

204 La noción de tierras cubre la totalidad del hábitat que los pueblos utilizan u ocupan de alguna manera y no solo a los resguardos. Informe CEACR (2010), Convenio 169, Noruega. Informe CEACR (2009), Convenio 169 Colombia). Informe CEACR (2006), Convenio 169, Bolivia. OIT, reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Brasil (GB.295/17): (GB.304/14/7), párr. 56.

## Conclusiones

La normativa nacional solo somete al proceso de consulta la medida administrativa que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación y no precisa cómo se deben mitigar y compensar los impactos negativos, así como distribuir los beneficios del proyecto.

## Recomendaciones

Por lo anteriormente mencionado, se recomienda a las autoridades públicas competentes:

- Consultar a las comunidades afectadas sobre cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, y en general, cualquier medida que pueda afectar sus territorios y recursos.
- Precisar los principios y procedimientos de indemnización y mitigación de los impactos, y distribución de los beneficios generados por los proyectos.

## D. Medidas sobre temas específicos

### Normatividad internacional

Además de lo anteriormente mencionado, el Convenio identifica unos casos de manera específica: el traslado de sus tierras<sup>221</sup>, siempre que se considere la capacidad de los pueblos indígenas de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad<sup>222</sup>, la creación de instituciones educativas propias y medios de educación<sup>223</sup> y la adopción de medidas que deben permitir la enseñanza en su idioma<sup>224</sup>. La Declaración añade el almacenamiento de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas<sup>225</sup>, las medidas de lucha contra la discriminación<sup>226</sup>, las medidas especiales de protección de los niños y de las mujeres indígenas<sup>227</sup>, y el uso de tierras o territorios para actividades militares<sup>228</sup>. Por su parte, la Corte Interamericana identificó varias medidas relacionadas con el territorio indígena<sup>229</sup> o la identidad cultural<sup>230</sup> que deben ser sometidas a un proceso de consulta previa.

- 
- 205 Corte IDH, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No 172, párr. 129. El derecho a la consulta no se limita a situaciones en que posean un título reconocido por el Estado [Mecanismo de Expertos (2012), Opinión 4, párr. 6. OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Guatemala (GB.294/17/1):(GB.299/6/1), párrs. 48 y 51].
- 206 Corte IDH, *Pueblo Saramaka*, párr. 129. OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Bolivia (GB.272/8/1):(GB.274/16/7), párr. 38; CEDR, observaciones finales, Ecuador, 2 de junio de 2003, Doc. ONU CERD/C/62/CO/2, párr. 16.
- 207 Mecanismo de Expertos, Informe de seguimiento (2012), párr. 40.
- 208 *Ibid.*
- 209 CEDR, observaciones finales, India, 5 de mayo de 2007, Doc. ONU, CERD/C/IND/CO/19, párr. 19; Comité DESC, Observaciones Finales, México, 9 de junio de 2006, Doc. ONU E/C.12/MEX/CO/4, párr. 28; Consejo de Derechos Humanos (2011), Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Panamá, párr. 68. Véase también el informe del Relator Especial *La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica*, 11 de julio de 2011, Doc. ONU A/HRC/18/35/Add.8.
- 210 Comité de Derechos Humanos, Comunicación 1457/2006, 24 de abril de 2009, Doc. ONU CCPR/C/95/D/1457/2006, párr. 7.7.
- 211 Mecanismo de Expertos (2012), párr. 40.
- 212 Informe CEACR, Conferencia Internacional del Trabajo, 87.a reunión, 1999, Informe III (Parte IA), Convenio 169, México, párr. 13.
- 213 Informe CEACR (2011), Convenio 169, Observación general sobre la obligación de consulta.
- 214 STC 03343-2007-PA/TC, fundamento 35.
- 215 Véase Informe Relator Especial (2011), párr. 91; Informe Relator Especial (2009), Doc. ONU, A/HRC/12/34/Add.6, párr. 55. Informe del Relator (2009), párr. 53. La determinación de los beneficiarios deberá fijarse en consulta con el pueblo afectado y no unilateralmente por el Estado (Corte IDH, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, interpretación de la sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No 185, párr. 25). Esa indemnización debería ser proporcional al impacto sobre los derechos [Informe Relator Especial (2012), párr. 68].
- 216 No existe un modelo único de participación en los beneficios. Se tiene que establecerse en cada caso en particular, según las circunstancias [Informe CEACR (2010), Convenio 169, Nicaragua. Véase también Banco Mundial (2005), Política Operacional OP 4.10, párr. 18. Corporación Financiera Internacional (IFC) (2010), Norma de Desempeño 7 V2, pueblos indígenas, párr. 2].
- 217 Informe Relator Especial (2011), párr. 91; Informe Relator Especial (2009), Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6, párr. 55., Informe Relator Especial (2009), párr. 53.
- 218 Artículo 15.3 de la Declaración.
- 219 DCTF 10 del Reglamento.
- 220 STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 33.
- 221 Artículo 16 del Convenio. Artículo 10 de la Declaración. Sobre el consentimiento, véase más abajo.
- 222 Artículo 17.2 del Convenio. La OIT ya llamó la atención del Perú sobre ese tema. Informe CEACR (2009), Convenio 169, Perú. Informe CEACR (1999), C169, Perú. OIT, reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Perú, (GB.270/16/4):(GB.273/14/4).
- 223 Artículo 27.3 del Convenio.
- 224 Artículo 28.1 del Convenio.
- 225 Artículo 29.2 de la Declaración.
- 226 Artículo 15.2 de la Declaración. El Estado tiene que adoptar esa medida.
- 227 Artículo 17.2 et 22.2 de la Declaración. El Estado tiene que adoptar esa medida.





Patricia Patrón / DAR

### Normatividad nacional

El Reglamento contempla de manera específica los casos del traslado de sus tierras y del almacenamiento o disposición final de material peligroso en tierras de los pueblos indígenas<sup>231</sup>. De manera general, se dispone que la consulta se aplica cuando la medida afecta directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas<sup>232</sup>, es decir, entre otros: el derecho a la identidad cultural, el derecho a la participación de los pueblos indígenas, el derecho a la consulta, el derecho a elegir sus prioridades de desarrollo, el derecho a conservar sus costumbres, el derecho a la jurisdicción especial, el derecho a la tierra y el territorio —es decir al *uso de los recursos naturales* que se encuentran en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente en el marco de la legislación vigente—, el derecho a la salud con enfoque intercultural y el derecho a la educación intercultural.

### Conclusiones

La normatividad nacional no contempla todos los casos identificados por las normas y la jurisprudencia internacional.

### Recomendaciones

Por lo anteriormente mencionado, se recomienda a las autoridades públicas competentes:

- Interpretar y aplicar la noción de afectación de los derechos colectivos de una manera extensiva, de tal manera que incluya todos los casos específicos identificados por las normas y la jurisprudencia internacional;
- Modificar la definición del derecho a la tierra y el territorio para incluir todas las prerrogativas vinculadas con la propiedad comunal<sup>233</sup>.

### 1.8.2. ¿Cuándo una medida “afecta directamente” a los pueblos indígenas?

Como se desprende de lo anteriormente mencionado, la naturaleza de la medida adoptada no importa, teniendo en cuenta la interpretación extensiva brindada por las autoridades internacionales. El criterio fundamental para determinar qué norma debe ser consultada es la **potencial afectación** de los pueblos indígenas por la medida estatal, lo que necesita un análisis caso por caso.

228 Artículo 30.2 de la Declaración.

229 Entre otros, se pueden mencionar: cualquier restricción a los derechos de propiedad (Corte IDH, caso Saramaka, 2007, párr. 129; Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, párr. 293); el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio (Corte IDH, caso Saramaka, 2007, párr. 194(a); Corte IDH, caso Comunidad Moiwana vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia 15 de junio de 2005, Serie C N.o 124, párrs. 209-210; Corte IDH, caso Saramaka, párr. 194, c); elección de tierras alternativas después de la pérdida de las tierras ancestrales (Corte IDH, caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C N.o 146, párr. 135; Corte IDH, caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo Reparaciones y Costas, sentencia 17 de junio de 2005, Serie C N.o 125, párr. 151).

230 Sobre la incidencia en la vida cultural, véase Corte IDH, *Kichwa de Sarayaku*, párr. 217. Véase también CERD, observaciones finales, Estados Unidos, 8 de mayo de 2008, Doc. ONU CERD/C/USA/CO/6, párr. 29, que menciona actividades en zonas de importancia espiritual y cultural para esas poblaciones. Se debe añadir el proceso mediante el cual se otorgue a los miembros del pueblo el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva (Corte IDH, caso Saramaka, 2007, párr. 174; Corte IDH, Saramaka, 2008, párr. 16).

231 DCTF Séptima del Reglamento.

232 Artículo 2 de la Ley.

233 La mera referencia al “uso de los recursos naturales” y ausencia de referencia a la “propiedad” sobre la tierra tiene la posible consecuencia que no se consultará sobre medidas que afecten el derecho de propiedad, sin afectar directamente el uso del territorio, tal como la licitación de lotes o el otorgamiento de concesiones.

## Comparación directa de las normas internacional y nacional

	Derecho internacional	Derecho peruano
<b>Regla general</b>	C-169: se mencionan las medidas susceptibles de <b>afectar directamente</b> a los pueblos tribales e indígenas <sup>234</sup> . La Declaración se refiere a medidas que <b>afecten</b> a los pueblos tribales e indígenas <sup>235</sup> .	Ley y Reglamento: mencionan las medidas que <b>afecten directamente sus derechos colectivos</b> , sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo.
<b>Objeto de afectación</b>	El objeto de la afectación pueden ser sus <b>derechos</b> <sup>236</sup> o sus <b>intereses</b> <sup>237</sup> .	Reglamento: cuando la medida contiene aspectos que pueden producir cambios en la <b>situación jurídica</b> o en el <b>ejercicio de los derechos</b> colectivos de tales pueblos <sup>238</sup> .
<b>Medida sobre pueblos indígenas</b>	Se debe consultar medidas que <b>regulan sus derechos</b> <sup>239</sup> (ver por ejemplo arriba: 'Medidas sobre temas específicos').	Tribunal Constitucional: se deben consultar medidas dirigidas a regular aspectos que conciernen en forma <b>exclusiva</b> a los pueblos indígenas <sup>240</sup> .
<b>Medidas de alcance general</b>	<b>No</b> se deben celebrar consultas sobre medidas que puedan afectar de una u otra manera a los pueblos indígenas del Estado, <b>al igual que al resto de la población</b> <sup>241</sup> . Sin embargo, se deben consultar medidas de alcance general que afecten de manera específica a los pueblos indígenas <sup>242</sup> , <b>"en modos no percibidos por la población general del Estado"</b> <sup>243</sup> . Mecanismo de expertos: se trata de decisiones o medidas que en teoría puedan afectar a la sociedad en general, pero que <b>ciertamente afecten</b> a los pueblos indígenas, y en particular en los casos en que las decisiones puedan <b>repercutir de forma desproporcionada</b> en los pueblos indígenas <sup>244</sup> . <b>Ejemplos:</b> -proyectos de leyes <sup>245</sup> : Plan de Acción de Derechos Humanos <sup>246</sup> , legislación agraria <sup>247</sup> , ley de administración de bosques públicos <sup>248</sup> . -decretos relativos a los derechos sobre la tierra o procedimientos para obtener títulos sobre las tierras <sup>249</sup> .	Tribunal Constitucional: las medidas de alcance general que <b>no afectan a los pueblos indígenas de manera específica no</b> deben ser consultadas <sup>250</sup> . Reglamento: las medidas legislativas o administrativas de alcance general, incluyendo los planes y programas, <b>solo serán consultadas en aquellos aspectos que impliquen una modificación directa de los derechos colectivos</b> de los pueblos indígenas <sup>251</sup> . Tribunal Constitucional: cualesquiera medidas estatales (administrativas o legislativas) cuyo efecto sea el <b>menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos</b> de los pueblos indígenas <sup>252</sup> . Además, las <b>aplicaciones concretas</b> de leyes generales que tengan una afectación sobre los derechos o interés colectivos de los pueblos deberían ser consultadas <sup>253</sup> .

234 Artículo 6 del Convenio.

235 Artículo 19.

236 Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, párr. 166.

237 Informe Relator Especial (2009), párrs. 62-43. CEDR, recomendación general 23, párr. 4. CEDR, observaciones finales, Surinam, 13 de marzo de 2009, CERD/C/SUR/CO/12, párr. 14. 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. Washington, párr. 273.

238 Artículo 3, b del Reglamento.

239 OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Argentina (GB.297/20/1):(GB.303/19/7), párrs. 12 y 64. Se trataba de proyecto de ley modificando el Código de Minería en lo relativo a la participación de las comunidades indígenas; proyecto de ley declarando en todo el territorio nacional la emergencia de la propiedad comunitaria indígena; proyecto de ley estableciendo los derechos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas; proyecto de ley sobre regulación de las relaciones entre las autoridades del Sistema Judicial Nacional y Federal y las autoridades de los pueblos indígenas; proyecto de ley creando el sistema de consulta indígena; proyecto de ley estableciendo la mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos surgidos del sistema penal; régimen de propiedad comunitaria indígena, régimen sobre comunidades indígenas. También es el caso de proyectos de leyes que guardan relación con institucionalidad de políticas indígenas [Informe Relator Especial (2009), Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6, párr. 23].

240 STC 00024-2009-PI, fundamento 6. STC, 00025-2009-PI/TC, fundamento 26.

241 Informe del Relator Especial (2009), párrs. 43 y 63.

242 Foro Permanente (2005), párr. 12. Por ejemplo, fue el caso de la Ley de Administración de Bosques Públicos en Brasil. Véase OIT, reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Brasil, (GB.295/17):(GB.304/14/7).

243 Informe del Relator Especial (2009), párr. 63. Mecanismo de Expertos (2012), Opinión 4, párr. 12. En otras palabras, el Mecanismo de Expertos se refiere a medidas que "afectan específicamente a los pueblos indígenas" (Opinión 2, 2011, párr. 16).

244 Mecanismo de Expertos (2011), párr. 16.

245 Informe del Relator Especial (2009), Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6, párr. 23.

246 CERD, observaciones finales, Chile, 7 de septiembre de 2009, Doc. ONU CERD/C/CHL/CO/15-18, párr. 16.

247 OIT (2003).

248 OIT, reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Brasil, 2009, (GB.295/17):(GB.304/14/7).

249 OIT (2003).

## Conclusiones

El Derecho peruano no solo se refiere a la noción de afectación sino a la necesaria “afectación de los derechos colectivos”, lo que podría sustentar una interpretación más restrictiva del ámbito del derecho a la consulta<sup>254</sup>. En efecto, donde no hay derechos, no hay afectación posible. Sin embargo, el Relator Especial precisó al respecto que el deber de celebrar consultas no solo se aplica cuando la medida propuesta se refiere a derechos sustantivos ya reconocidos en el Derecho interno<sup>255</sup>. Además, la referencia a los “derechos colectivos” limita la posible consulta de medidas que afecten a derechos reconocidos como “derechos individuales”, lo que no se puede justificar en función del Convenio.

El carácter “directo” de la afectación mencionado en el Convenio 169, y adoptado en las normas nacionales, se refiere a un impacto “particular para los pueblos indígenas” y no debe excluir la posible afectación por normas de alcance general. Sobre ese tema, debe prevalecer la interpretación del Tribunal Constitucional que considera medidas estatales cuyo efecto sea menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas. El factor determinante no es el rango de la norma o la amplitud de su alcance, **sino su posibilidad de tener impactos concretos sobre los derechos o intereses** de los pueblos indígenas.

De manera específica, debe existir una “consulta sobre la consulta” cada vez que se adoptan o modifican esas reglas<sup>256</sup>. Por ello se ha cuestionado la ausencia de consulta sobre varias disposiciones de la versión final del Reglamento<sup>257</sup>, sobre la redacción de la guía metodológica que se viene adoptando por el Viceministerio de Interculturalidad<sup>258</sup>, sobre la constitución

de la base de datos oficial relativa a los pueblos indígenas, y durante el proceso de consulta sobre el plan de consulta adoptado por la entidad promotora<sup>259</sup>.

## Recomendaciones y sugerencias

Por lo anteriormente mencionado, se recomienda a las autoridades públicas competentes:

- Celebrar consultas sobre cada medida que afecte los derechos (colectivos o individuales) o intereses de pueblos indígenas, cualquiera que sea su objeto o alcance.
- De manera específica, celebrar consultas con los pueblos afectados sobre cada procedimiento o norma que vendrá, desarrollando metodologías y procedimientos sobre la aplicación de la consulta previa.

## 1.9. ¿Se debe consultar sobre las medidas o los proyectos adoptados antes de la Ley de Consulta Previa?

### Normatividad internacional

El Convenio 169 fue adoptado en el año 1989. Entró en vigencia, para cada país, **un año después de su ratificación**<sup>260</sup>. La entrada en vigencia del tratado crea la obligación por el Estado de consultar todas las medidas que puedan afectar a los pueblos indígenas adoptadas a partir de ese momento<sup>261</sup>, exista o no una norma interna al respecto<sup>262</sup>. No se aplica a situaciones anteriores<sup>263</sup>; sin embargo, según lo precisó la Corte Interamericana, el Convenio 169 se aplica en relación con los **impactos y decisiones posteriores originadas en medidas adoptadas antes** de su entrada en vigencia<sup>264</sup>. En efecto, en

250 STC, 0023-2009-PI/TC, fundamento 6. STC, 0022-2009-PI/TC, fundamento 19. STC 00027-2009-PI/TC, fundamento 11.

251 Artículo 27.1 del Reglamento.

252 STC 00025-2009-PI/TC, fundamento 25. STC 00024-2009-PI, fundamento 6.

253 STC, 00025-2009-PI/TC, fundamento 31.

254 Ruiz Molleda (2011), pág. 90.

255 Informe del Relator Especial (2009), párr. 63. Véase también CIDH (2009), párr. 293. CIDH (2007), Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia, párr. 243.

256 Corte IDH, caso *Saramaka*, 2008, párr. 4; Informe CEACR (2011), Convenio 169, Perú; Informe CEACR (2010); Informe Relator Especial (2011), párr. 88.

257 CNDDHH (2012).

258 CNDDHH, Informe 2012. Véase Artículo 28, inciso 8, y DCTF Décimo Primera del Reglamento.

259 Artículo 16 del Reglamento.

260 Artículo 38.3 del Convenio 169.

261 Véase Informe CEACR, (2011), Convenio 169, Perú.

262 Informe CEACR (2010), Convenio 169, Guatemala. OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Colombia, 2001, GB.282/14/3, párr. 72. El CEDR estima que “la ausencia de reglamentación del Convenio 169 no es impedimento para que se lleven a cabo procesos de consulta previa” (CEDR, observaciones finales, México, 9 de marzo de 2012, Doc. ONU CERD /C/MEX/CO/16-17, párr. 17 y CEDR, observaciones finales, Guatemala, 29 de marzo de 2010, CERD /C/GTM/CO/12-13, párr. 11). Véase también, CIDH (2009), párr. 298.

263 Artículo 28 del Convenio de Viena de 1969. Véase por ejemplo, OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Ecuador, 2001, GB.282/14/2, párr. 28.

264 Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, párr. 176. Véase también OIT, reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, México, 1999, (GB.273/15/6):(GB.276/16/3), párr. 36; OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Colombia, 2001, GB.282/14/3, párr. 82; OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Ecuador, 2001, GB.282/14/2, párr. 39. OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Dinamarca, 2001 (GB.277/18/3): (GB.280/18/5), párr. 29; OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Guatemala, 2007, (GB.294/17/1):(GB.299/6/1), párr. 54. Véase también Informe Relator Especial (2009), Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6, párr. 20.

el caso *Pueblo Kichwa de Sarayaku*, la Corte consideró que los actos de ejecución de una concesión otorgada antes de la entrada en vigencia debían ser consultados. En ese caso, la Corte constató que Ecuador no llevó a cabo consultas antes de que se construyeran helipuertos, se cavaran trochas, se sembraran explosivos o se destruyeran zonas de alto valor para su cultura y cosmovisión, actividades posteriores a la entrada en vigencia de la obligación de consultar<sup>265</sup>. Así, una renovación o extensión de una licencia antigua es una nueva acción cubierta por el Convenio<sup>266</sup>.

### Normatividad nacional

El Convenio 169 fue ratificado por el Perú en el 1994<sup>267</sup> y entró en vigencia el 2 de febrero de 1995<sup>268</sup>. Según lo precisó el Tribunal Constitucional, el Convenio es directamente aplicable<sup>269</sup> y de **obligatorio cumplimiento por todas las autoridades desde su entrada en vigencia en 1995**<sup>270</sup>, teniendo rango constitucional. La obligación de consulta es exigible desde ese momento. La falta de normatividad que desarrolla el proceso de consulta no altera la obligación del Estado de realizar consultas<sup>271</sup>.

### Conclusiones

El Convenio 169 es de obligatorio cumplimiento para el Estado peruano desde el 2 de febrero de 1995. En cuanto a las decisiones y medidas adoptadas sin consulta desde 1995, constituyen vulneraciones de lo previsto en el Convenio 169 e implican la responsabilidad internacional del Estado, lo que conlleva la obligación de resarcir los daños ocasionados<sup>272</sup>. Además, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que esas medidas son inconstitucionales. Por consiguiente, se podría solicitar su nulidad mediante las vías judiciales, bajo la condición de respetar los plazos aplicables<sup>273</sup>.

En cuanto a la situación posterior a la adopción de la Ley y de su Reglamento, si bien no se aplican a hechos antiguos, los impactos y decisiones originados en medidas adoptadas antes de la entrada en vigor del Convenio (1995) deben dar lugar a procesos de consulta. En otras palabras, todo impacto vigente de medidas antiguas debe generar una consulta<sup>274</sup>.

### Recomendaciones y sugerencias

Por lo anteriormente mencionado, se recomienda a las autoridades públicas competentes:

- Considerar consultas sobre medidas adoptadas.
- Llevar a cabo consultas sobre los impactos y decisiones actuales que se originen en medidas ya aprobadas; adoptar un cronograma de consultas sobre esas medidas y suspender su adopción hasta que se celebren consultas.
- Examinar la manera más apropiada de resarcir los daños generados por la falta de consulta desde el año 1995 y presupuestar los montos económicos suficientes para satisfacer las demandas de reparación.

### I.10. ¿Cuándo no se aplica la consulta?

#### Normatividad internacional

Primero, en función de lo anteriormente mencionado, la consulta no se aplica cuando no se trata de pueblos indígenas o cuando la medida no tiene impactos sobre sus intereses o derechos.

Segundo, el Convenio 169 no menciona las condiciones bajo las cuales se pueden limitar los derechos que reconoce, limitándose a mencionar que “la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”<sup>275</sup>.

265 *Ibid.*, párr. 184.

266 OIT, reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Guatemala, 2007, (GB.294/17/1); (GB.299/6/1), párr. 54.

267 Resolución Legislativa 26253.

268 Informe CEACR (2011), Convenio 169, Perú. Por ejemplo, véase STC 025-2009PI-TC, fundamento 23. Véase Ruiz de Molleda (2011), pág. 67.

269 Por ejemplo, STC 02798-2004-HC/TC, fundamento 8 y STC 05427-2009-PC/TC, fundamento 34. Véase Comisión Multipartidaria encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los pueblos indígenas, consulta previa: Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia, mayo 2009, Congreso de la República, Lima, pág. 112.

270 STC 0022-2009-PI/TC, fundamentos 9-11 y STC 00024-2009-PI, fundamento 7; STC 00025-2009-PI/TC, fundamento 23. Esas últimas sentencias desestiman la posición anterior adoptada en la Aclaratoria de la sentencia recaída en el expediente STC 6316-2008-PA, según la cual la obligación de consultar solo era vigente desde el año 2010. Véase también proyecto de Ley 1439-2012-CR del 17 de agosto 2012.

271 STC 05427-2009-PC/TC, fundamento 40.

272 Cabe recordar que constituye una obligación internacional —y un principio general del derecho internacional— la de reparar e indemnizar todas las consecuencias de la violación de una obligación internacional. Corte Permanente de Justicia Internacional, caso *Usine de Chorowz*, 1928, Serie A N.º 17, pág. 29. Martín, Rodríguez-Pinzón, Guevara (2004), pág. 73. Véase el Artículo 40 de la Declaración. Véase también Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, párr. 280.

273 Véase Ruiz Molleda (2012), párr. 4.2.

274 Eso se aplica, por ejemplo, a renovación de concesiones/licencias o a la modificación de contratos o EIA ya aprobados.

275 Artículo 34 del Convenio.

Tercero, el derecho a la consulta no es absoluto. De manera general, el ejercicio de un derecho puede verse limitado por razones de interés público o cuando compite con otros derechos. Sin embargo, las limitaciones deben respetar ciertas condiciones<sup>276</sup>: (i) tener un fundamento legal (es decir, adoptado por el Congreso); (ii) tener un objetivo legítimo (ej. orden público, seguridad pública, salud pública), y (iii) ser necesarias para lograr ese objetivo. Es decir, que siempre se debe optar por la alternativa de reducir lo menos posible el alcance del derecho. La limitación jamás puede implicar la denegación total del derecho. Por fin, cuando se trata de conflicto entre derechos individuales, se debe evaluar la situación caso por caso, aplicando un test de proporcionalidad entre la afectación y los beneficios. Por otro lado, la derogación total a un derecho solo está permitida en caso excepcional de emergencia pública que pone en riesgo la existencia de la Nación<sup>277</sup>.

### Normatividad nacional

El Reglamento de la Ley de Consulta ha introducido varias excepciones al derecho a la consulta, sean restricciones o sean denegación total del derecho. Así, no serán sometidos a la consulta: los proyectos de ley del Congreso (más arriba); las normas de carácter tributario o presupuestario<sup>278</sup>; las decisiones estatales dirigidas a atender situaciones de emergencia derivadas de catástrofes naturales o tecnológicas; las medidas que se dicten para atender emergencias sanitarias, incluyendo la atención de epidemias<sup>279</sup>; las medidas que se dicten para la persecución y control de actividades ilícitas<sup>280</sup>; las medidas administrativas de carácter complementario a una medida administrativa ya consultada<sup>281</sup>; la medida administrativa que apruebe el reinicio de actividad, que no implique variación de los términos originalmente autorizados<sup>282</sup>; la construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud o educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos que, en coordinación con los pueblos indígenas, estén

orientadas a beneficiarlos<sup>283</sup>. Las medidas de alcance general no serán totalmente sometidas al proceso de consulta<sup>284</sup>.

### Conclusiones

Las excepciones previstas por el Reglamento son sumamente cuestionables por las razones siguientes. Primero, se establecen limitaciones al derecho a la consulta sin que ellas sean previstas en una ley del Congreso. Eso contraviene directamente el principio de legalidad de las limitaciones. Por otro lado, contraviene el Artículo 118, inciso 8, de la Constitución, que dispone que las medidas reglamentarias no puedan transgredir ni desnaturalizar las medidas legislativas. Segundo, cuando existen conflictos entre el derecho a la consulta y demás derechos o con el interés general, se debe analizar la situación caso por caso. Por el principio según lo cual la consulta debe llevarse a cabo “de manera apropiada a la circunstancias” (más abajo), la existencia de intereses superiores deberá llevar a la adaptación del proceso de consulta y no a la limitación o derogación del derecho de manera sistemática<sup>285</sup>. En cuanto a la excepción en materia de provisión de servicios públicos, cabe resaltar que los pueblos indígenas tienen el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo<sup>286</sup>. El proceso de consulta responde precisamente a determinar y tomar en cuenta esas prioridades, las cuales no pueden presumirse<sup>287</sup>.

### Recomendaciones y sugerencias

Por lo anteriormente mencionado, se recomienda a las autoridades públicas competentes:

- Derogar las disposiciones del Reglamento que limitan la existencia o el ejercicio del derecho a la consulta, especialmente sus artículos 5 (k), 5 (l), DCTF 12, DCTF 14 y DCTF 15.

276 Moeckli, Shah, Sivakumaran (2010), pág. 141-143. Martin, Rodríguez-Pinzón, Guevara (2004), pág. 105-109. Véase Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Corte IDH, “La Expresión ‘Leyes’ en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A.N.o 6, párrs. 35 y 37.

277 La derogación es de estricta interpretación y limitada en el tiempo y en el espacio. Martin, Rodríguez-Pinzón, Guevara (2004), pág. 110. Moeckli, Shah, Sivakumaran (2010), pág. 143. Véase al Artículo 27 de la Convención Americana.

278 Artículo 5, inciso k, del Reglamento.

279 Artículo 5 inciso l, del Reglamento.

280 Artículo 5 inciso l, del Reglamento.

281 DCTF 12 del Reglamento. Para una crítica de esa disposición, a la luz del proceso de elaboración del Reglamento, véase CNDDHH (2012), pág. 8.

282 DCTF 14 del Reglamento.

283 DCTF 15 del Reglamento.

284 Artículo 27, inciso l y Artículo 27, inciso 5 del Reglamento.

285 Se tiene en cuenta la naturaleza de la medida al momento de consultar (más abajo).

286 Artículo 7.1 y 4.2. del Convenio y Artículo 23 de la Declaración. Véase SCT 01126-2011-HC/TC, fundamento 43.

287 CNDDHH (2012): Incorporación sin diálogo previo con las organizaciones indígenas: “Debemos manifestar que el artículo 6 del Convenio 169 señala que se debe consultar toda medida que impacta directamente en los pueblos indígenas. No discrimina si este tenga impacto positivo y negativo”.

## I.II. ¿Cuándo y cómo se inicia la consulta? Se dice la “consulta previa”, pero ¿previa a qué?

El propósito de la consulta es tomar en cuenta la posición de los pueblos afectados antes de adoptar la medida. Obviamente, la consulta posterior a la adopción no es congruente con el objetivo de esa garantía<sup>288</sup>. Si bien el carácter “previo” de la consulta es contemplado en la normativa vigente, el momento preciso en el cual se debe consultar puede generar discrepancias y merece unas precisiones.

### Comparación directa de las normas internacional y nacional

	Derecho internacional	Derecho peruano
<b>Regla general</b>	C-169: “cada vez que se prevean” las medidas <sup>289</sup> .	Ley: “de forma previa a la medida” <sup>290</sup> .
<b>Criterio: influencia</b>	Según la Corte Interamericana, el objetivo es poder <b>verdaderamente participar e influir</b> en el proceso de adopción de decisiones <sup>291</sup> .	Tribunal Constitucional: con la implementación previa se busca garantizar la <b>expectativa de influencia</b> de los pueblos indígenas sobre la elaboración de las medidas <sup>292</sup> .
<b>“Antes de...”</b>	<p>Según lo precisó la Corte Interamericana, la consulta se debe iniciar “<b>desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta</b>”<sup>293</sup>, y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad si este fuera el caso<sup>294</sup>. De manera general, debe ser <b>lo antes posible</b><sup>295</sup>.</p> <p><b>Planes y programas:</b> La consulta se aplica en la etapa de la <b>formulación de planes y programas</b><sup>296</sup>.</p> <p><b>Proyectos de explotación de recursos:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- en las <b>primeras etapas</b> del proceso de planificación, incluido su diseño<sup>297</sup>.</li> <li>- antes de la <b>firma del contrato</b><sup>298</sup> y antes de otorgar los <b>permisos, las concesiones o las autorizaciones</b><sup>299</sup>.</li> </ul> <p>De todas formas, <b>antes de finalizar el estudio ambiental</b><sup>300</sup>.</p>	<p>Reglamento: identifica como medidas a ser consultadas:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- normas reglamentarias de alcance general.</li> <li>- el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto.</li> <li>- acto administrativo que autorice a la administración la suscripción de contratos que faculte el inicio de la actividad o proyecto.</li> </ul> <p><b>Planes y programas:</b> Se aplica a las medidas administrativas en virtud de las cuales se aprueban los planes, programas y proyectos de desarrollo<sup>301</sup>.</p> <p><b>Proyectos de explotación de recursos:</b> Antes de aprobar la <b>medida administrativa</b> que faculte el <b>inicio de la actividad de exploración o explotación</b> de dichos recursos naturales<sup>302</sup>.</p>

288 Por ejemplo, OIT, reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Colombia, 2001, GB.282/14/3, párr. 90.

289 Artículo 6, inciso 1, del Convenio. La Declaración dispone que sea “antes de adoptar o aplicar” la medida (Artículo 19).

290 Artículo 2 y 4, inciso a, de la Ley.

291 Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, párrs. 167 y 177. Véase también, Relator Especial (2009), Doc. ONU, A/HRC/12/34, párr. 65.

292 STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 36; STC 05427-2009-PC/TC, fundamento 60.

293 Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, párrs. 167 y 177. Según el Mecanismo de Expertos, debe ser siempre que se esté estudiando la posibilidad de adoptar una medida o decisión [Mecanismo de Expertos (2011), Opinión 2, párr. 16]. Véase también Informe Relator Especial (2009), párr. 65. En su Informe del 2012, el Relator Especial declara: “en opinión del Relator Especial sigue existiendo un problema más fundamental, a saber, el modelo que promueven las empresas y los Estados para la extracción y explotación de los recursos naturales en los hábitats indígenas. Se trata de un modelo en que los planes iniciales para la exploración y extracción de los recursos naturales son elaborados por la empresa, tal vez con cierta intervención del Estado, pero con poca o ninguna participación de la comunidad o pueblo indígena” (Informe Relator Especial (2012), Doc. ONU A/HRC/21/47, párr. 74). Véase también Informe del Relator Especial (2011), Doc. ONU A/HRC/18/35/Add.8 (Costa Rica), párr. 12.

294 Corte IDH, *Kichwa de Sarayaku*, párr. 180; Corte IDH, caso *Saramaka*, 2007, párr. 133.

295 Informe CEACR (2011), Convenio 169, observación general sobre la obligación de consulta. OIT, reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Ecuador, 2001, GB.282/14/2, párr. 38. Informe Relator Especial (2009), Doc. ONNU A/HRC/12/34/Add.6, párr. 18.

296 Informe CEACR (2010), Convenio 169, Costa Rica; Informe CEACR (2009), Convenio 169, Guatemala.

297 Mecanismo de Expertos (2012), Opinión 4, párr. 14.

298 OIT, reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Ecuador, 2001, GB.282/14/2, párr. 28 y 39.

299 Informe CEACR (2007), Convenio 169, Colombia. Informe CEACR (2009), Convenio 169, Observación general. Véase también, CIDH (2010), párrs. 289 y 304. Comité de Derechos Humanos, observaciones finales, Nicaragua, 12 de diciembre de 2008, Doc. ONU CCPR/C/NIC/CO/3, párr. 21; Observaciones finales, Panamá, 17 de abril de 2008, Doc. ONU CCPR/C/PAN/CO/3, párr. 21.

300 OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Colombia, 2001, GB.282/14/3, párr. 78.

301 Art. 2, inciso 1, del Reglamento.

302 Artículo 6 del Reglamento.

	Derecho internacional	Derecho peruano
“En cada etapa”	<p>Cuando la adopción de la medida abarca varias etapas, se llevarán a cabo consultas efectivas <b>en cada etapa del proceso</b><sup>303</sup>. La Corte Interamericana precisó que la consulta se aplica: <b>en todas las fases del proceso de producción normativa</b><sup>304</sup> y <b>en todas las fases de planeación y desarrollo</b> de un <b>proyecto</b> que pueda afectar el territorio<sup>305</sup>.</p>	<p>Reglamento: <b>no contempla</b> la posibilidad de consultar en cada etapa del proceso de adopción de la medida o durante el programa, plan o proyecto.</p>
¿Cómo?	<p>La obligación de organizar consultas está a cargo del Estado; este último tiene la obligación de asegurar que cada medida que pueda afectar a los pueblos indígenas será consultada<sup>306</sup>. Sin embargo, el Derecho internacional no regula las modalidades precisas de inicio del proceso.</p>	<p>La normatividad peruana prevé dos modalidades de inicio del proceso: (i) <b>de oficio</b>, por la entidad promotora<sup>307</sup> o (ii) <b>previa solicitud</b> de los pueblos indígenas. En caso de medidas administrativas, el rechazo de la solicitud puede ser impugnado ante el Viceministerio de Interculturalidad, sin efecto suspensivo.</p>

## Conclusiones

El Derecho peruano solo contempla la consulta de proyectos de medidas normativas, concebidas como actos puntuales. Esa constatación merece dos comentarios.

Primero, no queda claro cuándo precisamente se inicia el proceso de consulta<sup>308</sup>. Segundo, al no prever la posibilidad de consulta durante todas las etapas de adopción de la medida, el Derecho peruano restringe la posibilidad de los pueblos de poder verdaderamente influir en el proceso de adopción de la decisión.

En cuanto a los proyectos extractivos, el reglamento no brinda precisiones claras sobre cómo se articula el proceso de consulta

con la licitación de los lotes, el otorgamiento de concesiones, la aprobación de la certificación ambiental y las autorizaciones de inicio de actividad. Al respecto, se desprende de los estándares internacionales que se debe consultar a los pueblos antes de conceder derechos a terceros sobre sus territorios (ej.: licitación de lotes), pues menoscaba su derecho a la propiedad comunal. Las consultas deben celebrarse de forma que se permita a los pueblos participar en cada etapa de la planificación del proyecto. La preparación de los estudios de impacto requiere la plena participación de los pueblos afectados<sup>309</sup>. Los resultados de esos estudios deben evaluarse durante procesos de consulta para sopesar los efectos de las actividades programadas, antes de otorgar concesiones o autorizaciones de actividades. Además, cada modificación de los derechos del tercero (ej.: del contrato, de las concesiones o de autorizaciones) debe conducir a la celebración de nuevas consultas<sup>310</sup>.

303 Por ejemplo, CEDR, observaciones finales, Ecuador, 22 de septiembre de 2008, Doc. ONU CERD/C/ECU/CO/19, párr. 16; CEDR, observaciones finales, México, 9 de marzo de 2012, Doc. ONU CERD /C/MEX/CO/16-17, párr. 17. Según el Mecanismo de Expertos, el derecho a la consulta se aplica a todos los niveles de la adopción de decisiones (2010, párr. 18). Véase también Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-129 de 2011, pág. 74.

304 Dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas (Corte IDH, *Kichwa de Sarayaku*, párr. 181). Véase también, Informe Relator Especial (2009), Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6, párrs. 20 y 57.

305 Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, párr. 167. Véase también CEDR (2012), observaciones finales, México; CEDR (2010), observaciones finales, Guatemala, párr. 11. Se aplica también a la aplicación y evaluación de la medida o programa y a sus modificaciones [OIT, reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Ecuador, 2001, GB.282/14/2, párr. 39.; Informe Relator Especial (2010), párr. 64].

306 El Convenio 169 obliga a todas las entidades estatales (más arriba). Por ejemplo, STC 00027-2009-PI/TC, fundamento 7.

307 Artículo 9 y 10 de la Ley y artículo 14 del Reglamento.

308 Véase CNDDHH (2012).

309 Artículo 7, inciso 3, del Convenio 169. Véase más arriba.

310 En lo que atañe a las actividades mineras, el TUPA actualizado del Ministerio de Energía y Minas del 6 de junio de 2012 solo prevé la celebración de consultas en dos momentos: (i) como última etapa del otorgamiento de las concesiones, y (ii) antes de autorizar actividades de explotación. Esa implementación de la normatividad no permite tomar en cuenta las posiciones de los pueblos desde las primeras etapas del proceso y no permite su participación en la redacción de los EIA. Tampoco se prevén consultas antes de autorizar actividades de exploración o antes de modificar las concesiones o las autorizaciones otorgadas. Respecto de las actividades de hidrocarburos y electricidad, la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM del 20 de julio de 2012 prevé procesos de consulta antes del otorgamiento de concesiones y autorizaciones, sin que se garantice que se iniciará desde las primeras etapas de la adopción de la medida y sin permitir la participación en la redacción de los EIA.



Liliana García / DAR

En cuanto a las modalidades de ejercicio del derecho, el marco normativo no precisa bajo qué condiciones se podría impugnar la decisión de rechazo de una solicitud sobre una medida legislativa. Por otra parte, el carácter no suspensivo de la impugnación del rechazo de la solicitud de consulta puede menoscabar el derecho<sup>311</sup>, y podría permitir la adopción de la medida sin consulta, sin que se pueda remediar de manera efectiva.

### Recomendaciones y sugerencias

Por lo anteriormente mencionado, se recomienda a las autoridades públicas competentes:

- Aclarar el cronograma del proceso de consulta dentro del proceso de adopción de cada medida a ser consultada.
- Incrementar la transparencia sobre las propuestas de medidas que planifican adoptar con miras a permitir el goce efectivo del derecho de petición de consulta previa.
- Celebrar consultas desde las primeras etapas de elaboración de la medida (o del plan, programa o proyecto), y en cada etapa del proceso, cualquier que sea el índole de la decisión o medida.
- Para los proyectos extractivos, celebrar consultas desde la licitación de los contratos, y en cada etapa del otorgamiento de las concesiones y licencias, hasta el inicio de las actividades.

- Modificar el Reglamento en el sentido de dar un efecto suspensivo al recurso de impugnación contra el rechazo de la solicitud de consulta.
- Entre tanto, y en todo caso, no adoptar medidas no consultadas cuando el rechazo de la solicitud de consulta ha sido impugnado.

Se sugiere a las organizaciones indígenas organizar una vigilancia política y normativa para detectar decisiones que les pueden afectar y debidamente ejercer su derecho de petición.

## I.12. ¿Cómo se debe llevar a cabo el proceso?

Los estándares internacionales han recogido principios rectores de la consulta, que ahora son globalmente aceptados, sobre la manera de desarrollar el proceso de consulta. Se refieren a los participantes de la consulta, a la manera de organizar las etapas del proceso, a la actitud y espíritu de las partes, y al diálogo entre las autoridades y los pueblos consultados.

### I.12.1. ¿Cómo se elige a los participantes del proceso?

Siendo un derecho colectivo<sup>312</sup>, que trata de afectaciones de otros derechos o interés colectivos, el derecho a la consulta se ejerce naturalmente a través de las organizaciones representativas de los pueblos afectados.

311 El acto final sobre la propuesta del Reglamento preveía el efecto suspensivo. El informe de la CNDDHH menciona: "En términos prácticos, el pueblo indígena que sea incorporado al proceso, después de la decisión final obtenida por apelación, deberá aceptar el proceso de consulta en el Estado en el que se encuentre en ese momento. Si consideramos lo corto e inflexible de los plazos, con suerte llegará a incorporarse unos días antes que termine la consulta" (CNDDHH, 2012).

312 Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, párr. 231. STC 00024-2009-PI, fundamento 6.



## Comparación directa de las normas internacional y nacional

	Derecho internacional	Derecho peruano
<b>Regla general</b>	C-169: "a través de sus <b>instituciones representativas</b> " <sup>313</sup> .	Ley: "a través de sus <b>instituciones y organizaciones representativas</b> " <sup>314</sup> .
<b>¿Cuáles organizaciones?</b>	Todas las <b>organizaciones representativas</b> <sup>315</sup> de <b>todas las comunidades afectadas</b> deben poder participar. Según la OIT, se trata también de comunidades a proximidad inmediata del proyecto <sup>316</sup> .	Reglamento: participarán los pueblos afectados <b>del ámbito geográfico</b> <sup>317</sup> <b>en el cual se ejecutaría</b> la medida o que sean <b>afectados directamente</b> por ella <sup>318</sup> . Pueden contar con asesores <sup>319</sup> . <b>Medidas administrativas:</b> las organizaciones representativas locales asentadas en el ámbito geográfico donde se ejecutaría el acto administrativo <sup>320</sup> . <b>Medidas de alcance general,</b> incluyendo los planes y programas: "organizaciones representativas asentadas en el ámbito geográfico de la medida" <sup>321</sup> .
<b>Representatividad</b>	Las organizaciones participantes deben ser "realmente representativas" <sup>322</sup> , elegidas al término de un <b>proceso propio</b> <sup>323</sup> , conforme a sus reglas internas <sup>324</sup> . El gobierno tiene, por lo tanto, la <b>obligación de cerciorarse</b> de que se lleven a cabo consultas con las instituciones <b>realmente representativas</b> <sup>325</sup> . Los pueblos deben <b>comunicar</b> claramente qué organizaciones están autorizadas para expresar su consentimiento <sup>326</sup> .	Ley y Reglamento: elegidas <b>conforme a sus usos, costumbres tradicionales y normas propias</b> <sup>327</sup> . Se prevé un proceso de acreditación antes de participar en las etapas del diálogo.

### Conclusiones

El Reglamento establece un vínculo directo entre el alcance geográfico de la medida y las organizaciones autorizadas a participar. En realidad, son los efectos de la medida que deben permitir identificar a los pueblos afectados. Luego, la identificación de las organizaciones representativas debe ser un proceso interno a las organizaciones indígenas<sup>328</sup>.

Cabe mencionar que el Relator Especial considera que cuando se trata de medidas de alcance geográfico nacional es imprescindible que se lleven a cabo consultas de ámbito local o regional con el fin de consultar directamente a los pueblos indígenas a través de sus instancias representativas<sup>329</sup>.

313 Artículo 6, inciso a, del Convenio; artículo 19 de la Declaración. Ello implica una participación directa de la organización [Informe Relator Especial (2009), Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6, párr. 60]. No se puede limitar al acceso a la consulta solamente a las organizaciones las "más representativas" [OIT, reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, México, 2004 (GB.282/15/3) (GB.282/15/4) (GB.289/17/3), párr. 101].

314 Artículo 6 de la Ley.

315 OIT, reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Argentina, 2008 (GB.297/20/1):(GB.303/19/7), párrs. 76 y 100.

316 OIT, reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Colombia, 2001, GB.282/14/3, párr. 86.

317 El ámbito geográfico se define como el área en donde habitan y ejercen sus derechos colectivos el o los pueblos indígenas, sea en propiedad, en razón de otros derechos reconocidos por el Estado o que usan u ocupan tradicionalmente (Artículo 3, inciso c, del Reglamento).

318 Artículo 7, inciso 2, del Reglamento. El Tribunal Constitucional estimó, en cuanto a proyectos extractivos, que "no solo serán consultados aquellos pueblos indígenas en cuyo territorio se llevarán a cabo las actividades, sino por ejemplo, también los pueblos indígenas inmediatamente adyacentes a dicho lugar y que sean susceptibles de ser afectados" (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 23) y que "cuando el Convenio se refiere a los 'pueblos interesados', tal categoría comprende no solo a las comunidades directamente afectadas o establecidas en los territorios objeto de explotación y/o exploración, sino que también involucra a las comunidades colindantes, a sus organizaciones, y desde luego, a sus autoridades más representativas" (STC 06316-2008-PA/TC, fundamento 17). La referencia sus autoridades más representativas no es congruente con la interpretación de los órganos de la OIT.

319 Artículo 11, inciso 3, del Reglamento.

320 Artículo 3, inciso i, del Reglamento.

321 Artículo 27, inciso 3, del Reglamento.

322 Informe CEACR (2010), C169, Colombia. OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Argentina, 2008 (GB.297/20/1):(GB.303/19/7), párr. 75. OIT (2003), C169. El Relator Especial precisó que los criterios de representatividad dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas; deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; debe incluir distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos; deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género, conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación (*Principios internacionales aplicables a la consulta (Chile)*, Doc. ONU A/HRC/12/34/Add. 6, párr. 31).

323 El Estado debería abstenerse de intentar influir en la definición de las modalidades de representación indígena, mientras que debería estar dispuesto a apoyar lógicamente a los pueblos indígenas en el proceso de esa definición, si estos así lo desean (Artículo 6, inciso 1, c, del Convenio 169). Véase Informe del Relator Especial (2011), Doc. ONU A/HRC/18/35/Add.8 (Costa Rica), párr. 28.

324 Corte IDH, caso *Saramaka*, 2008, párr. 15. Por la OIT, véase por ejemplo, Informe CEACR (2009), C169, observación general; OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Argentina, 2008 (GB.297/20/1):(GB.303/19/7), párr. 75; OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, México, 2004 (GB.282/15/3) (GB.282/15/4) (GB.289/17/3), párr. 102. Mecanismo de Expertos (2012), párr. 15. Informe Relator Especial (2009), Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6, párr. 29 e Informe (2011), Doc. ONU A/HRC/18/35/Add.8, párr. 25-27.

## Recomendaciones y sugerencias

Se recomienda a los tomadores de decisiones:

- Asegurar la debida participación, en el proceso de consulta, de las organizaciones representativas de todas las comunidades afectadas por una medida, sea por ocupar o usar el territorio donde se aplicará la medida, o sea por cualquier otro impacto sobre sus intereses o derechos.
- Apoyar, de ser necesario, a los pueblos indígenas en la conformación de sus organizaciones representativas.

Se recomienda a los pueblos indígenas:

- Crear, de ser necesario, organizar y fortalecer sus organizaciones representativas locales, regionales y nacionales, teniendo en cuenta las opiniones todos los miembros del pueblo, incluyendo los jóvenes y las mujeres<sup>330</sup>,

con miras a asegurar su verdadera representatividad, así como la expresión de todas las opiniones de las bases<sup>331</sup>.

- Asegurar la capacidad de los representantes de las organizaciones de comprometer jurídicamente la comunidad que representa. En efecto, los acuerdos alcanzados serán vinculantes para ambas partes en la consulta.
- Antes del proceso de consulta, especificar qué instituciones representativas están autorizadas para expresar el consentimiento en nombre de ellos<sup>332</sup>.
- Cuando existen opiniones contrapuestas dentro de la organización, esforzarse en hallar una respuesta conjunta<sup>333</sup>.

### I.I.2.2. ¿Qué significa que el proceso se lleve a cabo de “manera apropiada a la circunstancias”?

Comparación directa de las normas internacional y nacional  
El carácter “apropiado” se aplica tanto a los procedimientos como a todas las fases del proceso de consulta.

## Comparación directa de las normas internacional y nacional

El carácter “apropiado” se aplica tanto a los procedimientos como a todas las fases del proceso de consulta.

	Derecho internacional	Derecho peruano
<b>Regla general</b>	<p>C-169: “6. [...] mediante procedimientos apropiados.</p> <p>Las medidas de implementación se deberán determinarse con <b>flexibilidad</b>, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país<sup>334</sup>.</p>	<p>Reglamento: de una forma <b>adaptada</b> a las circunstancias y a las particularidades de cada pueblo indígena consultado<sup>335</sup>. Ley: se aplican los principios siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Flexibilidad</b>: tomando en cuenta el tipo de medida, las circunstancias y las características especiales de los pueblos.</li> <li>- <b>Interculturalidad</b>: reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas<sup>336</sup>.</li> </ul>
<b>Precisiones</b>	<p>No existe un modelo único de procedimiento apropiado<sup>337</sup>. De manera general, los procedimientos <b>son adecuados si crean condiciones favorables para lograr acuerdo o consentimiento</b> en relación con las medidas propuestas<sup>338</sup>.</p>	<p>Reglamento: atendiendo a la diversidad de pueblos indígenas existentes y a la diversidad de sus costumbres, el proceso de consulta considera las diferencias según las circunstancias a efectos de llevar a cabo un verdadero diálogo intercultural<sup>339</sup>.</p>

325 Informe CEACR (2010), C169, Colombia.

326 Corte IDH, caso *Saramaka*, 2008, párr. 18. Informe Relator Especial (2007), párr. 23.

327 Artículo 6 de la Ley y artículo 7, inciso 2 y 27, inciso 2 del Reglamento. Su reconocimiento se rige por la nominativa especial de las autoridades competentes, dependiendo del tipo de organización y sus alcances (Artículo 3, inciso m, del Reglamento).

328 Véase también Ruiz Molleda (2012), párr. 4.9.

329 Relator Especial (2009), Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6, párr. 60.

330 Foro Permanente (2005), párr. 47.

331 Informe Relator Especial (2011), párr. 89.

332 Informe Relator Especial (2007), párr. 23.

333 Mecanismo de expertos (2012), párr. 17.

334 Artículo 34 del Convenio.

335 Artículo 5, inciso b, y artículo 13 del Reglamento.

336 Artículo 4, inciso b, de la Ley. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la observancia de los principios de “flexibilidad” e “interculturalidad” pertenece al ámbito protegido del derecho a la consulta (STC 00025-2009-PI/TC, fundamento 21). Véase Ruiz Molleda (2011), págs. 108-120.

337 Informe CEACR (2011), C169, observación general sobre la obligación de consulta. OIT, reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Brasil, 2009 (GB.295/17):(GB.304/14/7), párr. 42.

338 Mecanismo de Expertos (2010), párr. 22. OIT, reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Brasil, 2009 (GB.295/17):(GB.304/14/7), párr. 42. OIT, reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, México, 2004 (GB.282/15/3) (GB.282/15/4) (GB.289/17/3), párr. 89.

## Conclusiones

El principio de flexibilidad debe aplicar a cada etapa del proceso de consulta, desde su preparación hasta lograr el consentimiento sobre la medida.

## Recomendaciones y sugerencias

En aplicación del principio de “flexibilidad”, o de adaptación de la consulta a la circunstancias, se debería redactar el plan de consulta con las comunidades afectadas<sup>340</sup>. Además, los plazos aplicables deberían adaptarse a las circunstancias y a la naturaleza de la medida.

### I.12.3. ¿Cómo se deben comportar los participantes?

#### Comparación directa de las normas internacional y nacional

La idea general es que las partes tienen que compartir el deseo sincero de llegar a un acuerdo y que ese deseo sincero debe reflejarse de manera concreta en la actitud que las autoridades adoptan a lo largo del proceso.

	Derecho internacional	Derecho peruano
<b>Regla general</b>	C-169: las consultas deberán efectuarse de <b>buena fe</b> <sup>341</sup> .	Ley: se respetará el principio de <b>buena fe</b> .
<b>Precisiones</b>	<p>Corte IDH: la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”<sup>342</sup>. Una mera reunión informativa es insuficiente<sup>343</sup>.</p> <p><b>Obligaciones positivas:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- establecer un clima de confianza mutua y de respeto<sup>344</sup>.</li> <li>- fomentar la participación plena y equitativa<sup>345</sup>.</li> <li>- trabajar con miras al logro del consenso<sup>346</sup>.</li> <li>- estar dispuestas a escuchar y a alcanzar una avenencia sobre sus posiciones<sup>347</sup>.</li> </ul> <p><b>Obligaciones negativas (prohibición de ciertas actitudes):</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- cualquier tipo de coerción<sup>348</sup>.</li> <li>- intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas<sup>349</sup>.</li> <li>- militarización del área del proyecto<sup>350</sup>.</li> <li>- campañas de deslegitimación y desprestigio en contra de las comunidades, sus líderes y organización acompañantes<sup>351</sup>.</li> </ul>	<p>Reglamento: debe producirse un verdadero diálogo caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo o consentimiento.</p> <p><b>Obligaciones positivas</b><sup>352</sup>:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- crear clima de confianza colaboración y respeto mutuo.</li> <li>- analizar y valorar la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de consulta.</li> <li>- centrar la discusión en el contenido de las medidas objeto de consulta.</li> <li>- brindar toda la información relevante para el desarrollo del proceso de diálogo.</li> <li>- diligencia en el cumplimiento de lo acordado.</li> </ul> <p><b>Obligaciones negativas (prohibición de ciertas actitudes)</b><sup>353</sup>:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas.</li> <li>- las prácticas que buscan impedir o limitar el ejercicio de este derecho.</li> <li>- la utilización de medidas violentas o coercitivas.</li> <li>- actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado.</li> </ul>

Los procedimientos deben permitir la plena expresión, con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas de las opiniones de los pueblos interesados, con el fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes [OIT, reclamación México, párr. 95; OIT (2009), C169-Una guía, pág. 62].

339 Artículo 5, g, del Reglamento.

340 Véase COMISEDH (2012), pág. 36.

341 Artículo 6.2 del Convenio. Véase Artículo 19 de la Declaración.

342 Debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre ellas (Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, párr. 186). Véase también Informe CEACR (2011), C169, observación general sobre la obligación de consulta.

343 OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Ecuador, 2001, GB.282/14/2, párr. 38.

344 Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, párr. 186. La Corte estimó que es posible considerar que el apoyo del Estado a la actividad de exploración petrolera al proveerles seguridad con miembros de sus fuerzas armadas en determinados momentos no favoreció un clima de confianza y respeto mutuo para alcanzar consensos entre las partes (párr. 193).

345 Foro permanente (2005). Se debe resolver el desequilibrio de poder entre las partes (Informe Relator Especial, 2012, párr. 67).

346 Informe Relator Especial (2011), párr. 85. Informe del Relator Especial (2009), párr. 50. OIT, reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Colombia, 2001, GB.282/14/3, párr. 90.

347 Informe Relator Especial (2011), párr. 85. Informe Relator (2011), Doc. ONU A/HRC/18/35/Add.8 (Costa Rica), párr. 16. Declaración pública del Relator Especial sobre la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la

## Conclusiones

La noción de “proselitismo partidario y conductas antidemocráticas” queda imprecisa. Cabe recordar que, según lo precisó la Comisión Interamericana, las responsabilidades de los pueblos indígenas en relación con la consulta no pueden ser interpretadas de forma tal que se limiten sus derechos humanos o el ejercicio de formas pacíficas de protesta social<sup>354</sup>.

## Recomendaciones y sugerencias

Por lo anteriormente mencionado, se recomienda a las autoridades públicas competentes:

- Crear las condiciones necesarias para generar confianza y aplicar el principio de buena fe a lo largo del proceso de consulta. Por ello, se necesita considerar, entre otros:
  - Suspender la adopción de todos los proyectos de medidas hasta que se consulten.
  - Evitar todo tipo de medidas que puedan interpretarse como provocaciones (ej. presencia de fuerzas armadas en la zona del proyecto).
  - Crear las condiciones necesarias para entablar un diálogo constante con las organizaciones representativas.
- Precisar la noción de “proselitismo partidario y conductas antidemocráticas”.

### I.12.4. ¿Dónde se organizarán las reuniones?

## Normatividad internacional

Dada la distancia entre las comunidades indígenas y la capital del Estado, los procedimientos deben garantizar la accesibilidad de

la consulta para llegar a un diálogo efectivo<sup>355</sup>, permitiendo que la participación sea accesible para el mayor número de pueblos y comunidades indígenas<sup>356</sup>. Garantizar esa accesibilidad puede conllevar obligaciones financieras para el Estado<sup>357</sup>.

## Normatividad nacional

Se deben tener en cuenta los problemas de accesibilidad que pudieran tener los miembros de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, optando por lugares que por su **fácil acceso** permitan lograr el **máximo de participación**<sup>358</sup>. En el caso de medidas de alcance general, la etapa de diálogo se realiza en la sede de la entidad promotora, salvo que las partes elijan una sede distinta<sup>359</sup>. En el caso de consulta de actos administrativos, la etapa de diálogo se realizará en un lugar que facilite la participación de los o las representantes del o de los pueblos indígena<sup>360</sup>. La entidad promotora cubrirá los costos asociados con esa obligación<sup>361</sup>.

## Conclusiones

Al prever un financiamiento de la consulta a cargo de las entidades promotoras sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público, existe un riesgo de insuficiencia de recursos para llevar a cabo los procesos<sup>362</sup>.

## Recomendaciones y sugerencias

Por lo anteriormente mencionado, se recomienda a las autoridades públicas competentes:

- Asegurar la accesibilidad a la consulta a todos los pueblos afectados.
- Derogar la Disposición Complementaria Transitoria y Final Décimo Sexta del Reglamento con miras a garantizar el financiamiento suficiente de los procesos de consulta.

Organización Internacional de Trabajo aprobada por el Congreso de la República del Perú, 7 de julio de 2010:

<http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10194&LangID=S> (consultada el 01/10.2012).

348 Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, párr. 186.

349 Sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades [Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, párr. 186; CIDH (2009), párr. 319].

350 Informe CEACR (2010), C169, Colombia.

351 Informe CEACR (2010), C169, Colombia.

352 Artículo 4, inciso c de la Ley; Artículo 3, inciso d del Reglamento. STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 27. El Tribunal Constitucional estima que el principio de buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta y debe ser observado en las tres etapas del proceso de consulta, a saber: (i) la determinación de la afectación directa; (ii) la consulta en sentido estricto, y (iii) la implementación de la medida (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 27; STC 05427-2009-PC/TC, fundamento 60).

353 Artículo 4, inciso c, de la Ley y artículo 3, inciso d, del Reglamento. STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 27.

354 CIDH (2009), párr. 321.

355 Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, párr. 203.

356 Informe Relator Especial (2009), Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6, párr. 32. Véase también Banco Mundial (2005), Política Operacional OP 4.10.

357 Informe del Relator Especial (2009), Doc. ONU A/HRC/12/34, párr. 51. Mecanismo de Expertos (2011), Opinión 2, párr. 32.

358 Artículo 5, inciso f, Reglamento. El acceso a la consulta forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta (STC 05427-2009-PC/TC 60 y STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 37).

359 Artículo 20, inciso 2, del Reglamento.

360 Artículo 20, inciso 3, del Reglamento.

361 Artículo 9, inciso 2, 20, inciso 5, y 26 del Reglamento. El financiamiento será a cargo del presupuesto institucional de las entidades promotoras correspondientes, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público (DCTF Décimo Sexta del Reglamento).

362 CNDDHH (2012); COMISEDH (2012), pág. 46.

## I.12.5. ¿Cómo se informará al pueblo afectado?

### Comparación directa de las normas internacional y nacional

	Derecho internacional	Derecho peruano
<b>Regla general</b>	La obligación de informar al pueblo se puede deducir del principio de buena fe. La Declaración menciona el carácter “informado” del consentimiento <sup>363</sup> .	Ley: reconoce el principio de “información oportuna”. Los pueblos indígenas tienen derecho a recibir de las entidades estatales, desde el inicio del proceso, <b>toda la información</b> que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista.
<b>Precisiones</b>	Según la Corte Interamericana y los órganos de la ONU, la información entregada y la forma de comunicarla debe respetar unas reglas: <b>Características de la información:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- completa y precisa<sup>364</sup>.</li> <li>- objetiva<sup>365</sup>.</li> </ul> <b>Contenido de la información:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- razón y objeto u objetos del proyecto y/o actividad<sup>366</sup>.</li> <li>- naturaleza y consecuencias del proceso<sup>367</sup>: envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance, duración y zonas que se verán afectadas</li> <li>- posibles beneficios y riesgos<sup>368</sup>; evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental<sup>369</sup>.</li> <li>- proyectos: todos los aspectos del proyecto que los afectará, incluidas las repercusiones del proyecto sobre su vida y su entorno (con el EIA)<sup>370</sup>.</li> </ul> <b>Forma de comunicación:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- en una forma que tenga en cuenta las tradiciones orales de los pueblos indígenas y sus idiomas<sup>371</sup>.</li> <li>- implica una comunicación constante entre las partes<sup>372</sup>.</li> <li>- en un formato entendible y públicamente accesible<sup>373</sup>.</li> </ul>	Según la normatividad y los lineamientos del TC <sup>374</sup> , las pautas son las siguientes <sup>375</sup> : <b>Características de la información:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- completa: suficiente sobre la materia de consulta para evaluar la medida y formular propuestas.</li> </ul> <b>Contenido de la información:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- motivos de la medida y fundamentos jurídicos<sup>376</sup>.</li> <li>- implicancias, impactos y consecuencias de la medida, tanto positivas como negativas<sup>377</sup>.</li> <li>- sobre el proyecto extractivo: tipo de recurso a explotar, áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, posibles empresas que podrían efectuar la explotación<sup>378</sup>.</li> </ul> <b>Forma de comunicación:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- se considera el o los idiomas de los pueblos indígenas y se traduce la documentación relevante<sup>379</sup>; se cuenta con intérpretes<sup>380</sup>.</li> <li>- mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados<sup>381</sup>.</li> <li>- usando medios de comunicación cercanos a la población indígena.</li> <li>- la etapa de información dura entre 30 y 60 días calendarios<sup>382</sup>.</li> </ul>
<b>Asistencia técnica</b>	Declaración: los pueblos indígenas tienen el derecho a la asistencia financiera y técnica de los Estados <sup>383</sup> . El Relator <sup>384</sup> y la Comisión Interamericana se han pronunciado a favor de la asistencia técnica <sup>385</sup> .	La entidad promotora alentará que el o los pueblos indígenas cuenten con la asistencia técnica que fuera necesaria para la comprensión de la medida <sup>386</sup> .

363 Artículo 19 de la Declaración.

364 CIDH, Informe 40/04, caso 12.053, caso *Comunidades indígenas mayas del distrito de Toledo (Belice)*, 12 de octubre 2004, párr. 142. CIDH, Informe 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, 27 de diciembre de 2002, párr. 140. Informe Relator Especial (2007), párr. 23.

365 Informe Relator Especial (2011), párr. 90.

366 Informe Relator Especial (2007), párr. 23.

367 CIDH (2004), caso *Comunidades indígenas mayas del distrito de Toledo (Belice)*, párr. 142. CIDH (2002), *Mary y Carrie Dann*, párr. 140.

368 Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, 177.

369 Informe Relator Especial (2007), párr. 23.

370 Informe Relator Especial (2011), párr. 90. Informe Relator Especial (2009), Doc. ONU A/HRC/12/34, párr. 53.

371 Foro Permanente (2005).

372 Corte IDH, *Saramaka*, 2007, párr. 133.

373 Corte IDH, *Saramaka*, 2008, párr. 17. Informe Relator Especial (2007), párr. 23.

374 STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 37.

375 Artículos 4, inciso g, y 12 de la Ley. Artículos 17 y 18 Reglamento.

376 STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 35; STC 05427-2009-PC/TC, fundamento 60.

377 STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 35; STC 05427-2009-PC/TC, fundamento 60.

378 STC 03343-2007-PA/TC, fundamento 35.

379 Artículo 20, inciso 7, del Reglamento. STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 35; STC 05427-2009-PC/TC, fundamento 60.

380 Artículo 20, inciso 7, del Reglamento.

381 STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 35.

382 Artículo 18, inciso, I del Reglamento.

383 Artículo 39 de la Declaración.

384 Informe Relator Especial (2012), párr. 67. Informe Relator Especial (2011), párr. 88. Informe Relator Especial (2011), Doc. ONU A/HRC/18/35/Add.8, párr. 36. Informe del Relator Especial (2009), párrs. 51 y 70.

385 CIDH (2009), párr. 312.

386 Artículo 5, inciso j, y 18, inciso 3, del Reglamento. Corresponde al Viceministerio de Interculturalidad brindar asistencia técnica y capacitación previa los pueblos indígenas (Artículo 19 del Reglamento).

Según los estándares internacionales, además de la información referida a la medida consultada, el proceso mismo de consulta debe gozar de transparencia<sup>387</sup>. El Reglamento dispone que son documentos de carácter público disponibles, entre otros medios, a través de los portales web de las entidades promotoras: el Plan de Consulta, la propuesta de la medida a consultar, el nombre de las organizaciones representativas y de sus representantes, el nombre de los representantes estatales, el acta de consulta y el informe de consulta<sup>388</sup>.

### Conclusiones

Aunque el Reglamento identifica la información como una “etapa”, la comunicación y el intercambio de información deben ser permanentes. El Estado no podría denegar el suministro de la información solicitada después de ese plazo.

Los documentos de la consulta serán publicados en portales web. Sin embargo, se debería entregar la información de una manera adecuada a los pueblos<sup>389</sup>.

El Reglamento menciona que “la entidad promotora alentará que el o los pueblos indígenas cuenten con la asistencia

técnica”<sup>390</sup>. Esa obligación de suministrar efectivamente asistencia técnica puede ser necesaria para brindar una información completa y clara.

### Recomendaciones y sugerencias

Por lo anteriormente mencionado, se recomienda a las autoridades públicas competentes:

- Responder inmediatamente a cualquier petición de información adicional sobre la medida y sus impactos, a lo largo del proceso de consulta<sup>391</sup>. Resultaría inapropiada la aplicación de la Ley sobre el Acceso a la Información Pública a los pedidos de los representantes de la comunidad en el proceso de consulta.
- Partiendo del principio de buena fe, entregar información tanto completa como correcta.
- Brindar la asistencia técnica que sea necesaria para el completo entendimiento de la información suministrada.
- Publicar y difundir la guía metodológica para la implementación del derecho de consulta, con miras a transparentar el proceso.

### I.12.6. ¿Qué son los plazos aplicables?

#### Comparación directa de las normas internacional y nacional

	Derecho internacional	Derecho peruano
Regla general	Generalmente es aceptado que el principio de <b>“adecuación a las circunstancias”</b> conlleva una dimensión temporal <sup>392</sup> .	La Ley y el Reglamento reconocen la aplicación del principio del <b>“plazo razonable”</b> <sup>393</sup> .
Precisiones	La Corte Interamericana precisó que se debe permitir un tiempo adecuado para la <b>discusión interna</b> dentro de las comunidades y para brindar una adecuada <b>respuesta</b> al Estado <sup>394</sup> .	El Reglamento menciona los <b>plazos siguientes</b> <sup>395</sup> : <ul style="list-style-type: none"> <li>- evaluación interna: máx. 30 días<sup>396</sup>.</li> <li>- etapas de publicidad, información, evaluación interna y diálogo: máx. 120 días.</li> <li>- medida administrativa con carácter de urgencia: plazos mínimos<sup>397</sup>.</li> </ul>

387 Corte IDH, *Kichwa de Sarayaku*, párr. 202. Véase también, CIDH, *Comunidades indígenas mayas del distrito de Toledo (Belice)*, 143. Informe Relator Especial (2009), Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6, párr. 34. Mecanismo de Expertos (2012), Opinión 4, párr. 5.

388 Artículo 5, inciso m, del Reglamento. Sobre la base del principio de transparencia, el Tribunal Constitucional precisó que el pueblo deberá informarse acerca de la metodología que se empleará para llevar a cabo la consulta (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 35; STC 05427-2009-PC/TC, fundamento 60).

389 La CNDDHH subrayó que “los pueblos indígenas en su mayoría, no cuentan con servicios públicos, lo que no les permite el acceso a internet, asimismo los diarios en general no llegan a sus localidades por la distancia geográfica de centros urbanos” (CNDDHH, 2012, pág. 18).

390 CNDDHH (2012), pág. 20.

391 Véase también, Ruiz Molleda (2011), pág. 177.

392 Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, párr. 202.

393 Se debe permitir a los pueblos indígenas conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida objeto de consulta. Artículos 4, inciso e, y 13 de la Ley; Artículo 19 del Reglamento. Véase STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 41; STC 05427-2009-PC/TC, fundamento 60.

394 Corte IDH, caso *Saramaka*, 2007, párr. 133; Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, párr. 180. Los órganos de control de la OIT opinan que se deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas, tomando en cuenta la naturaleza de la medida, y sus modelos culturales y sociales (Informe CEACR (2003), C169, Colombia. OIT, reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Colombia, 2001, GB.282/14/3, párr. 79). Véase también Informe Relator Especial (2009), Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6, párr. 62 y Mecanismo de Expertos (2011), Opinión 2, párr. 26.

395 De acuerdo con el Tribunal Constitucional, los plazos pueden variar dependiendo de la medida que se esté consultando, aplicando el principio de flexibilidad (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 30).

396 Art. 19.7 del Reglamento.

397 DCTF 8. Añade que los plazos deberán adecuarse a la naturaleza de la medida objeto de consulta (Artículo 16 del Reglamento).

## Conclusiones

La determinación de plazos máximos fijos podría ser considerada como inadecuada a la luz de la obligación de adaptar el proceso a las circunstancias<sup>398</sup>.

## Recomendaciones y sugerencias

Por lo anteriormente mencionado, se recomienda a las autoridades públicas competentes:

- No aplicar los plazos de manera rígida, sino tener en cuenta especialmente las circunstancias de cada caso, la naturaleza de la medida y sus impactos, así como la situación de la comunidad afectada.
- En caso de finalización anticipada de la entidad promotora, cuando estima que el diálogo no puede seguir adelante, la decisión de clausurar el proceso debe ser impugnable con el fin de evitar cualquier tipo de abuso.

### I.13. ¿Qué se discute durante la consulta?

#### Normatividad internacional

El Convenio menciona que el objeto de la consulta es la adopción del proyecto de la medida que pueda afectar al pueblo. El objetivo es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de la medida. Entonces, el contenido de la discusión se centra en la adopción o no de la medida evaluada, lo que implica una discusión sobre todos sus fundamentos, sus impactos y consecuencias para el pueblo afectado, sin que se limite el debate de otra manera.

Ese punto debe leerse en conjunto con el tipo de información que debe brindar las autoridades (más arriba). Por ejemplo, en lo que atañe a proyectos extractivos, la información deberá abordar, entre otros, la envergadura del proyecto, su ritmo y duración, su alcance geográfico, su naturaleza y sus consecuencias positivas y negativas. Todos esos puntos deben ser debatibles durante la fase de diálogo.

398 Véase COMISEDH (2012), págs. 38-41.

399 Artículo 3, inciso d, del Reglamento.

400 Artículo 14 de la Ley.

401 Artículo 20, inciso 1, de la Ley.

402 Al tenor de las disposiciones del Convenio, los estudios de impacto ambiental no son suficientes [Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, párr. 207. OIT, reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Brasil, 2009 (GB.295/17):(GB.304/14/7), párr. 57].

403 Véase OIT, reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Perú (GB.307/17/4):(GB.313/INS/12/5, 03/2012) (Presentada 2009-Informe 2012), párr. 34. En ese informe, el Comité encargado de la reclamación lamentó que los estudios de viabilidad técnica, económica y ambiental sobre la construcción de la Central Hidroeléctrica Pakitzpango no se hayan realizado con la cooperación de los pueblos indígenas interesados. Véase también Informe Relator Especial (2011), párr. 90.

404 Artículo 7, inciso 3, del Convenio.

## Normatividad nacional

Durante la etapa de diálogo, las discusiones se referirán al contenido de la medida<sup>399</sup>, sus fundamentos, sus posibles consecuencias, y a las sugerencias y recomendaciones de los pueblos afectados<sup>400</sup>, concentrándose en aquellos aspectos en donde se presentan diferencias entre las partes sobre la medida<sup>401</sup>. El principio de buena fe impide evitar la discusión sobre esos puntos.

## Conclusiones

Las normas internas son congruentes con los estándares internacionales.

## Recomendaciones

Por lo anteriormente mencionado, se recomienda a las autoridades públicas competentes:

- Abordar todas las preocupaciones planteadas por los pueblos afectados relacionadas con el contenido, los fundamentos y las consecuencias de la medida propuesta.

Se recomienda a los representantes indígenas centrar las discusiones sobre la medida consultada y sus impactos, y evitar abordar temas que no tiene ningún tipo de vínculo con ella con miras a agilizar el diálogo. En efecto, las autoridades podrían legítimamente negarse a conversar sobre otros temas.

### I.14. ¿Se deben evaluar los impactos de la medida?

#### Normatividad internacional

El Convenio dispone que, siempre que haya lugar, se efectuarán estudios de **incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente** que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos<sup>402</sup>, **en cooperación con los pueblos interesados**<sup>403</sup>.

Los resultados de estos estudios deben ser comunicados a los pueblos afectados, para ser considerados como criterios fundamentales en la ejecución de las actividades mencionadas<sup>404</sup>. Al respecto, la Corte Interamericana precisó que las entidades

a cargo deben ser **independientes** y técnicamente capaces<sup>405</sup> y que se debe tomar en cuenta el **impacto acumulado** de los proyectos existentes, presentes y programados. El nivel de impacto no puede negar la capacidad de los miembros del pueblo a sobrevivir como un pueblo tribal o indígena<sup>406</sup>.

### Normatividad nacional

Los impactos ambientales de las actividades son evaluados conforme al Sistema Nacional de Evaluación de Impactos Ambientales<sup>407</sup>. El Reglamento agrega que el contenido de los instrumentos de este sistema (claramente, EIA) incluirá información sobre la posible afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que pudiera ser generada por el desarrollo del proyecto de inversión<sup>408</sup>.

### Conclusiones

La inclusión dentro de los instrumentos de gestión ambiental (ej. EIA) de un capítulo que aborde los impactos sobre los pueblos indígenas nos parece una medida insuficiente a la luz de los estándares internacionales. En efecto, primero, porque el sistema de evaluación actual solo se inicia cuando un proyecto puede tener impactos sobre el medio ambiente. Entonces, no se garantiza la realización de esos estudios cuando el proyecto tiene impactos leves o nulos sobre el medio ambiente, pero conlleva impactos significativos en el ámbito social, espiritual o cultural. Segundo, la evaluación de incidencia social, espiritual y cultural requiere nuevos indicadores, nuevas pautas y nuevos procedimientos que no son definidos en la normatividad actual. Tercero, el marco normativo vigente prevé que corresponde a cada sector evaluar los impactos ambientales identificados por las empresas y aprobar los estudios. En la actualidad, se puede dudar de la capacidad de cada ministerio de llevar a cabo una evaluación de impactos sociales, espirituales y culturales sobre los pueblos indígenas, lo que requiere competencias especializadas.

Por otro lado, la normatividad nacional, al considerar solamente la consulta de la medida que faculta el inicio de la actividad de exploración o explotación, no garantiza el derecho de los pueblos indígenas durante cada una de las etapas del proceso de elaboración del estudio (más arriba).

El carácter “independiente” de las entidades a cargo de la realización de los estudios es cuestionable<sup>409</sup>. En efecto, dentro del sistema en vigor, los estudios son redactados por subcontratistas de la empresa titular y evaluados al final por el Ministerio del Sector.

### Recomendaciones y sugerencias

Por lo anteriormente mencionado, se recomienda a las autoridades públicas competentes:

- Modificar el marco legal actual referido a la gestión ambiental, con miras a asegurar:
  - el carácter independiente de la entidad que aprueba el instrumento de gestión ambiental.
  - que se lleven a cabo estudios de impactos ambiental, social, espiritual y cultural, por entidades debidamente capacitadas y asesoradas.
  - que se lleven a cabo estudios de impactos social, espiritual y cultural, aun en ausencia de impactos ambientales significativos.
- Garantizar la participación de los pueblos afectados durante todas las etapas de elaboración de esos estudios, y no únicamente antes de la adopción de la medida administrativa aprobadora.

### I.15. En general, ¿cuál es la finalidad de la consulta?

La cuestión de la finalidad de la consulta es un tema que ha generado mucha discusión y merece precisiones importantes.

### Normatividad internacional

El Convenio dispone que se celebra la consulta **con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento** acerca de las medidas propuestas<sup>410</sup>. Se desprende de los trabajos preparatorios del Convenio que los Estados partes no quisieron sugerir que las consultas deberían resultar en la obtención de un acuerdo o el consentimiento de lo que se consulta, sino expresar un objetivo para las consultas<sup>411</sup>. En todos los casos, los pueblos indígenas deben **poder influir**<sup>412</sup> en el resultado y

405 Acerca de la independencia, según lo precisó el Mecanismo de Expertos, “los intereses de los pueblos indígenas y los del Estado y las empresas en relación con las actividades extractivas pueden no coincidir, lo cual dificulta la tarea del Estado y las empresas de evaluar los efectos de las actividades extractivas en los pueblos indígenas. Por tanto, conviene garantizar la independencia de las evaluaciones del alcance de las actividades extractivas y sus posibles efectos en los pueblos indígenas, sus vidas y sus tierras, territorios y recursos” [Mecanismo de Expertos (2012), Opinión 4, párr. 36]. Véase CEDR, observaciones finales, Bolivia, 10 de marzo de 2011, Doc. ONU CERD /C/BOL/CO/17-20, párr. 20. Comité de Derechos Humanos, Comunicación 1457/2006 Poma Poma/Peru, párr. 7.7.

406 Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, párrs. 205 y 207; Corte IDH, *Saramaka*, 2008, párrs. 41-42 y caso *Saramaka*, 2007, párr. 129.

407 Véase entre otro, Ley 27446 y DS 019-2009-MINAM.

408 DCTF 6 del Reglamento.

409 Ruiz Molleda (2012), párr. 4.17.

410 Artículo 6, inciso 2, del Convenio.

411 Ver, por ejemplo, Informe CEACR (2011), C169, observación general sobre la obligación de consulta, y el Informe del Relator Especial (2009), Doc. ONU A/HRC/12/34, párrs. 46 y 48.

412 Informe CEACR (2010), C169, Perú. Informe CEACR (2009), C169, observación general. Mecanismo de Expertos (2011), Opinión 2, párr. 22.





Liliana García / DAR

las partes deben **desplegar todos los esfuerzos**<sup>413</sup> para llegar a un consenso<sup>414</sup> sobre la medida.

### Normatividad nacional

La Ley dispone que la finalidad de la consulta es **alcanzar un acuerdo o consentimiento** entre el Estado y los pueblos indígenas<sup>415</sup>, buscando que la decisión se enriquezca con los aportes de los o las representantes del o de los pueblos indígenas<sup>416</sup>. El TC precisó que no forma parte del contenido del derecho a la consulta el **veto** a la medida<sup>417</sup>.

### Conclusiones

La mención del Reglamento según la cual la decisión debe enriquecerse “con los aportes de los o las representantes del o de los pueblos indígenas” no debería menoscabar el derecho de los participantes de participar realmente en el diálogo y tener una oportunidad de influir en el resultado.

### Recomendaciones y sugerencias

Por lo anteriormente mencionado, se recomienda a las autoridades públicas competentes:

- En todo caso, desplegar mayores y auténticos esfuerzos para llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

### I.16. ¿Existen casos en los cuales el Estado tiene que obtener el consentimiento del pueblo afectado?

Existen varios casos en los cuales el Estado no podría adoptar la medida consultada sin llegar a un acuerdo con los pueblos afectados<sup>418</sup>.

413 Informe Relator Especial (2009), párr. 66; Informe Relator Especial (2010), Doc. ONU A/HRC/15/37/Add.8 (Mina Marlin). Mecanismo de Expertos (2010), párr. 24.

414 Declaración pública del Relator Especial sobre Ley de Consulta (2010), párr. 4.

415 Artículo 3 de la Ley. Según precisó el Tribunal Constitucional, un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 24).

416 Según la CNDDHH, mencionar que se va “buscando que la decisión se enriquezca con los aportes de los o las representantes del o de los pueblos indígenas” es insuficiente (2012, pág. 8).

417 STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 37.

418 Véase Instituto Internacional de Derecho y Sociedad - IIDS (2011), Principios mínimos para la aplicación de los derechos de participación, consulta previa y consentimiento previo, libre e informado. IIDS/IILS. Lima. Ruiz Molleda (2011), pgs. 43-48.

## Comparación directa de las normas internacional y nacional

	Derecho internacional	Derecho peruano
<b>Regla general</b>	C-169: las medidas especiales adoptadas para salvaguardar los derechos de los pueblos <b>no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente</b> por los pueblos interesados <sup>419</sup> .	Reglamento: cuando excepcionalmente los pueblos indígenas deban ser trasladados de las tierras que ocupan se aplicará lo establecido en el <b>artículo 16 del Convenio</b> 169 de la OIT, así como lo dispuesto por la legislación en materia de desplazamientos internos <sup>422</sup> . El Reglamento de la Ley sobre los Desplazamientos Internos prevé el consentimiento libre, previo e informado de la población afectada <sup>423</sup> .
<b>Traslado</b>	El C-169 prevé un régimen especial por el traslado forzado: en principio, <b>está prohibido</b> sin el consentimiento previo; de <b>manera excepcional</b> se puede realizar bajo condiciones estrictas <sup>420</sup> . La Declaración prohíbe el traslado sin consentimiento previo, especialmente sobre la indemnización y el regreso <sup>421</sup> .	Esa obligación <b>no ha sido contemplada</b> por la normatividad. El TC recordó esa obligación <sup>428</sup> .
<b>Impactos significativos</b>	Corte IDH: cuando se trate de <b>planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio</b> <sup>424</sup> , el Estado tiene la obligación no solo de consultar al pueblo, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones <sup>425</sup> . El Relator opina que siempre que los <b>derechos afectados sean esenciales para la supervivencia</b> de los grupos indígenas y los <b>efectos previstos</b> en el ejercicio de los derechos sean <b>importantes</b> . Será necesario el consentimiento de los indígenas ante dichos efectos <sup>426</sup> , ese es el caso para cualquier <b>operación extractiva</b> <sup>427</sup> .	Reglamento: <b>no se podrá almacenar</b> ni realizar la <b>disposición final de materiales peligrosos en tierras</b> de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de aquellas <sup>430</sup> .
<b>Material peligroso</b>	Declaración: los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que <b>no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos</b> en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado <sup>429</sup> .	Reglamento: <b>no se podrá almacenar</b> ni realizar la <b>disposición final de materiales peligrosos en tierras</b> de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de aquellas <sup>430</sup> .

419 Artículo 4 del Convenio.

420 Artículo 16, inciso 2, del Convenio.

421 Artículo 10 de la Declaración. Véase también Informe CEACR (2011), C169, observación general sobre la obligación de consulta. Informe Relator Especial (2011), párr. 84; Mecanismo de Expertos (2012), Opinión 4, párr. 20. Véase también Foro Permanente (2005), CEDR, observaciones finales, Panamá, 16 de marzo de 2010, Doc. ONU CERD/C/PAN/CO/15-20, párr. 13.

422 DCTF Séptima. Véase Ley 28223. Ley sobre los Desplazamientos Internos y sobre Reglamento aprobado por el DS 004-2005-MIMDES (artículo 10, inciso, 1).

423 Decreto Supremo 004-2005-MIMDES, Artículo 10, inciso 1.

424 La Corte IDH cita el Informe 2003 del Relator Especial: "[L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia" (Corte IDH, caso Saramaka, 2007, párr. 135).

425 Corte IDH, caso Saramaka, 2007, párrs. 134 y 137 y caso Saramaka, 2008, párr. 17. Según la CIDH, "el requisito del consentimiento debe interpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos humanos esenciales, en relación con la ejecución de planes de desarrollo o inversión que afecten al contenido básico de dichos derechos. El deber de obtención del consentimiento responde, por lo tanto, a una lógica de proporcionalidad en relación con el derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos" (CIDH, 2009, párr. 333).

426 Informe Relator Especial (2012), párr. 85. En informes anteriores, el Relator mencionó "que el consentimiento es de obligatorio cumplimiento cuando se trata de situaciones en que los proyectos podrían tener una repercusión social o cultural importante en las vidas de los pueblos indígenas, cuando el impacto es significativo sobre el bienestar o derechos de un pueblo indígena" [Informe Relator Especial (2011), párr. 84]. Véase declaración pública del Relator Especial sobre Ley de Consulta, párr. 4 e Informe (2009), Doc. ONU A/HRC/12/34/Add6, párr. 39. Para el Mecanismo de Expertos, la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas se aplica en relación con las decisiones que revistan una importancia fundamental para sus derechos, supervivencia, dignidad y bienestar (2011, Opinión 2, párr. 27).

427 Informe Relator Especial (2012), párr. 65. Es importante señalar que, según el Relator, la parte indígena podría verse justificada en no otorgar su consentimiento, no a partir de un derecho unilateral de veto, sino siempre y cuando el Estado no demostrara adecuadamente que los derechos de la comunidad indígena afectada fueran debidamente protegidos bajo la medida o proyecto propuesto, o no demostrara que los impactos negativos sustanciales fueran debidamente mitigados (declaración pública del Relator Especial sobre Ley de Consulta).

428 STC 03343-2007-PA/TC, fundamento 36.

429 Artículo 29, inciso 2, de la Declaración. Véase Informe Relator Especial (2011), párr. 84. Véase también CEDR, observaciones finales, Estados Unidos, 14 de agosto de 2001, Doc. ONU A/56/18, párr. 84.

430 DCTF Séptima.

Cabe agregar que varias instituciones internacionales se han pronunciado sobre la necesidad de obtener el consentimiento y han considerado además los siguientes casos: afectación del territorio<sup>431</sup>; afectación de lugares sagrados<sup>432</sup>; explotación comercial de los recursos culturales<sup>433</sup>; tratados entre el Estado y los pueblos<sup>434</sup>; impactos sobre recursos culturales<sup>435</sup>; investigación médica<sup>436</sup>.

### Conclusiones

La normatividad nacional no contempla la obligación de obtener el consentimiento previo e informado en casos de decisiones que tengan un impacto significativo sobre los pueblos afectados, a pesar del carácter directamente vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que prevé ese caso. El consentimiento no se fundamenta en un derecho a veto de los pueblos, sino en la propia obligación del Estado de garantizar los derechos de los pueblos indígenas, sin

poder limitarlos de una manera tal que desapareciera el núcleo esencial del derecho.

### Recomendaciones y sugerencias

Por lo anteriormente mencionado, se recomienda a las autoridades públicas competentes:

- No adoptar decisiones que puedan afectar significativamente los derechos de los pueblos indígenas sin su consentimiento, cuando no se demuestre adecuadamente que los derechos de la comunidad afectada sean debidamente protegidos, o no demuestre que los impactos negativos sustanciales sean debidamente mitigados<sup>437</sup>.

### I.17. ¿Qué pasa cuando existe un acuerdo sobre la medida?

## Comparación directa de las normas internacional y nacional

Derecho internacional	Derecho peruano
<p>Es un estándar internacional globalmente aceptado que el consenso entre el Estado y los pueblos indígenas sobre la medida consultada constituye un <b>acuerdo vinculante</b><sup>438</sup>.</p> <p>Según lo precisó varias veces la Corte Interamericana, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente <b>fundamentadas</b>, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias<sup>439</sup>.</p>	<p>El acuerdo, total o parcial<sup>440</sup>:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- es de carácter <b>obligatorio</b> para ambas partes<sup>441</sup>.</li> <li>- es <b>exigible</b> en sede administrativa y judicial.</li> </ul> <p>La <b>decisión final</b> sobre la aprobación de la medida:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- será debidamente motivada.</li> <li>- implicará una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas.</li> <li>- implicará un análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.</li> </ul>

431 Artículo 32, inciso 2, de la Declaración.

432 Relator Especial, comunicado de prensa del 22 de agosto de 2012, *United States: UN expert calls for consultations with indigenous peoples over private land sale in Black Hills, South Dakota*, <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12452&LangID=E>.

433 Véase Artículo 11, inciso 2, de la Declaración.

434 Mecanismo de Expertos (2012), Opinión 4, párr. 28.

435 Banco Mundial (2005), Política Operacional OP 4.10, párr. 19.

436 Comisión de Derechos Humanos, Grupo de Trabajo Sobre Poblaciones Indígenas (2005), *Legal commentary on the concept of free, prior and informed consent*, DOC. ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/2005/WP.1, párr. 59.

437 Véase también Ruiz Molleda (2012), párr. 3.4.

438 Informe Relator Especial (2011), párr. 85; declaración pública del Relator Especial sobre Ley de Consulta; Relator Especial (2010) Doc. ONU A/HRC/15/37/Add.8, párr. 15; CEDR observaciones finales, México, Doc. ONU CERD/C/MEX/CO/16-17, párr. 17.

439 Corte IDH, caso Yatama, párrs. 152 y 153; Corte IDH, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C N.o 170, párr. 107; Corte IDH, *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C N.o 182, párr. 78.

440 Artículo 15 de la Ley; artículo 22 y 23 del Reglamento.

441 Véase también STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 37; SCT 00024-2009-PI, fundamento 5; STC 00025-2009-PI/TC, fundamento 21.

## Conclusiones

La norma nacional es congruente, son los estándares internacionales.

## Recomendaciones y sugerencias

Se recomienda a las autoridades públicas competentes:

- Hacer los mejores esfuerzos para llegar a un consenso sobre la medida.
- Asegurarse de dialogar con representantes debidamente acreditados para comprometer a sus comunidades.
- Informar a las partes sobre los alcances de lo acordado.

Se recomienda a las organizaciones indígenas:

- Evaluar todas las consecuencias de la firma del acuerdo.
- Asegurar la capacidad del representante de comprometer jurídicamente a la(s) comunidad(es) que representa.

## I.18. ¿Qué pasa cuando no existe un acuerdo sobre la medida?

### Normatividad internacional

En los casos mencionados para los cuales se necesita consentimiento, el Estado no deberá adoptar la medida consultada. En los otros casos, el Estado **es responsable de garantizar los derechos** de los pueblos indígenas, entre ellos, el derecho a la tierra y a los recursos naturales, a la identidad cultural, a determinar sus prioridades acerca del desarrollo, a la educación y a la salud intercultural<sup>442</sup>.

En caso que la entidad promotora decidiera desestimar el desacuerdo de la comunidad al adoptar la medida y que se produjeran limitaciones de derechos humanos, se recuerda que se aplicarían las condiciones impuestas por el Derecho internacional. Cuando se vienen limitando derechos

consagrados por la Convención americana (ej. identidad cultural o derecho a la propiedad comunal), se aplican los requisitos de la Convención Americana (según el derecho considerado) y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana<sup>443</sup>, que imponen, de manera general, que las restricciones:

- sean previstas por una ley adoptada por un órgano democráticamente elegido y constitucionalmente facultado<sup>444</sup>.
- sean adoptadas por razones de interés general<sup>445</sup>, en función del *bien común*<sup>446</sup>, sin invocarlo como medio para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real<sup>447</sup>.
- sean adoptadas con el propósito para el cual han sido establecidas.
- sean necesarias para lograr el objetivo<sup>448</sup>.
- en caso de conflicto entre derechos, que se lleve a cabo un test de proporcionalidad<sup>449</sup>.
- en lo que atañe a restricciones al ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus tierras territorios y recursos naturales, no pueden implicar una denegación de la subsistencia del propio pueblo indígena<sup>450</sup>. Entonces, se suman las exigencias siguientes<sup>451</sup>: (i) celebración de consultas; (ii) realización de un estudio de impacto ambiental, y (iii) repartición razonable de los beneficios.

### Normatividad nacional

La decisión final sobre la aprobación de la medida corresponde a la entidad estatal competente. Sin embargo, será debidamente **motivada**, incluyendo una **evaluación** de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas y un análisis de las consecuencias de la medida sobre sus derechos colectivos. Corresponde a las entidades estatales adoptar **todas las medidas necesarias para garantizar** los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo<sup>452</sup>.

442 Según el Relator se aplica un "criterio de precaución" que debe orientar la adopción de decisiones sobre cualquier medida que pueda afectar los derechos de los pueblos indígenas (Informe 2012, párr. 52).

443 Véase el análisis llevado a cabo en Rivera Juaristi, Schwartz, Snyder, Valdellon, Areias (2012), Amicus curiae presentado en el caso Corte IDH, *Grete/ Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, caso 12 361, por la Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santa Clara, Santa Clara, EEUU. Disponible en: <http://law.scu.edu/ihrcc/file/News%20and%20Updates/%284%29%20120919%20Artavia%20Murillo%20FIV%20Amicus%20-%20Univ%20Santa%20Clara.pdf>

444 Artículo 30 de la CADH. Corte IDH, OC 6/86, párr. 37.

445 Artículo 30 de la CADH.

446 Corte IDH, OC 6/86, párr. 29.

447 Artículo 29, inciso a, de la CADH. Corte IDH, OC 5/85, párr. 67.

448 Artículo 30 de la CADH. Véase casos antes citados.

449 Véase, entre otros, Corte IDH, caso Usón Ramírez vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C N.o 207, párrs. 79-80; Corte IDH, Kimel vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C N.o 177, párr. 58, citados por Rivera Juaristi y otros (2012).

450 Corte IDH, caso *Saramaka*, 2007, párr. 129; Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, párr. 156.

451 Corte IDH, caso *Saramaka*, 2007, párr. 129 y Corte IDH, caso *Saramaka*, 2008, párrs. 25-27. Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, párr. 157.

452 Artículo 15 de la Ley; artículo 22 y 23 del Reglamento.

## Conclusiones

El Reglamento no precisa cómo, en caso de falta de acuerdo, se armonizarían los derechos vulnerados con razones de interés público u otros derechos<sup>453</sup>. Ninguna medida que afecte a los derechos de los pueblos indígenas puede escapar el test de legalidad, legitimidad y necesidad.

## Recomendaciones y sugerencias

Por lo anteriormente mencionado, se recomienda a las autoridades públicas competentes, en caso de desacuerdo sobre la medida adoptada:

- Adoptar todas las medidas necesarias para garantizar y proteger los derechos de los pueblos indígenas.
- En caso de limitaciones de derechos, aplicar e interpretar estrictamente las condiciones planteadas por el Derecho internacional y la Corte Interamericana, y velar por la legalidad, la legitimidad, la necesidad y la proporcionalidad de las restricciones.
- Reconsiderar las medidas ya adoptadas que no cumplen con esos requisitos

### I.19. ¿Qué se puede hacer en caso de irregularidades en el proceso o ante la no realización de la consulta?

#### Normatividad internacional

El Convenio insta a los Estados partes a garantizar la protección efectiva contra la violación de los derechos de los pueblos indígenas y tribales<sup>454</sup>, especialmente mediante **procedimientos legales**<sup>455</sup>. La Declaración agrega el derecho a una **reparación efectiva** de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos<sup>456</sup>, conforme al Derecho internacional<sup>457</sup>.

453 Ruiz Molleda (2012), párr. 4.8.

454 Véase Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, párrs. 167 y 264.

455 Artículo 12 del Convenio.

456 Artículo 40 de la Declaración.

457 Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, párr. 279. Véase más arriba. Para el Derecho internacional general, el incumplimiento de cualquier disposición del Convenio genera la responsabilidad del Estado (Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, párr. 177; CIDH, (2009), párr. 297; Informe Relator Especial (2009) Doc. ONU, A/HRC/12/34/Add.6, párr. 6).

458 Informe CEACR (2010), C169, Perú, Guatemala, Colombia; Informe CEACR (2009), Colombia y Guatemala.

459 Informe del Relator Especial, *La situación de los pueblos indígenas en Argentina*, 4 de julio de 2012, Doc. ONU A/HRC/21/47/Add.2, párr.94.

460 Es decir: recurso de apelación, recurso de reconsideración, recurso de revisión y recurso judicial.

461 STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 39.

462 STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 10; STC, 0023-2009-PI/TC, fundamento 5; STC, 00027-2009-PI/TC, 9. Véase Comisión Multipartidaria encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los pueblos indígenas (2009), pág. 113.

463 STC 00025-2009-PI/TC, párr. 33.

464 STC 5427-2009, fundamento 9 y 24. El Tribunal Constitucional mencionó que “al habilitar el presente proceso de cumplimiento para dar respuesta a una supuesta violación de los derechos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT, este Tribunal no solo pretende cumplir la obligación internacional de proteger judicialmente los derechos consagrados en el Convenio, sino que intenta llevar a cabo una auténtica labor preventiva de la responsabilidad internacional del Estado”.

465 Informe CEACR (2011), C169, Perú.

En el caso de pueblo Saramaka, como medida de satisfacción de la sentencia, la Corte Interamericana impuso a Surinam **revisar las concesiones ya otorgadas** sin consulta, con el fin de evaluar si era necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka. En varias ocasiones, los órganos de control de la OIT solicitaron la **suspensión** de las actividades autorizadas sin consulta y la paralización del proceso de otorgamiento de licencia<sup>458</sup>. Según opina el Relator Especial, irregularidades en el proceso deberían conducir a la **organización de nuevas consultas**<sup>459</sup>.

#### Normatividad nacional

El Reglamento dispone que la dación de medidas administrativas o legislativas que contravengan lo establecido en la Ley y el Reglamento, vulnerando el derecho a la consulta, puede ser objeto de **medidas impugnatorias** previstas en la legislación<sup>460</sup>. No se menciona el caso de las políticas, planes, programas o proyectos. El Tribunal Constitucional precisó que se estaría vulnerando el derecho a la consulta si esta se lleva a cabo sin que se cumpla con las características esenciales establecidas<sup>461</sup>. Las normas no consultadas son **inconstitucionales**<sup>462</sup>. El proceso de **amparo**<sup>463</sup> y el proceso de **cumplimiento** son aplicables a violaciones del Convenio 169<sup>464</sup>.

#### Conclusiones

Las medidas adoptadas sin consulta previa o mediante un proceso de consulta que no cumple con los criterios de la ley serían afectadas por un vicio de nulidad, que podría ser solicitado por la tutela administrativa o judicial. No se han adoptado “disposiciones específicas”, en el sentido de las recomendaciones del CEACR, para proteger el derecho a la consulta previa<sup>465</sup>.

Finalmente, se podría considerar que la capacidad limitada de impugnar una ley inconstitucional y la postura actual del Tribunal Constitucional que no declara nulas las medidas no consultadas son factores que menoscaban el derecho a la tutela efectiva y a la reparación. Es de resaltar que, en países como Colombia o Costa Rica, el incumplimiento de la consulta y sus requisitos esenciales implica la nulidad de derecho público de los procedimientos, actos y medidas adoptadas<sup>466</sup>.

Cabe señalar que cuando un Estado no cumple con sus obligaciones internacionales, existen varios mecanismos de quejas en el ámbito internacional. Entre los organismos a los cuales se puede acudir cabe mencionar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité de Derechos Humanos, o el Relator Especial de la ONU. Las condiciones para entregar las demandas y el valor jurídico del pronunciamiento final varían según la entidad considerada.

### Recomendaciones y sugerencias

Por lo anteriormente mencionado, se recomienda a las autoridades públicas competentes:

- Suspender todas las actividades no consultadas y los proyectos de medidas hasta su debida consulta.
- Establecer medidas procesales específicas para garantizar el derecho a la consulta, cualquier que sea la decisión adoptada.
- Notificar las medidas adoptadas a lo largo del proceso a los pueblos afectados, con miras a garantizar la posibilidad de apelarlas, de ser el caso. En efecto, las medidas de publicidad clásicas (Diario Oficial) no permiten una publicidad adecuada, dadas las dificultades que se pueden presentar para alcanzar a las comunidades<sup>467</sup>.
- Adoptar las disposiciones necesarias para reparar e indemnizar los daños generados por la vulneración del derecho a la consulta.

### I.20. ¿Tiene el Estado obligaciones después de la consulta?

#### Comparación directa de las normas internacional y nacional

	Derecho internacional	Derecho peruano
Seguimiento	Relator: Se debería establecer un <b>órgano de seguimiento</b> de los acuerdos <sup>468</sup> .	Reglamento: se crea una <b>Comisión Multisectorial para el seguimiento de la aplicación del derecho a la consulta</b> , integrada por representantes de los sectores del Poder Ejecutivo.
Evaluación	OIT: Debería realizarse una <b>evaluación periódica</b> del funcionamiento de los mecanismos de consulta, con la participación de los pueblos interesados, con el fin de continuar mejorando su eficacia <sup>469</sup> .	Esta Comisión emitirá informes, y podrá plantear recomendaciones para la debida implementación y <b>mejora</b> en la aplicación del derecho a la consulta. Para tal fin, podrá convocar a expertos que colaboren en el desarrollo de sus responsabilidades <sup>470</sup> .

### Conclusiones

La Comisión de seguimiento solo estará integrada por representantes de los sectores del Poder Ejecutivo con responsabilidades en la aplicación del Reglamento. Las normas no contemplan la participación de los pueblos indígenas en el seguimiento de la consulta.

### Recomendaciones y sugerencias

Por lo anteriormente mencionado, se recomienda a las autoridades públicas competentes:

466 Informe Relator Especial (2009), Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6, párr. 6.

467 Ruiz Molleda (2012), párr. 4.16.

468 Informe Relator Especial (2010), Doc. ONU A/HRC/15/37/Add.8, párr. 23. Véase también Comisión de Derechos Humanos (2005), Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/2005/WP.1, párr. 58.

469 Informe CEACR (2009), C169, observación general. OIT (2009).

470 DCTF Segunda.

- Modificar el Reglamento con miras a incluir a los representantes de las comunidades indígenas en la Comisión Multisectorial para el seguimiento.
- Solicitar el apoyo de expertos nacionales e internacionales (tal como el Relator Especial) para implementar y mejorar el proceso de consulta.

## 2. ANÁLISIS DEL MARCO NORMATIVO NACIONAL SOBRE EL DERECHO A LA TIERRA, AL TERRITORIO Y A LOS RECURSOS NATURALES A LA LUZ DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL PERÚ

### 2.1. Principios básicos a considerar en la toma de decisiones estatales

#### 2.1.1. ¿Por qué son importantes la tierra y el territorio para la existencia de los pueblos? El deber estatal de respetar la importancia especial que para los pueblos tienen las tierras o territorios que ocupan

La relación entre el pueblo indígena y su territorio es mayor que aquella que puede existir entre un propietario y un bien, ya que se trata de una salvaguarda del mantenimiento y reproducción de su identidad cultural individual o colectiva, lo que en suma garantiza su existencia como pueblo. Más allá del aparente tono “retórico”, esta razón es, principalmente en mérito del Convenio 169 de la OIT, una recomendación de obligatorio cumplimiento para el Estado peruano.

Según el artículo 13 del mencionado Convenio, el gobierno **deberá respetar** la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios que ocupan o utilizan de alguna u otra manera, **y en particular los aspectos colectivos de esa relación**. Así, cuando el Estado diseñe, implemente o evalúe políticas públicas relacionadas con la tierra y el territorio de los pueblos indígenas, deberá tener especial cuidado de no interferir directa o indirectamente en el disfrute de esta relación (obligación de respetar)<sup>471</sup>.

De igual modo, la Jurisprudencia Internacional sobre Derechos Humanos ha considerado esta regla como criterio de interpretación vinculante en nuestro país, señalando que el gobierno deberá considerar esta relación especial como fundamento del legado cultural de los pueblos indígenas y garante de su subsistencia<sup>472</sup> y, por ende, como fundamento de la interpretación ampliada del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre propiedad comunal<sup>473</sup>:

146. [...] Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados [Caso Sarayacu vs. Ecuador].

El Tribunal Constitucional Peruano<sup>474</sup> también ha recogido esta obligación de respeto al vínculo existente entre la tierra, el territorio y los pueblos indígenas, resaltando además la dimensión colectiva y el aspecto intergeneracional como condiciones imprescindibles para preservar la identidad y el desarrollo de los pueblos indígenas:

19. Por ello, en armonía con el artículo 13 del Convenio N.º 169 de la OIT, al aplicar las disposiciones del referido convenio, el Estado deberá respetar la importancia especial que para los pueblos reviste su relación con las tierras o territorios. Esta relación especial también ha sido resaltada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que además ha destacado que la protección de la propiedad comunal permite preservar el legado cultural de los pueblos indígenas y, de este modo, transmitirlo a las generaciones futuras. [...] La referida relación importa la existencia de diversas dimensiones y responsabilidades, donde debe resaltarse la dimensión colectiva y el aspecto intergeneracional, el cual es imprescindible para preservar la identidad y propio desarrollo de estos pueblos<sup>475</sup>.

471 Ver párrafo 60 del informe del comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF). 2009.

472 Ver caso *Mayagna (Sumo) Awajitjigi vs. Nicaragua*, pár. 149; caso *Moiwana vs. Suriname*, par. 131; caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, pars. 131 y 135; caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, par. 118; caso *Saramaka vs. Surinam*, par. 89 y 91; caso *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, par. 86; caso *Sarayacu vs. Ecuador*, par. 147.

473 Ver caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, par. 137; caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, par. 118; caso *Saramaka vs. Surinam*, par. 92; caso *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, par. 85; caso *Sarayacu vs. Ecuador*, par. 145 y 146.

474 Ver sentencia que recae sobre el expediente 0022-2009-PI/TC.

475 Sentencia que recae sobre el expediente 00024-2009-PI. Gonzalo Tuanama Tuanama y seis mil doscientos veintiséis ciudadanos, del 26 de julio del 2011. Proceso de inconstitucionalidad contra el D. Leg. 994.

### 2.1.2. ¿Cuáles son las otras obligaciones básicas que el Estado debe cumplir respecto de los derechos a la tierra y al territorio?

Los instrumentos de Derecho nacional e internacional desarrollan no solo “derechos” colectivos o individuales, sino que también contienen obligaciones que los Estados deberán considerar al tomar sus decisiones o elaborar las políticas públicas, enmarcando el ejercicio de esos derechos. De esta manera, además del correlativo deber de cumplir un determinado derecho reconocido, existirán obligaciones específicas adicionales sobre algunas de las dimensiones de cada derecho reconocido u obligaciones que ayudan a garantizar el ejercicio de ese derecho.

Esta precisión es importante para trasladar la atención del *individuo* como sujeto principal de la acción (el sujeto exige el cumplimiento de su derecho y toda la maquinaria estatal responde a ese impulso) hacia el Estado como ente promotor, sin necesidad de un impulso previo (no es necesario que alguien le reclame o exija garantizar, respetar o cumplir su derecho humano).

Una de las obligaciones estatales vinculadas con la tierra y el territorio más importantes ya ha sido desarrollada previamente: el deber de respetar la importancia especial que para los pueblos reviste su relación con las tierras o territorios que ocupan o utilizan de alguna manera. A continuación conoceremos otras obligaciones vinculadas con el derecho a la tierra y al territorio:

#### **El deber estatal de reconocer los derechos de propiedad o posesión**

Es deber del Estado reconocer los derechos de propiedad o posesión de los pueblos indígenas o tribales sobre las tierras que tradicionalmente ocupan<sup>476</sup>; no se trata de otorgar derechos —ya que no se están creando unos nuevos— sino de ratificar los que corresponden a los pueblos indígenas por existir antes de la creación del Estado peruano, rechazando de esta manera la creencia de que antes del establecimiento del Estado existían “tierras sin dueño”.

#### **El deber estatal de adoptar medidas especiales para salvaguardar las tierras y territorios**

Es el deber de adoptar 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, así como la salvaguarda del derecho a utilizar tierras no ocupadas exclusivamente por ellos pero a las que tradicionalmente han tenido acceso para actividades tradicionales y de subsistencia<sup>477</sup>. Esta protección especial se fundamenta en la situación de vulnerabilidad de los pueblos originada por las condiciones de marginación históricas sufridas, especialmente en cuanto a sus derechos sobre la tierra, territorio y recursos naturales que garantizan su supervivencia física y cultural como pueblo<sup>478</sup>. Aunque no se mencione, estas medidas especiales tendrán como límite el respeto a los derechos humanos; asimismo, a pesar de no establecerse la naturaleza de esas medidas especiales ni si estas se restringirán únicamente a lo que se establezca en el Convenio 169 de la OIT, se puede interpretar que también incluyen las decisiones políticas o judiciales<sup>479</sup>, así como medidas administrativas o legislativas que sean necesarias para brindar un tratamiento diferente a un grupo humano que se encuentra en situación de vulnerabilidad histórica como los pueblos indígenas.

Es necesario precisar que la salvaguarda de las *instituciones* no hace referencia únicamente a las instituciones o expresiones de cultura ancestrales, sino que considera también a las instituciones y expresiones culturales contemporáneas<sup>480</sup>. Igualmente, la referencia al *acceso tradicional* alude a una forma de acceso propia del pueblo indígena o tribal<sup>481</sup>. Asimismo, la referencia a *bienes* debe entenderse en un sentido amplio, no restringido a bienes inmuebles y muebles propios del Derecho civil<sup>482</sup>, sino que incluye aquellos bienes que carezcan de un valor económico<sup>483</sup> o no sean susceptibles de intercambio comercial, pero que formen parte del patrimonio del pueblo indígena o tribal. Ese fue el sentido otorgado en el caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, al establecer que los componentes materiales o inmateriales son susceptibles de tener un valor<sup>484</sup>, pero no aluden necesariamente a uno económico:

476 Artículo 14 del Convenio 169 de la OIT.

477 Artículos 4.1 y 14 del Convenio 169 de la OIT. Ver también la recomendación general 23, del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 51.º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 248 (1997), párr. 5. Aunque no está referido únicamente a pueblos indígenas, se fundamenta también en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 2.2 del pacto de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 de la Convención de Derechos del Niño.

478 Corte IDH. Caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172, párr. 85.

479 Gordillo, Gordo, Loiano y otros, citado por Salgado y Gomiz (1988), pág. 101.

480 OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT*, pág. 50.

481 Ver pie de página 34.

482 Artículos 885 y 886 del Código Civil peruano.

483 Salgado y Gomiz, *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino* (1988), pág. 103.

484 Corte IDH, caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 144.



144. Los “bienes” pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General 23 sobre el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1994), establece además que las medidas de protección positivas son exigidas *no solo frente a los actos del Estado mismo*, ya sea a través de las autoridades legislativas, judiciales o administrativas, *sino también frente a los actos de otras personas* que se encuentren dentro del Estado parte; además, indica la necesidad de que esas medidas especiales que desarrollen una diferenciación legítima (en el marco del Pacto) deben basarse en *criterios objetivos y razonables*<sup>485</sup>.

Finalmente, estas medidas no deben ser consideradas como discriminatorias con respecto al resto de la población no indígena, dado que el derecho a no ser discriminados considera “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”<sup>486</sup>.

### El deber estatal de no discriminar

El *principio de no discriminación* es otra obligación estatal importante mediante la cual el Estado deberá buscar que los pueblos indígenas gocen y ejerzan plenamente sus derechos sobre la tierra y el territorio, sin obstáculos ni discriminación<sup>487</sup>. La discriminación implica una distinción de cualquier tipo entre grupos que se encuentran en situaciones similares, a menos que exista una justificación objetiva y que la medida sea proporcional al fin que se pretende lograr. La igualdad debe

verificarse en la práctica, en el disfrute efectivo del derecho<sup>488</sup>, es decir, no basta con un reconocimiento formal del derecho o asignación de una responsabilidad a un órgano del Estado, sino que debe ser eficaz. Puede existir discriminación directa, discriminación indirecta, e incluso discriminación sistémica<sup>489</sup>.

La *discriminación directa* es la más conocida y sucede cuando, existiendo o no una situación similar comparable, (i) hay un trato menos favorable que otro por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación<sup>490</sup> (como la raza o el origen social, entre otros), o (ii) se realizan actos u omisiones que causan perjuicio basados en algunos de los motivos prohibidos. La *discriminación indirecta* alude a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras, pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos de aquellos que estén afectados por los motivos prohibidos de discriminación. La *discriminación sistémica*, por su parte, es aquella que subsiste en contra de algunos grupos y está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad, implicando actos de discriminación indirecta o no cuestionada (normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros)<sup>491</sup>.

En ese sentido, el Comité encargado de examinar la reclamación por incumplimiento de la Argentina del Convenio 169 de la OIT al evaluar un caso sobre discriminación<sup>492</sup>, estableció que para que esta se verifique no es necesario que sea intencional, y además, que la discriminación indirecta se refiere a condiciones, reglamentaciones, criterios o prácticas aparentemente neutrales que se aplican a todos, pero que en la práctica tienen un impacto desproporcionadamente perjudicial en algunas personas<sup>493</sup>.

485 Observación general 23 del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 27 (derecho de las minorías a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1994), párrs. 6.1 y 6.2.

486 Ver el artículo 1.4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, el párrafo 4 de la Recomendación General 23, Derechos de los Pueblos Indígenas del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial y la sentencia de la Corte IDH, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172, párr. 104.

487 Artículo 3.1 del Convenio 169 de la OIT. Ver también el artículo 2.2 del pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, artículo 26 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

488 Shelton, Dinah. Prohibición de Discriminación en el Derecho internacional de los Derechos Humanos. En: Anuario de Derechos Humanos N 4, (2008), pág. 36.

489 Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación general 20 “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, párrs. 10 y 12.

490 En el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se enumeran como motivos prohibidos de discriminación la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social. La Observación General 20 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales afirma que la frase cualquier otra condición social indica que esta lista no es exhaustiva y que pueden incluirse otros motivos en esta categoría.

491 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales”, E/C.12/GC/20, 2009, párrs. 10 y 12.

492 En este caso se había establecido como requisito para obtener títulos de propiedad sobre ganado la presentación del título de propiedad o posesión de un inmueble; este requisito no podía ser cumplido por los indígenas mapuche de Argentina, ya que solo podían presentar el certificado de pertenencia a una agrupación indígena; ellos no tenían títulos de propiedad o posesión de sus tierras.

493 Párrafo 97 del Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Argentina del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Unión de Trabajadores de la Educación de Río Negro (Un.T.E.R), gremio de base de la Confederación de Trabajadores de la Educación de la República Argentina (C.T.E.R.A.), 2008.

A pesar de ser necesario un análisis más exhaustivo, llama la atención la política de titulación de tierras en el Perú, tanto en las áreas rurales como en las urbanas, en comparación con las áreas en las que se encuentran los pueblos indígenas. Desde 1992, el encargado de realizar las labores técnicas y conducir el proceso de titulación en áreas rurales (incluyendo a las comunidades nativas y campesinas), en coordinación con el Ministerio de Agricultura, era el Programa Especial de Titulación de Tierras (PETT). Para el área urbana, asumió esa responsabilidad la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal desde 1996. El año 2007, el gobierno peruano decide que COFOPRI absorba al PETT con la finalidad de modernizar el Estado y evitar duplicidad de funciones afines. En 2009, el Estado peruano decide que la titulación de comunidades nativas y campesinas las deben realizar los gobiernos regionales, y mantiene al COFOPRI como un organismo especializado en procesos de titulación en áreas urbanas y rurales, pero con un Plan Nacional de Formalización desactualizado<sup>494</sup> que mantiene entre sus planes de largo plazo: el Proyecto de Consolidación de los Derechos de Propiedad Inmueble (PCDPI); el Proyecto PTRT3 (20082011); el Proyecto PTRT4 (20092012); el Proyecto de Georreferenciación de Comunidades Nativas; el Proyecto de Digitalización de Comunidades Campesinas; el Proyecto de Actualización Catastral y el Proyecto de Saneamiento Físico de Áreas Naturales Protegidas<sup>495</sup>.

Frente a la situación anterior, se pueden vislumbrar algunos rasgos de posibles acciones de discriminación contra los pueblos indígenas por acción y omisión del Estado peruano; por ejemplo:

- Considerar la creación de organismos especializados de titulación para áreas urbanas y rurales, y no considerar la necesidad de un organismo especializado para comunidades nativas y campesinas, debido a las implicancias culturales existentes. Los procesos, el presupuesto asignado y el personal deberían tener un entrenamiento diferente.
- Los procesos y las campañas de titulación liderados por COFOPRI continúan, mientras que en el caso de las comunidades nativas y campesinas se han detenido debido, entre otros factores, a estos cambios en la estructura administrativa del Estado.
- Emitir normas que establecen un Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación Especial para Predios Rurales<sup>496</sup>, y no emitir una norma similar para las comunidades campesinas y nativas ni revisar las normas de titulación aplicables a ellas. En efecto, dicha omisión es incomprensible por ser una obligación internacional, un derecho humano de los pueblos indígenas y la causa de

los crecientes conflictos generados por la inseguridad e incertidumbre del marco normativo e institucional actual.

## Conclusiones

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no solo reconocen la existencia de estos y desarrollan su contenido, sino que también establecen obligaciones estatales complementarias que ayudan a su adecuado desarrollo.

Una de las obligaciones estatales más importantes respecto de la tierra y el territorio es el deber estatal de respetar la importancia especial que para los pueblos tienen las tierras o territorios que ocupan. Este deber es una obligación del Estado peruano, reconocida como tal por el Convenio 169 de la OIT, la Jurisprudencia de la Corte Interamericana y el Tribunal Constitucional.

Si bien aún no estamos hablando en estricto de los derechos a la tierra y al territorio, tanto el deber de respetar el vínculo especial existente entre el pueblo indígena y el entorno que lo rodea como los deberes de *reconocer* los derechos de propiedad y posesión, adoptar medidas especiales para salvaguardar las tierras y territorios y *no discriminar* son cláusulas obligatorias que el Estado deberá contemplar en todas sus acciones o decisiones, incluso al momento de limitar los derechos a la tierra, al territorio o a los recursos naturales.

## Recomendaciones

- El Estado peruano debe evaluar si las decisiones políticas tomadas, así como su implementación y evaluación, han considerado las obligaciones internacionales sobre derechos humanos, y especialmente los deberes estatales respecto de la tierra, el territorio y los recursos naturales de los pueblos indígenas.
- Los resultados de esa evaluación deben generar un Plan de Adecuación o fortalecimiento de las decisiones tomadas.
- El Estado peruano debe informar a todos sus funcionarios (Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, gobiernos regionales y locales) el carácter obligatorio de estos compromisos internacionales.

## 2.2. ¿Los pueblos indígenas tienen derecho a la tierra o al territorio?

En el Perú, se utiliza mayormente el término *tierra*, aunque en ocasiones el término *territorio* es utilizado como sinónimo. Este uso preferente del término tierra se debe principalmente

494 Aprobado mediante la Resolución Directoral 090-2007- COFOPRI/DE.

495 [http://www.cofopri.gob.pe/pdf/pnf/pnf\\_estructura.pdf](http://www.cofopri.gob.pe/pdf/pnf/pnf_estructura.pdf)

496 Decreto Legislativo 1089.

al temor estatal de reconocer una autonomía indígena que conlleve a una posible separación política del país, a pesar de que el artículo 46° de la DNUDPI establece que:

Nada de lo señalado en la presente Declaración [...] se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de estados soberanos e independientes<sup>497</sup>.

Se teme usar el término pero no se conoce exactamente su contenido, lo que resulta necesario para poder definir el alcance de los derechos al territorio y a la tierra.

El Convenio 169 de la OIT realiza una distinción entre los términos tierra y *territorio*, precisando que el término territorio se empleará en el caso del traslado y reubicación de los pueblos (artículo 16) y en el caso del uso, administración y conservación de los recursos naturales (artículo 15); en estos casos, según el artículo 13, se tomará en cuenta “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera”. Es decir, se usa *territorio* cuando se quiere dar un tratamiento integral que involucre relaciones sociales complejas (económicas, políticas, culturales, etc.) al espacio que se ocupa o utiliza, en tanto que se usará *tierra* cuando la connotación se restringe a situaciones con relaciones simples (relaciones entre elemento - sujeto, o sujeto - sujeto), como uso agrario, actividades tradicionales o de subsistencia, derechos de posesión y propiedad, transmisión de derechos y reivindicaciones. No se establecen definiciones, pero nos ayuda a conocer que el término *territorio* alude a un tratamiento integral de sus componentes y las relaciones complejas que se generen por su interacción, mientras que tierra tiene un contenido restringido a situaciones específicas y con relaciones simples.

Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Pueblos Indígenas realiza un uso diferenciado de estos términos, aunque sin precisar exactamente sus contenidos. Puede utilizarlos juntos “tierra, territorio y recursos”, en el caso de establecer una regla general (en los artículos 25 al 28). En cambio cuando se trata de establecer una regla especial del objeto de interés los lista disyuntivamente “tierra o territorio y otros recursos” o solo “tierra”, esto es específicamente cuando trata temas como el desplazamiento,

el sistema de tenencia de tierras, conservación, capacidad productiva, almacenamiento de materiales peligrosos, actividades militares, determinación de prioridades de desarrollo, desarrollo, utilización y explotación de recursos minerales, hídricos y de otro tipo (en los artículos 10, 26, 29, 30 y 32).

En el caso de los órganos de control de cumplimiento del Convenio 169, CEACR y Consejo de Administración (Procedimiento de Quejas), tampoco se hace una definición de estos términos, aunque sí se hacen referencias su uso diferenciado. En el caso del Consejo de Administración:

26. [...] El Comité recuerda que el artículo 13 del Convenio dispone que al aplicar las disposiciones del mismo, 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** [...]<sup>498</sup>.

En el caso de la CEACR:

En estas condiciones, la Comisión subraya que el derecho de consulta de los pueblos indígenas no puede limitarse exclusivamente a aquellas medidas que afectan **territorios en donde existen tierras indígenas** titularizadas, tal como parece deducirse de la observación núm. 6 del Poder Ejecutivo, sino a todas aquellas medidas administrativas o legislativas que pudieren afectarles directamente, incluso cuando afectan tierras o territorios indígenas, que tradicionalmente ocupan o utilizan, independientemente de que estén titularizados o no<sup>499</sup>.

Ambas referencias nos ayudan a deducir algunas características de cada término. La primera nos ayuda a saber que tanto la tierra como el territorio pueden ser ocupados; en tanto que la segunda nos informa que el término *territorio* incluye al término tierra.

Por su parte, la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sí plantea una definición de territorio muy cercana a la idea de hábitat planteada por el Convenio 169. En la sentencia del caso *Saramaka vs. Surinam*, se precisa:

497 En el mismo sentido, Erica Irene Daes, en el contexto del proyecto de declaración de las naciones unidas sobre pueblos indígenas, menciona que el término “[...] ‘territorio’ no debe confundirse con el concepto de ‘integridad territorial’ utilizado en Derecho internacional. En este caso no supone una separación política del territorio del Estado, pues es evidente que todo pueblo indígena, incluso en ejercicio de su derecho a la autonomía y al autogobierno, sigue aún comúnmente vinculado con el territorio político o soberano del Estado [...]”. Citada por Mikel Berraondo en *Pueblos indígenas y derechos humanos*, pág. 483.

498 Reclamación (artículo 24) - Perú - C169 - 1998. Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP). Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Perú del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la CGTP.

499 OIT CEACR. Informe 2011. Observaciones a PERÚ. Aplicación del Convenio 169. Observación, CEACR 2010/81a reunión, diciembre 2010, publicada 16 de febrero de 2011.

Al hacer referencia al término “territorio” la Corte se refiere a la totalidad de tierra y recursos que los Saramaka han utilizado tradicionalmente. En este sentido, el territorio Saramaka pertenece de manera colectiva a los miembros del pueblo Saramaka, mientras que las tierras dentro de ese territorio están divididas entre los doce clanes Saramaka [...]”<sup>500</sup>.

Entonces, si integramos las características reseñadas por los instrumentos internacionales con lo establecido por el Convenio 169, podemos concluir que término *tierra* forma parte del término *territorio*, regula las relaciones simples que se puedan generar (sujeto-sujeto, sujeto-suelo) y el derecho que lo protege (el derecho a la tierra), y busca garantizar una prerrogativa sobre el suelo en el que se habita y del que se obtienen los medios de subsistencia físicos y culturales. Por otro lado, el término *territorio* será aquel que contemple relaciones complejas (las que provienen de la interacción entre las relaciones simples), que surjan entre los elementos que lo integran (sujeto, suelo y recursos naturales), a través de reglas generales; el derecho que lo contempla (el derecho al territorio) busca el reconocimiento de un poder de gestión compartido (con el Estado) del suelo, los recursos naturales y las diferentes relaciones simples o complejas que puedan surgir entre esos elementos.

### 2.2.1. ¿Es funcional la distinción establecida en el artículo 13.2 del Convenio 169 de la OIT?

Dado que el objetivo del Convenio es garantizar derechos a los pueblos indígenas y tribales, entonces la interpretación interna del Convenio (bajo los principios del Derecho internacional de los derechos humanos) debe estar dirigida a realizar una protección integral del derecho. En ese sentido, la separación realizada entre el suelo y el hábitat circundante es irreal, ya que no es solo el suelo quien fundamenta a la identidad cultural indígena o tribal, sino también el resto de elementos que lo componen; por ello, se puede entender que la distinción realizada en el artículo 13.2 buscaba dar tranquilidad a los países respecto de la posible interpretación de *territorio* que mencionábamos anteriormente, llevando a una restricción de dicho término a connotaciones ambientales antes que a autonomías.

Complementando lo anterior, la Guía sobre el Convenio 169, elaborada por la OIT, afirma que al usarse el término tierra en el Convenio 169, este debe entenderse en sentido amplio, es decir al usar tierra en realidad se estaría usando el término *territorio*:

El territorio es la base de la economía y las estrategias de sustento, las instituciones tradicionales, el bienestar espiritual y la identidad cultural particular de la mayoría de los pueblos indígenas. En consecuencia, la pérdida de tierras ancestrales amenaza la sobrevivencia misma como comunidades y pueblos distintos. Es por ello que debe entenderse que cuando el Convenio habla de “tierra”, el concepto abarca la totalidad del territorio que emplean, lo que incluye los bosques, ríos, montañas y mares costeros y tanto la superficie como el subsuelo<sup>501</sup>.

Esta interpretación se entiende dada la especial importancia entre el espacio que habitan (el hábitat) y los pueblos indígenas, ya que es precisamente esa interrelación la que sustenta la existencia del pueblo indígena. Por lo tanto, el Convenio 169 sí reconoce el derecho al territorio, pero restringido a cuestiones ambientales.

### 2.2.2. ¿Las normas internacionales reconocen los “territorios integrales”?

Si bien el Convenio 169 reconoce un derecho al territorio restringido a los recursos naturales o al medio ambiente, la propuesta de los pueblos indígenas sí considera el derecho a un territorio integral en el que se contemple autonomía política, social, económica y cultural, en coordinación con los Estados. Dicha propuesta está fundamentada de forma complementaria en los instrumentos internacionales referidos a tierras o a territorios ya mencionados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>502</sup>, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>503</sup> y la DNUDPI<sup>504</sup>. Los territorios integrales son aquellos espacios donde los pueblos indígenas regulan los procesos simples y complejos de tipo político, económico, social y cultural que asegurarán la continuidad del pueblo; en esta propuesta debe

500 Corte IDH, sentencia caso *Saramaka vs. Surinam*, pie de página 63.

501 OIT (2009).

502 El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoció que el artículo 1 se aplica a los pueblos indígenas en las *Observaciones finales sobre la Federación Rusa* (trigésimo primera sesión). N.U. Doc. E/C.12/1/Add.94, 12 de diciembre de 2003, párrafo. 11, en el cual el Comité expresó preocupación por la “situación precaria de las comunidades indígenas en el Estado Parte, las cuales afectan su derecho a la autodeterminación según el artículo 1 del Pacto”.

503 Artículo 1 de ambos Pactos:

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

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del Derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

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

504 Art. 4, 33 y 34 de la DNUDPI.

tomarse en cuenta que en las ciencias sociales la definición del término territorio está en constante construcción y que esta también variará en función de cada pueblo indígena<sup>505</sup>, pero en términos generales consideraría:

- **Territorio como jurisdicción**, que incluye el control y gestión del área. Por ejemplo, establecer las reglas internas de aprovechamiento de los recursos naturales ubicados en sus territorios, o autoorganización, o reglas de justicia comunitaria.
- **Territorio como espacio geográfico**, es decir, el derecho a la tierra. Por ejemplo, el lugar donde han establecido sus viviendas, sus áreas de cultivo o ganadería.
- **Territorio como hábitat**, que es el conjunto de recursos esenciales para su supervivencia como grupo. Por ejemplo, los bosques en los cuales realizan actividades de caza y pesca.
- **Territorio como biodiversidad y conocimientos** indígenas sobre la naturaleza. Por ejemplo, el conocimiento colectivo del manejo sostenible y las propiedades de los recursos naturales (plantas curativas, religiosas, etc.).
- **Territorios simbólicos**, vinculados con la identidad cultural colectiva, como los cementerios o espacios religiosos sagrados.

### 2.2.3. ¿Qué otros derechos se encuentran vinculados con los derechos a la tierra y al territorio?

Muchos órganos de control sobre el cumplimiento de los tratados de Naciones Unidas han elaborado documentos interpretativos sobre los alcances de algunos artículos y derechos, algunos de los cuales incluyen en su desarrollo referencias a los pueblos indígenas y al vínculo especial que tienen con el territorio que habitan. En esa línea se encuentran la Observación General 23, en la que el Comité de Derechos Humanos vinculó expresamente la obligación de los Estados de garantizar el derecho de los pueblos indígenas a disfrutar de su cultura con la protección de sus “modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de sus recursos”<sup>506</sup>, y la Recomendación General XXIII del Comité para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial en la que se afirmó las obligaciones de los Estados Partes en relación con la protección de las tierras

y territorios indígenas, y se resaltó el derecho de los pueblos indígenas a “poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales”<sup>507</sup>. En el mismo sentido puede revisarse la Observación General 7 sobre el derecho a una vivienda adecuada al hablar sobre el desalojo forzoso<sup>508</sup>, la Observación General 12 sobre el derecho a una alimentación adecuada<sup>509</sup>, la Observación General 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel de salud<sup>510</sup> y la Observación General 15 sobre el derecho al agua<sup>511</sup>.

Por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que, al desconocerse el derecho de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios, se podrían afectar derechos como la identidad cultural y la libre determinación entre otros derechos básicos. En el caso del derecho a la identidad cultural (reconocido también por el artículo 2 inciso 19 de la Constitución Política peruana), se indica que al desconocerse el derecho de las comunidades sobre sus territorios se podrían afectar derechos como a la identidad cultural y la supervivencia misma de los pueblos y sus miembros<sup>512</sup>. Asimismo, como el goce y ejercicio efectivos del derecho a la propiedad comunal sobre la tierra garantizan que los pueblos indígenas conserven su patrimonio<sup>513</sup>, los Estados deben respetar esa especial relación para garantizar su supervivencia social, cultural y económica<sup>514</sup>. De igual modo, se ha reconocido la estrecha vinculación del territorio con las tradiciones, costumbres, lenguas, artes, rituales, conocimientos y otros aspectos de la identidad de los pueblos indígenas, señalando que “en función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial”<sup>515</sup>.

En cuanto al derecho a la libre determinación (reconocido en la sentencia del Tribunal Constitucional Peruano<sup>516</sup>, caso *Tres Islas*), la Corte Interamericana también se ha referido a ella y su vinculación con el derecho a la tierra y al territorio. En el caso *Saramaka vs. Surinam*<sup>517</sup>, observó que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha considerado que el artículo 1 común de los pactos es aplicable también a los pueblos indígenas<sup>518</sup>, por lo tanto, ya que no puede interpretar los derechos reconocidos en la Convención Americana de

505 Toledo Llancaqueo, Políticas indígenas y derechos territoriales en América Latina: 1990-2004. ¿Las fronteras indígenas de la globalización? En *Pueblos indígenas y democracia en América Latina*, pág. 86-87.

506 Comité de Derechos Humanos, observación general 23, párr. 7.

507 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general XXIII: “Los pueblos indígenas”, párr. 5.

508 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 7, párr. 10.

509 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 12, párr. 13.

510 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 14, párr. 12(b) y 27.

511 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 15, párrs. 7 y 16.

512 Corte IDH, caso *Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párr. 147; Corte IDH, caso *Sarayacu vs. Ecuador*, párr. 212.

513 Corte IDH, caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 146.

514 Corte IDH, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párr. 91.

515 Corte IDH, caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 154.

516 Exp. 01126-2011-HC/TC presentado por Juana Griselda Payaba Cachi. 11/09/2012, párr. 23.

517 Corte IDH, caso *Saramaka vs. Surinam*, párrs. 93 y 94.

518 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observaciones finales sobre la Federación Rusa (trigésimo primera sesión, 2003), párr. 31, en el que expresa su preocupación por la situación precaria de las comunidades indígenas, lo cual afecta su derecho a la autodeterminación según el art. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Derechos Humanos de forma restrictiva o limitando el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por los Estados en otros tratados sobre derechos humanos como el mencionado Pacto (como es el caso peruano), entonces el artículo 21 de la Convención deberá interpretarse también en concordancia con lo establecido en el artículo 1 común del Pacto; de esa manera los pueblos indígenas podrán proveer a su desarrollo económico, social y cultural, pudiendo disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales para que no se les prive de sus medios de subsistencia.

### Normatividad nacional

Como ya se mencionó, en el país se usa mayormente el término tierra, vinculándolo con el derecho de propiedad o uso del suelo, sin reconocer el derecho al territorio. El artículo 89 de la Constitución Política no menciona expresamente el derecho a la tierra ni el derecho al territorio, pero sí reconoce el derecho a la autonomía en la libre disposición de las tierras de las comunidades nativas y campesinas y reconoce su imprescriptibilidad.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional Peruano sí ha definido ambos términos<sup>519</sup>:

22. La diferencia entre el concepto de tierra y territorio radica en que el primero se encuentra dentro de una dimensión civil o patrimonial, mientras que el segundo tiene una vocación política de autogobierno y autonomía. Así, esta dimensión política del término territorio se ajusta a la realidad de los pueblos indígenas, que descienden de las poblaciones que habitaban lo que ahora es el territorio de la República del Perú. Pero que, no obstante, luego de haber sido víctimas de conquista y colonización, mantienen sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o partes de ellas.

Aunque no los define como derechos, alude al mantenimiento de instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, vinculando el territorio con el derecho a la autodeterminación<sup>520</sup>.

Por su parte, el Reglamento de la Ley de Consulta considera entre los derechos colectivos listados y reconocidos a los pueblos indígenas al derecho a la tierra y al territorio, considerando como parte de ellos a los recursos naturales que se encuentran en su ámbito geográfico (sin precisar si es titulado o no) y que usan tradicionalmente (no usan el término ancestral). Aunque, todavía restringido al tema ambiental es importante este reconocimiento del derecho al territorio en una norma reciente:

### Artículo 3°.- Definiciones

El contenido de la presente norma se aplica dentro del marco establecido por la ley y el convenio 169 de la OIT. Sin perjuicio de ello se tomarán en cuenta las siguientes definiciones: [...]

f) Derechos Colectivos.- Derechos que tienen por sujeto a los pueblos indígenas, reconocidos en la Constitución, en el Convenio 169 de la OIT, así como la legislación nacional. Incluye, entre otros, los derechos a [...] la tierra y el territorio, es decir al uso de los recursos naturales que se encuentran en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente en el marco de la legislación vigente [...].

### Conclusiones

Aunque se coincide en afirmar que tierra y territorio tienen contenidos diferentes, en el plano internacional únicamente la Corte Interamericana ha establecido una definición del término territorio: "la totalidad de tierra y recursos que [...] [los pueblos indígenas] han utilizado tradicionalmente", debiendo complementarse esta definición con las características identificadas por los otros organismos del sistema universal de Derechos Humanos: el tratamiento integral y sistémico entre sus componentes y el carácter inclusivo del término territorio respecto del término tierra. Bajo este marco, el Convenio 169, al reconocer el derecho a la tierra, reconoce el derecho al territorio, aunque restringido a temas ambientales; sin embargo, si se recurre al derecho a la libre determinación reconocida por otros instrumentos internacionales de los que el Perú es parte, como el PIDESC y el PIDCP, se puede establecer que en el Perú se puede exigir el reconocimiento integral del derecho al territorio.

El fundamento para el reconocimiento del derecho al territorio integral se encuentra principalmente en el artículo 1 común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). La Jurisprudencia de la Corte IDH también realiza la interpretación del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos en función del artículo 1 del PIDESC. El Tribunal Constitucional peruano también ha reconocido el derecho a la libre determinación en la reciente sentencia sobre el caso Tres Islas.

En el ámbito interno, la Constitución Política no reconoce expresamente el derecho al territorio, pero el Tribunal Constitucional ha diferenciado los términos tierra y territorio, complementando este último con el derecho a la libre determinación y brindando así un respaldo pleno a este

519 Exp. 01126-2011-HC/TC presentado por Juana Griselda Payaba Cachique. 11/09/2012, párr. 22.

520 *Ibid.*, párr. 23.

derecho, incluso con alcance mayor del que reconoce el Convenio 169 de la OIT. En el mismo sentido, el reciente reglamento de la Ley de Consulta, al hacer un listado de algunos derechos colectivos de los pueblos indígenas, reconoce el carácter integral de la tierra, el territorio y los recursos naturales.

### Recomendaciones

- Realizar un estudio técnico que explore el contenido del derecho al territorio integral solicitado por los pueblos indígenas peruanos, y sobre la base de sus conclusiones, plantear una propuesta a los pueblos indígenas.
- Considerar que, si bien el Convenio 169 de la OIT es el tratado más importante sobre derechos de pueblos indígenas, este debe complementarse con el resto de tratados de derechos humanos firmados por el Estado peruano, con los documentos de interpretación elaborados por los órganos de control existentes en las naciones unidas y con el contenido de la Jurisprudencia de la Corte IDH.
- Explorar los diferentes vínculos existentes entre el derecho a la tierra y territorio con derechos como al agua, a la salud, a una vivienda adecuada, a la alimentación, entre otros, y establecer medidas efectivas que los pongan de relieve.

### 2.3. ¿En qué consiste el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan o a las que han tenido tradicionalmente acceso?

El artículo 14 del Convenio 169 reconoce: (i) el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que *tradicionalmente ocupan*, y (ii) el derecho a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por los pueblos indígenas y tribales pero a las que *tradicionalmente han tenido acceso* para sus actividades tradicionales y de subsistencia. Como se observa, ambos derechos contemplan situaciones diferentes: el primero alude a una ocupación permanente o estacionaria del espacio de manera exclusiva por los pueblos indígenas, mientras que en el segundo caso se trata de una ocupación permanente del espacio, pero compartida con otros pobladores no indígenas. Asimismo, en el primer supuesto dicha ocupación puede realizarse por más de un pueblo indígena, especialmente en el caso de las áreas de caza, pesca, recolección y pastoreo<sup>521</sup>.

La referencia a *ocupación y acceso tradicional*, en el artículo 14 del Convenio, alude a una ocupación o acceso según las formas y tradiciones indígenas, sin importar que estas hayan sido autorizadas o reconocidas por el Estado —incluso si no se ejercen según la forma prevista por la legislación interna<sup>522</sup>—, pero sí será necesario determinar la existencia de la ocupación tradicional a través de procedimientos adecuados<sup>523</sup>. De igual modo, la ocupación tradicional alude a que, si bien debe existir alguna conexión con el presente, no es necesario que estén *actualmente ocupadas*, pues pueden abarcarse casos de recientes expulsiones de las tierras o pérdida de títulos<sup>524</sup>. *Ocupación tradicional* tampoco alude únicamente a *ocupación ancestral o inmemorial*: la Comisión de la OIT, al tratar sobre el Convenio 107, al referirse a un argumento de la India sobre este tema estableció que “el hecho de que la gente tenga alguna forma de relación con la tierra actualmente ocupada, incluso hace poco tiempo era suficiente para conformar un interés y, por lo tanto, derechos a la tierra y los recursos pertinentes<sup>525</sup>”.

#### 2.3.1. ¿En qué consiste el derecho de propiedad sobre las tierras y territorios que tradicionalmente ocupan?

Al inicio de esta sección se estableció la diferencia entre los términos tierra y territorio. Asimismo, se trató de distinguir el derecho a la tierra, el derecho al territorio restringido a lo ambiental y el derecho al territorio “integral”. El mecanismo usado para garantizar el derecho a la tierra es el derecho de propiedad, pero con una dimensión comunal diferente al del Derecho civil; para ello, la Corte Interamericana realizó una interpretación ampliada del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos utilizando la cláusula de observancia obligatoria del Convenio 169, es decir, considerando el vínculo especial que los pueblos indígenas y tribales tienen con el hábitat en el que viven (artículo 13.1 del Convenio):

#### Artículo 21. Derecho a la propiedad privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre deben ser prohibidas por la ley.

521 OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT*, pág. 95.

522 OIT, *Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales*, 1957 (núm. 107), Informe VI (1988); y Thornberry, *Indigenous Peoples and Human Rights* (2002). Citado por Salgado y Gomiz, pág. 196. Ver además la observación individual sobre el Convenio 169, pueblos indígenas y tribales, 1989 Perú, publicación: 2003, párrafo 7.

523 CEACR: Observación individual sobre el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169) Perú, publicación: 2006, párr. 6.

524 Tomei y Swepston, *Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio 169 de la OIT*. Citado por Salgado y Gomiz, pág. 201. Ver también la observación individual de la CEACR sobre el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169). Perú, publicación: 2010.

525 Fergus. Una guía para los derechos de los pueblos indígenas en la Organización Internacional del Trabajo. Citado por Salgado y Gomiz, pág. 201.

De esta forma, al reconocer que la propiedad no se centra en un individuo sino en una comunidad que además tiene una relación de especial relevancia con su entorno, estableció que el derecho de propiedad puede tener una concepción diferente de la clásica:

120. Asimismo, este Tribunal considera que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de esta “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”. Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que solo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas<sup>526</sup>.

De esta manera, se configura el derecho del pueblo indígena o tribal de gozar su derecho de propiedad de conformidad con su tradición comunitaria<sup>527</sup>.

### 2.3.2. ¿En qué consiste el derecho de posesión sobre las tierras y territorios que tradicionalmente ocupan?

Es la esencia del derecho de propiedad comunal, pues muestra la ocupación que se estaría realizando del espacio. Pero debe considerarse siempre que se trata de un tipo de ocupación o posesión diferente, en el que según lo establecido por la Corte Interamericana pueden ejercerse diferentes formas de interrelación no directa con el entorno, como la reserva de áreas para la conservación, sitios sagrados, temporadas de descanso de la tierra, zonas de caza y recolección, etc.<sup>528</sup>.

Sus efectos jurídicos son similares al título de propiedad, siendo título suficiente para lograr el reconocimiento de la propiedad por parte del Estado, así como su inscripción en el registro correspondiente<sup>529</sup>. Adicionalmente, la Corte Interamericana ha establecido que<sup>530</sup>:

- La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado.
- La posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro.
- Los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre estas, aun a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe.
- Los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y estas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o de obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas.

#### Normatividad nacional

El derecho de propiedad sobre la tierra en forma privada o comunal es reconocido y protegido por el Estado peruano, que para el caso de las comunidades nativas y campesinas asigna no solo una característica de inviolabilidad, sino también de imprescriptibilidad<sup>531</sup>. Indica expresamente que las comunidades son autónomas en el uso y libre disposición de sus tierras<sup>532</sup>. Además, establece que pueden perder la propiedad de sus tierras en caso de abandonarlas; esto último sucederá cuando no se cumplan los términos y condiciones de la adjudicación otorgada en concesión por el Estado<sup>533</sup>.

526 Corte IDH, caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N.o 146, párr. 120. Corte IDH. Caso *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C N.o 214, párr. 87.

527 Corte IDH, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 96.

528 Corte IDH, caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 131 y Caso Comunidad indígena Yakye Axa, párr. 154.

529 Corte IDH, caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N.o 79, párr. 151.

530 Corte IDH, caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 128.

531 El artículo 51, literal n, de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales - Ley 27867 (noviembre 2002), agrega además los caracteres de inalienabilidad e inembargabilidad a las tierras de las comunidades. Esta inclusión no constituye una ampliación de las características establecidas por la Constitución.

532 Artículos 70, 88 y 89 de la Constitución.

533 Artículo 5 de la Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas - Ley 26505 (“El abandono de tierras, a que se refiere el Artículo 88 segundo párrafo de la Constitución Política del Perú, solo se refiere a las tierras adjudicadas en concesión por el Estado, en los casos de incumplimiento de los términos y condiciones de aquella”).



De esta manera, se puede deducir el carácter especial del derecho de propiedad sobre la tierra de los pueblos indígenas o tribales<sup>534</sup>, diferente de la concepción del Derecho civil. Por ello, si bien pueden tener todos los atributos que corresponden al derecho de propiedad (usar, disfrutar, disponer y reivindicar<sup>535</sup>), se pone mayor énfasis en el uso y la disposición de sus tierras. Este acento se relaciona con la cláusula de observancia obligatoria prevista por el Convenio 169 (el vínculo especial con su entorno) y las diferentes formas de *usar* que puede tener un pueblo y que deben considerarse en función de una interpretación *pro hominem*, unas formas de uso mayores que las previstas comúnmente (agricultura, ganadería, vivienda). Además, es preciso tomar en cuenta el mantenimiento de sitios sagrados, lugares de caza, pesca, conservación, descanso de la tierra por métodos tradicionales de cultivo, etcétera<sup>536</sup>.

Respecto a la facultad de *disponer* contenido en el derecho de propiedad, esta consiste en cualquier forma de entrega de todo o parte de los derechos sobre la tierra a un tercero. Esta facultad debe interpretarse también ampliamente y considerar incluidas las diferentes formas tradicionales que los pueblos indígenas puedan tener (distintas de la compra-venta, alquiler, etc.), incluyendo la facultad de autolimitar esa atribución o de negarse a ejercerla frente a terceros no indígenas.

Asimismo, al tratar sobre el *abandono de tierras*, realizaremos una interpretación restrictiva, ya que se está estableciendo la restricción de un derecho. Según el artículo, el abandono se producirá si se incumplen los términos y condiciones de la concesión adjudicada por el Estado; en estricto, la concesión es una modalidad de entrega de derechos sobre los recursos naturales, entre los que se incluyen las tierras forestales y de conservación otorgadas a los pueblos indígenas (comunidades nativas) a través de contratos de cesión en uso<sup>537</sup>; entonces, mediante una interpretación restrictiva, el Estado no podrá declarar en abandono las tierras adjudicadas a los pueblos indígenas, ya que ellos las reciben a través de contratos de cesión en uso y no a través de concesiones.

Por otro lado, es importante hacer una distinción entre la *propiedad* y el *dominio*. Sobre todo considerando que se ha

establecido que las tierras eriazas con aptitud agropecuaria sobre las que no exista título de propiedad privada o comunal<sup>538</sup> y los predios que no se encuentren inscritos en el registro de predios y no constituyan propiedad de particulares ni de las comunidades campesinas y nativas<sup>539</sup> son de *dominio* del Estado. Ya hemos visto que debemos considerar la existencia de una propiedad privada (en términos del Derecho civil) y un derecho de propiedad *sui generis* para el caso de los pueblos indígenas, pero también es preciso tener en cuenta una tercera forma de ejercer derechos sobre un bien: el *dominio*.

Este alude a un sentido de pertenencia en el que se ejercen derechos inamovibles y no dedicados a la circulación de los bienes, aunque sí se pueden otorgar derechos sobre ellos o, excepcionalmente, transferirlos por completo<sup>540</sup>. Por sus características, el *dominio* se ejerce principalmente por el Estado y varía según se aplique a los recursos naturales (en el que se llamará específicamente *dominio eminente*)<sup>541</sup> o a las tierras (llamadas eriazas o predios)<sup>542</sup>. Pues bien, en las normas presentadas se ha establecido una reserva para el dominio del estado de tierras o predios que no estén titulados, obviando por completo los derechos de posesión que puedan tener los pueblos indígenas o tribales sobre ellos o los procesos de titulación que hayan sido iniciados previamente y demorados por causas atribuibles al propio Estado.

Respecto de este tema, el comité encargado de revisar las reclamaciones en la OIT ya había expresado su preocupación con relación al reglamento de la Ley 26505, ya que temía que esta norma facilitase la dispersión de tierras comunales y la negación de los derechos de propiedad y posesión (derivada de una ocupación tradicional de esas áreas). Por ello, solicitó al gobierno que tome las medidas adecuadas para impedir la inscripción bajo el dominio del Estado de las tierras ocupadas tradicionalmente por los indígenas, procediendo a facilitar su titulación<sup>543</sup>. Sin embargo, el Estado no ha variado la Ley 26505, ni su reglamento, y vuelve a incurrir en el mismo error con la Ley 29151.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Peruano ha reconocido que la posesión tradicional equivale al título de pleno dominio otorgado por el Estado, habilitando al pueblo indígena a exigir

534 A pesar de que no se hace referencia expresa a los pueblos indígenas y tribales, si recurrimos al Convenio 169 de la OIT se puede interpretar que las comunidades campesinas y nativas forman parte de ellos.

535 Artículo 923 del Código Civil.

536 Ver pie de página 13.

537 Artículos 5 y 126 del Reglamento de la Ley de Tierras - DS 003-79-AG.

538 Artículo 9 del Reglamento de la Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas - DS 011-97-AG.

539 Art. 23 de la Ley General del Sistema de Bienes Estatales - Ley 29151.

540 Rubio, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993, tomo 3, págs. 362-363.

541 Se tratará nuevamente este tema en la sección Recursos Naturales.

542 Las tierras también son recursos naturales, pero el Estado decidió que pueden entrar a la libre circulación. Su tratamiento llevaría una extensión mayor de la prevista a este documento.

543 CEACR. Observación individual sobre el Convenio 169, Pueblos Indígenas y Tribales para el Perú (2003), párrs. 7-10.

el reconocimiento oficial de su propiedad y registro ante las autoridades correspondientes<sup>544</sup>, recogiendo lo establecido en la sentencia del caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. De igual modo, según lo establecido en las sentencias de los casos *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*; *Comunidad Moiwana vs. Surinam*; *Yakye Axa vs. Paraguay*, y *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, ha reconocido la protección general que debe prestar el ordenamiento jurídico peruano a los pueblos, así no tengan un título de propiedad oficial de sus territorios<sup>545</sup>.

Y es que la omisión de esta normativa no implica que el ordenamiento jurídico nacional no proteja en general a los pueblos indígenas: esta obligación existe así no tengan un título de propiedad oficial respecto de sus territorios, conforme ha sido advertido por la Corte Interamericana<sup>546</sup>.

### Conclusiones

Tanto la propiedad como la posesión indígena tienen un carácter sui generis diferente de la propiedad o posesión del Derecho civil. Se basan no solo en el carácter colectivo del sujeto titular, sino en las características especiales de ese sujeto colectivo originadas en el vínculo especial que tienen con su entorno.

El derecho a la propiedad y posesión indígena incluye no solo el suelo o espacio físico que ocupa el pueblo indígena, sino también los recursos naturales circundantes. No es necesario realizar una ocupación física del territorio indígena, sino que bastará con demostrar la realización de prácticas de interrelación con el entorno.

Las prácticas de ocupación o interrelación con el entorno no deben ser necesariamente ancestrales. Se reconocen incluso las prácticas tradicionales, pues toda cultura o grupo social está en constante cambio y ninguna de ellas es estática.

### Recomendaciones

- Elaborar un estudio que explore las características especiales de los derechos de propiedad y posesión indígena sobre la tierra y los recursos naturales, con el objetivo de fundamentar su reconocimiento en el país.
- Realizar una revisión del marco normativo sobre los recursos naturales y la tierra indígena, para identificar aquellos supuestos en los que puedan producirse

interpretaciones restrictivas que vulneren estos derechos.

- Elaborar un marco normativo que reconozca los derechos de propiedad y posesión indígena atendiendo al carácter sui generis descrito, asignándole una denominación diferente para evitar confusiones.
- Establecer instructivos de interpretación o actuación a los funcionarios públicos involucrados, con la finalidad de evitar seguir cometiendo vulneraciones a estos derechos mientras se realizan los estudios y marcos normativos.

## 2.4. ¿En qué consiste el otorgamiento de medios necesarios para el desarrollo de tierras que poseen los pueblos indígenas?

Al elaborar Programas Agrarios Nacionales, el Estado tiene la obligación de garantizar a los pueblos indígenas condiciones equivalentes a las que tienen otros sectores de la población en cuanto a<sup>547</sup>:

- Asignación de tierras adicionales cuando las tierras que tienen sean insuficientes para garantizar los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico.
- Otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que ya poseen.

Considerando el contenido esencial de la tierra y el territorio de los pueblos indígenas, al interpretarse este artículo debe considerarse que la asignación de tierras tiene como fin proteger la identidad cultural. Asimismo, esta debe realizarse sin discriminación contra los pueblos indígenas y con el debido respeto a sus necesidades específicas. Cuando se soliciten tierras adicionales a las existentes, no es necesario que estas sean colindantes: pueden solicitarse tierras de libre disponibilidad un poco alejadas de las que actualmente ocupan, pero sobre las cuales ejerzan actividades tradicionales de subsistencia.

Por otro lado, "otorgar los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que poseen" debe ser entendido ampliamente, considerando también los servicios de salud, educación y saneamiento básicos, sin que los pueblos se vean obligados a perder sus derechos de propiedad o posesión.

### Normatividad nacional

Las solicitudes de ampliación de tierras se evalúan bajo el mismo procedimiento administrativo que una solicitud inicial de

544 Tribunal Constitucional. Expediente 00024-2009-PI, Gonzalo Tuanama Tuanama y seis mil doscientos veintiséis ciudadanos, párr. 20 (demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo 994).

545 Tribunal Constitucional peruano. Expediente 00023-2009-PI/TC, Gonzalo Tuanama Tuanama y más de cinco mil ciudadanos, párrafo 7 (demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo 1079).

546 Ver por ejemplo, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) 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

547 Artículo 19 del Convenio 169 de la OIT.

titulación. En cuanto a los medios necesarios para el desarrollo de tierras, existe en la práctica cierta confusión, ya que cuando se establecen centros poblados sobre comunidades nativas se tiende a relajar los derechos de propiedad que los pueblos tienen, estableciéndose en tierras de la comunidad colonos, nuevos negocios, puertos fluviales, etc., en el entendido de que se trata de tierras públicas. Por otro lado, cuando se construyen pozos de agua o escuelas, se pide a la comunidad que entregue en donación el espacio que ocupa la infraestructura.

### **¿Qué ocurre cuando se realiza demarcación política sobre la tierra del pueblo indígena?**<sup>548</sup>

La demarcación territorial es una expresión de la soberanía del Estado, con el objetivo de garantizar el ejercicio del gobierno, la administración y la generación de información de carácter técnico-cartográfica que contribuya en la elaboración de los planes de desarrollo de nivel local, regional y nacional<sup>549</sup>. Se realiza a través del establecimiento de circunscripciones político-administrativas: regiones, departamentos, provincias, distritos, metrópolis, ciudades, villas, pueblos y caseríos<sup>550</sup>.

Al ser una forma de ordenamiento político-administrativo del Estado, no genera ninguna suspensión o disolución de los derechos de propiedad de quienes se encuentren habitando en su ámbito geográfico, salvo alguna limitación del derecho de propiedad debidamente fundamentada, examinada a través del test de limitación del derecho y sometida a consulta. Los límites territoriales de estas circunscripciones tienen una naturaleza distinta de los límites comunales, nativos u otros que reconocen y otorgan derechos de propiedad<sup>551</sup>; de igual forma, los límites comunales tampoco deberían usarse como límites territoriales de estas circunscripciones<sup>552</sup>.

Por lo tanto, el establecimiento de un caserío sobre la tierra de un pueblo indígena (con o sin título de propiedad) no significa la pérdida del derecho a la tierra o al territorio: todas sus atribuciones se mantienen. Como se ha visto previamente, tanto el derecho de propiedad como la posesión de los pueblos indígenas tienen una naturaleza diferente de la que les atribuye

el Derecho civil, fundamentado precisamente en ese vínculo especial existente entre el indígena y el espacio en el que habita. Asimismo, si por algún motivo se considerara necesaria la suspensión o eliminación del derecho de propiedad sobre la tierra, se estaría realizando un trato no igualitario del pueblo indígena o tribal frente al resto de propietarios no indígenas existentes en otros caseríos o centros poblados.

### **¿Es necesario donar la extensión de terreno que será usada por el Estado para la realización de obras o servicios de interés o necesidad social?**

Las obras o servicios de interés o necesidad social deben ser ejecutadas por las municipalidades provinciales o distritales y de conformidad con el Plan de Desarrollo Municipal y el Plan de Desarrollo Regional<sup>553</sup>. Estas instituciones están encargadas de:

- Ejecutar obras de infraestructura indispensables para la producción, comercio, transporte y comunicación de la provincia, tales como corredores viales, vías troncales, puentes, parques, parques industriales, embarcaderos, terminales terrestres, pistas o calzadas, vías, puentes, mercados, canales de irrigación, locales comunales y otras similares<sup>554</sup>.
- Construir y equipar postas médicas, botiquines y puestos de salud en los centros poblados que los necesiten<sup>555</sup>.
- Construir, equipar y mantener la infraestructura de los locales educativos de su jurisdicción<sup>556</sup>.
- Administrar y reglamentar directamente o por concesión el servicio de agua potable, alcantarillado y desagüe y tratamiento de residuos sólidos<sup>557</sup>. Asimismo, la ejecución de obras e instalación de servicios de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial, disposición sanitaria con excretas y electrificación hecha con aportes de la población constituyen patrimonio de la municipalidad<sup>558</sup>.

Para el cumplimiento de esas funciones estatales, es posible que se realicen expropiaciones invocando causas de necesidad pública<sup>559</sup> (la ejecución de obras públicas municipales o la instalación o funcionamiento de servicios públicos locales),

548 Para ver algunos otros posibles efectos de esta situación revisar el Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil (sobre la municipalización de tierras indígenas), de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Doc. OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev. I, 29 de septiembre de 1997, párrs. 42 y 43.

549 Art. 3 de la Ley de Demarcación y Organización Territorial - Ley 27795.

550 Art. 12 del Reglamento de la Ley de Demarcación y Organización Territorial DS 019-2003-PCM y art. 2.3 de la Ley de Demarcación Territorial.

551 Art. 2.4 de la Ley de Demarcación y Organización Territorial - Ley 27795.

552 Art. 11, literal a.2.3 del Reglamento de la Ley de Demarcación y Organización Territorial - DS 019-2003-PCM.

553 De acuerdo con la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley 29158, mientras dure el proceso de transferencia de competencias sectoriales, el Poder Ejecutivo (sectores, educación, transportes, comunicaciones, vivienda y construcción) seguirá ejecutando aquellas que aún no han sido transferidas a los gobiernos regionales y gobiernos locales.

554 Art. 79, numerales 2 y 4 de la Ley Orgánica de Municipalidades - Ley 27972.

555 Art. 80, numeral 2.5 de la Ley Orgánica de Municipalidades - Ley 27972.

556 Art. 82, numeral 5 de la Ley Orgánica de Municipalidades - Ley 27972.

557 Art. 80, numerales 2.1 y 4.1 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

558 Décimo Primera Disposición Complementaria de la Ley Orgánica de Municipalidades.

559 Art. 94 y 96 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

que deben constar en una ley expresa e indicarse además el uso o destino que se dará al bien<sup>560</sup>. Sin embargo, debido a los requisitos demandados, no se ha recurrido mucho a ella. Normalmente se promueve la entrega del terreno a través de una donación, lo que en la práctica se trataría de una forma de expropiación oculta.

Es fácil entender que el objetivo de estas iniciativas sea el aseguramiento del espacio donde se brindarán los servicios públicos o desarrollarán las obras públicas, garantizando su continuidad sin depender del interés privado. Sin embargo, eso se puede lograr a través de cualquiera de las modalidades previstas en el capítulo IV del Título III del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Bienes Públicos - DS 007-2008-VIVIENDA: afectación en uso, cesión en uso, permuta, comodato, etc. Tal situación ha sido considerada por la Ley Orgánica de Municipalidades<sup>561</sup>, estableciendo como condición de explotación de un bien que este sea destinado exclusivamente a la realización de obras o servicios de interés o necesidad social.

En el caso de los pueblos indígenas o tribales, obligar a la entrega de la propiedad de una porción de su tierra para obtener un servicio público o una obra pública equivale a una expropiación oculta. Si consideramos que el derecho de propiedad sobre la tierra indígena o tribal tiene una naturaleza distinta del derecho de propiedad civil, que el interés por el bien común es constante debido a su naturaleza comunal o colectiva y que el Estado está obligado a respetar siempre el vínculo existente entre el pueblo indígena o tribal y su hábitat, entonces la realización de una obra o servicio de interés o necesidad social no debe estar condicionada a la entrega de la propiedad de la tierra bajo ninguna modalidad.

## Conclusiones

El Estado tiene la obligación de garantizar a los pueblos indígenas y tribales un acceso a la tierra suficiente para garantizar su subsistencia. Además, está obligado a otorgar los medios necesarios para el desarrollo de la tierra que ya poseen, sin que ello signifique la desnaturalización de su derecho a la tierra o al territorio.

Por otro lado, al realizar demarcaciones políticas sobre tierras o territorios de pueblos indígenas, los pueblos indígenas no deben perder sus derechos de propiedad o posesión sui generis sobre ellos. Asimismo, al realizar obras o servicios públicos en tierras de comunidades, no deben promoverse las actas de donación sobre las áreas donde se construirá la

infraestructura del servicio público. Los pueblos indígenas no deberían perder la propiedad del área donde se construya dicha infraestructura, pues si ello sucediera, se trataría de una expropiación oculta.

## Recomendaciones

- Revisar las normas que forman la política agraria y de tierras, para asegurarse de que cumplan con esta obligación de garantizar la existencia suficiente de tierras para la subsistencia del pueblo indígena. Realizar las modificaciones necesarias.
- Elaborar instructivos para que los funcionarios públicos no cometan errores solicitando actas de donación de tierras indígenas, ni promover el no reconocimiento de los derechos de propiedad o posesión de los pueblos indígenas en aquellos que habitarán las circunscripciones políticas.

## 2.5. ¿Cómo se garantiza la transmisión de derechos sobre la tierra y el territorio entre pueblos o con terceros ajenos al pueblo?

Debe recordarse, como se señalado previamente, que todas las medidas especiales de protección previstas son de obligatorio cumplimiento para el Estado en todas sus presentaciones: Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, gobiernos regionales y gobiernos locales.

### 2.5.1. ¿Se mantienen las modalidades de transmisión propias de los pueblos indígenas?

Los Estados tienen el deber de respetar las *modalidades de transmisión de derechos sobre las tierras y territorios establecidas por los pueblos indígenas y tribales*<sup>562</sup> cuando se realicen entre los miembros de los pueblos. Esta es una excepción a la regla establecida en el artículo 8 del Convenio, en la cual se establece que la costumbre o el derecho consuetudinario solo se deberían *considerar* al aplicarse la legislación nacional<sup>563</sup>; es decir, la regla es que las costumbres indígenas sean *consideradas*, mientras que la excepción es que, para el caso de las modalidades de transmisión de derechos establecidas por los pueblos indígenas, estas reglas no solo deben ser *consideradas* sino *respetadas*.

Por otro lado, las modalidades de transmisión no necesariamente deben ser ancestrales: basta que hayan sido establecidas por el pueblo indígena o tribal y formen parte de sus costumbres<sup>564</sup> o derecho consuetudinario. Es importante recordar esta referencia dado que, como ya se

560 Art. 2, 4 y 5 de la Ley General de Expropiaciones.

561 Art. 65 de la Ley Orgánica de Municipalidades - Ley 27972.

562 Artículo 17.I del Convenio 169 de la OIT.

563 Artículo 8.I del Convenio 169 de la OIT.

564 OIT. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT*, pág. 97.

mencionó anteriormente, las instituciones culturales y sociales están en permanente cambio, no son estáticas. Asimismo, la transmisión de derechos no se restringe únicamente a derechos sucesorios, sino que también se podría aplicar a modalidades de transmisión de derechos de uso de la tierra o el territorio y a los recursos naturales.

### **2.5.2. ¿Se debe someter a consulta cuando se considere la capacidad de enajenación o cualquier otra forma de transmisión de sus derechos sobre la tierra, territorio y recursos naturales cuando quieran traspasarlos a terceros?**

Sí. Hemos dicho que el derecho de propiedad y posesión indígena es *sui generis*, por lo que comúnmente esta capacidad o atribución del derecho se encuentra limitada (depende de la legislación de cada país). De ser ese el caso y se evalúe esta restricción a la capacidad de enajenación o transmisión del derecho, necesariamente tendrá que realizarse un proceso de consulta al pueblo indígena.

El Convenio 169 ha establecido que cuando se considere o evalúe la capacidad de los pueblos para esa transmisión, se realizará un proceso de consulta<sup>565</sup>; en ese sentido, no importa si dicha capacidad de transmisión se restringe a una transmisión total de derechos o a cualquier otra forma de disposición parcial o temporal de ellos (por ejemplo, si se evalúa la capacidad de alquilar, establecer una servidumbre o cualquier otra carga sobre la tierra).

Esta disposición en realidad es un recordatorio que resalta la necesidad de realizar procesos de consulta ante cualquier medida estatal que tenga impactos sobre los pueblos.

### **2.5.3. ¿Es obligatorio que el Estado realice acciones para impedir que terceros se aprovechen de sus costumbres o del desconocimiento de leyes sobre las tierras y territorios para atribuirse su propiedad?**

Por otro lado, se establece que el Estado tiene la obligación de impedir que personas extrañas a los pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras indígenas<sup>566</sup>, lo cual también incluiría los recursos naturales (ya que también están

incluidos en el territorio indígena). Esta es una disposición complementaria a la obligación del Estado de *darles a conocer sus derechos y obligaciones*<sup>567</sup> a los pueblos indígenas y que configura una causal de nulidad en los casos en el que este supuesto se produzca (terceros que ingresen a sus tierras sin permiso de autoridades, utilicen sus recursos naturales o intrusos que intenten quitarles las tierras o sus recursos naturales mediante fraude u otros medios deshonestos<sup>568</sup>) e incluso puede servir para la suspensión del plazo de prescripción que pudiera haberse completado en perjuicio del pueblo indígena o tribal<sup>569</sup>.

### **2.5.4. ¿Es obligatorio que el Estado realice acciones para evitar la intrusión o uso no autorizado de las tierras o territorios de los pueblos indígenas por terceros?**

Se establece que las normas estatales deben establecer sanciones para aquellas situaciones de *intrusión o uso no autorizado de los pueblos por personas ajenas a ellos*<sup>570</sup>. No existe una exigencia de rango específico de dichas normas, quizá solo considerar que tengan el rango necesario para establecer las sanciones de tipo penal, administrativo o civil. En este último caso, además, se considerarán las posibles reparaciones, indemnizaciones o compensaciones que se pudieran aplicar. La referencia a *intrusión no autorizada* alude a la inexistencia de autorizaciones emitidas válidamente por la autoridad indígena o por la autoridad estatal encargada del tema.

De igual modo, los gobiernos están obligados a *tomar medidas para impedir tales infracciones*, las cuales pueden ser legislativas, administrativas, judiciales<sup>571</sup>, preventivas, regulatorias o de cualquier otro tipo, siempre que tengan como objetivo impedir la infracción, como la delimitación de la tierra y el territorio indígena, el reconocimiento del derecho de posesión de los pueblos sobre las tierras a las que tradicionalmente han tenido acceso, etc. La CIDH ha identificado a estas acciones como amenazas o usurpaciones y reducciones.

En el mismo sentido, es válido preguntarse por el supuesto de intrusiones en tierras y territorios realizadas entre pueblos indígenas y tribales. En estos casos se podría reconocer el acceso y uso de áreas no poseídas exclusivamente por un pueblo indígena o tribal (como los sitios sagrados) o la utilización conjunta de recursos naturales en determinadas áreas<sup>572</sup>, entre otras alternativas.

565 Artículo 17.2 del Convenio 169 de la OIT.

566 Artículo 17.3 del Convenio 169 de la OIT.

567 Artículo 30.1 del Convenio 169 de la OIT.

568 OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT*, pág. 97.

569 Tomei y Swepston, *Pueblos indígenas y tribales: Guía para la aplicación del Convenio 169 de la OIT*. Citado por Salgado y Gomiz, págs. 241 y 242.

570 Artículo 18 del Convenio 169.

571 Salgado y Gomiz, pág. 245.

572 CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, párr. 115.

## Normatividad nacional

Se ha establecido una regla de protección general para el caso de la disposición total de sus tierras en la Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas - Ley 26505. En ella se ha previsto que, para disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto sobre las tierras comunales de la sierra o selva, es necesario un acuerdo de la Asamblea General de la comunidad con el voto a favor de no menos de los dos tercios de todos los miembros<sup>573</sup>.

En el caso de la intrusión no autorizada de terceros, se ha previsto en el marco del Derecho civil una autorización del uso de la fuerza a través de la Defensa Posesoria Extrajudicial<sup>574</sup>, mediante la cual el poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído; en la defensa de la posesión y en el acto de recuperarlo deben usarse medios adecuados a las circunstancias. Asimismo, se ha establecido el interdicto<sup>575</sup> como una medida de defensa judicial<sup>576</sup> de la posesión.

## Conclusiones

En la normatividad nacional aún no se han desarrollado las situaciones específicas de respeto de las modalidades de transmisión de derechos, capacidad de enajenación u otra forma de transmisión de derechos a terceros; tampoco se han establecido medidas para evitar el aprovechamiento de sus costumbres o el desconocimiento de normas sobre tierras y recursos naturales. Sucede lo mismo frente a la intrusión o uso no autorizado de las tierras por terceros, especiales para los casos en los que estén involucrados pueblos indígenas.

Las medidas de defensa previstas en el ámbito civil no consideran que las tierras o territorios que se están defendiendo forman parte de su existencia como pueblo indígena o tribal, lo que puede generar situaciones de desestructuración o quiebre social con graves impactos sociales.

## Recomendaciones

- Elaborar un marco normativo que salvaguarde el derecho a la propiedad y a la posesión de los pueblos indígenas, considerando las características especiales ya desarrolladas.
- Asumir una posición activa frente a la defensa y garantía de los derechos a la tierra y al territorio de los pueblos

indígenas, frente a terceros que pretendan aprovecharse de su desconocimiento de las leyes o de la lejanía de la autoridad estatal.

- Recordar que estas medidas deben incluir no solo a la tierra sino también a los recursos naturales que la rodean.

## 2.6. Ocupación de la tierra sin título de propiedad

### 2.6.1. ¿Qué derecho protege a los pueblos cuando no tienen título de propiedad, pero habitan en sus tierras y territorios tradicionales?

Tendrán que recurrir al derecho de posesión de tierras, con las particularidades señaladas en la sección anterior. Sin embargo, es importante recordar y reiterar que la posesión es título suficiente para solicitar el reconocimiento oficial y el registro correspondiente.

### 2.6.2. ¿Qué sucede con los pueblos que se han trasladado y se han asentado en tierras no ancestrales?

Como se ha visto, los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho a la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan. El término *tradicional* no es usado como sinónimo de *inmemorial o ancestral*: se trata de mostrar una relación con las tierras que actualmente ocupan, incluso si es reciente y no antigua, siempre que haya un interés por la tierra que habitan y sus recursos. Factores importantes para mostrar el mantenimiento de su cultura en el espacio que habitan serán la artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales que pueden estar relacionadas o no con la economía de subsistencia de los pueblos, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección<sup>577</sup>.

Por otro lado, si los pueblos se establecen sobre tierras que pertenecen a terceros privados o tierras que el Estado posee en propiedad, los pueblos podrían adquirir derechos reales sobre esos espacios bajo las condiciones del Derecho civil, por ejemplo a través de la prescripción adquisitiva de dominio o bajo cualquier otra modalidad, sin que esa decisión afecte su condición de pueblo indígena o tribal.

Tal como lo recuerda el comité encargado de las reclamaciones en la OIT, el hecho de que la forma de dominio que ejerzan los pueblos no guarde un estado comunal o no hayan poseído las tierras desde tiempo inmemorial sino que tengan un origen más reciente no es determinante para negar su derecho a esas tierras, ya que:

573 Artículo 11 de la Ley 26505.

574 Artículo 920 del Código Civil.

575 Artículos 597 al 607 del Código Procesal Civil.

576 Artículo 921 del Código Civil.

577 Artículo 23 del Convenio 169 de la OIT.

37. [...] El Convenio fue redactado para reconocer situaciones en las que existen derechos sobre tierras que han sido tradicionalmente ocupadas, pero también podría abarcar situaciones en las que pueblos indígenas tienen derechos sobre tierras que ocupan o utilizan de alguna otra manera, bajo otras consideraciones<sup>578</sup>.

### Normatividad nacional

No se ha normado esta situación.

### Conclusiones

Los pueblos indígenas están sujetos a cambios culturales que no significan necesariamente perder su carácter de pueblo indígena. El Convenio 169 hace referencia a la ocupación tradicional y no se restringe a una ocupación ancestral o histórica.

### Recomendaciones

- Realizar un estudio jurídico y antropológico sobre los casos existentes.
- A partir de las conclusiones del estudio anterior, elaborar una norma que regule adecuadamente la situación existente.

### 2.6.3. ¿Cómo se garantiza el derecho a la tierra y a la propiedad de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial? Las reservas territoriales y las reservas indígenas

Cabe señalar que, a pesar de no existir un marco normativo específico a favor de los pueblos indígenas en aislamiento o en contacto inicial (en adelante PIACI)<sup>579</sup>, esos pueblos gozan de todos los derechos reconocidos a favor de los pueblos indígenas en contacto<sup>580</sup>, entre ellos el derecho a la **propiedad y posesión** sobre las tierras y territorios que tradicionalmente ocupan<sup>581</sup>, sin que eso sea obstáculo para “desarrollar acciones

diferenciadas para atender necesidades específicas de grupos como [...] las comunidades no contactadas o en aislamiento voluntario”<sup>582</sup>. Los Estados tienen la obligación de **reconocer y respetar** esos derechos<sup>583</sup>. La Comisión Interamericana alienta a los Estados a tener especial cuidado al tomar las medidas para garantizar **territorios de suficiente extensión y calidad** a los PIACI<sup>584</sup>.

La situación prevista por el artículo 14.1 del Convenio 169, aunque no lo mencione expresamente, alude a una situación que podría cubrir a los PIACI y otros pueblos indígenas: la concurrencia entre áreas de tránsito comunes o de acceso tradicional para garantizar su subsistencia. En este caso, el Convenio 169 de la OIT establece el deber del Estado de prestar particular atención a la situación de los **pueblos nómadas y agricultores itinerantes** cuando se trate de salvaguardar el derecho a utilizar tierras que no están ocupadas exclusivamente por ellos pero a las que han tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. El acceso tradicional a las tierras, al igual que la ocupación tradicional, responde a una forma de ser indígena, no siendo necesario que sea reconocida, autorizada o adecuada a lo que la norma nacional establezca. Sucederá lo mismo si este acceso tradicional se hubiera interrumpido o no se trate de un acceso inmemorial sino reciente. Asimismo, es bueno recordar que el Convenio insta a los Estados a **sancionar la intrusión** no autorizada en las tierras de los pueblos o el uso no autorizado de esas tierras por terceros<sup>585</sup>.

Por otra parte, en mayo de 2012, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos emitió las **Directrices de Protección** para los PIACI de la región amazónica, el Gran Chaco y la región oriental de Paraguay, documento que a pesar de no ser directamente vinculante, contiene los estándares mínimos actuales sobre la materia. En relación con la tierra y al territorio, estas directrices recomiendan a los Estados<sup>586</sup>:

- Evitar cualquier acción que pueda alterar o modificar las características de las tierras donde los PIACI habitan.

578 Ver párrafo 37 del Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, núm. 169, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato Radical de Trabajadores del Metal y Similares (1999).

579 Véase Declaración de Belem sobre los Pueblos Indígenas Aislados, Alianza Internacional para la Protección de los Pueblos Indígenas Aislados, 11 noviembre de 2005, disponible en: [http://servindi.org/pdf/Dec\\_Belem\\_do\\_Para\\_aislados.pdf](http://servindi.org/pdf/Dec_Belem_do_Para_aislados.pdf)

580 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2012) Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial de la Región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay. Resultado de las consultas realizadas por ACNUDH en la región: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela, ACNUDH, Ginebra, párrs. 18-23.

581 Artículo 14 del Convenio y Artículo 26 de la Declaración.

582 Informe CEACR, Conferencia Internacional del Trabajo, 98.a reunión, 2009, Informe III (Parte IA), pág. 746.

583 ACNUDH (2012), párr. 51.

584 CIDH (2009), párr. 81.

585 Artículo 18 del Convenio.

586 ACNUDH, Directrices de Protección para los Pueblos en Aislamiento y en Contacto Inicial de la Región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay, párrs. 51-59.

- Establecer una prohibición de entrada a sus tierras y territorios, así como de realizar cualquier tipo de acto en ellas, salvo en situaciones de excepción que estarán debidamente reguladas por el organismo técnico especializado.
- Prohibir la implementación de cualquier actividad no autorizada, económica o no, en sus tierras.
- Establecer las tierras y territorios considerando las tierras y territorios por los que se mueven los pueblos en aislamiento.
- Declarar sus tierras y territorios como áreas de intangibilidad transitoria a favor de estos pueblos hasta que decidan su titulación en forma voluntaria.
- Establecer áreas naturales protegidas en algunas partes de los territorios habitados por PIACI no debe, en ningún caso, suponer una limitación al principio de intangibilidad anteriormente mencionado ni desconocer sus derechos de propiedad sobre la tierra y los territorios.
- Titulación legal de las tierras necesarias para la supervivencia de los PIACI<sup>587</sup>.
- En las "tierras de amortiguamiento", tierras que rodean las tierras y territorios de los PIACI, establecer medidas específicas de protección que limiten posibilidades de contacto.
- Controlar las actividades económicas que se realicen en las tierras de amortiguamiento y ellas mismas deben considerar mecanismos y barreras físicas para evitar contacto (acceso limitado por barreras físicas, control de las actividades económicas) con los PIACI.
- Establecer mecanismos efectivos de monitoreo para garantizar las prohibiciones anteriormente mencionadas y otros mecanismos, como la tipificación penal del delito de contacto forzado con pueblos indígenas en aislamiento.
- Implementar políticas de prevención en diversas materias, como la salud o la seguridad, para garantizar la convivencia con otros pueblos que compartan tradicionalmente sus tierras.
- Reasentar a aquellos que no sean pueblos indígenas o tribales y que utilicen o habiten tierras que sean consideradas fundamentales para los PIACI.
- Garantizar el derecho a la consulta de los pueblos en contacto inicial.
- Adoptar las medidas necesarias para proteger al pueblo en aislamiento voluntario tagaeri y taromenani de la presencia de terceros en el territorio en el que habitan<sup>588</sup> (Ecuador - tala ilegal de madera).
- Adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad personal de los miembros de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario mashco piro, yora y amahuaca, en especial la adopción de medidas tendientes a evitar daños irreparables resultantes de las actividades de terceros en su territorio<sup>589</sup> (Perú - tala ilegal de madera).
- Adoptar medidas para proteger la vida, salud, integridad personal e integridad cultural de los miembros de las comunidades indígenas en situación de aislamiento voluntario de la cuenca del Xingu, que incluyan acciones efectivas de implementación y ejecución de las medidas jurídico-formales ya existentes, así como diseñar e implementar medidas de mitigación específicas para los efectos que tendrá la construcción de la represa Belo Monte sobre el territorio y la vida de estas comunidades en aislamiento<sup>590</sup> (Brasil - construcción de represa).

Esas medidas nos muestran una tendencia de la CIDH de reconocer la existencia de los PIACI y garantizar sus derechos, solicitando a los Estados la protección de su territorio de intrusiones no autorizadas, protección de posibles daños irreparables producto de las actividades de terceros y medidas de mitigación específicas por los efectos de la construcción de infraestructuras<sup>591</sup>.

### Normatividad nacional

A pesar de no ser nombrados explícitamente en la Constitución Política Peruana, que solo se refiere a los pueblos en contacto registrados como comunidades nativas o campesinas<sup>592</sup>, existen dos regímenes normativos de protección. El primero los reconoce como comunidades nativas "en situación de contacto inicial y esporádico con los demás integrantes de la comunidad nacional"<sup>593</sup> y prevé el establecimiento de un área territorial provisional que considere sus modos tradicionales de aprovechamiento de los recursos naturales, en tanto se defina el área donde desarrollan sus actividades agropecuarias, de recolección, caza, pesca o el área donde realicen migraciones estacionarias<sup>594</sup>. Bajo esta disposición se establecieron cinco reservas territoriales con normas de creación de diferente jerarquía:

Por su parte, la Comisión Interamericana ha otorgado por lo menos tres medidas cautelares para proteger los derechos de los pueblos en aislamiento. En esos casos solicitó a los Estados involucrados:

587 En estricto en nuestro país correspondería el establecimiento de las reservas indígenas solicitadas y la categorización de las reservas territoriales pendientes.

588 Pueblos indígenas Tagaeri y Taromenani (Ecuador), otorgada el 10 de mayo de 2006.

589 Pueblos indígenas en aislamiento voluntario de Mashco Piro, Yora y Amahuaca (Perú), otorgada el 22 de marzo del 2007.

590 MC 382/10 - Comunidades indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará (Brasil), otorgada el 1 de abril del 2011.

591 En este último caso, la CIDH deja a salvo el cumplimiento del derecho a la consulta y consentimiento frente a la construcción de esta infraestructura.

592 Informe Defensorial 101, *Pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2006, págs. 53-54.

593 Segunda Disposición Transitoria de la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva - Decreto Ley 22175.

594 Artículo 10 (literales a y b) y Segunda Disposición Transitoria de la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva - Decreto Ley 22175.



## RESERVAS TERRITORIALES DEL ESTADO PARA PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y EN CONTACTO INICIAL

Pueblo indígena protegido	Ubicación de la reserva/ extensión del área	Norma de creación	Modificatoria de la norma de creación
Kugapakori, nahua, nanti y otros	Departamentos de Cusco (Convención) y Ucayali (Atalaya) 456 672,73 ha	Res. Ministerial 046-90AG/DGRAAR de 14/02/1990	Decreto Supremo 028-2003-AG, de 25/07/2003
Murunahua	Departamento de Ucayali (Atalaya) 481 560 ha	Res. Directoral Regional 189-97-CTARU/DRA de 01/04/1997	Res. Directoral Regional Sectorial 453-99-CTAR-UCAYALIDRSA del 24/09/1999
Mashco piro	Departamento de Ucayali (Purús) 768 848 ha	Res. Directoral Regional 190-97-CTARU/DRA de 01/04/1997	
Isconahua	Departamento de Ucayali (Coronel Portillo) 275 665 ha	Res. Directoral Regional 201-98 CTARU/DGRAOAJ-T de 11/06/1998	
Mashco piro y grupos no precisados en Madre de Dios	Departamento de Madre de Dios (Tahuamanu, Tambopata y Manu) 829 941 ha	Resolución Ministerial 427-2002-AG de 22/04/2002	

Fuente: Defensoría del Pueblo, 2006.

Frente a ese desorden, en mayo de 2006 se estableció un segundo régimen normativo, al cual debía adecuarse el anterior<sup>595</sup>. Una de esas adecuaciones consistía en adaptar las cinco reservas territoriales existentes al nuevo régimen en un plazo máximo de seis meses<sup>596</sup>. De igual modo, se estableció la obligación de elaborar el Plan Nacional de Pueblos Indígenas en Situación de Aislamiento y Contacto Inicial<sup>597</sup>. Hasta el momento ninguna de las dos obligaciones se ha cumplido; además, se encuentran pendientes de evaluación otras cinco propuestas de reservas indígenas: Reserva Kapanawa, Reserva Cashibo Cacataibo, Reserva Yaraví Tapiche, Reserva Yaraví Mirim y Reserva Napo Tigre.

Según la normatividad actual, los PIACI<sup>598</sup> son reconocidos a través de un Decreto Supremo, sustentado en un estudio elaborado por una Comisión Multisectorial<sup>599</sup>; posteriormente, mediante otro Decreto Supremo se establece la categorización de la reserva indígena<sup>600</sup>. Las reservas indígenas se determinan sobre la base de las áreas que ocupan, debiéndose considerar en este caso la posesión indígena y a las que hayan tenido acceso tradicional, hasta que decidan su titulación en forma voluntaria<sup>601</sup>. Son **intangibles** en tanto los PIACI beneficiados mantengan esta condición, lo que implica la prohibición del ingreso de terceros y el desarrollo de cualquier actividad<sup>602</sup>, así como el otorgamiento de derechos de explotación de los

595 Integrado por la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial - Ley 28736 y su Reglamento aprobado por el DS 008-2007-MIMDES.

596 Segunda Disposición Final de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial y Primera Disposición Complementaria y Transitoria de su Reglamento.

597 Artículo 6 del Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial.

598 Al tenor del Artículo 2 de la Ley 28736, el "aislamiento" se entiende como la situación de un pueblo indígena, o parte de él, que ocurre cuando este no ha desarrollado relaciones sociales sostenidas con los demás integrantes de la sociedad nacional o que, habiéndolo hecho, han optado por discontinuarlas. El "contacto inicial" es la situación de un pueblo indígena, o parte de él, que ocurre cuando este ha comenzado un proceso de interrelación con los demás integrantes de la sociedad nacional.

599 Artículo 3, inciso a, de la Ley 28736. Artículo 10 de su Reglamento.

600 Artículo 18 del Reglamento de la Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial.

601 Artículo 4, inciso f, de la Ley 28736.

602 Artículo 4, inciso d, de la Ley 28736 y Artículo 37 de su Reglamento.

recursos naturales<sup>603</sup>. Con el fin de garantizar la intangibilidad de la reserva indígena, se conforma un Comité de Gestión de Protección Multisectoral<sup>604</sup> y se prevén acciones administrativas y penales contra quienes infrinjan las disposiciones de la Ley y el Reglamento<sup>605</sup>.

Si bien en principio los PIACI gozan de todos los derechos reconocidos a las comunidades nativas<sup>606</sup>, la ley especifica restrictivamente que se reconoce su derecho a **poseer** las tierras que ocupan y se garantiza el **libre acceso y uso extensivo de sus tierras y los recursos naturales** para sus actividades tradicionales de subsistencia<sup>607</sup>. De igual modo, la ley condiciona el reconocimiento del derecho de propiedad de las poblaciones sobre las tierras que poseen solo cuando adopten el sedentarismo como modo de vida<sup>608</sup>, limitando sus derechos territoriales únicamente al aprovechamiento de los recursos naturales existentes al interior de la reserva para sus actividades tradicionales y de subsistencia<sup>609</sup>. Esta interpretación restrictiva de un derecho humano debe ser descartada, rescatándose y privilegiándose el reconocimiento de todos los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la OIT, sea o no contactado.

Otra limitación encontrada estriba en que, a pesar de cuidar la intangibilidad de las reservas indígenas, permite que, al ubicarse un recurso natural susceptible de aprovechamiento cuya explotación resulte “de necesidad pública para el Estado”, el sector encargado en el Estado procederá “de acuerdo a ley”<sup>610</sup> y solicitará un informe al Viceministerio de interculturalidad<sup>611</sup> del Ministerio de Cultura, que contendrá una opinión técnica previa vinculante sobre los EIA, así como recomendaciones u observaciones. De esta manera se genera una situación de incertidumbre, ya que no se ha definido aquello que puede constituirse en “necesidad pública”, ni los parámetros bajo los cuales el Ministerio de Cultura realizará esa evaluación, ni la posibilidad que la opinión previa vinculante pueda tener como resultado la no realización de la actividad (ello se deduce a partir del contenido que se asigna a esta opinión técnica: recomendaciones u observaciones, pero no restricciones, prohibiciones o denegaciones).

Sobre este mismo tema, tendría que evaluarse cuidadosamente la posibilidad de estar violando el principio de no discriminación al brindar mayor protección a

comunidades nativas asentadas al interior de áreas naturales protegidas de uso indirecto, como los Parques Nacionales, Santuarios Históricos y Santuarios Nacionales; si la naturaleza jurídica del espacio que ocupan es similar (espacios de especial relevancia, en un caso por la existencia de biodiversidad única y en el otro por la existencia de grupos humanos en situación de vulnerabilidad), entonces deberían tener similar grado de protección, más aún si el objetivo de protección de las reservas indígenas es proteger los derechos, el hábitat y las condiciones que aseguren la existencia e integridad de un grupo humano frágil.

Otra circunstancia a tomar en cuenta son las causales de extinción de la reserva indígena, ya que establecen supuestos absolutos, sin considerar la posibilidad de redimensionar los límites de la reserva<sup>612</sup> cuando algunos integrantes del pueblo decidan convertirse en comunidad nativa o cuando hayan migrado a otras áreas fuera de la reserva.

Finalmente, se debe considerar también el procedimiento necesario para que los pueblos en contacto inicial puedan ser reconocidos como comunidades nativas e incorporar este supuesto en los procesos de titulación de tierras.

## Conclusiones

Se debe subrayar otra vez la falta de homogeneidad en la definición de los pueblos indígenas en el Perú, lo que menoscaba la aplicación de los instrumentos internacionales, principalmente del Convenio 169.

El Derecho nacional condiciona el reconocimiento del derecho a la propiedad de los PIACI al momento en el que tomen la decisión de asentarse, a pesar de que la posesión de tierra debería bastar para obtener ese reconocimiento.

Las demoras en la adecuación y evaluación de las reservas territoriales en reservas indígenas y las solicitudes pendientes colocan en situación de indefensión y peligro la existencia misma de los posibles indígenas aislados o en contacto inicial. Los derechos al uso del territorio son menoscabados por las limitaciones mencionadas. La intangibilidad de las reservas sigue siendo relativa, sin que la noción de “necesidad pública para el Estado” sea debidamente definida.

603 Artículo 5 de la Ley 28736.

604 Artículo 42 del Reglamento de la Ley 28736.

605 Artículo 7, inciso h, del Reglamento de la Ley 28736.

606 Artículo 8 de la Ley 28736. Véase también el Artículo 25 de su Reglamento.

607 Artículo 4, incisos d y e, de la Ley 28736.

608 Artículo 4, incisos d, de la Ley 28736.

609 Artículo 25 del Reglamento de la Ley 28736.

610 Artículo 5, inciso c, de la Ley 28736.

611 Artículo 35 del Reglamento, modificado por la Novena Disposición Complementaria, Transitoria y Final del DS 001-2012-MC.

612 Artículo 35 del Reglamento de la Ley PIACI.

No se han considerado las medidas necesarias para el paso de grupos en contacto inicial a comunidades nativas, ni los procedimientos adecuados para el redimensionamiento de las reservas indígenas cuando estos pueblos en contacto inicial decidan asentarse.

La opinión emitida por el Viceministerio de Interculturalidad queda incierta, ya que solo se limitaría a emitir recomendaciones u observaciones, pero sin ninguna posibilidad de prohibir o negar la realización de la actividad.

### Recomendaciones

- Reconocer el derecho de los PIACI a la propiedad indígena y no solo el derecho a la posesión.
- Garantizar la intangibilidad de las reservas indígenas asegurando el cumplimiento de las pautas internacionales relativas a las causales para limitar válidamente el derecho de propiedad.
- Reforzar las medidas de control contra intrusiones ilegales en las reservas indígenas.
- Asumir un rol activo en la adecuación del régimen de reservas territoriales al de reservas indígenas. Dar respuesta a las solicitudes de establecimiento de reservas indígenas pendientes.
- Elaborar las normas necesarias para asegurar el derecho de propiedad indígena de los pueblos en contacto inicial.
- Precisar que la observación técnica del Ministerio de Cultura no solo contendrá recomendaciones y observaciones, sino también la posibilidad de rechazar el pedido.

## 2.7. Ocupación de la tierra con título de propiedad

### 2.7.1. ¿Cómo se deben determinar las tierras para emitir el título de propiedad? Los procedimientos de delimitación, demarcación y titulación

Los gobiernos tienen la obligación de tomar las medidas necesarias para determinar las tierras que los pueblos indígenas y tribales ocupan *tradicionalmente*<sup>613</sup>. En dicha determinación se deben considerar las tierras que *poseen tradicionalmente*, aquellas a las que tienen *acceso tradicional*, aquellas con las que mantienen una *relación espiritual* y aquellas con las que se tenga algún otro *vínculo importante* para su existencia como pueblo indígena.

Como ya se mencionó, cuando se hace referencia a las *medidas necesarias* para lograr la definición de las tierras o territorios, estas pueden ser administrativas, legislativas o judiciales; asimismo deben ser *deliberadas, concretas y dirigidas* al fin establecido<sup>614</sup>.

Los Estados violan el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de las comunidades indígenas al no delimitar y demarcar la propiedad comunal, como lo exige el artículo 21 de la Convención Americana<sup>615</sup>.

### Superposición de títulos de aprovechamiento de recursos naturales con el derecho a la tierra y el territorio indígena

La Corte Interamericana ha establecido que, en tanto no se efectúe la delimitación, demarcación y titulación de las tierras, los Estados deben abstenerse de realizar actos que puedan generar afectación en la existencia, valor, uso o goce de los *bienes* ubicados en sus tierras o territorios<sup>616</sup>. Dichos actos pueden provenir tanto del otorgamiento de títulos de aprovechamiento de recursos naturales existentes en las tierras o territorios indígenas, como de las decisiones de conservación impulsadas por el Estado, por ejemplo las áreas naturales protegidas.

En el mismo sentido, la Corte estableció que, en el caso de concesiones ya otorgadas dentro del territorio del pueblo indígena o tribal, el Estado debe revisarlas considerando la jurisprudencia del tribunal y evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo<sup>617</sup>. Adicionalmente, considerando la duración del proceso de delimitación, demarcación y titulación de las tierras, los órganos de control de la OIT han recomendado la adopción de medidas transitorias para proteger los derechos sobre las tierras de los pueblos indígenas mientras se aguarda la resolución final<sup>618</sup>.

### Procedimientos de delimitación, demarcación y titulación

La Corte Interamericana ha establecido que el reconocimiento estrictamente jurídico o abstracto de las tierras, territorios o recursos de los indígenas pierde verdadero significado cuando no se ha establecido ni delimitado físicamente la propiedad<sup>619</sup>.

613 Artículo 14 del Convenio 169 de la OIT.

614 Criterios del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, citado por Thornberry (1988), pág. 206.

615 Corte IDH, caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N.º 79, párr. 153.

616 Corte IDH, caso *Awás Tingni*, sentencia del 31 de agosto del 2001, párr. 153; caso *Saramaka vs. Surinam*, párr. 5 del Punto Resolutivo.

617 Corte IDH, caso *Saramaka vs. Surinam*, párr. 5 del Punto Resolutivo.

618 Consejo de Administración, 299.ª reunión, junio de 2007. Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Guatemala, párrafo 45. Referencia citada por la OIT en *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el convenio 169 de la OIT*, página 96.

619 Corte IDH, caso *Comunidad indígena Yakye Axa*, párr. 143.

Aunque no ha establecido un procedimiento estándar, la Corte Interamericana ha sido clara al señalar que los Estados deben abstenerse de obrar en forma negligente o arbitraria frente a las solicitudes de demarcación territorial de las comunidades indígenas<sup>620</sup>.

Asimismo, ha argumentado que una disposición normativa que limite inadecuadamente el alcance del derecho al territorio únicamente a “aldeas, asentamientos y parcelas agrícolas”, no toma en cuenta la relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con el territorio en su conjunto, y no solo con sus aldeas, asentamientos y parcelas agrícolas<sup>621</sup>. El artículo 21 de la CADH protege aquellos recursos naturales ubicados en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que hayan sido usados tradicionalmente y que sean necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo<sup>622</sup>; de no ser así, el derecho a la tierra y territorio carecería de sentido. Por lo tanto:

122. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte según lo establecido en los casos *Yakye Axa* y *Sawhoyamaya*, los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo. Es decir, el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y

tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados<sup>623</sup>.

Según lo anterior, el derecho a la propiedad indígena (derecho *sui generis*) sobre la tierra y el territorio debe incluir también derechos sobre los recursos naturales existentes en ellos y no limitarse a reconocer derechos sobre las áreas usadas para vivienda o agricultura.

Por otro lado, debido a las características específicas de la propiedad indígena, los procedimientos para determinar las tierras deben ser diferentes de aquellos procedimientos previstos para la titulación de la propiedad agraria u otros sectores de la sociedad; es importante que el tiempo que duren sea razonable<sup>624</sup>. Así, la Corte Interamericana, considerando las circunstancias de cada caso, ha previsto márgenes desde doce meses<sup>625</sup> hasta tres años<sup>626</sup>.

Otro tema a considerar es la extensión que debe tener la tierra del pueblo indígena o tribal. La Corte Interamericana ha señalado que los Estados están obligados a otorgar gratuitamente tierras en extensión y calidad suficiente para la conservación y desarrollo de sus formas de vida<sup>627</sup>, que garantice a los pueblos el ejercicio continuo de sus actividades de subsistencia y de las que depende la preservación de su cultura<sup>628</sup>.

Un tema de interés es el de la titulación individual de las tierras o territorios de los pueblos indígenas o tribales. Al respecto, el comité encargado de las reclamaciones en la OIT ha señalado que, según su experiencia, la pérdida de tierras comunales a menudo causa perjuicio a la coherencia y viabilidad de los pueblos involucrados. Asimismo, recuerda que este tema fue tratado durante la elaboración del Convenio 169 y se decidió que deben ser los pueblos indígenas y tribales quienes tomen la decisión de enajenar o dividir sus tierras entre sus miembros, decidiendo así sus prioridades<sup>629</sup>. Si el Estado decide privilegiar

620 Corte IDH, caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N.º 79, párr. 104.

621 Corte IDH, caso *Saramaka vs. Surinam*, párr. 115.

622 Corte IDH, caso *Comunidad indígena Yakye Axa*, párrs. 124 y 137; Caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párrs. 118 y 121.

623 Corte IDH, caso *Surimaka vs. Surinam*; Caso *Comunidad indígena Yakye Axa*, párr. 137; Caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párr. 118.

624 Corte IDH, caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N.º 79, párrs. 122, 123.

625 Corte IDH, caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N.º 79, párrs. 164, 173.4.

626 Corte IDH, caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N.º 125, párrs. 211-217; caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N.º 146, párr. 248.6.

627 CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*. Doc. OEA/Ser./L/VII.1/10, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, Capítulo IX, párr. 50, recomendación 1.

628 La CIDH ha recomendado en este sentido a los Estados “adoptar a la brevedad las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a la propiedad y la posesión de [las comunidades indígenas] y sus miembros, respecto de su territorio ancestral, en particular para [...] garantizar a los miembros de la comunidad el ejercicio de sus actividades tradicionales de subsistencia” [CIDH, Informe 73/04, caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya (Paraguay)*, 19 de octubre de 2004, Recomendación 1. Referido en: Corte IDH, caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N.º 146, párr. 8].

629 Ver el párrafo 30 del Informe del comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Perú del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la CGTP (1998).

la tenencia individual de la tierra, eliminando la participación de los pueblos indígenas o tribales en esta decisión, estaría actuando en contra de lo establecido por el Convenio 169 de la OIT<sup>630</sup>.

Por otro lado, la Corte Interamericana, a través de la sentencia del caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*<sup>631</sup>, ha caracterizado algunas situaciones que pueden ayudar a identificar un procedimiento efectivo para delimitar, demarcar y titular las tierras comunales indígenas:

- El procedimiento debe ser específico para la demarcación y la titulación de las tierras ocupadas por comunidades indígenas, atendiendo a sus características particulares (párrafo 123).
- No debe existir un desconocimiento general, una incertidumbre sobre qué debe hacerse y ante quién debe gestionarse una petición de demarcación y de titulación (párrafo 124).
- No deben existir ambigüedades legales, ya que estas pueden contribuir a la lentitud de la respuesta de la institución responsable de la titulación<sup>632</sup> frente a las solicitudes de titulación que hayan podido ser presentadas (párrafo 125).
- A pesar de no mencionarse expresamente, puede afirmarse que es necesaria la existencia de una institución responsable de la titulación acorde con la estructura organizativa de cada país (párrafo 125).
- No debe existir confusión legal y conceptual que lleve

a la incompatibilidad entre normas, contribuyendo así a la ineficacia política de las instituciones encargadas de resolver este tema (párrafo 125).

- Cuando existan las leyes, también debe existir suficiente voluntad política (párrafo 125).
- Se debe contar con una definición clara de tierra y territorio indígena (párrafo 125).
- Los períodos para lograr la delimitación, demarcación y titulación de las tierras debe ser razonable; un largo período sin titulación (más de once años en este caso) es una señal de alerta (párrafo 126).

Finalmente, cabe señalar que, si bien se reconoce la complejidad de los procedimientos de titulación, así como la dificultad de adecuar las normas internacionales sobre este tema a la normativa nacional y de conciliar distintas visiones sobre la tierra<sup>633</sup>, todo eso no es justificación suficiente para no cumplir con su deber de garantizar y tomar las medidas necesarias dirigidas a la satisfacción del derecho<sup>634</sup>.

### Normatividad nacional

Las normas principales que rigen el proceso de delimitación, demarcación y titulación de tierras en el Perú son la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva<sup>635</sup>- Decreto Ley 22175 y su reglamento<sup>636</sup>, el Decreto Supremo 003-79-AA. Este procedimiento básico, diseñado en la década del setenta del siglo pasado, no ha sido adecuado al nuevo marco normativo

630 Ver el párrafo 31 del Informe del comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Perú del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación General de Trabajadores del Perú – CGTP (1998).

631 Corte IDH, caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Corte Interamericana de Derechos Humanos.

632 Institución responsable de la titulación en Nicaragua.

633 Ver párrafo 88 del Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Argentina del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Unión de Trabajadores de la Educación de Río Negro (Un.T.E.R.), gremio de base de la Confederación de Trabajadores de la Educación de la República Argentina (C.T.E.R.A.), 2008; ver párrafo 134 del Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por nueve organizaciones de trabajadores, 2004; ver párrafo 33 del Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la delegación sindical D-III-57 sección XI del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación (SNTE), Radio Educación, 1998.

634 Así lo ha señalado la CIDH en sus alegatos sostenidos ante la Corte IDH en caso *Awás Tingni v. Nicaragua*, párrafo 140 literal I.

635 Artículo 10. El Estado garantiza la integridad de la propiedad territorial de las comunidades nativas levantará el catastro correspondiente y les otorgará títulos de propiedad.

Para la demarcación del territorio de las comunidades nativas, se tendrá en cuenta lo siguiente:

a. Cuando hayan adquirido carácter sedentario la superficie que actualmente ocupan para desarrollar sus actividades agropecuarias, de recolección, caza y pesca; y

b. Cuando realicen migraciones estacionales, la totalidad de la superficie donde se establecen al efectuarlas.

Cuando posean tierras en cantidad insuficiente se les adjudicará el área que requieran para la satisfacción de las necesidades de su población.

Artículo 11. La parte del territorio de las comunidades nativas que corresponda a tierras con aptitud forestal, les será cedida, en uso y su utilización se regirá por la legislación sobre la materia.

636 Artículo 5. La demarcación del territorio comunal se sujetará al siguiente procedimiento.

a) Consentida la Resolución Directoral de Inscripción, la DRA programará la realización de una visita inspectiva en el territorio ocupado por la comunidad nativa con la participación de los representantes de esta, los colindantes y ocupantes si los hubiera. De la visita de inspección se levantará acta de demarcación que será puesta en conocimiento de la Asamblea Comunal. En la misma diligencia el funcionario encargado de la inspección, requerirá de los ocupantes precarios y/o mejoreros ubicados en tierras de la comunidad su manifestación respecto a si desean integrarse o no a la comunidad;

b) Practicada la diligencia de demarcación se efectuará la clasificación de tierras por capacidad de uso mayor, elaborándose los planos y memoria

sobre aprovechamiento de recursos naturales renovables o a las medidas de institucionalidad ambiental y descentralización existentes en el país. Por ejemplo, no se han considerado los diferentes supuestos de superposición que podrían generarse con áreas naturales protegidas, concesiones forestales, bosques de producción permanente, concesiones de ecoturismo, nuevas instituciones estatales con responsabilidades en el proceso, entre otros temas. El procedimiento básico hasta el 30 de junio del 2009<sup>637</sup> fue:

- i. La Dirección Regional Agraria del Ministerio de Agricultura - MINAG recibía la solicitud de linderación y titulación de las tierras. Hoy debe realizar esta tarea la Dirección Regional Agraria, pero esta se encuentra adscrita al gobierno regional<sup>638</sup>.
- ii. La Dirección Regional Agraria (MINAG) realizaba la inspección para el Estudio Socioeconómico. Hoy la debe realizar la Dirección Regional Agraria, pero adscrita al gobierno regional.
- iii. La Dirección Regional Agraria, la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal - COFOPRI (adscrita al Ministerio de Vivienda y Construcción), el Instituto Nacional de Recursos Naturales - INRENA y los representantes de la comunidad, levantan acta de acuerdo sobre demarcación de linderos. Hoy la deben levantar el gobierno regional, el Ministerio de Agricultura y los representantes de la comunidad.
- iv. COFOPRI (gobierno regional) realizaba el trabajo de campo. Hoy lo debe realizar el gobierno regional bajo la asesoría de COFOPRI, hasta que los funcionarios regionales adquieran las capacidades para ello.
- v. La Administración Técnica de Control Forestal y de Fauna Silvestre - ATCFFS del INRENA (MINAG) realizaba el estudio de clasificación de suelos por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección. Hoy lo debe hacer el MINAG.
- vi. COFOPRI elaboraba en gabinete el plano del territorio de la comunidad y la memoria descriptiva. Hoy lo debe realizar el gobierno regional.

- vii. El Centro de Información Forestal - CIF del INRENA elabora un informe sobre no superposición con concesiones forestales, Bosques de Producción Permanente y Áreas Naturales Protegidas - ANP; revisaba el estudio de clasificación de suelos y lo enviaba a COFOPRI. Hoy lo debe hacer el gobierno regional, aunque se entiende que deberá contar con el apoyo del MINAG y el Servicio Nacional de Áreas Naturales protegidas - SERNANP (adscrito al MINAM).
- viii. COFOPRI enviaba el expediente a la DRA para la elaboración del informe de conformidad del procedimiento. Hoy esta actividad la debe realizar el gobierno regional.
- ix. DRA emitía una Resolución Directoral aprobando la incorporación al dominio del Estado de las tierras agrícolas (materia de titulación), el procedimiento de demarcación del territorio comunal, disponiendo la expedición del título de propiedad a favor de la comunidad sobre las tierras agrícolas y el contrato de cesión en uso. Hoy esta actividad la debe realizar el gobierno regional.
- x. Se notificaba a la comunidad mediante carteles u otros medios de difusión en la comunidad; la comunidad tiene treinta días para oponerse. Hoy lo debe realizar el gobierno regional.
- xi. El expediente se enviaba a INRENA para otorgar los contratos de cesión en uso. Hoy el encargado de otorgar los contratos de cesión en uso es el MINAG.
- xii. La DRA enviaba título, plano, memoria descriptiva, copia de la Resolución Directoral a Registros Públicos. Hoy lo debe hacer el gobierno regional.
- xiii. La DRA entregaba título a la comunidad. Hoy lo debe entregar el gobierno regional.

Si bien se oficializó la transferencia de funciones, el procedimiento mostrado no ha sido modificado. Igual que antes, el proceso de titulación de comunidades nativas involucra a varias instituciones del Estado: gobierno regional (Direcciones Regionales Agrarias), Ministerio de Agricultura (Dirección General Forestal y de Fauna Silvestre y las

---

descriptiva e informes técnicos y sociales pertinentes;

c) En base a lo actuado, la DRA, expedirá Resolución aprobando el plano del territorio comunal, que será puesta en conocimiento de la comunidad y demás interesados mediante carteles que se fijarán en el poblado de la Comunidad y notificación personal a los ocupantes que se encuentran en el territorio comunal, pudiendo utilizarse adicionalmente otros medios de difusión;

d) Dentro del término de 30 días contados a partir de la notificación a que se refiere el inciso anterior, los interesados podrán apelar de la Resolución. La apelación será resuelta por la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural previo informe de la Dirección General Forestal y de Fauna;

e) Consentida o ejecutoriada la Resolución, el Ministerio de Agricultura y Alimentación mediante Resolución Ministerial, aprobará el procedimiento de demarcación y dispondrá que la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural otorgue el Título de Propiedad sobre las tierras con aptitud para el cultivo y la ganadería, asimismo, que la Dirección General Forestal y de Fauna otorgue el Contrato de Cesión en Uso sobre las tierras con aptitud forestal;

La DRA, de oficio, remitirá el Título de Propiedad y plano correspondiente a los Registros Públicos de la Provincia en la cual se encuentra asentada la Comunidad, para que proceda a la inscripción gratuita de dominio.

637 Fecha en la que se oficializó el traspaso de funciones para el saneamiento físico legal de las tierras de las comunidades nativas hacia los gobiernos regionales.

638 Cada gobierno regional ha adecuado su organización administrativa para cumplir esta función, creando nuevas direcciones o agregando funciones a las direcciones existentes. No existe uniformidad administrativa.

Administraciones Técnicas de Control Forestal y de Fauna Silvestre - ATCFFS), Ministerio del Ambiente (SERNANP), y COFOPRI (del Ministerio de Vivienda) solo como asesor técnico a pedido del gobierno regional hasta que su personal se encuentre capacitado.

### **Supuestos de superposición con bosques de producción permanente y concesiones forestales**

En los procesos de titulación que tenían superposiciones entre el área solicitada por la comunidad y los bosques de producción permanente o concesiones forestales, COFOPRI paralizaba el procedimiento hasta que se produzcan los redimensionamientos o las exclusiones del área de interés. En el caso de los bosques de producción permanentes, las normas que los establecían preveían las posibles superposiciones con territorios indígenas y las excluían normativamente; sin embargo, en la práctica la información gráfica de la institución rectora forestal no contenía a todas las comunidades nativas tituladas, mucho menos a las no tituladas ni a las que habían iniciado su trámite para obtener el título de propiedad antes del establecimiento del bosque de producción, por lo que las superposiciones eran inevitables.

Para remediar estas superposiciones se estableció la posibilidad de solicitar el redimensionamiento<sup>639</sup> del bosque de producción permanente, sin embargo, al no existir un procedimiento para el redimensionamiento ni tener claro quién debería solicitarlo en un proceso de titulación de tierras indígenas, el proceso quedaba paralizado. En el caso de las concesiones forestales que se encontraran superpuestas con comunidades indígenas, si bien se estableció una directiva para realizar la exclusión<sup>640</sup>, esta solo considera a aquellas comunidades con títulos de propiedad; en consecuencia, si se quería solicitar la exclusión para titular a una comunidad, esto no era posible. Ambas situaciones persisten.

### **Supuestos de superposición con las decisiones de conservación promovidas por el Estado**

Las normas nacionales son claras al establecer que se reconocen los derechos de propiedad y posesión adquiridos por las poblaciones indígenas que habitan las áreas naturales protegidas antes de su establecimiento<sup>641</sup>. De igual forma, la Ley General del Ambiente, reconoce el derecho de propiedad de las comunidades campesinas y nativas ancestrales sobre

las tierras que poseen dentro de las ANP y sus zonas de amortiguamiento<sup>642</sup>. Si en el caso de las ANP de alcance nacional sí se reconocen los derechos de propiedad y posesión sobre las tierras y territorios de los pueblos indígenas, las áreas de conservación regional y locales tampoco deberían tener ninguna restricción para su reconocimiento.

Hasta el momento, para poder titularse las comunidades nativas tienen que seguir procedimientos burocráticos y poco claros, con la participación desordenada de varios órganos del Estado y desconocimiento del procedimiento por los propios funcionarios públicos, entre otras dificultades. Esta situación ya ha generado comentarios negativos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Segundo Informe sobre la "Situación de los Derechos Humanos en el Perú", del 2000:

21. El procedimiento vigente para la titulación de las tierras comunales indígenas es largo y reiterativo. Muchas comunidades nativas han sufrido años de trámites y elevados costos, excesivo rigor legal que termina perjudicando a los interesados.

22. En 1996 se inició el Proyecto de regulación y titulación de tierras a cargo del PETT, Proyecto Especial de Titulación de Tierras. El PETT es el ente estatal encargado de la titulación de tierras, pero en la actualidad no otorga títulos de propiedad en favor de las comunidades nativas que así lo solicitan, argumentando falta de presupuesto. La Comisión ha recibido información que en este proceso se ha priorizado el saneamiento de la propiedad de los pequeños agricultores y no de las comunidades campesinas y nativas<sup>643</sup>.

A pesar del tiempo transcurrido, las situaciones que generaron tales comentarios —sobre el procedimiento de titulación, falta de presupuesto y priorización del saneamiento físico legal de población rural y pequeños agricultores— se mantienen vigentes. Hasta el momento el gobierno peruano no ha considerado prioritario salvar esas inconsistencias. Frente a una política de hidrocarburos consistente y fortalecida, la política de titulación de tierras de pueblos indígenas amazónicos se muestra casi inexistente o con señales de una falta de interés en lograr la titulación de tierras de las comunidades nativas y, más aún, un verdadero reconocimiento de derecho al territorio de los pueblos indígenas.

639 RM0586-2004-AG, modificada por Resolución Ministerial 0434-2006-AG, mediante la cual se facultó al INRENA para que realice redimensionamiento de los Bosques de Producción Permanente a nivel nacional.

640 Resolución Jefatural 082-2003-INRENA - Directiva para la exclusión y compensación de áreas en concesiones forestales con fines maderables.

641 Artículo 5 de la Ley de ANP - Ley 26834 y artículo 89 de su reglamento - DS 038-2001-AG.

642 Artículo 110 de la Ley General del Ambiente - Ley 28611.

643 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos. Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú. 2000. En: <http://cidh.oas.org/countryrep/Peru2000sp/capitulo10.htm>

## Conclusiones

- La delimitación, demarcación y titulación de las tierras no debe restringirse a las áreas ocupadas ancestralmente sino que deben incluir a las áreas que ocupan tradicionalmente.
- Si se hubieran entregado concesiones sobre recursos naturales existentes en las tierras y territorios de los pueblos indígenas, el Estado debe revisarlas considerando la jurisprudencia de la Corte Interamericana y evaluar si es necesaria una modificación de esos derechos para preservar la supervivencia del pueblo.
- Mientras se terminan los procesos de delimitación, demarcación y titulación, los Estados deben tomar medidas transitorias para proteger los derechos sobre las tierras y territorios de los pueblos indígenas hasta que se termine el proceso.
- Los Estados deben abstenerse de realizar actos que afecten los bienes existentes en tierras o territorios no demarcados, no delimitados o no titulados de los pueblos indígenas.
- Si bien los procedimientos de delimitación, demarcación y titulación son complejos, el Estado debe evitar comportarse de forma negligente o arbitraria. Estos deben ser especiales y durar un tiempo razonable, la extensión y calidad de las tierras debe ser suficiente para garantizar la supervivencia y ser dirigidos por un organismo especializado con la finalidad de tener uniformidad en los procedimientos y criterios a utilizar.
- El derecho a la propiedad indígena *sui generis* debe reconocer derechos sobre los recursos naturales existentes y no solo sobre las áreas que habitan o en las que cultivan.

## Recomendaciones

- El contenido del derecho de propiedad *sui generis* de los pueblos indígenas debe tener las mismas atribuciones para las tierras agrícolas y para las tierras forestales del pueblo indígena.
- Revisar, uniformizar y actualizar el marco normativo existente para la delimitación, demarcación y titulación de las tierras de los pueblos Indígenas.
- Establecer una institución rectora encargada de dirigir y establecer un único procedimiento actualizado de los procesos de delimitación, demarcación y titulación de las

tierras y territorios indígenas. Esta institución debe tener el personal capacitado para esta labor y contar con el presupuesto apropiado para cumplir con su mandato.

- Establecer procedimientos administrativos claros, así como responsabilidades claras en los procedimientos de redimensionamiento y exclusión de bosques de producción permanente y concesiones forestales superpuestos con territorios indígenas.
- Uniformizar los registros gráficos de información sobre territorios indígenas existentes: SERNANP, DGFFS del MIINAG, Registros Públicos, gobiernos regionales, COFOPRI y en su momento PETT.
- Establecer un régimen especial que limite la entrega de derechos de aprovechamiento sobre recursos naturales en territorios indígenas y establezca medidas transitorias de protección mientras no se terminen los procesos de delimitación, demarcación y titulación. Asimismo, establecer las medidas necesarias para realizar la revisión de los derechos otorgados hasta el momento en territorios indígenas no titulados.

### 2.7.2. ¿Qué implica el título de propiedad?

La CIDH ha referido que algunos de los factores que causan inseguridad jurídica son la posesión de títulos de propiedad no reconocidos por el derecho común, títulos de propiedad que están en conflicto con otros títulos, títulos que no están registrados plenamente, títulos que no están reconocidos, títulos sin límites técnicamente claros, casos de desconocimiento por los tribunales o funcionarios públicos de los derechos que emanan del uso y posesión ancestral, o el no reconocimiento del derecho consuetudinario indígena<sup>644</sup>.

La forma que adopte el título de propiedad debe otorgar certeza jurídica, a fin de que sea reconocido y respetado no solo en la práctica, sino también en el derecho<sup>645</sup>. Por ello, si no se reconoce el derecho a la propiedad de los miembros de los pueblos indígenas en relación con su territorio otorgándole títulos de pleno dominio, sino que solo le reconoce simples intereses, privilegios o permisos de uso y ocupación de las tierras a discreción del Estado, nos mostraría una situación de incumplimiento de su deber<sup>646</sup>. Si los títulos de propiedad no tienen protección frente a reducciones arbitrarias por el Estado o son débiles frente a derechos de propiedad de terceros<sup>647</sup> u otros títulos de aprovechamiento de recursos naturales, entonces tampoco

644 CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pág. 38.

645 Corte IDH, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N.o 172, párr. 115.

646 Corte IDH, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N.o 172, párr. 116.

647 Corte IDH, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N.o 172, párr. 113.



se estaría cumpliendo con lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>648</sup>.

### Normatividad nacional

Según el artículo 66° de la Constitución Política peruana<sup>649</sup>, los recursos naturales son Patrimonio de la Nación y como tales no pueden ser aprovechados en beneficio de un interés particular, sino que el Estado debe garantizar que su aprovechamiento o explotación se realice en beneficio de toda la nación. Por ello, las comunidades nativas no pueden obtener títulos de propiedad sobre las tierras con aptitud forestal o tierras de conservación, ya que estas son recursos naturales forestales (y como tal Patrimonio de la Nación), en este caso solo se les podría otorgar un derecho llamado “cesión en uso”.

En ese sentido, el procedimiento de titulación de tierras de las comunidades nativas supone la obtención de dos documentos importantes: (i) el título de propiedad sobre las tierras de uso agrícola —emitido por la Dirección Regional Agraria<sup>650</sup>- DRA— y (ii) la suscripción de contratos de cesión en uso sobre las tierras de uso forestal —ordenada también por la DRA, pero que debe suscribirse por la Dirección General Forestal y de Fauna Silvestre del Ministerio de Agricultura. Además, también sería necesaria la inscripción registral, ya que si bien la naturaleza de este derecho de los pueblos indígenas sobre las tierras es diferente de la establecida en el Código Civil, será importante hacer uso de la publicidad registral que brindan los Registros Públicos - RRPP para respaldarlo. Según el Código Civil peruano no es necesaria la inscripción de los títulos de propiedad para garantizar el respeto al derecho de propiedad, en consecuencia debería ser suficiente obtener ese título sin necesidad de inscribirlo en RRPP para garantizar el respeto de las tierras de las comunidades nativas —y en general de cualquier propiedad inmueble—, pero lamentablemente la realidad nos supera, y al igual que el resto de propietarios en el Perú, todos aquellos documentos que respalden derechos de propiedad y posesión deben ser inscritos en RRPP, ya que en situaciones de conflicto prima el título que esté inscrito en registros públicos y no el más antiguo.

Contrariamente a lo anterior, y a la obligación de la DRA<sup>651</sup> de enviar los documentos a Registros Públicos para su inscripción, muchas comunidades nativas no tienen sus títulos inscritos en Registros Públicos y otras tantas tampoco tienen inscritos sus contratos de cesión en uso<sup>652</sup>. El estado ideal del derecho a la tierra de una comunidad nativa es que aquella tenga delimitada perfectamente sus límites, cuente con un título de propiedad emitido por la DRA, se haya suscrito el contrato de cesión en uso y ambos documentos estén inscritos en registros públicos; sin embargo, el panorama existente en el país contempla comunidades nativas:

- Sin título de propiedad y sin contrato de cesión en uso.
- En proceso administrativo para obtener el título de propiedad y contrato de cesión en uso.
- En proceso administrativo para obtener la ampliación de sus tierras.
- Con título de propiedad emitido por la DRA, pero no inscrito en registros públicos; tampoco se ha suscrito el contrato de cesión en uso sobre tierras forestales.
- Con título de propiedad emitido por la DRA e inscrito en registros públicos, pero no se ha suscrito el contrato de cesión en uso.
- Con título de propiedad emitido por la DRA e inscrito en registros públicos; se ha suscrito el contrato de cesión en uso, pero este no ha sido inscrito en registros públicos.

Asimismo, se deben agregar los casos de comunidades nativas que obtuvieron su título de propiedad en las décadas del setenta y ochenta del siglo pasado, pero que no se encuentran correctamente delimitadas, ya que en esa época no existía la precisión técnica necesaria para elaborar los mapas de las comunidades. Muchos de esos planos fueron elaborados a mano alzada y no cuentan con coordenadas; otros, a pesar de tener coordenadas UTM, tienen grandes márgenes de error, y otros simplemente tienen coordenadas arbitrarias. Esta situación pone en riesgo sus territorios frente a posibles superposiciones con derechos de aprovechamiento mejor definidos que asigne el Estado a concesionarios forestales, comunidades nativas con títulos recientes, colonos, propietarios rurales, mineros, empresas de hidrocarburos o madereras, etc.

648 Corte IDH, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C.N.o 172, párrs. 106 y 116.

649 Artículo 66. Los recursos naturales, renovables y no renovables son Patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por Ley Orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

650 Este organismo ahora es dependiente de los gobiernos regionales.

651 Artículo 5 del Reglamento de la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva - Decreto Supremo 003-79/AA: “[...] La DRA, de oficio, remitirá el Título de Propiedad y plano correspondiente a los Registros Públicos de la Provincial en la cual se encuentra asentada la comunidad, para que proceda a la inscripción gratuita de dominio”.

652 Yáñez, Diagnóstico para un programa en defensa de las comunidades nativas de la Amazonía peruana. Resumen Ejecutivo, en: *Nosotros y los otros: avances en la afirmación de derechos de los pueblos indígenas amazónicos*. Serie Informes Defensoriales 12, Defensoría del Pueblo peruana, 1998, pág. 94.

Por otro lado, se debe recordar que sobre los bienes Patrimonio de la Nación se pueden asignar diferentes formas de derechos de uso o aprovechamiento; la forma que se decida adoptar será una decisión política del Estado, que puede variar según las circunstancias y considerando siempre el beneficio de toda la nación. Sobre estos bienes el Estado ejerce un *dominio eminente*, ya que este *dominio*:

Corresponde a bienes sobre los que no se estableció aún derecho privado alguno y, por consiguiente están en manos del Estado porque pertenecen a su territorio. Sin embargo, sobre ellos se podrá sí establecer derechos privados e, inclusive, podrán ser dados en propiedad particular siguiendo determinados procedimientos<sup>653</sup>.

Dado lo anterior, las tierras con aptitud forestal y de protección también podrían ser otorgadas en propiedad o bajo alguna otra forma jurídica a los pueblos indígenas o tribales. Las categorías jurídicas reseñadas no constituyen fundamento alguno para negar esa posibilidad, solo es necesaria una decisión política para lograrlo.

### Conclusiones

El título de propiedad que reciben los pueblos indígenas amazónicos no cumple con otorgar un derecho de pleno dominio sobre las tierras forestales; el contrato de cesión en uso, solo reconoce un derecho de uso sobre las tierras forestales.

Las tierras forestales ubicadas en territorios indígenas podrían ser otorgadas en propiedad, con algunas limitaciones o restricciones en su ejercicio, sin dejar de ser patrimonio de la nación.

El contrato de cesión en uso es débil frente a los títulos de propiedad que poseionarios rurales pueden obtener. Muchas veces no es oponible, ni es inscrito en registros públicos para ser publicitado, sino que cuando se elabora y firma se queda en los archivos de las Direcciones Regionales Agrarias.

### Recomendaciones

- Realizar la actualización de la delimitación y demarcación de los territorios indígenas titulados en el siglo pasado, con el fin de tener certeza en los límites que reconozca el título.
- Realizar una propuesta de título que otorgue real seguridad

jurídica al territorio indígena, de tal manera que reconozca no solo el derecho de propiedad sobre las tierras agrarias, sino también sobre la tierra forestal.

- Realizar el ordenamiento e inventario de los títulos de propiedad y contratos de cesión en uso otorgados hasta el momento para poder brindar un servicio de mantenimiento, publicidad y de acceso sencillo a los pueblos indígenas que lo requieran.

### 2.7.3. ¿Es necesario el uso continuo de la tierra para mantener el derecho de propiedad sobre las tierras o territorios?

No. Como ya se desarrolló en los párrafos anteriores, la forma de posesión que ejercen los pueblos indígenas o tribales es diferente de la establecida en el Derecho civil. La tarea pendiente es establecer mecanismos diferenciados para probar esta posesión especial de los pueblos indígenas y tribales.

### 2.8. Pueblos que han sido limitados en el ejercicio de su derecho a la propiedad y posesión de sus tierras y territorios

#### 2.8.1. ¿El derecho de propiedad de los pueblos es absoluto? ¿Qué sucede cuando existe un conflicto entre el derecho de propiedad o posesión y el interés general u otro derecho humano?

Como se ha mencionado en la parte sobre consulta del presente informe, el derecho a la propiedad, sea privada o colectiva, no es absoluto. Dado que es un derecho consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos, debe ser evaluado considerando las pautas establecidas en ese instrumento, así como en lo establecido por la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>654</sup>. Se debe distinguir entre dos supuestos: (i) aquellas restricciones al derecho impuestas por el Estado, y (ii) aquellos supuestos de conflictos entre el derecho de propiedad y otros derechos.

#### Restricciones al derecho de propiedad establecidas por el Estado

En el caso de restricciones de derecho de propiedad impuestas por el Estado, se debe realizar un análisis de la medida considerando los siguientes requisitos<sup>655</sup>:

653 Rubio Correa (1999), pág. 389.

654 Véase el análisis llevado a cabo en Rivera Juaristi, Schwartz, Snyder, Valdellon, Areias (2012), *Amicus curiae*, presentado en el caso Corte IDH, *Grete/Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, caso 12.361, por la Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santa Clara, Santa Clara, EEUU. Disponible en: <http://law.scu.edu/ihrcc/file/News%20and%20Updates/%284%29%20120919%20Artavia%20Murillo%20FIV%20Amicus%20-%20Univ%20Santa%20Clara.pdf>

655 Artículo 21, inciso 2, y Artículo 30 de la CADH. Corte IDH, OC 6/86, párr. 37. Corte IDH, *Yakye Axa*, párrs. 144-145; Corte IDH, *Sawhoyamaya*, párr. 137; Corte IDH, *Saramaka*, párr. 128 y sentencia interpretativa, párr. 34.

- Deben ser previstas por una ley o una norma de ese rango, como los decretos legislativos, adoptada por un órgano democráticamente elegido y constitucionalmente facultado (legalidad y legitimidad).
- Deben tener como finalidad lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática: es decir adoptadas por razones de utilidad pública o de interés social (como son excepciones, se interpretan de manera restrictiva) y orientada a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno<sup>656</sup>.
- Deben ser necesarias y proporcionales para lograr el objetivo.
- Deben ser adoptadas para cumplir con el propósito por el cual han sido establecidas.
- La Corte Interamericana ha considerado además que estas medidas no pueden implicar una denegación de la subsistencia del propio pueblo indígena<sup>657</sup>; en este supuesto, además, se deben sumar las exigencias siguientes: (i) la celebración de consultas con los pueblos afectados; (ii) la realización de un estudio de impacto ambiental y social, y (iii) la repartición razonable de los beneficios<sup>658</sup>.

### Supuestos de conflicto entre el derecho de propiedad y otros derechos humanos

En este supuesto, ante los posibles conflictos entre el derecho a la propiedad comunal y demás derechos, la Corte Interamericana estimó que se deben aplicar de igual manera los criterios de legalidad, legitimidad, proporcionalidad y necesidad<sup>659</sup>. Además, el criterio de proporcionalidad implica que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo (en este caso, el cumplimiento del otro derecho)<sup>660</sup>, lo que implica que la afectación entre ambos derechos sea proporcional entre sí<sup>661</sup>. Asimismo, se debe considerar que los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos no pueden interpretarse de una manera tal que su ejercicio implique la supresión de otro derecho o la restricción del goce de ese derecho más allá de los límites previstos por el Convenio<sup>662</sup>. Por otro lado, en la evaluación se debe también tomar en cuenta otros derechos

que pueden ser afectados, como el derecho a la identidad cultural<sup>663</sup>.

### Normatividad nacional

Existen sentencias del Tribunal Constitucional que hacen referencia a los límites del derecho de propiedad, así como normas del Código Civil; sin embargo, no existen referencias o vinculaciones específicas con los derechos de propiedad o posesión indígena.

### Conclusiones

En cualquier caso, ya sea frente a una restricción por una medida estatal o frente al ejercicio de otro derecho, siempre es importante considerar como límite aquella situación que implique la extinción total del derecho, ya que en este caso significaría la extinción del pueblo indígena.

### Recomendaciones

Incorporar el test de restricción parcial del derecho en la sustentación de la norma que pretenda la restricción del derecho de propiedad y posesión indígena, además del insuficiente análisis costo beneficio.

### 2.8.2. ¿Se puede trasladar o reubicar a los pueblos indígenas de sus tierras y territorios? El derecho a no ser desplazados o reubicados

El Convenio 169 de la OIT establece el derecho a no ser trasladados de las tierras que ocupan<sup>664</sup>. Sin embargo, en circunstancias en las que el traslado resulte inevitable y se considere *necesario*, el desplazamiento debe ser una medida excepcional. En estos casos, solo se efectuará el traslado si se cuenta con el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas, es decir, si ellos comprenden y aceptan a cabalidad el significado y las consecuencias del desplazamiento<sup>665</sup>. Los antecedentes del Convenio 169 de la OIT muestran que dentro de las circunstancias que se

656 Corte IDH, caso *Yakye Axa*, párr. 145.

657 Corte IDH, caso *Saramaka*, 2007, párr. 129; Corte IDH, caso *Kichwa de Sarayaku*, para. 156.

658 Corte IDH, caso *Saramaka*, 2007, párr. 129 y Corte IDH, caso *Saramaka*, 2008, párr., párrs. 35-38. Corte IDH, *Kichwa de Sarayaku*, párr. 157.

659 Corte IDH, caso *Yakye Axa*, párr. 144.

660 Corte IDH, caso *Yakye Axa*, párr. 145.

661 Rivera Juaristi y otros, párr. 117-119. Véase, entre otros, Corte IDH, caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C N.º 207, párrs. 79-80; Corte IDH, caso *Kimel vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C N.º 177, párr. 58.

662 Artículo 29 de la CADH. Corte IDH, OC 5/85, párr. 67.

663 Corte IDH, caso *Yakye Axa*, párr. 147.

664 Artículo 16.1 del Convenio 169 de la OIT.

665 Artículo 16.2 del Convenio 169 de la OIT.

consideren *necesarias* no se encuentran decisiones estatales como los proyectos de desarrollo económico, ya que precisamente esa era la situación que se decidió modificar<sup>666</sup>. Entre las causas que motivarían dicha *necesidad* tampoco se encontrarían las decisiones estatales motivadas por proyectos de desarrollo, salvo en peligros extremos para la salud, catástrofes naturales, guerras, crisis humanitarias o de alimentación, epidemias y riesgos inminentes de vida<sup>667</sup>.

Para fortalecer esta interpretación, debe recordarse además el principio de *progresividad* de los derechos humanos, bajo el cual no podría concebirse un retroceso en la definición o reconocimiento del contenido de los derechos humanos; por ello, lo que se legisle internamente no debería dirigirse a la ampliación de supuestos para la realización de los desplazamientos, ni se debería realizar una interpretación que incorpore supuestos contrarios a los previstos.

En el caso de que los pueblos indígenas no estuvieran de acuerdo con la reubicación y esta resultara inevitable, solo se realizará la reubicación cuando se terminen los procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional<sup>668</sup>.

En aquellos casos en los que la reubicación haya sido necesaria y haya dejado de existir la causa que motivó su traslado y reubicación, los pueblos indígenas tienen el derecho a regresar a sus tierras tradicionales<sup>669</sup>. Por el contrario, cuando la reubicación sea permanente, los pueblos indígenas deberán recibir tierras cuya calidad y estatuto jurídico sean iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente<sup>670</sup>, incluyendo la calidad, similitud y cercanía física<sup>671</sup>. En el supuesto que no deseen recibir tierras, podrán optar por recibir una indemnización en dinero o en especie, con las garantías apropiadas<sup>672</sup>.

Finalmente, las personas trasladadas y reubicadas deberán ser indemnizadas por cualquier pérdida o daño que pueda haber

causado la reubicación<sup>673</sup>, pero si existen daños colectivos, los pueblos también podrán ser indemnizados colectivamente<sup>674</sup>.

Por su parte, el comité encargado de examinar las reclamaciones en la OIT ha establecido que, si bien no se puede aplicar el Convenio 169 retroactivamente, las consecuencias de la reubicación que continúan después de la entrada en vigor del Convenio 169 aún merecen ser examinadas<sup>675</sup>.

### Normatividad nacional<sup>676</sup>

La regla general antes de decidir el desplazamiento de personas es que las autoridades competentes se asegurarán de estudiar todas las alternativas viables para evitarlo; solo cuando no quede ninguna alternativa, se decidirán el desplazamiento y las medidas necesarias para minimizar sus efectos adversos<sup>677</sup>.

En el caso de la población en general, para los supuestos de realización de proyectos de desarrollo de gran escala se aplicará el artículo 8.3 literal c) de la Ley sobre Desplazamiento Interno, el cual asegura que será necesario contar con el consentimiento libre e informado de la población a desplazar. Es necesario precisar que este consentimiento es diferente del que se pretende obtener en los procesos de consulta dirigidos exclusivamente a los pueblos indígenas.

Para los pueblos indígenas, la norma nacional es protectora debido al vínculo especial que mantienen con sus tierras y territorios. Por ello, el artículo 9 de la Ley sobre Desplazamientos Internos - Ley 28223 establece que los Estados tienen la obligación de tomar *medidas de protección* contra los desplazamientos de pueblos indígenas; de esta manera, el Estado no puede promover acciones para lograr el desplazamiento de los pueblos indígenas. Este desplazamiento únicamente se podría dar por circunstancias como:

666 OIT, Revisión parcial del Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, 1957 (núm. 107). Informe VI(1), página 78. Citado por Salgado y Gomiz, pág. 233.

667 OIT, Revisión parcial del Convenio sobre Poblaciones Indígenas y tribales, 1957 (núm. 107). Informe IV (2A), páginas 45 a 49. Citado por Salgado y Gomiz, pág. 233.

668 Artículo 16.2 del Convenio 169 de la OIT.

669 Artículo 16.3 del Convenio 169 de la OIT.

670 Artículo 16.4 del Convenio 169 de la OIT.

671 OIT, Revisión parcial del Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, 1957 (núm. 107). Informe IV (2A), págs. 21 y 22. Citado por Salgado y Gomiz, pág. 235.

672 Artículo 16.4 del Convenio 169 de la OIT.

673 Artículo 16.5 del Convenio 169 de la OIT.

674 Corte IDH, caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 188.

675 Párrafo 29 del Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Dinamarca del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Nacional de Sindicatos de Groenlandia (Sulinermik Inuussutissarsiuqartut Kattuffiat SIK), 2001.

676 DAR. (2010) Informe El Desplazamiento Forzado Interno: El caso de los Proyectos de Desarrollo.

677 Artículo 8.1 de la Ley sobre Desplazamientos Internos.

- Evitar los efectos de un conflicto armado (interno o internacional), situaciones de violencia generalizada (acción de grupos alzados en armas) o de violaciones de los derechos humanos.
- Evacuación ocasionada por acción violenta por agentes imprevistos, como por ejemplo los desastres naturales.

La institución encargada de formular y supervisar políticas de prevención y atención de desplazados, asesorar y capacitar a la población desplazada y coordinar la atención de todos los sectores a dicha población es el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social<sup>678</sup> (hoy Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables). Asimismo, el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social - DS 011-2004-MIMDES señala que la Dirección General de Desplazados y Cultura de Paz es el órgano encargado de promover, coordinar, dirigir, supervisar y evaluar las normas, políticas, planes, programas y proyectos en el campo de la atención, protección y reparación de los desplazados internos.

Algunas de las obligaciones o actividades necesarias para el caso de desplazamientos de pueblos indígenas en los supuestos mencionados anteriormente (descartando el supuesto de los proyectos de desarrollo o inversión) aún están pendientes de realizar:

- Propuestas de los procesos de consulta a la población Indígena con la finalidad de obtener su consentimiento previo, libre e informado<sup>679</sup>.
- Medidas necesarias y adecuadas para facilitar la información sobre las razones y procedimientos de desplazamiento, sobre el reasentamiento o la reubicación<sup>680</sup>. En estos casos se debería brindar información sobre la calidad, extensión de los suelos y recursos naturales existentes en el lugar a donde serán llevados, etc.
- Los gobiernos regionales y locales deben adecuar sus competencias y presupuestos al reconocimiento de los derechos y beneficios previstos por la ley<sup>681</sup>.
- Elaborar una propuesta de proyectos de retorno o reasentamiento para casos de pueblos indígenas desplazados por las circunstancias previstas<sup>682</sup>.

## Conclusiones

- No se pueden realizar desplazamientos de pueblos indígenas motivados por la realización de proyectos de desarrollo, salvo por circunstancias como peligros extremos para la salud, catástrofes naturales, guerras, etc.
- Si bien se establece que cuando la reubicación sea permanente, los pueblos indígenas deben recibir tierras de igual calidad o estatuto jurídico que les permita su continuidad como pueblo, la falta de un ordenamiento territorial nacional así como una base de datos actualizada de los territorios indígenas, hacen difícil poder cumplir con esta obligación.
- Aquellas consecuencias de traslados o desplazamientos realizados antes de la vigencia del Convenio 169 de la OIT merecen ser analizados a la luz del Convenio.
- Existen medidas de responsabilidad del ente rector (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables) que aún no han sido tomadas, a pesar del tiempo transcurrido (desde 2004).

## Recomendaciones

Incentivar la realización de un trabajo conjunto entre el Viceministerio de Interculturalidad y el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables con la finalidad de elaborar planes, normas o procesos especiales para los pueblos indígenas que contemplen situaciones como el retorno a sus territorios, la entrega de territorios de igual calidad o estatus jurídico, la indemnización por daños realizados durante la reubicación, apoyo durante los primeros meses de reubicación, entre otras situaciones especiales que pueden surgir.

### 2.8.3. ¿Qué sucede con los pueblos que han sido despojados de sus tierras y territorios por terceros y quieren recuperarlas?

De acuerdo con los estándares internacionales, los pueblos indígenas que han perdido la posesión total o parcial de sus territorios siguen manteniendo sus derechos de propiedad sobre tales territorios y tienen un derecho preferente a recuperarlos<sup>683</sup>; por su parte, los Estados tienen el deber de instituir procedimientos adecuados en el marco del sistema

678 Artículo 20 del Reglamento de la Ley sobre Desplazamientos Internos.

679 Artículo 10.1 de Reglamento de la Ley sobre Desplazamientos Internos.

680 Artículo 10.2 del Reglamento de la Ley sobre Desplazamientos Internos.

681 Artículo 26 del Reglamento de la Ley sobre Desplazamientos Internos.

682 Artículo 28 del Reglamento de la Ley sobre Desplazamientos Internos.

683 CIDH (2009), párr. 123. El derecho de restitución se fundamenta en el Artículo 21 de la CADH, el Artículo 14, inciso 3, de Convenio 169 y el Artículo 28, inciso 1, de la Declaración. Véase Corte IDH, caso *Sawhoyamaya*, párr. 128. Véase también, CERD, recomendación general 23, párr. 5. Para un análisis completo de la jurisprudencia de la Corte IDH, véase, Ruiz y Donoso (2012), *Pueblos indígenas y la Corte Interamericana: fondo y reparaciones*, en *Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (de próxima aparición)*, en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2094289](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2094289).

jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados<sup>684</sup>. En la práctica, esa situación presenta una dificultad, ya que en muchos casos los pueblos indígenas no poseen títulos oficiales sobre sus tierras que les permitan justificar la propiedad comunal ancestral<sup>685</sup>; en esos casos, lo que se prueba es la posesión tradicional, que tiene efectos equivalentes al título de propiedad otorgado por el Estado, como se ha indicado anteriormente, o el testimonio de comunidades o propietarios vecinos que testimonien la posesión ejercida por el pueblo indígena.

En los casos específicos de desalojo o despojo del territorio, los pueblos pierden la posesión tradicional de sus tierras por largos o cortos períodos, situación en la que es muy difícil probar la posesión sobre la tierra que solicitan en reivindicación. Por este motivo, la Corte Interamericana ha considerado que la posesión —y con más razón el título formal de propiedad— no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación o reivindicación<sup>686</sup>.

La posibilidad de recuperación (es decir, la existencia de la posibilidad de exigir la reivindicación) está sometida a las condiciones siguientes: (i) no haber voluntariamente dejado las tierras (por abandono voluntario o por transmisión a terceros)<sup>687</sup>, y (ii) mantener (en cuanto sea posible) su relación única con el territorio, ya sea por uso o presencia tradicional, lazos espirituales o ceremoniales, asentamientos o cultivos esporádicos, caza, pesca o recolección, etcétera<sup>688</sup>.

El derecho a la recuperación o reivindicación, tal como el derecho a la propiedad, no es absoluto. Por un lado, los Estados pueden excepcionalmente denegar la restitución de las tierras bajo la condición de justificar debidamente la imposibilidad de restituir las tierras por razones objetivas. Por ejemplo, **no constituyen motivos objetivos y fundamentados**<sup>689</sup>:

- Mencionar que se encuentran ocupados legalmente por otras personas, le quitaría sentido al derecho a la reivindicación ya que limitaría este derecho a esperar la voluntad de los tenedores actuales de la tierra. En estos casos se debe aplicar el *test de restricción* del derecho y evaluar la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática

(utilidad pública e interés social), para restringir los derechos de propiedad del tercero o del pueblo indígena.

- Mencionar que las tierras otorgadas a terceros ya se encuentran siendo explotadas y en plena productividad, ya que significaría reducir lo indígena únicamente a lo agrícola cuando en realidad la tierra y territorio indígena tienen peculiaridades propias adicionales.
- Mencionar que el tercero se encuentra protegido por la existencia de un tratado bilateral comercial con rango de ley, ya que la aplicación de estos acuerdos comerciales debe ser compatible con un tratado multilateral de derechos humanos que genera derechos a favor de individuos y que no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados; además, si el tratado permite la expropiación o nacionalización por causa de utilidad o interés público, esta podría justificar la devolución de las tierras o territorios a los indígenas.

La mera presencia legal de personas ajenas a las comunidades no basta por sí misma para denegar el derecho de reivindicación, aun cuando tengan un título de propiedad. En el caso de grandes adjudicaciones de tierra o venta de tierras indígenas, a menudo con indígenas viviendo en tales tierras, los receptores difícilmente pueden considerarse adquirentes inocentes de buena fe, por su conocimiento de la existencia y reclamos de los pueblos indígenas. En muchos casos, esos terceros han utilizado a los indígenas como trabajadores mal remunerados o forzados; como bien señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “la validez de tales títulos es, por lo tanto, cuestionable como mínimo”<sup>690</sup>. En el caso de la existencia de derechos territoriales de terceros de buena fe, esta situación sí podría impedir la satisfacción total del pedido de restitución o reivindicación, por lo que es necesario que las autoridades nacionales resuelvan las controversias caso por caso, aplicando el test de restricción antes mencionado y equilibrando todos los derechos en juego<sup>691</sup>.

En caso que la restitución sea negada por razones fundamentadas y objetivas, el Estado tiene de todos modos la obligación de indemnizar al pueblo indígena afectado. De manera preferencial, esa indemnización debería consistir en la entrega de tierras alternativas, cuya extensión, calidad y estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras

684 Artículo 14.3 del Convenio 169 de la OIT.

685 Durante el desarrollo del Taller “Procedimiento de reconocimiento y titulación de comunidades nativas en la Amazonía Peruana” realizado en mayo de 2012, se mencionó como uno de los problemas identificados en la región Madre de Dios la necesidad de recomponer los expedientes de reconocimiento, titulación y ampliación de tierras de las comunidades nativas de la zona, ya que estos se habían perdido luego de un siniestro ocurrido en el edificio que los albergaba.

686 Corte IDH, caso *Sawhoyamaya*, párr. 128.

687 *Ibid.*

688 Corte IDH, caso *Sawhoyamaya*, párrs. 131-132; Corte IDH, caso *Xákmok Kásek*, párrs. 112-116.

689 Corte IDH, caso *Sawhoyamaya*, párrs. 138-40. Corte IDH, caso *Yakye Axa*, párr. 149.

690 CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, párr. 124.

691 Corte IDH, caso *Sawhoyamaya*, párrs. 136-138. Corte IDH, caso *Yakye Axa*, párrs. 144-146.

perdidas y que les permitan satisfacer sus necesidades. La identificación de esas tierras supone además la consulta de los pueblos afectados<sup>692</sup>. De igual modo, se puede realizar la indemnización en dinero cuando así lo solicite la comunidad afectada<sup>693</sup>.

Por último, como ya se mencionó anteriormente, los Estados tienen la obligación de instituir procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional, abiertos a los pueblos o sus organismos representativos para solucionar las reivindicaciones de tierras, tanto en el plano administrativo como judicial<sup>694</sup>. Sobre la base del derecho a la tutela efectiva, esos procedimientos deben ofrecer un recurso efectivo, tener un plazo razonable, ser accesibles y simples. Los órganos responsables deben contar con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes<sup>695</sup>.

### Normatividad nacional

El derecho de propiedad en el Código Civil peruano contiene la facultad de reivindicar un bien y se reconoce que la *acción reivindicatoria es imprescriptible*<sup>696</sup>. No existe un proceso de reivindicación especial para el caso de pueblos indígenas, pero según las conclusiones del Pleno Jurisdiccional Civil realizado el 6 y 7 de junio de 2008, “en un proceso de reivindicación, el juez puede analizar y evaluar el título del demandante y el invocado por el demandado para definir la reivindicación”. Bajo este supuesto, se podría presentar el título de propiedad del pueblo indígena para evaluarlo en contraposición con el tercero demandado. Sin embargo, esta posibilidad estaría restringida únicamente para aquellos pueblos indígenas que cuenten con sus títulos de propiedad y, en el peor de los casos, inscritos en Registros Públicos.

Por otro lado, el Reglamento de la Ley sobre Desplazamiento Interno establece el derecho de los desplazados a la protección y a la recuperación, en la medida de lo posible, de las propiedades o posesiones que abandonaron o de las que fueron desposeídos cuando se desplazaron<sup>697</sup>, sin realizar una distinción entre la población indígena y no indígena; hasta el momento no se ha elaborado una propuesta de este procedimiento para la recuperación de tierras.

### Conclusiones

Para poder solicitar la reivindicación de territorios indígenas no es necesario poseer los títulos oficiales que muestren la propiedad o posesión: basta con demostrar la posesión tradicional del territorio.

Se puede solicitar reivindicación siempre que no se hayan dejado voluntariamente las tierras y se mantenga la relación especial que tienen con su territorio. El Estado puede denegar esa solicitud, pero debe justificar debidamente la imposibilidad de restituir las tierras por razones objetivas.

El derecho a la reivindicación de territorios indígenas no se encuentra normado en la legislación interna.

### Recomendaciones

- Elaborar un marco normativo sobre reivindicación de territorios indígenas que recoja los estándares internacionales existentes.
- Realizar una norma que establezca la forma de protección y recuperación de los territorios que abandonaron cuando fueron desplazados.

## 2.9. Los recursos naturales existentes en la tierra o el territorio indígena

### 2.9.1. ¿En qué consiste el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras?

Los pueblos indígenas tienen el (i) derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras y territorios, así como el (ii) derecho a participar en los beneficios de las actividades de prospección o explotación<sup>698</sup>. Tales derechos se complementan con el deber del Estado de brindarles una *protección especial*. Los recursos naturales a los que se aplican son los renovables y no renovables<sup>699</sup>; es más, las discusiones preparatorias del Convenio 169 daban de cuenta que se encontraban comprendidos todos los recursos naturales, es

692 Artículo 16, inciso 4, del Convenio. Artículo 28, inciso 2, de la Declaración. Corte IDH, caso *Sawhoyamaya*, párr. 135. Corte IDH, caso *Xákmok Kásek*, párr. 118. Corte IDH, caso *Yakye Axa*, párr. 151.

693 Artículo 16, inciso 4, del Convenio. Artículo 28, inciso 2, de la Declaración. Corte IDH, caso *Yakye Axa*, párr. 151.

694 Artículos 12 y 14, inciso 3, del Convenio.

695 Artículo 14, inciso 3, del Convenio 169. Artículos 2, 8 y 25 de la CADH. Corte IDH, *Saramaka*, párr. 178. Corte IDH, caso *Yakye Axa*, párrs. 52, 96 y 102. Corte IDH, caso *Sawhoyamaya*, párr. 108.

696 Artículo 923 del Código Civil. Ver además la sentencia del Exp. 01126-2011-HC/TC presentado por Juana Griselda Payaba Cachique. 11/09/2012.

697 Artículo 6, literal i) del Reglamento de la Ley 28223

698 Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT.

699 OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT*, pág. 107.

decir la flora, la fauna, las aguas, los hielos, las zonas costeras, el ambiente, la madera, la pesca y los recursos genéticos aludidos en el Convenio sobre Diversidad Biológica<sup>700</sup>. En ese sentido, es importante también señalar que el Convenio no realiza un listado de ellos, por lo que se podrían identificar algunos nuevos con el paso del tiempo y los avances existentes en las ciencias ambientales modernas.

Ambos derechos deben leerse e interpretarse conforme al análisis realizado para el caso de los derechos de propiedad y posesión sobre la tierra y el territorio, contemplados en el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT; de esta manera, el derecho a participar en la utilización de los recursos naturales no se restringe únicamente a las formas de uso previstas por el Estado ni a los recursos que se encuentren en tierras no reconocidas en propiedad por el Estado, sino que incluye a todos los recursos naturales ubicados en tierras que posean y a las formas de uso que el pueblo indígena haya desarrollado tradicionalmente y no hayan sido reconocidas aún por el Estado.

Asimismo, se debe recordar que al tratarse de un derecho humano, la interpretación que se dé sobre los términos *administración y conservación* debe ser *pro hominem* y lo más amplia posible, no restrictiva; sobre esa base, al no existir una definición normativa sobre administración y conservación de recursos naturales referida a pueblos indígenas, se deberá recurrir preliminarmente a la definición común de esos términos utilizada en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Así, “administración” será el ejercicio de la *autoridad o mando sobre un territorio* y “conservación” será mantener algo o cuidar de su permanencia.

Adicionalmente, debe considerarse que el principal fundamento de los derechos que los pueblos indígenas poseen sobre los recursos naturales se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>701</sup>, quienes reconocen el derecho a la libre determinación de los pueblos. En ellos se recuerda que (i) para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, y que (ii) en ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

Por su parte, la Corte Interamericana ha establecido que el artículo 21 de la CADH protege también a aquellos recursos naturales ubicados en los territorios indígenas y tribales que

hayan sido usados tradicionalmente y que son necesarios para la supervivencia y continuidad del pueblo<sup>702</sup>. El análisis realizado fue el siguiente:

123. Como se mencionó anteriormente (supra párrs. 85-96), debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre éste, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, para garantizar su supervivencia. De este modo, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad [...].

Este derecho a participar en la “utilización, administración y conservación” de los recursos naturales se aplica tanto a los recursos naturales renovables como a los no renovables<sup>703</sup>. El contenido de cada una de estas facultades debe interpretarse de la manera más amplia y favorable al ser humano (*pro hominem*). No se ha realizado una definición normativa sobre administración y conservación de recursos naturales<sup>704</sup> referida a pueblos indígenas, por ello se podrá recurrir preliminarmente a la definición común de esos términos en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, que ya vimos en párrafos anteriores. Si los aplicamos a pueblos indígenas o tribales, *participación en la administración* alude a la posibilidad de controlar y tomar decisiones sobre esos recursos para poder determinar sus prioridades de desarrollo, mientras que *participar en la conservación*<sup>705</sup> se refiere al derecho a oponerse al agotamiento de los recursos naturales como el derecho a gestionar conjuntamente con el Estado las acciones de conservación que se emprenda. En este último caso, si consideramos a los recursos genéticos, se ha previsto la obligación del Estado de:

700 OIT, *Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales*, 1957 (núm. 107), Informe VI (2), pág. 56.

701 Artículos 1.2 de ambos protocolos.

702 Corte IDH, caso *Saramaka vs. Surinam*, párr. 123. Ver además el caso *Comunidad indígena Yakye Axa*, supra nota 75, párrs. 124 y 137, y el caso *Comunidad indígena Sawhoyamaxa*, supra nota 75, párrs. 118 y 121.

703 Artículo 16.1 del Convenio 169 de la OIT.

704 Lo correspondiente a uso ya se ha desarrollado en las secciones anteriores.

705 Salgado y Gomiz, pág. 223.



[...] respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y 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 promover su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación más amplia 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<sup>706</sup>.

### Normatividad nacional

La Constitución Política desarrolla los lineamientos con relación al ambiente y los recursos naturales<sup>707</sup> y clasifica estos últimos en renovables y no renovables. Determina que son Patrimonio de la Nación y que el Estado es soberano en su aprovechamiento<sup>708</sup>. La soberanía que ostenta el Estado peruano sobre sus recursos naturales hace que este posea la facultad para decidir cómo, con quién y bajo qué condiciones se pueden aprovechar<sup>709</sup> aquellos bienes que se encuentran bajo su *dominio eminential*. También es importante señalar que el listado de recursos naturales existente en la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales es abierto, por tanto pueden agregarse nuevos recursos naturales en dicha lista.

Existen diversas formas de otorgar los recursos naturales a particulares. Una de ellas es la llamada concesión. Según la naturaleza de esta opción es que se pueden otorgar derechos de aprovechamiento a particulares. Según la Ley Orgánica para el Aprovechamiento de los Recursos Naturales<sup>710</sup>, la concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos una vez que sean extraídos de su fuente. De ningún modo lo anterior significa que el Estado pierda soberanía sobre ellos: el dominio eminential que ostenta garantiza su presencia vigilante y protectora del Patrimonio de la Nación. En la misma Ley figuran las licencias, autorizaciones, permisos, contratos de acceso, contratos de explotación y otras modalidades de otorgamiento de derechos sobre recursos naturales, las cuales han sido desarrolladas en leyes especiales referidas a cada recurso natural y que, además,

tienen los mismos alcances que las concesiones en lo que les sea aplicable.

Asimismo, la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales y la Ley General del Ambiente han establecido las siguientes reglas sobre los recursos naturales<sup>711</sup>:

- Los recursos naturales de libre acceso pueden ser usados sin exclusividad y gratuitamente, para satisfacer las necesidades de subsistencia y usos rituales de los pueblos indígenas, hasta que no existan derechos exclusivos o excluyentes de terceros o exista una reserva del Estado.
- Las modalidades ancestrales de uso de los recursos naturales son reconocidas, siempre que no contravengan las normas sobre protección del ambiente. En este punto debe recordarse que el Convenio 169 de la OIT no alude a una modalidad de uso o *acceso ancestral* del recurso natural o a la tierra, sino que utiliza el término *tradicional*<sup>712</sup>, incluyendo de esta forma no solo las modalidades ancestrales sino también las modalidades actuales de uso que hayan podido surgir durante años recientes en los pueblos indígenas.
- La no exclusividad sobre los recursos naturales de libre acceso termina cuando el Estado otorga los recursos naturales de libre acceso a algún particular o al propio pueblo indígena.
- Los pueblos indígenas tienen preferencia en el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales de sus tierras, debidamente tituladas, a menos que el Estado haga una reserva expresa o se otorguen derechos exclusivos o excluyentes a terceros.
- De otorgarse el aprovechamiento de los recursos naturales ubicados en los territorios de los pueblos indígenas a terceros, los pueblos indígenas tienen derecho a una participación justa y equitativa de los beneficios económicos que se deriven.
- El aprovechamiento de recursos naturales que se autorice en tierras de pueblos indígenas adoptará las medidas necesarias para evitar la afectación a su integridad cultural, social, económica y sus valores tradicionales.
- Los procedimientos de consulta en el caso anterior se dirigirán preferentemente a establecer acuerdos con sus representantes, para resguardar sus derechos, costumbres y establecer beneficios y medidas compensatorias por el uso de los recursos.

706 Artículo 8.j del Convenio sobre Diversidad Biológica

707 Artículo 66. Recursos naturales. Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por Ley Orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

Artículo 67. Política ambiental. El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

Artículo 68. Conservación de la diversidad biológica y áreas naturales protegidas. El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.

Artículo 69. Desarrollo de la Amazonía. El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada.

708 Art. 66 de la Constitución Política del Perú.

709 Chirinos y Ruiz (2002), pág. 34.

710 Ley 26821, Art. 23 y 24.

711 Ley 26821 - Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Artículos 17 y 18 y Ley 28611, Ley General del Ambiente, Artículo 72.

712 Artículo 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT. También se recomienda revisar la sección correspondiente en este documento.

En ambos escenarios —recursos naturales ubicados dentro del territorio de los pueblos indígenas o fuera de ellos—, el uso y aprovechamiento que realicen estará caracterizado por las prácticas o técnicas que tradicionalmente utilice cada pueblo indígena: el llamado *manejo de recursos naturales por los pueblos indígenas*. Dichas prácticas tradicionales constituirían una forma de administrar los recursos naturales que comprenda la conservación de los recursos biológicos renovables y el uso sostenible de estos, incluyendo la promoción de sistemas de producción sostenibles tales como los métodos tradicionales de agricultura, actividades agroforestales, forestales, manejo de pastos, fauna silvestre y recursos hidrobiológicos, que utilicen, mantengan o incrementen la biodiversidad<sup>713</sup>.

Por otro lado, dicho manejo de recursos naturales por los pueblos indígenas no tiene un margen de acción amplio, pues como ya hemos observado, los pueblos indígenas tendrían derecho de preferencia pero no exclusividad sobre los recursos naturales, a menos que se conviertan en los terceros inversionistas con los que el Estado quiera vincularse. Asimismo, como hemos visto previamente, el Estado solo otorga a los pueblos indígenas derechos de uso sobre las tierras con aptitud forestal y de conservación, lo cual limita un ejercicio integral del derecho reseñado.

Sin embargo, existe diversa normativa nacional que intenta reconocer el manejo de recursos naturales de los pueblos indígenas o su derecho a la participación en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales ubicados en sus territorios. Algunos de estos supuestos son:

### Áreas Naturales Protegidas Nacionales

- o Se reconocen los derechos adquiridos por los pueblos indígenas previos al establecimiento del ANP y se toma en cuenta esta situación en la evaluación del otorgamiento de derechos para el uso de los recursos naturales. El acceso y uso de las comunidades campesinas o nativas a los recursos naturales ubicados en el ANP implica la posibilidad de aprovechar las especies de flora y fauna silvestre permitidas, así como sus productos o subproductos. Para ello se determinan en cada caso los alcances del concepto de subsistencia en coordinación con los beneficiarios<sup>714</sup>.
- o Se respetan los usos ancestrales vinculados con la

subsistencia de las comunidades campesinas o nativas y de los grupos humanos en aislamiento voluntario o de contacto inicial o esporádico<sup>715</sup>.

- o Se reconoce el derecho de las comunidades campesinas o nativas a realizar actividades de caza de subsistencia; esta se realiza de acuerdo con lo establecido en el Plan Director y el Plan Maestro respectivo, y según los métodos tradicionales, siempre que estos no estén expresamente prohibidos y no afecten a especies en vías de extinción<sup>716</sup>.
- o Se permite la pesca de subsistencia por las poblaciones locales, comunidades campesinas y nativas<sup>717</sup>.
- o Las reservas comunales (RC)<sup>718</sup>, a diferencia de las clásicas ANP, son áreas destinadas a la conservación de la flora y fauna silvestre en *beneficio de las poblaciones locales y comunidades campesinas o nativas*. Su gestión es conducida directamente por los beneficiarios de acuerdo con sus formas organizativas, en un proceso a largo plazo en el cual estos consolidan sus conocimientos asociados a la conservación y al uso sostenible de recursos. En cuanto a los recursos ubicados en las RC, estos son preferentemente utilizados por las poblaciones rurales vecinas que han realizado un uso tradicional comprobado de aquellos, ya sea con fines culturales o de subsistencia<sup>719</sup>. Son una forma de reconocimiento parcial de las formas de manejo tradicional que los pueblos indígenas siempre han realizado y continúan practicando en los territorios que históricamente han habitado. Mediante el Régimen Especial para la Administración de las Reservas Comunales<sup>720</sup>, son los propios beneficiarios los que se encargan de la administración de las RC, regulándose, además, la administración y el manejo participativo de estas áreas entre el Estado, los pueblos indígenas y la población local organizada.

Este régimen es un intento por lograr una participación plena y activa de los pobladores locales indígenas y no indígenas<sup>721</sup> para que asuman el riesgo y la responsabilidad del manejo del territorio del cual ellos dependen. Por ello no se pretende que el modelo de manejo comunal establecido a través del Régimen de Administración de Reservas Comunales se base en una visión idealizada de las tradiciones indígenas, ya que “las comunidades no son estáticas sino que cambian a través del tiempo y a menudo se caracterizan por fisuras sociales [...]”<sup>722</sup>. Lo que se pretende establecer es la necesidad de considerar

713 <http://www.ignarm.dk/about/conceptos.htm>

714 Artículo 89 del Reglamento de la Ley de ANP.

715 Artículo 90 del Reglamento de la Ley de ANP.

716 Artículo 110 del Reglamento de la Ley de ANP.

717 Artículo 112 del Reglamento de la Ley de ANP.

718 Esta sección toma como documento base el artículo “El régimen de las reservas comunales. Áreas naturales protegidas o estrategias en tránsito?” Boletín *Purús*, 2010, págs. 3-4.

719 Artículo 56 del Reglamento de la Ley de ANP - DS 038-2001-AG.

720 Aprobado mediante Resolución de Intendencia 019-2005-INRENA-IANP.

721 Tresierra, (2000). Derechos de uso de los recursos naturales por los grupos indígenas en el bosque tropical. Pág. 17.

722 McCay y Jentoft. (2000) ¿Falla del mercado o de la comunidad? Perspectivas críticas de la investigación sobre la propiedad colectiva, pág. 83, en *El cuidado de los bienes comunes. Gobierno y manejo de los lagos y bosques en la Amazonía*.

cuidadosamente, las normas culturales propias de cada pueblo indígena, para llegar a un manejo comunal adecuado.

Si consideramos que el co-manejo es una situación en la que dos o más actores negocian, definen y garantizan entre ellos una distribución equitativa de las funciones de gestión, derechos y responsabilidades para un determinado territorio o un conjunto de recursos naturales<sup>723</sup>, entonces, tal como señala Richard Chase Smith<sup>724</sup>: “[...] es urgente entender mejor las diferentes formas locales de tenencia y gestión colectivas en el Perú, analizar sus aciertos y debilidades, y fortalecer aquellas que ofrecen mayor posibilidad de proteger los derechos de todos y de utilizar los recursos en la forma más sostenible posible”.

Si bien las RC fueron vistas por los pueblos indígenas como una estrategia paralela de protección de sus territorios ancestrales, frente a amenazas como la demora en la titulación de sus tierras, la posibilidad de ser invadidos por los colonos, extractores forestales legales o ilegales o por la migración de la sierra, el régimen de las RC no ha satisfecho todas sus expectativas<sup>725</sup>. Así, algunas de las necesidades que los pueblos indígenas pensaban satisfacer mediante este régimen de RC no fueron alcanzadas y, por el contrario, se crearon algunos impactos colaterales:

- No existe un programa para prevenir impactos generados por la implementación de un nuevo sistema administrativo como el que trae el modelo de las RC<sup>726</sup>.
- Se observa un aumento del individualismo causado por la predominancia de actividades económicas extractivas que proveen inmediatos beneficios (especialmente en los más jóvenes), causando impactos en la organización interna de las comunidades<sup>727</sup>.
- La relación que tienen con el territorio no es la que ellos habían esperado. Los pueblos indígenas no ejercen una plena titularidad y no pueden organizar su propio sistema de manejo según sus necesidades<sup>728</sup>.

- Este régimen no permite la transferencia y/o descentralización de competencias que esperaban<sup>729</sup>.
- Este régimen especial no define conceptualmente co-manejo y no reconoce el hecho de que las ANP se encuentran de hecho en territorios indígenas ancestrales<sup>730</sup>.
- Los pueblos indígenas no participan en la toma de decisiones significativas que impacten sobre la RC<sup>731</sup>. La percepción de los pueblos indígenas es que, si bien reciben “[...] la oportunidad de participar en la conservación de las RC, muy rara vez se les permite demostrar que sus estrategias de subsistencia pueden ser instrumentos de conservación”<sup>732</sup>.
- El manejo técnico del territorio implementado muestra que la RC debe recaer en manos de los expertos, y dado que los pueblos indígenas no lo son, el poder no está compartido<sup>733</sup>.

Por lo antes expuesto, creemos que la inclusión expresa del co-manejo (una especie de manejo de recursos naturales por pueblos indígenas) en el Régimen Especial de Administración de las Reservas Comunales traerá una visión no solo técnica y conservacionista, sino también la inclusión de aspectos relevantes como los socioculturales y ambientales en los ámbitos local, regional y nacional, contribuyendo a la gobernanza de los bosques.

#### **Recursos forestales y de fauna silvestre<sup>734</sup>**

- o El aprovechamiento de los recursos forestales y de fauna silvestre requerirá el otorgamiento de un permiso otorgado por la autoridad regional forestal y de fauna silvestre, a excepción de las actividades de uso con fines domésticos, de autoconsumo o subsistencia<sup>735</sup>. El manejo forestal de los bosques comunales que realizan las comunidades nativas se efectúa con autonomía, conforme a su cosmovisión y con planes de manejo acordes con lineamientos que incorporen sus valores culturales, espirituales, cosmovisión y otros usos tradicionales del bosque, así como el control de la actividad por la propia comunidad y por el sector correspondiente<sup>736</sup>.

723 Sorri-Feyerabend citado por Peter Castro y Nielsen en: Indigenous people and co-management: implications for conflict management. *Environmental Science & Policy* 4 (2001).

724 Smith, (2000). Introducción: los bienes comunes y su gestión comunitaria: conceptos y prácticas, pág. 16. En *El cuidado de los bienes comunes: gobierno y manejo de los lagos y bosques en la Amazonía*.

725 Álvarez, Alca, Galvin, García, (2008). The Difficult Invention of Participation in the Amarakaeri Communal Reserve, Peru, pág. 127-128, en *People, Protected Areas and Global Change. Participatory Conservation in Latin America, Africa, Asia and Europe*.

726 *Ibíd.*, pág. 130.

727 *Ibíd.*, pág. 130.

728 *Ibíd.*, pág. 135.

729 *Ibíd.*, pág. 135.

730 *Ibíd.*, pág. 135.

731 *Ibíd.*, pág. 136-137.

732 Tresierra, (2002). Derechos de uso de los recursos naturales por los grupos indígenas en el bosque tropical, pág. 11.

733 *Ibíd.*, pág. 136-137.

734 El contenido se elaboró sobre la base de la nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre - Ley 29763.

735 Artículo 81 de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre.

736 Artículo 75 de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre.

La cesión en uso reconoce a los pueblos indígenas el derecho real exclusivo, pero no excluyente, indefinido y no transferible de las comunidades nativas sobre las tierras comunales no agrícolas, con la finalidad de asegurar los usos tradicionales y sistemas de vida. De esta forma les reconoce en exclusividad la posesión, acceso, uso, disfrute y aprovechamiento de las tierras de producción forestal, y de protección de sus recursos forestales y de fauna silvestre y los servicios de los ecosistemas que en ellas se encuentran<sup>737</sup>. Sin embargo, si consideramos a las tierras comunales no agrícolas como recursos naturales, se tendría que reconocer no solo la participación de las comunidades en el acceso, uso, disfrute y aprovechamiento, sino también su derecho a la participación en la administración y conservación de dichas tierras no agrícolas, de conformidad con lo establecido en el artículo 15.I del Convenio 169 de la OIT.

- o Por otro lado, se reconoce la concepción del bosque de los pueblos indígenas y se respetan sus conocimientos tradicionales sobre el uso y manejo forestal y de fauna silvestre, incorporándolos en las normas técnicas que regulan el manejo forestal comunitario, siempre en coordinación con la entidad competente en la materia<sup>738</sup>.
- o Se reconoce que las comunidades nativas determinan, mediante acuerdo de su asamblea comunal, el ordenamiento interno y gestión de sus tierras comunales de acuerdo con sus usos, costumbres, normas y estructura organizacional<sup>739</sup>.

### Acceso a recursos hidrobiológicos en la Amazonía peruana

- o Las comunidades nativas tienen derecho de acceso preferencial a la explotación de recursos hidrobiológicos en el área de influencia de las cochas, con fines de subsistencia y para usos rituales<sup>740</sup>. Al ser un derecho preferente, pero no exclusivo ni excluyente, si un particular quisiera realizar una explotación comercial de estos recursos, podría hacerlo presentando los requisitos administrativos necesarios; de esta manera, se estaría promoviendo o presionando a que la comunidad realice un aprovechamiento comercial únicamente para poder garantizar el acceso preferencial a la cocha y sus recursos.

### Recursos hídricos

- o El Estado conoce y respeta el derecho de las comunidades nativas y campesinas de utilizar las aguas existentes o que

discurren por sus tierras, así como sobre las cuencas de donde nacen dichas aguas, para fines económicos, de transporte, de supervivencia y culturales. Este derecho es imprescriptible, prevalente y se ejerce de acuerdo con los usos y costumbres ancestrales de cada comunidad<sup>741</sup>.

- o Se reconoce la organización de las comunidades nativas amazónicas en comités de subcuenca de acuerdo con sus usos y costumbres para toda actividad cultural, social o económica, encargándose de la protección de las cochas, humedales y restingas de la selva<sup>742</sup>.

De esta forma, se estaría reconociendo no solo el derecho a la participación en la utilización, administración y conservación sobre el recurso natural, sino también el derecho de propiedad y posesión sui generis reconocido por el artículo 13 y 14.I del Convenio 169 de la OIT mencionado en los apartados anteriores, ya que el recurso hídrico integraría el territorio indígena.

### Conclusiones

- Además del derecho a la propiedad y posesión sobre el territorio indígena (que incluye la tierra y los recursos naturales existentes en él) que utilizan tradicionalmente u ocupan de alguna manera, los pueblos indígenas también tienen derecho a la participación en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales.
- La forma de participación en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales no se limita únicamente a las formas establecidas por el Estado o reconocidas como ancestrales por este, sino que también se consideran las formas de uso que tradicionalmente realicen.
- Los pueblos indígenas tienen preferencia en el uso sostenible de los recursos naturales de sus territorios, pero no tienen derechos de exclusividad; es decir, si ellos no pueden aprovechar el recurso, alguien más lo hará. Tampoco tienen derechos excluyentes; es decir, pueden tener el derecho de aprovechamiento sobre el recurso forestal maderable, pero un tercero puede tener derecho de aprovechamiento sobre un recurso no maderable.
- El reconocimiento de un derecho preferente pero no exclusivo ni excluyente realizará presión para que sean los propios pueblos indígenas los que obtengan el derecho de exclusividad cuando realicen un aprovechamiento comercial del recurso natural.
- En el caso de las áreas naturales protegidas, se esperaba que las RC fueran una forma de lograr la participación en la

737 Artículo 76 de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre.

738 Artículo 78 de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre.

739 Artículo 79 de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre.

740 Artículo 8 del Reglamento de Ordenamiento Pesquero de la Amazonia Peruana - DS 015-2009-PRODUCE.

741 Artículo 64 de la Ley de Recursos Hídricos - Ley 29338.

742 Artículo 118 de la Ley de Recursos Hídricos.

administración de los recursos naturales existentes en ella; sin embargo, los pueblos indígenas no pueden organizar su propio sistema de manejo del área natural protegida.

## Recomendaciones

Adecuar la normatividad nacional reconociendo expresamente el manejo comunal de los recursos naturales.

### 2.9.2. ¿En qué consiste el derecho a participar en los beneficios de las actividades de prospección o explotación?

Los pueblos indígenas deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten las actividades de prospección o explotación<sup>743</sup>. Para ello, se debe obtener el consentimiento previo e informado, no solo para realizar las actividades de exploración o explotación, sino también para garantizar que los beneficios se compartan de manera equitativa<sup>744</sup>. Para el caso de determinar a los beneficiarios, también se deberá realizar una consulta y no establecerse unilateralmente por el Estado<sup>745</sup>. Asimismo, en caso de surgir algún conflicto entre los miembros del pueblo indígena sobre quiénes pueden recibir el beneficio, esto debe resolverse de conformidad con las costumbres y normas tradicionales de los pueblos y no por el Estado<sup>746</sup>.

Finalmente, no debe confundirse la participación en los beneficios de un proyecto con los servicios sociales que obligatoriamente debe proveer el Estado<sup>747</sup>.

## Normatividad nacional

En caso de asignarse derechos a terceros para el aprovechamiento de los recursos naturales dentro de las tierras tituladas de las comunidades nativas y campesinas, estos tendrán derecho a una participación justa y equitativa de los beneficios económicos que pudieran derivarse según lo establecido por las normas sectoriales existentes. De igual modo, las consultas se dirigirán también a establecer beneficios

y medidas compensatorias por el uso de los recursos, conocimientos tradicionales o tierras, además de resguardar sus derechos y costumbres tradicionales<sup>748</sup>.

### 2.9.3. ¿En qué consiste la obligación de realizar estudios de impacto social, espiritual, cultural y ambiental?

El Convenio 169 de la OIT, además de reconocer la importancia de los EIA, también da una relevancia especial a la evaluación de los impactos sociales, espirituales y culturales<sup>749</sup>:

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.

Estos estudios se deben realizar **en cooperación** con los pueblos interesados; además, sus resultados deben ser **considerados como criterios fundamentales** para la ejecución de las actividades de desarrollo previstas.

Por su parte, la Corte Interamericana, al tratar sobre los Estudios de Impacto Social y Ambiental (EISA) en la sentencia interpretativa del caso *Saramaka vs. Surinam*, recomienda la realización de estos estudios antes de cualquier otorgamiento de concesiones relacionadas con proyectos de desarrollo o inversión, ya que la trascendencia de estos estudios radica no solo en obtener la medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también en:

[...] asegura[r] que los miembros del pueblo Saramaka [pueblos indígenas en general] tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria<sup>750</sup>.

743 Artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT y artículo 21.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

744 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*, para. 16.

745 Corte IDH, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C N.º 185, párr. 25.

746 Corte IDH, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C N.º 185, párr. 26.

747 CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. párr. 243.

748 Artículo 72 de la Ley General del Ambiente.

749 Artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT.

750 Corte IDH, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia de 12 de agosto de 2008 (interpretación de la sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 40. La sentencia del caso *Saramaka vs. Surinam* sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas fue emitida el 28 de noviembre de 2007.

Para lograr el objetivo de los EISA, estos deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas desarrolladas sobre el tema, como por ejemplo los lineamientos establecidos en la directriz Akwé: Kon mencionada como un referente importante en la sentencia interpretativa del caso *Saramaka vs. Surinam*<sup>751</sup>. Adicionalmente, la Corte Interamericana ha establecido que los EISA deben considerar los impactos acumulativos que hayan generado otros proyectos y además, deben contener un Estudio de Impacto en Derechos Humanos. Este estudio es un instrumento que complementa la información recogida en los EISA y en este se evalúa adecuadamente el efecto que una restricción al derecho de propiedad puede generar sobre otros derechos<sup>752</sup>. De no realizarse EISA o no supervisarlos, la Corte Interamericana considera que se viola el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>753</sup>.

En el mismo sentido, si los estudios de impacto social o ambiental identifican reclamos relativos al derecho de propiedad o posesión de los pueblos indígenas que no han sido previamente identificados por el Estado, debería suspenderse la ejecución del proyecto hasta que dichos reclamos hayan sido debidamente resueltos a través de procedimientos adecuados<sup>754</sup>.

Por su parte en el caso *Sarayacu vs. Ecuador*, la Corte Interamericana consideró que la realización de tales estudios constituye una de las salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo; sobre esa base, el Tribunal estableció que el Estado debía garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio de una comunidad indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental<sup>755</sup>. De igual modo, la Corte estableció que los EISA deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas, deben respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas, garantizar la efectiva participación del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de concesiones<sup>756</sup>, ser sometido a un control estricto posterior por órganos estatales de fiscalización y debe tomarse en

cuenta la incidencia social, espiritual y cultural que la actividad o proyecto pueda tener sobre los pueblos<sup>757</sup>.

Al establecer la jurisprudencia de la Corte Interamericana la necesidad de realizar un EISA según estándares internacionales y recomendar para ello la directriz Akwé: Kon, es importante reseñarla como una guía a cumplir, a pesar de no ser obligatoria en el marco del Convenio de Diversidad Biológica. Algunas de estas recomendaciones de la guía son:

- Establecer mecanismos que garanticen la participación de la comunidad local e indígena. Estas deberían ser invitadas a participar en todo órgano nombrado para asesorar en las fases de selección y ámbito de un proceso de evaluación de impacto de una propuesta de desarrollo o deberían ser consultadas<sup>758</sup>.
- Establecer un proceso para registrar las opiniones y preocupaciones de los miembros de la comunidad indígena o local cuyos intereses es probable que estén afectados por un desarrollo propuesto<sup>759</sup>.
- Integrar las evaluaciones de los impactos culturales, ambientales y sociales en un único proceso. Así la evaluación de impacto cultural debe identificar los asuntos que son de especial preocupación cultural, como los del patrimonio cultural, religión, creencias y enseñanzas sagradas, prácticas consuetudinarias, formas de organización social, sistemas de uso de recursos naturales, incluyendo patrones de utilización de la tierra, lugares de importancia cultural, valoración económica de los recursos culturales, lugares sagrados, ceremonias, idiomas, sistemas de leyes consuetudinarias y estructuras políticas, funciones y costumbres<sup>760</sup>.
- Para determinar el ámbito de una evaluación de impacto cultural, deben considerarse<sup>761</sup>:
  - o Posibles impactos en la continuación del uso acostumbrado de los recursos biológicos.
  - o Posibles impactos en el respeto, conservación protección y mantenimiento de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales.
  - o Protocolos.
  - o Posibles impactos en lugares sagrados y en las actividades rituales o ceremoniales asociadas.
  - o Respeto a la necesidad de intimidad cultural.

751 Párrafo 41 de la sentencia interpretativa *Saramaka vs. Surinam*.

752 Párrafo 30 de la sentencia interpretativa *Saramaka vs. Surinam*.

753 Corte IDH, caso *Saramamka vs. Surinam*, párr. 154.

754 CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, párr. 249 .

755 Corte IDH, caso *Sarayacu vs. Ecuador*, párr. 205 y caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párr. 130.

756 Corte IDH, caso *Sarayacu vs. Ecuador*, párr. 206.

757 Corte IDH, caso *Sarayacu vs. Ecuador*, párr. 207.

758 Párrafo 14 de la directriz *Akwé:Kon*.

759 Párrafo 17 de la directriz *Akwé:Kon*.

760 Párrafo 24 de la directriz *Akwé:Kon*.

761 Párrafo 27 de la directriz *Akwé:Kon*.

- o Posibles impactos en el ejercicio de leyes consuetudinarias.
- En las evaluaciones de impacto social, deben elaborarse indicadores de desarrollo social coherentes con las opiniones de las comunidades indígenas y locales<sup>762</sup>.
- En la determinación del ámbito de la evaluación de un impacto social, debe considerarse lo siguiente:
  - o Estudios de línea de base.
  - o Impactos económicos.
  - o Posibles impactos en sistemas tradicionales de tenencia de tierras.
  - o Consideraciones de sexos.
  - o Consideraciones generacionales.
  - o Aspectos de salud y seguridad.
  - o Efectos en la cohesión social.
  - o Estilos de vida tradicionales.
  - o Posible impacto en el acceso a los recursos genéticos como medio de vida.
- Incorporar en la legislación nacional y hacer explícitos los requisitos de estos estudios a los "gestores del desarrollo y de políticas" para motivar el uso de estas herramientas incluso antes de la etapa de "solicitud o asentimiento o, en algunos casos, antes de los procedimientos de selección"<sup>763</sup>.

### Normatividad nacional

A pesar de que el artículo 10° de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental - SEIA<sup>764</sup> no hace referencia alguna al componente social del EIA, el artículo 34 del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental - SEIA<sup>765</sup> precisa que toda referencia al impacto ambiental en el marco del SEIA comprende también a los impactos sociales relacionados. En igual sentido, el artículo 49 del mismo reglamento señala que el contenido específico del EIA será determinado por las autoridades sectoriales o locales en función de las características de los proyectos de inversión, dándose a las autoridades competentes un plazo de ciento ochenta días calendario<sup>766</sup> para elaborar, adecuar o actualizar las normas de su sector vinculadas a la evaluación de impacto ambiental.

En cuanto a las comunidades nativas y campesinas, el artículo 71 del Reglamento de la Ley del SEIA señala que se tomarán las medidas necesarias para prevenir, minimizar, controlar, mitigar, rehabilitar y compensar, según corresponda, los impactos y efectos negativos, así como los riesgos que se pudieran generar, de acuerdo con lo previsto en el Convenio 169 de la OIT.

### Conclusiones

Los estudios de impacto social, espiritual y cultural tienen la misma importancia que los EIA. Sus resultados serán criterios fundamentales para la ejecución de las actividades previstas. Estos estudios (conocidos como estudios de impacto social por la corte IDH) deben realizarse conforme a los estándares internacionales existentes y considerar los impactos acumulativos de otros proyectos, así como contener un Estudio de Impacto en Derechos Humanos.

### Recomendaciones

Establecer en el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental un órgano encargado de la evaluación y supervisión de estos instrumentos de gestión, así como los lineamientos para su adecuada elaboración y valoración.

### 2.9.4. ¿En qué consiste la indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de las actividades de prospección o explotación?

Los pueblos deberán recibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de las actividades de prospección o explotación de recursos naturales<sup>767</sup>. El daño puede ser material o inmaterial. En el primer caso consiste en la pérdida o disminución de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso<sup>768</sup>; por ejemplo, los gastos realizados para reclamar la protección de los derechos, los daños a sus territorios y recursos naturales, afectación económica por la paralización de actividades productivas<sup>769</sup>, entre otros. Los daños inmateriales pueden comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores

762 Párrafo 42 de la directriz *Akwé:Kon*.

763 Párrafo 67 de la directriz *Akwé:Kon*.

764 Ley 27446.

765 Decreto Supremo 019-2009- MINAM.

766 Primera Disposición Complementaria Final del DS 019-2009-MINAM.

767 Artículo 15.2 del Convenio 169.

768 Corte IDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C N.º 91, párr. 43 y caso *González Medina y familiares vs. República Dominicana*, párr. 310. Ver también caso *Sarayacu vs. Ecuador*, párr. 309.

769 Corte IDH, caso *Sarayacu vs. Ecuador*, párr. 316.

muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia<sup>770</sup>; por ejemplo, las afectaciones sufridas en atención a su profunda relación social y espiritual con su territorio, en particular por la destrucción de parte de la selva y lugares de alto valor simbólico, el sufrimiento del pueblo, el cambio en las condiciones y modo de vida, la frustración respecto del sistema legal interno que no los protege contra violaciones a sus derechos, denigración de sus valores culturales y espirituales<sup>771</sup>, entre otros.

Adicionalmente se ha establecido que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a participar en el proceso de determinación de los daños causados, los impactos sobre sus actividades de subsistencia y la indemnización por los daños causados por los proyectos de exploración y explotación. Asimismo, la Corte Interamericana ha recomendado a los Estados reparar tanto en el ámbito individual como comunitario; la forma y monto de la reparación debe ser acordada con los miembros de la comunidad y sus representantes, de acuerdo con el derecho consuetudinario, sus valores, usos y costumbres<sup>772</sup>.

Asimismo, se debe recordar que el cálculo de la indemnización debe seguir criterios de discriminación en relación con otros propietarios privados y que no es necesario que los pueblos indígenas cuenten con un título formal de propiedad para poder acceder a los tribunales, exigir la protección de ese derecho y solicitar la reparación por daños y perjuicios<sup>773</sup>.

### Normatividad nacional

Los daños ocasionados por un bien o una actividad riesgosa deben ser cubiertos por una justa y equitativa indemnización, que contemple la recuperación del ambiente afectado, así como la ejecución de medidas para mitigar los efectos del daño y evitar que este se vuelva a producir<sup>774</sup>. Por otra parte, la reparación del daño ambiental consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes y la indemnización económica estipulada<sup>775</sup>.

### Conclusiones

Las indemnizaciones pueden realizarse de forma tanto individual como comunitaria y contemplarán los daños materiales e inmateriales.

No es necesario tener un título de propiedad para poder solicitar la indemnización por daños y perjuicios.

### Recomendaciones

Elaborar lineamientos especiales para evaluar el daño producido a los pueblos indígenas por actividades de exploración o explotación, así como criterios de valoración que consideren no solo los daños materiales sino también los inmateriales.

---

770 Corte IDH, caso *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*, párr. 84 y caso *Fomerón e hija vs. Argentina*, párr. 194. Ver también caso *Sarayacu vs. Ecuador*, párr. 318 y caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 200.

771 Corte IDH, caso *Sarayacu vs. Ecuador*, párr. 323.

772 Corte IDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, párrs. 386 y 387.

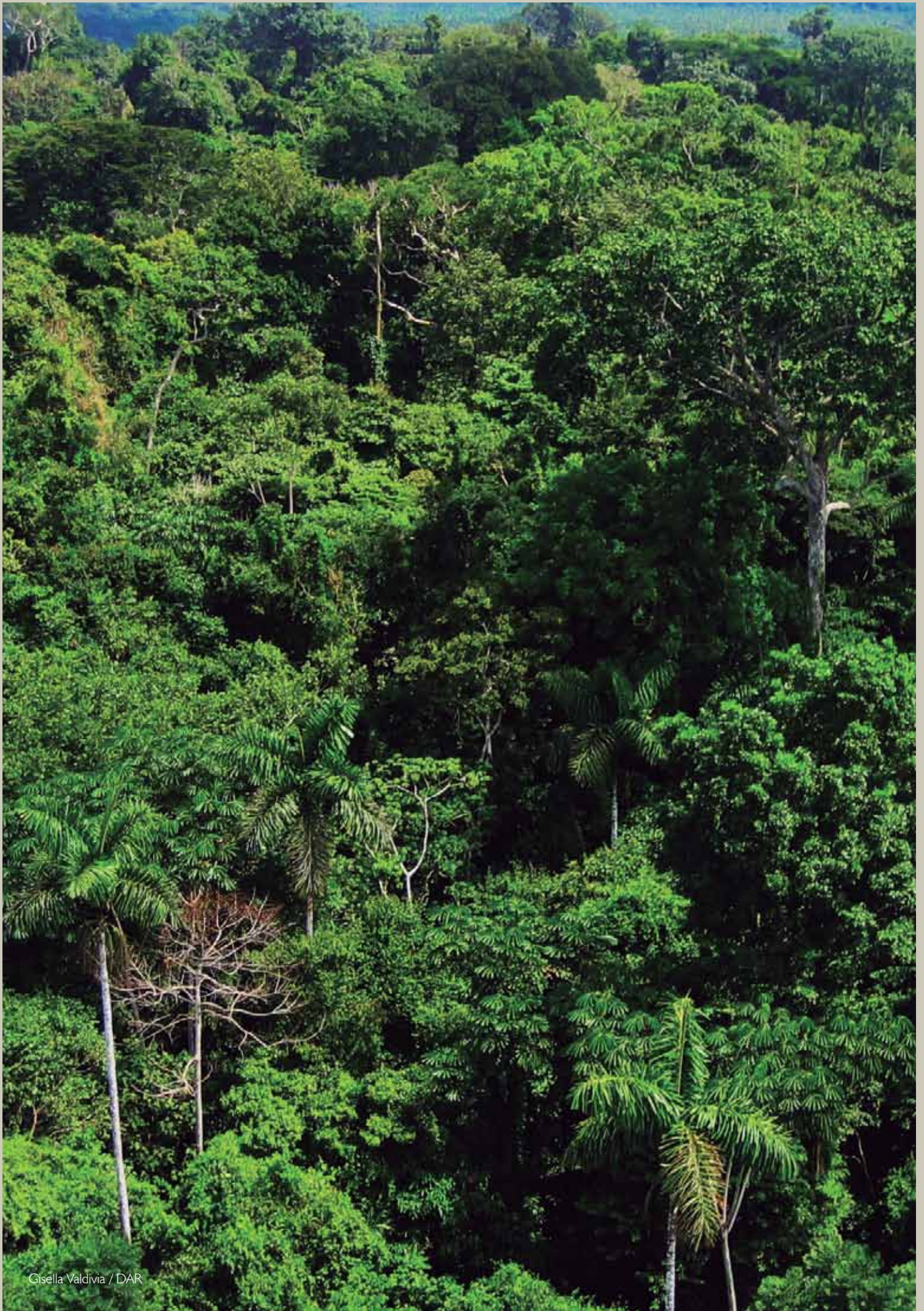
773 CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, párrs. 391 y 392.

774 Artículo 144 de la Ley General del Ambiente.

775 Artículo 147 de la Ley General del Ambiente.







## CAPÍTULO III

# LOS DERECHOS A LA CONSULTA, TERRITORIO Y RECURSOS NATURALES APLICADOS A REDD+

# 3

## I. INTRODUCCIÓN

### I.1. ¿Qué es REDD+?

REDD+ es una iniciativa política internacional que busca a reducir las emisiones de dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) derivadas de la deforestación y la degradación de los bosques en los países en desarrollo, valorando también la función de la conservación, la gestión sostenible de los bosques y el aumento de las reservas forestales de carbono en los bosques<sup>776</sup>. Para entender lo que es REDD+, debemos comprender el contexto más global de esa iniciativa.

Durante las últimas décadas, los Estados se han dado cuenta de que el clima de la Tierra está cambiando y que su temperatura viene subiendo. Se están observando y pronosticando cambios en la dirección y velocidad de los vientos, en el nivel de los océanos, en patrones de lluvias y en las corrientes marinas. Esos efectos, conocidos como “cambio climático”, están generando eventos dañinos para los humanos y la vida en general, sequías,

tormentas e inundaciones, y los pronósticos para el futuro son peores. Los científicos han llegado a un consenso según el cual el calentamiento global es provocado en gran parte por las actividades humanas, especialmente por la producción excesiva de gases de efecto invernaderos, entre ellos el CO<sub>2</sub>.

El CO<sub>2</sub> es un gas naturalmente presente en el aire, pero las actividades industriales, el transporte masivo mediante uso de hidrocarburos y las actividades productivas (ej. la cría intensiva, la producción de energía), entre otros, han aumentado dramáticamente el nivel de CO<sub>2</sub> en la atmósfera, de tal manera que no pueda ser reciclado de manera natural. El CO<sub>2</sub>, como otros gases presentes en el aire, juega un papel fundamental en el efecto invernadero - es decir, el calentamiento de la atmosfera terrestre provocado por la acción conjunta del sol y de esos gases - y entonces en el cambio climático.

En 1992, casi todos los Estados del planeta se reunieron en Río de Janeiro para adoptar medidas de protección del medio ambiente, lo que resultó, entre otras cosas, en la adopción

<sup>776</sup> Para una explicación detallada, véase Erni y Tugendhat (2010), *¿Qué es REDD? Una guía para las comunidades indígenas*, IWGIA, Servindi, FPP, AIPP y Tebtebba, Lima.

de un tratado internacional, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (en adelante, la "CMNUCC"). Ese tratado, en vigor desde 1994, es una convención "marco", es decir que necesita otras convenciones (llamadas "protocolos") para su plena implementación. La Convención reconoce la necesidad de actuar rápidamente para estabilizar la concentración de los gases de efecto invernadero, adoptando el principio de las "responsabilidades comunes pero diferenciadas", según el cual los Estados industrializados o desarrollados, con una responsabilidad mayor en el cambio climático, tienen obligaciones más exigentes<sup>777</sup>. Sin embargo, existen posiciones distintas acerca de las medidas a tomar para reducir efectivamente el calentamiento global. En efecto, al lado de los debates técnicos, la reducción de la producción de CO<sub>2</sub> necesita cambios en el modo de vida (ej. consumo, transporte, producción, uso de energía), lo que implica costos de adaptación que los Estados no siempre quieren soportar.

Implementando las disposiciones de la Convención Marco, algunos de los países desarrollados se comprometieron a metas cifradas mediante la firma del Protocolo de Kyoto en Japón, en 1997. Ese tratado establece objetivos claros de reducción para el período 2008-2012. Los Estados tienen varias opciones para cumplir con sus metas. Una de ellas es el uso de "créditos de carbono": los Estados que cumplen con resultados de reducción más elevados que sus metas disponen de "créditos" que pueden luego vender a los Estados que no han alcanzado sus metas. Así, se ha dado un valor comercial a los stocks de CO<sub>2</sub>.

Durante ese proceso, varias voces se expresaron a favor de la consideración de los efectos de la deforestación y de la degradación (destrucción total o parcial del bosque) que no fueron considerados en el Protocolo de Kyoto. En efecto, los bosques juegan un papel fundamental en el reciclado del CO<sub>2</sub> presente en el aire al convertirlo naturalmente en materia orgánica (ej. la madera) y en oxígeno. La deforestación y la degradación de los bosques tienen entonces dos efectos negativos en lo que atañe a las emisiones de CO<sub>2</sub>: no solo se impide su función de fijación del carbono, sino también se emite CO<sub>2</sub> al quemar los bosques para deforestarlos. Por un lado, se incrementan las emisiones de CO<sub>2</sub>, y por el otro se reduce la capacidad de los bosques de almacenarlo. Se evidencia que la deforestación y la degradación de los bosques contribuyen con 18% a 25%<sup>778</sup> de las emisiones de CO<sub>2</sub>. Esas constataciones fomentaron la propuesta REDD.

REDD es un acrónimo por "Reducción de Emisiones por Deforestación y Degradación de los bosques". Es una propuesta que se hizo en 2005 durante la XI Conferencia de las Partes (COP, por su nombre en inglés, *Conference of Parties*), la conferencia anual de los Estados partes de la CMNUCC. La idea fue la siguiente: los países industrializados pagarán a los países en desarrollo para aplicar políticas y proyectos que ayudarán a luchar contra la deforestación y la degradación de sus bosques. Durante la XIII sesión de la COP de la CMNUCC en Bali en 2007 (COP13) se decidió que REDD debería también aplicarse a iniciativas destinadas a la función de la conservación, a la gestión sostenible de los bosques y al aumento de las reservas forestales de carbono en los países en desarrollo<sup>779</sup>. Al agregar esas tres componentes a la deforestación y degradación, se cambió el nombre de la iniciativa por "REDD+".

Los Estados se pusieron de acuerdo para que REDD+ se implementara en tres fases<sup>780</sup>: (i) una fase de *preparación* ("Readiness" en inglés), comenzando por la elaboración de estrategias o planes de acción, políticas y medidas nacionales y la realización de actividades de fomento de la capacidad. La elaboración y aplicación de estrategias o planes de acción nacionales supone abordar, entre otras cosas, las cuestiones de la tenencia de la tierra, la gobernanza forestal, las consideraciones de género y las "salvaguardas", entre ellas, las medidas de protección de los derechos de los pueblos indígenas; (ii) una fase de implementación, durante la cual se aplican las estrategias o planes de acción, contando con transferencia de tecnología y se implementan proyectos pilotos de REDD+, llamados "demostraciones basadas en los resultados"; (iii) una fase de *pago por resultados* ("Accounting", en inglés), durante la cual se desarrollan proyectos, se verifican sus efectos y se pagan las compensaciones. Se reconoció que la puesta en práctica de esas medidas dependería de las circunstancias nacionales. Hoy en día, se observa que los gobiernos no están implementando esas fases una tras otra, sino que lo hacen de manera simultánea, de tal modo que ya existen proyectos REDD+ sin que las políticas o la normatividad sean adaptadas.

En la actualidad, los Estados están todavía negociando la incorporación de REDD+ en un tratado internacional. No existe un marco jurídico internacional claro sobre el funcionamiento de programas o proyectos REDD+. Entre las incertidumbres existentes, las modalidades de financiamiento de REDD+ quedan indefinidas. Unos favorecen el financiamiento mediante fondos, es decir contribuciones de varios donantes. Otros

777 Artículo 3, inciso 1, del CMNUCC.

778 Ver Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) (equipo de redacción principal: Pachauri, R.K. y Reisinger, A., directores de la publicación) (2007), *Cambio climático 2007: Informe de síntesis. Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al Cuarto Informe de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, IPCC, Ginebra, Suiza*.

779 Ver el Plan de Acción de Bali, Decisión 1/CP.13, y Decisión 2/CP.15 (Copenhague), Decisión 1/CP.16 (Cancún). Todas las decisiones adoptadas por las COP están disponibles en: <http://unfccc.int/documentation/decisions/items/3597.php?dec=j&such=j&cp=/CP#beg>.

780 Decisión 1/CP.16 (Cancún), párr. 73.

favorecen el uso de mercados de crédito de carbono, como lo autoriza el Protocolo de Kyoto. Otros proponen soluciones híbridas. Por otra parte, existen discusiones pendientes sobre las modalidades de reparticiones de los beneficios que van a generar los proyectos REDD+. Las iniciativas REDD+ involucran a muchos actores: instituciones internacionales, gobiernos, autoridades regionales y locales, bancos, empresas, ONG, pueblos indígenas y la sociedad civil en general, sin que las relaciones entre todos esos actores sean reguladas de manera clara. A pesar de esas incertidumbres, REDD+ ya es una realidad en países como el Perú.

## 1.2. ¿Cómo el Perú está participando en REDD+?

El Perú, que todavía se encuentra en la fase de preparación (Readiness), ya participa en varias iniciativas relacionadas con REDD+: la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, el Mecanismo Cooperativo para el Carbono Forestal (FCPF), el Programa de Inversión Forestal (FIP), el REDD+ *Interim Partnership*, el Programa UN-REDD (como observador)<sup>781</sup> y los mercados voluntario<sup>782</sup>. Por un lado, se están desarrollando iniciativas destinadas a los mercados voluntarios. En efecto, varios actores privados, nacionales o internacionales, utilizan normas privadas para preparar o desarrollar proyectos REDD+, en ausencia de regulación de esas actividades<sup>783</sup>. Por otro lado, la implementación de REDD+ se está preparando en esferas internacionales. Entre ellas, el Banco Mundial ha establecido el Mecanismo Cooperativo para el Carbono Forestal y el Programa de Inversión Forestal, que son las principales iniciativas en las cuales participa el Perú.

El FCPF<sup>784</sup> es el principal mecanismo del Banco Mundial para promover REDD+. Se encuentra operativo desde el año 2008. Los participantes son los países en desarrollo (beneficiarios), los países industrializados y entes públicos o privados (donantes). El objetivo del FCPF es doble: preparar a los Estados a la implementación de proyectos REDD+, así como generar experiencia con proyectos pilotos para la futura aplicación de REDD+ a larga escala. El FCPF está actualmente gestionando dos fondos: el Mecanismo de Preparación (Readiness Fund) y el Mecanismo de Financiamiento de Carbono (*Carbon Fund*). El Perú está actualmente colaborando con el FCPF mediante el Mecanismo de Preparación.

El Mecanismo de Preparación ayuda a los países beneficiarios a prepararse a participar en REDD+, apoyándolos en la adquisición del conocimiento técnico necesario y en la creación de las condiciones necesarias, lo que incluye: (i) preparar una estrategia REDD, adaptando el marco político, legal e institucional del país; (ii) establecer un escenario de referencia nacional para las emisiones generadas por la deforestación o por la degradación, y (iii) establecer un sistema nacional de monitoreo, informe y verificación (MRV) que permitirá calcular precisamente la reducción de las emisiones en comparación con referencias históricas. El Mecanismo apoya al Estado de manera financiera para lograr esos objetivos.

Para beneficiarse de la totalidad de los fondos disponibles, el Estado participante tiene que cumplir con varios pasos de procedimiento, presentando varios informes que el comité del FCPF debe aprobar<sup>785</sup>. Primero, el Estado tiene que entregar la "Nota sobre la Idea del Plan de Preparación al FCPF" (*Readiness Preparation Proposal Idea Note*, en adelante R-PIN), un documento corto que identifica los elementos básicos de su propuesta de preparación. El R-PIN de Perú fue aprobado en el año 2008. Luego viene la proposición de la "Propuesta de Preparación REDD" (*Readiness Preparation Proposal*, en adelante R-PP). El R-PP establece un plan de preparación, conjunto con un presupuesto y un cronograma, que detalla las actividades a llevar a cabo para aumentar la capacidad del Estado de llevar adelante las actividades REDD. Entre la información suministrada se encuentran, entre otros, detalles sobre la política forestal, el marco normativo e institucional, los sistemas de monitoreo, la estrategia para lograr un nivel de preparación suficiente (Readiness) y modalidades de participación de las partes implicadas (ej. pueblos indígenas). El Perú ha presentado su primera propuesta de R-PP en 2010. A la fecha, el documento final que se presentó durante la VIII Reunión del Comité de Participantes del FCPC en Vietnam (2011)<sup>786</sup> y tuvo comentarios que deben ser subsanados e incorporados por el Estado peruano está en fase de actualización<sup>787</sup>. El cumplimiento de los requisitos impuestos conllevará la atribución efectiva de 3,6 millones de dólares para la implementación de las actividades de preparación identificadas<sup>788</sup>.

781 UN-REDD es una iniciativa de colaboración de las Naciones Unidas que se lanzó en septiembre de 2008 para ayudar a los países en desarrollo a preparar e implementar estrategias nacionales REDD. Se trata de una colaboración entre la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Programa de las Naciones Unidas para Medio Ambiente (PNUMA).

782 Véase Che Piu y García (2011), Estudio REDD Perú: La Situación de REDD en el Perú, Derecho Ambiente y Recursos Naturales (DAR), Lima.

783 Para información acerca de los proyectos en curso, véase la página web del MINAM:  
<http://cambioclimatico.minam.gob.pe/category/proyectos/redd-mercado-voluntario/>

784 Véase [www.forestcarbonpartnership.org](http://www.forestcarbonpartnership.org).

785 Banco Mundial, Carta del FCPF, 11 de mayo de 2011. Véase FCPF, Memorándum Informativo, 13 de junio de 2008.

786 Corresponde al Comité de Participantes, órgano del FCPF, acordar el financiamiento para la preparación a REDD+.

787 Los documentos referidos a la preparación del Perú con el FCPF son disponibles en la página web:  
<http://www.forestcarbonpartnership.org/fcp/node/80> (05.11.2012).

788 FCPF (2012), Enfoque común, párr. 8.

Una vez implementado el R-PP, el país tiene que presentar el Paquete de Preparación (*Readiness Package*, en adelante *R-Package*). El *R-Package* es el informe final del proceso de preparación, que describe: (i) cómo se ha elaborado y aplicado el sistema de monitoreo; (ii) el escenario de referencia de las emisiones de CO<sub>2</sub> (para poder medir las reducciones en comparación de la situación inicial), y (iii) la estrategia REDD+, elaborada y aprobada en consulta con las partes implicadas. La aprobación del *R-Package* certifica la preparación suficiente del país para la implementación de programas REDD+ y le permite beneficiar del Mecanismo de Financiamiento de Carbono, el otro fondo del FCPF.

Al lado del FCPF, el Perú también participa en otra iniciativa del Banco Mundial, el Programa de Inversión en Silvicultura (*Forest Investment Program* en inglés, en adelante el "FIP")<sup>789</sup>, operativo desde 2009. El propósito principal del FIP consiste en respaldar los esfuerzos de los países en desarrollo para reducir las emisiones debidas a la deforestación y la degradación forestal, mediante la concesión de un financiamiento "puente" inicial para reformas de preparación y mediante la obtención de inversiones públicas y privadas identificadas a través de estrategias nacionales de preparación<sup>790</sup>. El FIP tiene cuatro objetivos específicos: (i) impulsar y facilitar medidas que promuevan cambios transformadores en las políticas y prácticas forestales; (ii) introducir modelos experimentales que puedan llevarse a la práctica en otros sitios, facilitando la comprensión de los procesos REDD+; (iii) facilitar la movilización de nuevos recursos financieros para actividades de REDD+, y (iv) aportar experiencia y comentarios valiosos a las deliberaciones de la CMNUCC sobre la reducción de las emisiones debidas a la deforestación y la degradación forestal<sup>791</sup>. El objetivo global, a mediano plazo, es preparar al Estado para atraer las inversiones en programas y proyectos REDD+. De manera concreta, el FIP ayuda al Estado a avanzar en su fase de preparación, pero también puede directamente financiar proyectos pilotos REDD+.

El Perú postuló a ser uno de los países pilotos del FIP y fue seleccionado en 2010. La primera etapa es la elaboración de una Estrategia Nacional de Inversión (documento equivalente al R-PP del FCPF) formulada bajo el liderazgo del país receptor, en coordinación con el BID<sup>792</sup>. El Perú se encuentra

ahora en la fase de elaboración de su Estrategia Nacional de Inversión<sup>793</sup>. Una vez aprobada esta por el FIP, se entra en la fase de preparación de los programas y proyectos. El FIP apoyará económicamente esa fase con un aporte entre 30 y 50 millones de dólares. El financiamiento final de los proyectos se hará por préstamos o inversión externa.

Cabe mencionar que el FIP ha creado un mecanismo de donaciones para pueblos indígenas y comunidades locales, que se aplica a cada proyecto piloto<sup>794</sup>. Las actividades que pueden recibir respaldo de ese mecanismo comprende, entre otras: fortalecimiento de la capacidad, reconocimiento de sus derechos de tenencia de la tierra, funciones de protección de los bosques y sistemas tradicionales de gestión forestal, respaldo para su ejercicio, participación en la elaboración de los proyectos, programas y estrategias de inversión del FIP, y ejecución de proyectos. El monto total del financiamiento debería sumar 5,5 millones de dólares para el Perú.

## 2. DERECHOS A LA CONSULTA Y PARTICIPACIÓN EN REDD+

### 2.1. ¿Cuáles son las normas de consulta y participación que se aplican a REDD+?

Los derechos a la participación y a la consulta son amparados por el Convenio 169 de la OIT, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana y por la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, cuyo contenido ha sido presentado en la primera parte de ese informe. Por otro lado, en el marco específico de las negociaciones sobre REDD+, se ha subrayado la importancia de respetar "salvaguardas", entre ellas, los derechos de los pueblos indígenas. Antes de presentar los estándares aplicables, es conveniente brindar unas precisiones acerca de la articulación de esas normas.

Primero, las normas de protección de los derechos a la participación y a la consulta consagradas por el Convenio 169 de la OIT, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y por la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se

789 Dado que los documentos originales están en inglés, la mayoría de las referencias al Forest Investment Program usan su acrónimo inglés: FIP. Los documentos del FIP traducidos al castellano lo mencionan como el Programa de Inversión en Silvicultura o por su acrónimo PlnS. Varios autores usan la expresión Programa de Inversión Forestal, que es una traducción literal de *Forest Investment Program*.

790 Fondos de Inversión en el Clima, Documento Básico para el Diseño del Programa de Inversión Forestal, de Carácter Selectivo, Creado al Amparo del Fondo Fiduciario del FEC, 7 de julio de 2009, párr. 10, disponible (en inglés) en: <https://climateinvestmentfunds.org/cif/node/3> (05.11.2012).

791 *Ibid.*, párr. 11.

792 Fondos de Inversión en el Clima, FIP, Criterios de inversión y modalidades de financiamiento, 29 de junio de 2010, párr. 5. Ver también Directrices Operacionales del PlnS (FIP), 2010.

793 Ver documentos referidos al Perú en la página siguiente: <https://www.climateinvestmentfunds.org/cifnet/?q=country/peru> (05.11.2012).

794 Véase Documento de Diseño, párrs. 38-40; Directrices Operacionales del PlnS, párr. 29-31; *Design for the Dedicated Grant Mechanism for Indigenous Peoples and Local Communities to be Established Under the Forest Investment Program*, CIF, 29 de noviembre de 2011.

aplican de manera general a las actuaciones del Estado, sin que se limite su ámbito a algún tema en particular. Por ello, el derecho a la participación y a la consulta se aplican a las iniciativas que está tomando el Estado en la implementación de REDD+<sup>795</sup>. Las normas del Convenio forman parte del Derecho internacional vinculante, son directamente aplicables y tienen rango constitucional en el Perú. Las sentencias de la Corte Interamericana tienen igualmente rango constitucional en el orden jurídico interno. Por su parte, la Declaración, a pesar de no ser directamente vinculante, tiene un valor jurídico y político especial que le da un estatuto de “guía autoritativo” para aplicar los derechos de los pueblos indígenas en el país. Por ello, la normatividad nacional vigente relativa a la consulta previa debe aplicarse a la preparación e implementación de REDD+, cumpliendo con los estándares internacionales aplicables.

Segundo, durante las negociaciones que se llevaron a cabo en el marco de las COP, se adoptaron varios compromisos acerca de los derechos de los pueblos indígenas, a veces en documentos llamados “decisiones”. Varios documentos de las COP se refieren a la protección de los derechos de los pueblos indígenas, entre ellos su derecho a la participación. Al respecto, cabe precisar que la CMNUCC no otorga de manera precisa a los COP la competencia de adoptar decisiones vinculantes para sus miembros<sup>796</sup>. De manera general, sus decisiones son recomendaciones sobre la aplicación de la Convención que no tienen efectos jurídicos y que no pueden crear nuevas obligaciones no mencionadas en la Convención<sup>797</sup>. Aunque no se puede denegar de manera absoluta efectos jurídicos a esas decisiones, sus efectos deberán analizarse caso por caso, teniendo en cuenta el contenido del documento, el contexto de su adopción y la actitud del Estado. En todo caso, al nivel interno, ese tipo de decisiones no puede tener un efecto jurídico sin pasar por un proceso de ratificación (más arriba). En otras palabras, esas decisiones son, en general, compromisos políticos que no tienen efectos jurídicos directos, al revés de

los Protocolos adoptados para complementar la CMNUCC que son tratados internacionales. Sin embargo, esos compromisos no solo son importantes para los pueblos de los Estados que no han ratificado el Convenio 169, sino también pueden abarcar precisiones acerca de la manera de aplicar los estándares vinculantes al caso particular de REDD+.

Tercero, los bancos multilaterales de desarrollo implicados en la implementación de REDD+, como el Banco Mundial y el BID, han emitido normas internas que prevén la protección de los pueblos indígenas y mencionan los derechos a la participación y a la consulta (ej. Política Operacional 4.10 del Banco Mundial sobre los Pueblos Indígenas). Esas directrices forman parte de las “salvaguardas” aplicables a todas las operaciones de la institución<sup>798</sup>. Las políticas de salvaguardas ambientales y sociales permiten garantizar que las operaciones del Banco ayuden, en vez de dañar, a la gente y el medio ambiente. Esas salvaguardas son contempladas en documentos llamados “Políticas Operacionales”, que son declaraciones cortas y específicas aprobadas por los órganos del Banco. Establecen los parámetros para llevar a cabo operaciones y describen las circunstancias en las cuales excepciones son permitidas<sup>799</sup>.

Si bien esas salvaguardas pueden contener reglas parecidas a los estándares establecidos por el Derecho internacional de los derechos humanos, hay que hacer una distinción clara entre esas disposiciones. Las Políticas Operacionales no tienen el rango de un tratado internacional. Son estándares internos aplicados por la institución dentro de sus relaciones con los beneficiarios de sus operaciones. En otras palabras, los Estados que quieren beneficiarse del apoyo de la institución tendrán que cumplir con los requisitos aplicables, entre ellos los estándares internos vinculados a la protección de los pueblos indígenas<sup>800</sup>. Sin embargo, de ningún modo pueden esas Políticas Operacionales impedir la aplicación de los derechos humanos reconocidos en tratados ratificados por el Estado. Los bancos multilaterales de desarrollo, siendo sujeto del derecho

795 Consejo de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal (EPU), Panamá, Doc. ONU A/HRC/16/6, 4 de enero de 2011, párr. 69.32.

796 Véase Artículo 7 del CMNUCC. A pesar de mencionar la adopción de “decisiones”, no precisa que son de obligatorio cumplimiento para los miembros de la COP. En comparación, ver Artículo 2.9, inciso d, del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono de 1987.

797 Brunnée (2002), *COPing with Consent: Law-Making Under Multilateral Environmental Agreements*, 15 *Leiden Journal of International Law*, págs. 1-52.

798 Entre las políticas internas del Banco Mundial, se encuentran políticas que contienen salvaguardias sociales y ambientales. Se trata de las políticas operacionales (OP) siguientes: OP 4.01 Evaluación ambiental; OP 4.04 Hábitats naturales; OP 4.09 Control de plagas; OP 4.10 Pueblos indígenas; OP 4.12 Reasentamiento involuntario; OP 4.36 Bosques; OP 6.00 Financiamiento del Banco; OP 7.50 Proyectos relativos a cursos de aguas internacionales; OP 7.60 Proyectos en zonas en disputa; OP 8.60 Financiamiento para políticas de desarrollo; OP 11.00 Adquisiciones; OP 13.20 Financiamiento adicional de préstamos para proyectos de inversión. Los textos están disponibles en el sitio web del Banco Mundial: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/EXTTEMAS/EXTCSOSPANISH/0,,contentMDK:20624768~menuPK:1614028~pagePK:220503~piPK:220476~theSitePK:1490924,00.html>.

Las políticas operacionales del BID están disponibles en la página web siguiente:

<http://www.iadb.org/es/acerca-del-bid/politicas-de-operaciones-del-banco-interamericano-de-desarrollo,6127.html>

799 Véase Banco Mundial (2007) *A Guide to the World Bank, 2a Ed.*, Banco Mundial, Washington, págs. 55-56.

800 Véase Kinsbury (1999). ‘Operational Policies of International Institutions as Part of the Law-Making Process: The World Bank and Indigenous Peoples’, en *The Reality of International Law, Essays in Honour of Ian Brownlie*, Clarendon Press, Oxford.

internacional, no pueden menoscabar la capacidad de un Estado de cumplir con sus propias obligaciones internacionales referidas a los derechos humanos<sup>801</sup>. De la misma manera, los Estados no pueden legítimamente invocar la aplicación de una Política Operacional para justificar el incumplimiento de sus obligaciones acerca de los derechos humanos. Entonces, siendo el Estado obligado por el Derecho internacional y comprometido por sus acuerdos con el banco internacional, la aplicación del estándar más alto previsto en el derecho internacional o en las Políticas Operacionales es la única manera de garantizar la aplicación conjunta de esas obligaciones. Al respecto, cabe resaltar que el BID estima que, en caso de conflicto entre una política del banco y una norma interna del Estado (norma nacional o tratado internacional vigente), el equipo de trabajo del banco tiene que encontrar una solución que satisfaga ambas obligaciones<sup>802</sup>.

### Normas generales

En lo que atañe a la implementación de REDD+ en la actualidad, se están diseñando políticas se están implementando proyectos por actores privados. Entonces, merece recordar cómo se aplican las normas generales a esas medidas.

Tal como se mencionó en la primera parte de ese informe, el derecho a la participación y el derecho a la consulta son derechos colectivos complementarios que buscan el mismo fin: que las autoridades públicas tomen en cuenta las posiciones de los pueblos indígenas antes de adoptar una decisión que los pueda afectar<sup>803</sup>, teniendo en cuenta su derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo<sup>804</sup>. Sin embargo, son derechos distintos. A continuación, distinguiremos el derecho a la participación, el derecho a la consulta, y el derecho al consentimiento.

El derecho a la **participación** de los pueblos indígenas es amparado por los Artículos 6.1, inciso b, y 7 del Convenio

169, que disponen que los Estados deben establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados pueden 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. Además, los pueblos indígenas deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarlos directamente. La Declaración, que contiene más de veinte disposiciones referidas a la participación, dispone que los pueblos indígenas tienen el derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos<sup>805</sup>, sin distinguir entre los tipos de medida. Cabe recordar que se considera que el derecho a la participación de los pueblos indígenas tiene una dimensión interna (autoorganización) y una dimensión externa. La dimensión externa contiene tres aspectos: la participación en la esfera internacional, la participación en la vida política del Estado y la participación en los asuntos que les conciernen<sup>806</sup>. La participación en iniciativas REDD+ atañe a ese último aspecto del derecho a la participación de los pueblos indígenas.

En lo que respecta a la elaboración de políticas, planes o programas que puedan afectar a los pueblos indígenas, la participación de los pueblos debería ser directa y estar garantizada por una institucionalidad indígena estatal permanente y legítima. La institucionalización del diálogo resulta necesaria para permitir la participación indígena a lo largo de la formulación, aplicación y evaluación de esas medidas<sup>807</sup>.

A la luz del derecho internacional aplicable y de las pautas establecidas por los organismos internacionales habilitados, el derecho a la participación de los pueblos indígenas en los asuntos que les conciernen, como la preparación y la implementación de REDD+, debe aplicarse de la manera siguiente:

801 Bradlow (1996). *The World Bank, the IMF, and Human Rights*, *Journal of Transnational Law and Contemporary Problems*, Vol. 6, págs. 47-90. Véase también el Informe del Relator Especial, Doc. ONU A/67/301, 13 de agosto de 2012, párr. 83.

802 BID, *Operating Guidelines Indigenous Peoples Policy (IPP)*, 6 de octubre de 2006, párr. 3.16.

803 OIT (2009), pág. 60.

804 Artículo 7 del Convenio 169.

805 Artículo 18 de la Declaración. Véanse también los artículos 5 y 23 de la misma Declaración.

806 Informe provisional del Relator Especial, 9 de agosto de 2010, Doc. ONU A/HRC/EMRIP/2010/2, pág. 12-24.

807 La CEACR de la OIT resaltó "la importancia de institucionalizar la participación de los pueblos cubiertos por el Convenio en la elaboración, aplicación y supervisión de las políticas públicas que les afecten de conformidad con los artículos 2 y 33 del Convenio" [Informe CEACR, Conferencia Internacional del Trabajo, 99.ª reunión, 2010, Informe III (Parte IA), Convenio 169, Paraguay]. De la misma manera, el Mecanismo de Expertos destacó que "los artículos 2 y 33 del Convenio [169] exigen, como marco esencial para la correcta aplicación de sus disposiciones, que los Estados institucionalicen la participación de los pueblos indígenas en las políticas que los afecten" [Mecanismo de Expertos (2010), párr. 17].



## El derecho a la participación de los PPII en asuntos que les conciernen

Fuente	Estándar
<b>Convenio 169</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Libremente (Art. 6).</li> <li>- A todos los niveles en la adopción de decisiones (Art. 6).</li> <li>- En los organismos administrativos o de otra índole responsables de políticas y programas de que les conciernan (Art. 6).</li> <li>- Mediante una acción coordinada y sistemática (Art. 2).</li> <li>- Instituyendo instituciones o mecanismos apropiados (Art. 33)<sup>808</sup>.</li> </ul>
<b>Comisión de Expertos de la OIT (CEACR)</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Según un modelo apropiado a las circunstancias, dado que el Convenio no impone un modelo específico de participación<sup>809</sup>.</li> <li>- Con todas las comunidades e instituciones realmente representativas de los pueblos indígenas afectados<sup>810</sup>.</li> <li>- Por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos<sup>811</sup>.</li> <li>- En todas las etapas del proceso de desarrollo, especialmente cuando se debaten y deciden los modelos y prioridades de desarrollo<sup>812</sup>.</li> <li>- De manera efectiva, y brindando a los pueblos indígenas la oportunidad de hacerse escuchar y de influir en las decisiones adoptadas<sup>813</sup>.</li> <li>- Con el objetivo de conferirles en cada caso el máximo control posible sobre su propio desarrollo económico, social y cultural<sup>814</sup>.</li> </ul>
<b>Otras instituciones</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Habiendo permitido que los pueblos indígenas participaran en el diseño del mecanismo y estuvieran de acuerdo con ello<sup>815</sup>.</li> <li>- De manera más amplia que la mera consulta<sup>816</sup>.</li> <li>- Durante la concepción o diseño de políticas, programas o proyectos hasta su aplicación y evaluación<sup>817</sup>.</li> <li>- Teniendo en cuenta los procesos comunitarios de toma de decisiones<sup>818</sup>.</li> <li>- Haciendo efectivo el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación<sup>819</sup>.</li> <li>- Capacitando a las autoridades centrales y regionales<sup>820</sup>.</li> </ul>

Por otro lado, la celebración de consultas debe garantizar el derecho a la participación en situaciones particulares<sup>821</sup>.

El derecho a la **consulta** se aplica, según el Convenio, a la adopción de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, es decir,

medidas que pueden impactar sus derechos o intereses. Sin embargo, se considera hoy en día que la consulta se aplica siempre que se esté estudiando la posibilidad de adoptar una medida o decisión que afecte específicamente a los pueblos indígenas<sup>822</sup>, sin que la naturaleza de la medida sea considerada como un criterio fundamental. En efecto, lo que importa es

808 Informe CEACR, Conferencia Internacional del Trabajo, 98.a reunión, 2009, Informe III (Parte IA), Convenio 169, observación general, p. 731. Véase también, Relator Especial (2009), Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6, párr. 49.

809 CEACR (2009), observación general. Informe CEACR, Conferencia Internacional del Trabajo, 100.a reunión, 2011, Informe III (Parte IA), Convenio 169, observación general.

810 CEACR, Conferencia Internacional del Trabajo, 99.a reunión, 2010, Informe III (Parte IA), Convenio 169, Argentina.

811 CEACR (2010), Convenio 169, Perú y Panamá (sobre el Convenio 107). Véase Artículo 18 de la Declaración de la NNUU.

812 CEACR (2009), observación general.

813 CEACR (2009), Convenio 169, observación general y Argentina. Informe CEACR (2010), Perú. CEACR (2011), observación general. Mecanismo de Expertos (2011), párr. 13.

814 CEACR (2011), observación general.

815 Mecanismo de Expertos (2011), párr. 13.

816 Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2009), Directrices sobre los asuntos de los Pueblos Indígenas, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra.

817 OIT (2003), Convenio 169, Un manual. Informe Relator Especial (2009), Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6, párr. 9.

818 Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2009).

819 Mecanismo de Expertos (2011), párr. 13.

820 Informe del Relator Especial (2009), Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6, párr. 52.

821 Informe Relator Especial (2010), Doc. ONU A/65/264, párr. 44.

822 Mecanismo de Expertos (2011), párr. 16. Véase el análisis más arriba sobre el derecho a la consulta.

la capacidad de la medida de impactar a pueblos indígenas. Por ello, la elaboración de políticas<sup>823</sup>, planes y programas<sup>824</sup> también deberá conllevar la celebración de consultas cuando efectivamente se están adoptando decisiones que puedan afectar los intereses o derechos de los pueblos indígenas, sea o no por la adopción de una medida formal (es decir, legislativa o administrativa). En efecto, en el caso contrario, bastaría que el Estado no adoptase ninguna medida formal de aprobación de sus políticas para sustraerse a la aplicación de sus obligaciones internacionales, lo que constituirá una aplicación de mala fe de dichas obligaciones.

Como mencionamos previamente, solo se consultan las medidas que puedan “afectar” a los pueblos indígenas. Aunque muchas de las medidas de implementación de REDD+ tengan un alcance general, afectarán a los pueblos indígenas de los bosques en modos no percibidos por la población general del Estado<sup>825</sup>. Al respecto, varios derechos e intereses podrían ser vulnerados por las medidas de implementación de REDD+. La apreciación definitiva del grado de afectación dependerá del marco jurídico aplicable a REDD+, aún por definir.

Derechos e Intereses de los PPII impactados por REDD+			
Derecho	Fuente		Afectación
	Convenio 169	Declaración NNUU	
Derecho a la autodeterminación	/	Art. 3 y 4	
Derecho a definir sus prioridades acerca del desarrollo	Art. 7	Art. 23 y 32	Decisión de implementar REDD+ en el Perú La compensación para REDD+ será monetaria
Derecho a conservar su modo de vida	Art. 2,c	Art. 7.2 y 8	Posible limitación a sus derechos territoriales. Mecanismos REDD no consultados
Derecho a la identidad cultural	Art. 5 <sup>826</sup>	Art. 7.2, 8 y 33	Posible limitación a sus derechos territoriales
Derecho a sus tierras tradicionales	Art. 14	Art. 25-29	Posible limitación de acceso al territorio ancestral; posibles superposiciones de derechos sobre las tierras
Derecho a los recursos naturales	Art. 15	Art. 24-29	Posible limitación del uso de los recursos forestales y otros recursos del bosque
Derecho a la salud intercultural	Art. 25	Art. 24	Posible limitación de acceso a los recursos naturales
Derecho a no subir traslado forzado	Art. 16	Art. 10	Posible traslado de sus territorios tradicionales / reubicación

Según lo ha mencionado el FCPF, “REDD+ tiene el potencial de ofrecer beneficios significativos a los pueblos indígenas y a las otras comunidades dependientes de los bosques, incluyendo el manejo sostenible de la biodiversidad, el suministro de formas de subsistencia alternativas, la distribución equitativa de los beneficios de los ingresos generados por la reducción de emisiones, etc. Sin embargo, si no se realiza adecuadamente, también presenta serios riesgos para los medios de subsistencia, la seguridad de la tenencia de la tierra, la gobernanza forestal, la cultura, la biodiversidad, etc.”<sup>827</sup>.

823 OIT (2003), pág. 15. Informe del Relator Especial (2007), Doc. ONU A/HRC/6/15, párr. 69. Informe del Relator Especial (2009), Doc. ONU A/HRC/12/34/Add.6, párr. 6. CEDR, Observaciones finales, Australia, 13 de septiembre de 2010, CERD/C/AUS/CO/15-17 párr. 18. Comité DESC, Observaciones finales, Colombia, 6 de diciembre de 2001, Doc. ONU E/C.12/1/Add.74, párr. 33. Comité DESC, Observaciones finales, Ecuador, 7 de junio de 2004, Doc. ONU. E/C.12/1/Add.100, párr. 35. Foro Permanente, Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al CLPI, Doc. ONU, E/C.19/2005/3.

824 CDH, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Panamá, 4 de enero de 2011, Doc. ONU A/HRC/16/6, párrs. 69-32.

825 Informe del Relator Especial (2009), párr. 63. Mecanismo de Expertos (2012), Opinión 4, párr. 12. En otras palabras, el Mecanismo de Expertos se refiere a medidas que “afectan específicamente a los pueblos indígenas” (Opinión 2, 2011, párr. 16).

826 Véase también Corte IDH, caso *Pueblo Kichwa de Sarayaku*.

827 FCPF (2012), Enfoque Común, párr. 26. Véase también FCPF & UN-REDD, Directrices sobre la participación de las partes interesadas en la preparación para REDD+ con énfasis en la participación de los pueblos indígenas y otras comunidades cuyo sustento depende de los bosques, 9 de agosto de 2012.

Entonces, consultas deben celebrarse con representantes de los pueblos indígenas cuando se está elaborando políticas, planes, programas, proyectos o medidas legislativas o administrativas con miras a implementar REDD+ en el Perú.

Al respecto, merece mencionar lo resaltado por la Comisión de Expertos durante 98ª reunión la Conferencia Internacional del Trabajo acerca de las políticas de desarrollo:

La Comisión no puede sino subrayar la importancia que tiene garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales a decidir sus prioridades de desarrollo a través de consultas significativas y eficaces y la participación de esos pueblos en todas las etapas del proceso de desarrollo, especialmente cuando se debaten y deciden los modelos y prioridades de desarrollo. No realizar dichas consultas y no dejarles participar tiene graves repercusiones para la aplicación y éxito de programas y proyectos específicos de desarrollo, ya que de esta forma resulta poco probable que reflejen las aspiraciones y necesidades de los pueblos indígenas y tribales. Incluso cuando hay cierto grado de participación general a escala nacional y se realizan consultas ad hoc sobre ciertas medidas, puede que esto no sea suficiente para cumplir con los requisitos del Convenio en lo que respecta a la participación en la formulación e implementación de los procesos de desarrollo. Por ejemplo, cuando los pueblos interesados consideran que la agricultura es la prioridad, pero solo se los consulta en relación con la explotación minera después de que se haya elaborado un modelo de desarrollo para la región en el que se da prioridad a la minería”<sup>828</sup>.

Las mismas consideraciones se aplican a la implementación de REDD+: celebrar consultas sobre sus modalidades de implementación, después de haber tomado la decisión de aplicar ese modelo, no sería congruente con el derecho de los pueblos indígenas de decidir de sus prioridades acerca del proceso de desarrollo.

En lo que atañe a la obligación del Estado de contar con el **consentimiento previo** del pueblo afectado, hemos distinguido varios casos reconocidos por el Derecho

internacional (más arriba, sección 3.1.16). Respecto a la aplicación de REDD+, dos casos nos parecen pertinentes: la prohibición del traslado forzado y el caso de los planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio del pueblo afectado<sup>829</sup>. Merece recordar que según la opinión del Relator Especial, la obligación de obtener el consentimiento se aplica siempre que los derechos afectados sean esenciales para la supervivencia de los grupos indígenas y los efectos previstos en el ejercicio de los derechos sean importantes<sup>830</sup>. Entonces, la implementación de planes o proyectos REDD+ que tendrán impactos significativos sobre los derechos de los pueblos afectados tendrán que contar con el consentimiento previo del pueblo afectado.

Cabe mencionar que, desde 2008, el Foro Permanente para la Cuestiones Indígenas de la ONU constató que los programas REDD+ contaron con poco apoyo de los pueblos indígenas por falta de participación en su diseño. Resaltó que de “conformidad con el principio del consentimiento libre, previo e informado, los pueblos indígenas no deben quedar excluidos de las decisiones sobre los programas y políticas forestales a todos los niveles que administren justicia y contribuyan al desarrollo sostenible, la protección de la diversidad biológica, la mitigación del cambio climático y la adaptación a este, sino que deben tener una participación central en esos programas y políticas y beneficiarse de ellos”. Agregó que “para beneficiar directamente a los pueblos indígenas, las nuevas propuestas para evitar la deforestación o reducir las emisiones derivadas de esta deben abordar la necesidad de introducir reformas en las políticas mundiales y nacionales y guiarse por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, respetando los derechos a la tierra, los territorios y los recursos, así como los derechos a la libre determinación y al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas afectados”<sup>831</sup>.

La institución considera de manera general que todas las acciones tomadas tienen que adoptarse con la participación o el consentimiento del pueblo afectado<sup>832</sup>. Su presidenta ha resaltado en reiteradas ocasiones la necesidad de contar con el consentimiento previo del pueblo afectado antes de

828 Informe CEACR, Conferencia Internacional del Trabajo, 98.a reunión, 2009, Informe III (Parte IA), Convenio 169, p. 731.

829 Corte IDH, caso Saramaka, párr. 134.

830 Informe Relator Especial (2012), párr. 65. Es importante señalar que, según el Relator, la parte indígena podría verse justificada en no otorgar su consentimiento, no sobre la base de un derecho unilateral de veto, sino siempre y cuando el Estado no demostrara adecuadamente que los derechos de la comunidad indígena afectada fueran debidamente protegidos bajo la medida o proyecto propuesto, o no demostraran que los impactos negativos sustanciales fueran debidamente mitigados (declaración pública del Relator Especial sobre Ley de Consulta).

831 Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Informe sobre el séptimo período de sesiones (21 de abril a 2 de mayo de 2008), Doc. ONU E/C.19/2008/13, párr. 44-45.

832 *Ibíd.* Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (2009), *State of the World's Indigenous Peoples*, Department of Economic and Social Affairs, Naciones Unidas, Nueva York.

emprender iniciativas vinculadas con REDD+ o implementar proyectos<sup>833</sup>.

### La consideración de los derechos a la participación y a la consulta por los COP y las instituciones financieras internacionales

A lo largo de las negociaciones entabladas acerca de la aplicación de la iniciativa REDD+, las organizaciones indígenas han expresado preocupaciones en cuanto a las posibles vulneraciones

de sus derechos generados por programas REDD+<sup>834</sup>. Así, se ha generado un debate intenso, aún por concluir, sobre la aplicación de “salvaguardas” sociales y ambientales a REDD+, es decir mecanismos de protección de derechos existentes, entre ellos los derechos de los pueblos indígenas.

Durante las COP se mencionó, de manera progresiva, la necesidad de garantizar la participación de los pueblos indígenas y de proteger sus derechos. El cuadro siguiente resume las declaraciones importantes al respeto.

Evento	Declaración	Texto
<b>COP 13</b> Bali (2007)	<p>“Consciente también de que <u>las necesidades de las comunidades locales e indígenas deberán atenderse cuando se adopten medidas para reducir las emisiones derivadas de la deforestación y la degradación de los bosques en los países en desarrollo</u>”.</p>	<p>Decisión 2/CP.13 - Reducción de las emisiones derivadas de la deforestación en los países en desarrollo: métodos para estimular la adopción de medidas</p>
<b>COP 15</b> Copenhague (2009)	<p>“Consciente de la necesidad de recabar <u>la participación plena y eficaz</u> de los pueblos indígenas y las comunidades locales en la vigilancia y notificación de las actividades relacionadas con el párrafo 1 b) iii) de la decisión 1/CP.13, y de la contribución que sus conocimientos pueden hacer a esa labor”. [...]. “3. Alienta a que, según corresponda, <u>se elaboren orientaciones para recabar la participación efectiva de los pueblos indígenas y las comunidades locales en la vigilancia y la notificación</u>”.</p>	<p>Decisión 4/CP.15 Orientación metodológica para las actividades destinadas a reducir las emisiones debidas a la deforestación y la degradación forestal y la función de la conservación, la gestión de bosques sostenible y el aumento de las reservas forestales de carbono en los países en desarrollo</p>
<b>COP 16</b> Cancún (2010)	<p>72. Pide también a las Partes que son países en desarrollo que, cuando elaboren y apliquen sus estrategias o planes de acción nacionales, aborden, entre otras cosas, los factores indirectos de la deforestación y la degradación forestal, las cuestiones de la tenencia de la tierra, la gobernanza forestal, las consideraciones de género y las salvaguardias que se enuncian en el párrafo 2 del apéndice I de la presente decisión, <u>asegurando la participación plena y efectiva de los interesados, como los pueblos indígenas y las comunidades locales</u>.</p>	<p>Decisión 1/CP.16 Acuerdos de Cancún: resultado de la labor del Grupo de Trabajo Especial sobre la cooperación a largo plazo en el marco de la Convención</p>
	<p>2. Al aplicar las medidas mencionadas en el párrafo 70 de la presente decisión [REDD+]<sup>835</sup>, <u>deberían promoverse y respaldarse las siguientes salvaguardias:</u> c) <u>El respeto de los conocimientos y los derechos de los pueblos indígenas y los miembros de las comunidades locales, tomando en consideración las obligaciones internacionales pertinentes y las circunstancias y la legislación nacionales</u>, y teniendo presente que la Asamblea General de las Naciones Unidas ha aprobado la <u>Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas</u>. d) <u>La participación plena y efectiva</u> de los interesados, en particular los pueblos indígenas y las comunidades locales, en las medidas mencionadas en los párrafos 70 y 72 de la presente decisión. e) La compatibilidad de las medidas con la conservación de los bosques naturales y la diversidad biológica [...]<sup>1</sup>.</p> <p><sup>1</sup> Teniendo en cuenta la necesidad de medios de vida sostenibles de los pueblos indígenas y las comunidades locales y su interdependencia con los bosques en la mayoría de los países, que se reflejan en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y la celebración del Día Internacional de la Madre Tierra.</p>	<p>Decisión 1/CP.16 - Apéndice I</p>

833 Victoria Tauli-Corpus, presidenta del Foro Permanente para la Cuestiones Indígenas, *Statement on the Announcement of the World Bank Forest Carbon Partnership Facility*, Grand Hyatt Hotel, Bali, Indonesia, 11 de diciembre 2007. *Statement of the United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues (UNPFII), Agenda Item 2: Reducing emissions from deforestation and forest degradation in developing countries (REDD): approaches to stimulate*

Así, se puede observar que la atención prestada a los derechos de los pueblos indígenas ha sido progresiva y criticada por los defensores de los derechos de los pueblos indígenas por ser insuficiente, lo que nos informa sobre la posición de los Estados al respecto. Las salvaguardas mencionadas en el acuerdo de Cancún deben guiar las acciones de los Estados en lo que atañe a la implementación de iniciativas REDD+. Recordamos que aún esas declaraciones no tienen efectos jurídicos directos. En los países que han ratificado el Convenio 169, se aplican plenamente los derechos que reconoce, entre ellos los derechos a la participación y a la consulta.

En lo que respecta a la participación y consulta, tanto el FCPF como el FIP disponen de normas internas que respaldan esos derechos.

El **FCPF** es un fondo del Banco Mundial. Entonces, su funcionamiento está sometido a las directrices internas del Banco Mundial, entre ellas la Política Operacional OP 4.10 "Pueblos Indígenas"<sup>836</sup>. Sin embargo, en la práctica, el Banco Mundial ha delegado sus funciones de ejecución del FCPF a socios locales<sup>837</sup>, entre ellos el BID. Con el fin de garantizar la aplicación de estándares sociales suficientes durante la implementación de REDD+, que varían de un socio ejecutor al otro, el FCPF ha adoptado un documento que identifica los estándares mínimos, cualquier que sea el socio ejecutor: el

Enfoque Común para las Salvaguardas Ambientales y Sociales para los Socios Implementadores Múltiples. En la práctica, los estándares del socio implementador se aplican y el Enfoque Común los completa cuando sea necesario, dando la prioridad al estándar más protector<sup>838</sup>. Además de cumplir con los elementos materiales, la correcta aplicación del Enfoque Común implica el cumplimiento de un conjunto de directrices, entre ellas las del FCPF/UN-REDD sobre la Participación de los Actores Involucrados en la Preparación de REDD+<sup>839</sup>.

Recordamos que también se aplican la normatividad nacional referida a la consulta, lo que abarca a la Ley 29785, su Reglamento, y las normas internacionales de protección de los derechos humanos relevantes (el Convenio 169 y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, interpretadas a la luz de la Declaración de la Naciones Unidas).

Dado que las normas jurídicas internas y las políticas de los Bancos tienen que aplicarse de manera conjunta, se tiene que dar la prioridad al estándar más elevado<sup>840</sup>. Toda otra manera de aplicarlas conllevará necesariamente a la vulneración del derecho aplicable o de los compromisos con el Banco.

Respecto a los derechos de participación y consulta, los estándares aplicables pueden resumirse de la manera siguiente, resaltando a los más altos según un análisis preliminar:

---

*action, Subsidiary Body for Scientific and Technological Advice (SBSTA), 2nd Meeting, 2 December 2008, Poznan, Poland. Statement on Biodiversity and Climate Change (AGENDA ITEM 4.5), CBD 9th Conference of Parties, Bonn, Germany, 23 May 2008. Cabe mencionar que durante su 10.º período de sesión, el Foro Permanente ha designado a tres de sus miembros para que hagan un estudio sobre los derechos de los pueblos indígenas y las salvaguardas en los proyectos REDD+ e informen al respecto al Foro Permanente en su 12.º período de sesiones, en 2013.*

834 Véase la Declaración de Anchorage del 24 de abril 2009, acordada por consenso de los participantes en la Cumbre Mundial de Pueblos Indígenas sobre Cambio Climático reunidos en Anchorage, Alaska. Disponible en:

[http://www.oas.org/dsd/MinisterialMeeting/Documents/SecondMeetingSustainableDevelopment/Anchorage\\_Declaration\\_s.pdf](http://www.oas.org/dsd/MinisterialMeeting/Documents/SecondMeetingSustainableDevelopment/Anchorage_Declaration_s.pdf). Véase también Informe del Relator Especial, Doc. ONU A/67/301, 13, de agosto de 2012, párrs. 72-73. El Relator destacó la importancia de asegurar igualmente la participación de los pueblos indígenas durante la preparación y ejecución de actividades o políticas por organismos, fondos y programas, y las organizaciones intergubernamentales del sistema de las Naciones Unidas (ibíd., párr. 87).

835 "70. Alienta a las Partes que son países en desarrollo a contribuir a la labor de mitigación en el sector forestal adoptando las siguientes medidas, a su discreción y con arreglo a sus capacidades respectivas y sus circunstancias nacionales:

- a) La reducción de las emisiones debidas a la deforestación;
- b) La reducción de las emisiones debidas a la degradación forestal;
- c) La conservación de las reservas forestales de carbono;
- d) La gestión sostenible de los bosques;
- e) El incremento de las reservas forestales de carbono [...]"

836 <http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/210384-1170795590012/OP4.10.July1.2005.Spanish.pdf>

837 Véase, Enfoque común en la página web del FCPF:

<http://www.forestcarbonpartnership.org/fcp/node/301> (consultado el 04.11.2012).

838 El Enfoque común no crea directamente normas nuevas, sino que prevé un mecanismo para lograr la "equivalencia substancial" entre las disposiciones de las políticas internas que se aplican. En Enfoque común será parte del Acuerdo de Transferencia jurídicamente vinculante que será ejecutado por el Banco Mundial y los socios implementadores.

839 Enfoque común, párr. 3. FCPF & UN-REDD, directrices sobre la participación de las partes interesadas en la preparación para REDD+ con énfasis en la participación de los pueblos indígenas y otras comunidades cuyo sustento depende de los bosques, 9 de agosto de 2012.

840 Ver la primera parte del presente informe para más detalles.

Tema	Banco Mundial - OP 4.10 (2005) <sup>641</sup>	BID - OP 765 (2006) <sup>642</sup>	Directrices FCPF (2012)	Normas internacionales	Ley 29785 y su Reglamento
Derecho	Consulta (párr. 6)	Consulta y negociaciones (págs. 7, 11)	Consulta y participación (párrs. 8-9)	Consulta y participación	Consulta
Medida	Cada proyecto propuesto para financiamiento por el Banco que afecte a Pueblos Indígenas (párr. 6)	<b>Operaciones del Banco, en los casos en que se identifiquen impactos adversos potenciales</b> <sup>643</sup>	Implementación de REDD+ en general	Políticas, programas, planes, proyectos, medidas legislativas y administrativas que pueden afectar a los pueblos indígenas	Medida administrativa o legislativa (con excepciones)
Inicio del proceso	En cada etapa del proyecto, y particularmente durante la preparación del mismo (párrs. 6, 10)	Lo más temprano posible durante el ciclo de proyectos	<b>Antes de la fase de diseño del proyecto o programa, y en todas las etapas del proceso de REDD+, incluidas la planificación, la ejecución, el seguimiento y la presentación de informes (párr. 8)</b>	Lo más pronto posible para permitir una influencia afectiva sobre la medida. Desde las primeras etapas de la elaboración o planificación	Antes de adoptar la medida
Beneficiarios	Con las comunidades indígenas afectadas (párr. 6)	Los pueblos afectados	<b>Los grupos que tienen un interés o un derecho sobre los bosques y a quienes se verán afectados, ya sea de forma negativa o positiva, por las actividades de REDD+, entre ellos los pueblos indígenas (párr. 3) debe incluir una amplia variedad de partes interesadas pertinentes a nivel nacional y local (párr. 8)</b>	<b>Los pueblos indígenas y tribales afectados: los pueblos en contacto inicial</b>	Los pueblos indígenas cuyos derechos colectivos serían directamente afectados
Modalidades	<ul style="list-style-type: none"> <li>- previa, libre e informada (párr. 6)</li> <li>- inclusión intergeneracional y de género (párr. 10)</li> <li>- emplea métodos de consulta adecuados (párr. 10)</li> <li>- facilita toda la información pertinente sobre el proyecto en cada etapa de la preparación y ejecución del proyecto (párrs. 10, 18)</li> <li>- incluida una evaluación de los posibles efectos negativos (párr. 10)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- socioculturalmente apropiado</li> <li>- efectivos</li> <li>- de buenas fe</li> <li>- con estudios de impactos</li> <li>- consistentes con los mecanismos legítimos de toma de decisión de los pueblos o grupos indígenas afectados</li> <li>- según el derecho interno (pág. 7-9)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- transparencia y el acceso oportuno a la información, de forma culturalmente adecuada y previa (párr. 8)</li> <li>- facilitar el diálogo, el intercambio de información y la creación de consenso, (párr.8)</li> <li>- de forma voluntaria</li> <li>- mediante procesos, organizaciones e instituciones de los PPII (párr.8)</li> <li>- representantes elegidos por ellos según sus normas (párr.8)</li> <li>- procesos de presentación de reclamaciones, resolución de conflictos y compensación</li> <li>- con tiempo suficiente</li> <li>- según plan de consulta y participación (párr.9)</li> <li>- participación mediante estructuras y mecanismos participativos nacionales y locales (párr.9)</li> <li>(ver: "Medidas prácticas", párr. 10)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>previa informada libre de buena fe de manera adecuada a las circunstancias en cada etapa de adopción de la decisión mediante organizaciones representativas en plazos determinados evaluando los impactos dentro del SNEIA</b></li> <li>- <b>previa informada libre de buena fe de manera adecuada a las circunstancias en cada etapa de adopción de la decisión mediante organizaciones representativas en plazos adecuados evaluando los impactos de la medida (EISA)</b></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- previa informada libre de buena fe de manera adecuada a las circunstancias mediante determinadas organizaciones representativas en plazos determinados evaluando los impactos dentro del SNEIA</li> </ul>

Tema	Banco Mundial - OP 4.10 (2005) <sup>841</sup>	BID - OP 765 (2006) <sup>842</sup>	Directrices FCPF (2012)	Normas internacionales	Ley 29785 y su Reglamento
Finalidad	<ul style="list-style-type: none"> <li>- conocer claramente sus opiniones (párr. 6)</li> <li>- lograr el amplio apoyo al proyecto de las comunidades indígenas (condición necesaria) (párrs. 6, 11)</li> <li>- La explotación comercial de los recursos culturales y los conocimientos de estos Pueblos Indígenas está condicionada a su acuerdo previo (párr. 19)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- lograr un nivel de apoyo satisfactorio/ adecuado<sup>844</sup></li> <li>- Llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento: operaciones específicamente dirigidas a beneficiarios indígenas</li> <li>- Consentimiento: en el caso de impactos potenciales adversos particularmente significativos, que impliquen un grado de alto riesgo para la integridad física, territorial o cultural de los pueblos o grupos indígenas involucrados (pág 8 y 11) y en caso de desarrollo comercial de recursos culturales y conocimientos indígenas (pág. 9)</li> </ul> <p>Operaciones que afecten el estatus legal, la posesión o la gestión de los territorios, las tierras o los recursos naturales tradicionalmente ocupados o aprovechados : consulta previa para salvaguardar la integridad física, cultural y económica de los pueblos afectados y la sostenibilidad de las áreas o recursos naturales protegidas + participación en manejo y beneficios (pág. 9)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>amplio respaldo de la comunidad (el Banco considera que la OP 4.10 le permite operar de un modo que puede considerarse equivalente al principio de consentimiento libre, previo e informado (párr.7) si el país ha ratificado el Convenio 169</b> de la Organización Internacional del Trabajo o se rige por la legislación nacional sobre el consentimiento libre, previo e informado, el Banco, a su vez, <b>respaldará la adhesión al principio de consentimiento libre, previo e informado</b> (párr.7)</li> </ul>	<p>Llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento.</p> <p>Consentimiento obligatorio:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- medidas especiales</li> <li>- desplazamiento</li> <li>- material peligroso</li> <li>- impactos significativos dentro del territorio</li> </ul>	<p>Llegar a un acuerdo lograr el consentimiento.</p> <p>Consentimiento obligatorio:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- desplazamiento</li> <li>- material peligroso</li> </ul>

841 Véase también las Normas de Procedimiento del Banco BP 4.10.

842 BID, OP-765 (2006). Véase también la Política Operativa sobre pueblos indígenas y Estrategia para el desarrollo indígena, Publicación del Banco Interamericano de Desarrollo, julio de 2006, Washington.

843 No se han considerado las directrices para las operaciones específicamente dirigidas a beneficiarios indígenas (OP 765, pág. 6).

844 BID (2006) Política Operacional sobre Pueblos Indígenas, párr. 2.34, inciso b y 2.35. Véase también el párr. 2.53.

Aunque esas salvaguardas están destinadas principalmente a la implementación de proyectos, se debe considerar que las disposiciones sobre la consulta y participación abarcan también la fase de preparación de REDD+ (*Readiness*)<sup>845</sup>. El Enfoque Común precisa que se debe diseñar e implementar proyectos y estrategias con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas de una manera que fomente el respeto pleno a la dignidad de los pueblos indígenas, los derechos humanos, el conocimiento tradicional, y la singularidad cultural y la diversidad para que: (i) reciban beneficios sociales y económicos compatibles con su cultura, y (ii) no sufran los efectos adversos durante el proceso de desarrollo. La directrices sobre la participación de las partes interesadas en la preparación para REDD+ del FCPF han sido elaboradas precisamente para la fase de preparación de REDD+<sup>846</sup>.

Entonces, ese conjunto de estándares deberá aplicarse en todas las actividades de colaboración con el FCPF que buscan implementar REDD+ en el Perú.

En lo que atañe al funcionamiento del **FIP**, se han adoptado varios documentos internos que mencionan y precisan las

salvaguardas sociales aplicables, entre ellas la protección de los derechos de participación y consulta<sup>847</sup>. Cada Banco ejecutor aplicará sus políticas y procedimientos de financiamiento para fines de inversión, incluidas las normas fiduciarias y las salvaguardas ambientales y sociales<sup>848</sup>. Siendo el BID el ente ejecutor del FIP en el Perú, se debe considerar su propia política operacional. Cabe destacar que no existe similar documento al Enfoque Común del FCPF aplicable a las operaciones del FIP, lo que significa que las políticas del Banco Mundial no se aplicarían. Eso constituye una incongruencia sumamente criticable. Sin embargo, al igual que por el FCPF, se aplicarán los estándares dictados por el derecho internacional de los derechos humanos y otras normas nacionales referidas a la participación y consulta. Cabe precisar que las normas de derechos humanos constituyen normas mínimas que el Estado siempre puede superar.

El contenido de las normas aplicables a la aplicación del FIP referidas a la participación y consulta pueden resumirse de la manera siguiente, resaltando las más altas según un análisis preliminar:

---

845 Asia Indigenous Peoples Pact (AIPP), Forest Peoples Programme (FPP), International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA) & Tebtebba Foundation (2012), *What is REDD+?, A guide for Indigenous Communities*, 3a Ed., Chiang Mai, Thailand, pág. 70.

846 Véase introducción de las directrices sobre la participación de las partes interesadas en la preparación para REDD+ con énfasis en la participación de los pueblos indígenas y otras comunidades cuyo sustento depende de los bosques.

847 Los documentos más importantes del FIP están disponibles en: <https://climateinvestmentfunds.org/cif/keydocuments/FIP>

848 Fondos de Inversión en el Clima, Documento Básico para el Diseño del Programa de Inversión Forestal, de Carácter Selectivo, Creado al Amparo del Fondo Fiduciario del FEC, 7 de julio de 2009, párr. 36. Programa de Inversión en Silvicultura [FIP]: Criterios de Inversión y Modalidades de Financiamiento, op. cit., párrs. 88-89.



Tema	BID - OP 765 (2006) <sup>849</sup>	Documento Básico para el Diseño del FIP <sup>850</sup>	Normas internacionales	Ley 29785 y su Reglamento
Derecho	Consulta y negociaciones (pág. 7, 11)	Procesos inclusivos, participación y consulta pública (párr. 16)	Consulta y participación	Consulta
Medida	Operaciones del Banco, en los casos en que se identifiquen impactos adversos potenciales <sup>851</sup>	Las estrategias, los programas y los proyectos de inversión del FIP a nivel nacional o regional (párr. 16)	Políticas, programas, planes, proyectos, medias legislativas y administrativas que pueden afectar a los pueblos indígenas	Medida administrativa o legislativa (con excepciones)
Inicio del proceso	Lo más temprano posible durante el ciclo de proyectos	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Durante el diseño y la ejecución de esas medidas (párr. 16)</li> <li>- Cuanto antes y con suficiente tiempo de preparación (anexo III)</li> </ul>	Lo más pronto posible para permitir una influencia afectiva sobre la medida Desde las primeras etapas de la elaboración o planificación	Antes de adoptar la medida
Beneficiarios	Los pueblos afectados	Los pueblos indígenas y las comunidades locales que puedan resultar afectadas por las estrategias, los programas y los proyectos de inversión propuestos (anexo III)	Los pueblos indígenas y tribales afectados; los pueblos en contacto inicial	Los pueblos indígenas cuyos derechos colectivos serían directamente afectados
Modalidades	<ul style="list-style-type: none"> <li>- socioculturalmente apropiado</li> <li>- efectivos</li> <li>- de buenas fe</li> <li>- con estudios de impactos</li> <li>- consistentes con los mecanismos legítimos de toma de decisión de los pueblos o grupos indígenas afectados</li> <li>- según el derecho interno (págs. 7-9)</li> </ul>	Participación: <ul style="list-style-type: none"> <li>- plena, efectiva y permanente en el <b>diseño</b> y la ejecución de las <b>estrategias de inversión</b> (párr. 38)</li> </ul> Consulta: <ul style="list-style-type: none"> <li>- en consonancia con los instrumentos internacionales, las obligaciones y las leyes nacionales pertinentes (párr. 16) (Anexo III);</li> <li>- con libertad y voluntariamente</li> <li>- acceso prioritario a la información, en forma e idioma accesibles y culturalmente apropiados</li> <li>- con tiempo suficiente</li> <li>- reconociendo sus propios procesos, organizaciones e instituciones</li> <li>- integrando las conclusiones y recomendaciones que surgen</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>previa informada</b></li> <li>- <b>libre</b></li> <li>- <b>de buena fe</b></li> <li>- <b>de manera adecuada a las circunstancias</b></li> <li>- <b>en cada etapa de adopción de la decisión</b></li> <li>- <b>mediante organizaciones representativas</b></li> <li>- <b>en plazos adecuados</b></li> <li>- <b>evaluando los impactos de la medida (EISA)</b></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>previa informada</b></li> <li>- <b>libre</b></li> <li>- <b>de buena fe</b></li> <li>- <b>de manera adecuada a las circunstancias</b></li> <li>- <b>mediante determinadas organizaciones representativas</b></li> <li>- <b>en plazos determinados</b></li> <li>- <b>evaluando los impactos dentro del SNEIA</b></li> </ul>

849 BID, OP-765 - Política operativa sobre pueblos indígenas y estrategia para el desarrollo indígena, publicación del BID, julio de 2006, Washington. Véase también la Política Operacional del BID sobre pueblos indígenas, 6 de octubre de 2006.

850 Fondos de inversión en el clima, documento básico para el diseño del Programa de Inversión Forestal, de carácter selectivo, creado al amparo del Fondo Fiduciario del FEC, 7 de julio de 2009. Véase también Fondos de inversión en el clima. FIP: Criterios de inversión y modalidades de financiamiento, 29 de junio de 2010.

851 No se han considerado las directrices para las operaciones específicamente dirigidas a beneficiarios indígenas (OP 765, pág. 6).

Tema	BID - OP 765 (2006) <sup>849</sup>	Documento Básico para el Diseño del FIP <sup>850</sup>	Normas internacionales	Ley 29785 y su Reglamento
Finalidad	<ul style="list-style-type: none"> <li>- lograr un nivel de apoyo satisfactorio/ adecuado<sup>852</sup></li> <li>- Llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento: operaciones específicamente dirigidas a beneficiarios indígenas</li> <li>- Consentimiento: en el caso de impactos potenciales adversos particularmente significativos, que impliquen un grado de alto riesgo para la integridad física, territorial o cultural de los pueblos o grupos indígenas involucrados (págs. 8 y 11) y en caso de desarrollo comercial de recursos culturales y conocimientos indígenas (pág. 9)</li> </ul> <p>Operaciones que afecten el estatus legal, la posesión o la gestión de los territorios, las tierras o los recursos naturales tradicionalmente ocupados o aprovechados: consulta previa para salvaguardar la integridad física, cultural y económica de los pueblos afectados y la sostenibilidad de las áreas o recursos naturales protegidas + participación en manejo y beneficios (pág. 9)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Incorporar las inquietudes, conclusiones y recomendaciones de esos pueblos en el diseño de los procesos de consulta, las estrategias, los programas y los proyectos.</li> <li>- Reunir un consenso que refleje el <b>amplio apoyo de la comunidad</b> a la estrategia, el programa o el proyecto de inversión, manifestado por sus líderes</li> </ul>	<p>Llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento.</p> <p><b>Consentimiento obligatorio:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- medidas especiales</li> <li>- desplazamiento</li> <li>- material peligroso</li> <li>- <b>impactos significativos dentro del territorio</b></li> </ul>	<p>Llegar a un acuerdo lograr el consentimiento.</p> <p>Consentimiento obligatorio:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- desplazamiento</li> <li>- material peligroso</li> </ul>

852 BID (2006) Política Operacional sobre Pueblos Indígenas, párr. 2.34, inciso b, y 2.35. Véase también el párr. 2.53.

## Conclusiones

Como se ha mencionado en la parte introductoria de esa sección, las salvaguardas de las instituciones financieras no pueden frustrar la aplicación de las normas nacionales o el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, entre ellas las disposiciones del Convenio 169 y las sentencias de la Corte Interamericana que tienen valor constitucional en el Perú. Según lo precisó el Relator Especial, las políticas de operaciones o las directrices sobre pueblos indígenas de las instituciones internacionales deben interpretarse de tal forma que cumplan con las normas internacionales pertinentes, tal como se establece en la Declaración, los tratados aplicables y otras fuentes<sup>853</sup>. Entonces, la participación de los pueblos afectados durante la preparación y aplicación de estrategias, programas, planes y proyectos REDD+ debe garantizarse sobre la base de las normas nacionales acerca de la consulta, interpretadas a la luz de las normas internacionales que constituyen los estándares mínimos aplicables.

Sin embargo, las políticas y directrices de las instituciones financieras involucradas en la preparación y aplicación de REDD+ se aplicarán, según el caso, cuando no existe normas nacionales o cuando prevén estándares más altos de protección, como parte de los compromisos del Estado para beneficiar del apoyo de esas instituciones. El conjunto de los estándares identificados debe aplicarse a las actuaciones del Estado referidas a la aplicación de REDD+, mediante el FCPF o el FIP, dando la prioridad a la norma de conducta más exigente cuando varias normas regulan la misma conducta. En la práctica, el cumplimiento de las salvaguardas aplicables debe ser vigilado por el personal del fondo (FCPF o FIP) y del BID. La vulneración de esas normas debería llevar a la suspensión de las operaciones del BID. Por otra parte, incumplimientos con la Ley de Consulta Previa y el Derecho internacional aplicable deberá ser sancionado por el juez nacional, mediante acción de amparo.

La aplicación concreta de esas normas al caso peruano se examina en la sección siguiente.

## 2.2. ¿Cuáles son los procesos actuales en los cuales participa el Perú? ¿Cómo se garantizan los derechos a la participación y a la consulta?

### 2.2.1 La colaboración del Perú con el FCPF

A la fecha de redacción del presente informe, el Perú se encontraba en la fase de redacción del R-PP<sup>854</sup>. La última versión

del R-PP fue presentada en marzo de 2011 y aprobada por el Comité de Participantes, órgano rector del FCPF, bajo la condición de cumplir con ciertas condiciones<sup>855</sup>. Durante la XIII Reunión del Comité de Participante, en octubre de 2012, el Perú estimó poder concluir la actualización del R-PP en cuatro meses, es decir en enero 2013, con el objetivo de firmar el acuerdo de cooperación con el BID a más tardar en marzo de 2013<sup>856</sup>. Se están programando dos talleres regionales y uno nacional para recoger los comentarios y apreciaciones de los diferentes grupos de interés en REDD+ que participaron en la construcción del R-PP aprobado.

El R-PP dispone que la información a los pueblos indígenas es fundamental para garantizar procesos de consulta y participación adecuados, por lo que el primer proceso del Plan de Consultas y Participación es informar a los pueblos indígenas sobre aspectos de REDD+ que les permitan participar del proceso de elaboración e implementación de la Estrategia Nacional REDD+, así como en su evaluación. Hasta ahora, la participación indígena se limitó a unos talleres “participativos, informativos y de capacitación” sobre REDD en el Perú para la sociedad civil<sup>857</sup>, sin que se garantice de manera específica la participación de los pueblos indígenas. La falta de institucionalización de la participación entre el Estado y las organizaciones indígenas no puede garantizar una participación efectiva y sistemática en la política y los programas REDD+.

De igual manera, El R-PP menciona que se organizaría una consulta sobre el instrumento que contenga el programa o estrategia nacional sobre REDD+<sup>858</sup>, pero no sobre la versión actualizada del R-PP. Al respecto, la preparación del R-PP ya tiene varios impactos sobre los pueblos indígenas. Ya hemos presentado como REDD+ puede impactar varios derechos de los pueblos indígenas en general. En lo que atañe a la fase de preparación en particular, el FCPC precisó que las actividades de preparación “no suponen proyectos de inversión en el campo. Se trata, principalmente, de la planificación estratégica y la preparación. Sin embargo, estas actividades estratégicas tienen impactos potencialmente de mayor alcance —esperemos que positivos— pero, a menos que se enfrenten apropiadamente, posiblemente negativos (por ejemplo, la definición de los derechos de carbono de los bosques o el diseño de mecanismos para compartir los beneficios)” (subrayado nuestro)<sup>859</sup>.

De manera específica, el R-PP contiene varias disposiciones que conllevan decisiones tomadas acerca de la manera de preparar o implementar REDD+ en el futuro y podrían afectar varios intereses o derechos de los pueblos indígenas. Por ejemplo, se han identificado los elementos siguientes:

853 Informe del Relator Especial, Doc. ONU A/67/301, 13, de agosto de 2012, párr. 83.

854 Véase los documentos de preparación en la página web del FCPF: <http://www.forestcarbonpartnership.org/fcp/node/80> (05.11.2012).

855 Resolución PC/8/2011/7 del Comité de Participantes del FCPF, octava reunión, 23 al 25 de marzo de 2011, Dalat, Viet Nam.

856 Informe del Perú Para el Comité de Participantes (PC 13) Forest Carbon Partnership Facility (FCPF), disponible en: <http://www.forestcarbonpartnership.org/fcp/node/619> (05.11.2012).

857 Véase Anexo 1b-1 del R-PP, marzo de 2011.

858 R-PP, marzo 2011, pág. 37.

859 FCPF, *Enfoque común*, párr. 15.

## Implicancias del R-PP

Tema	Contenido	¿Por qué es importante?	Derecho o interés impactado
Implementación de REDD+	De manera general, confirma el proceso de participación del país en REDD+ (política forestal)	Se está tomando la decisión de participar en REDD+.	Todos los derechos impactados en general (más arriba).
Consultas y participación de los actores	Descripción preliminar de los mecanismos propuestos para realizar los procesos de socialización y participación de actores relevantes a REDD+.	Determina modalidades de ejercicio del derecho a la participación y consulta, entre ellas, los momentos durante los cuales se celebrarán consultas o los objetivos de los procesos.	Derecho a la participación y derecho a la consulta <sup>860</sup>
Diseño e implementación de la Estrategia REDD+ en Perú	Se describen las consideraciones que se tendrán en cuenta para el Diseño de la Estrategia Nacional REDD+ en el Perú.	Esos elementos tendrán un impacto sobre el diseño de la Estrategia REDD+.	Derecho a determinar sus prioridades acerca del desarrollo
Opciones de la Estrategia REDD	Se describe las opciones para implementación de REDD+. Se menciona que se ya ha elegido un enfoque de implementación "por nivel" (desde iniciativas regionales y locales hacia un enfoque nacional), que ya permite la aplicación de REDD+ sin haber terminado la fase de preparación <sup>861</sup> .	Se está autorizando la implementación parcial de REDD+.	Derecho a determinar sus prioridades acerca del desarrollo.  Posiblemente, derechos territoriales y otros derechos impactados en general.
	Se mencionan que la Estrategia Nacional REDD+ seguirá un enfoque que promueva la inversión pública y privada en negocios de carbono forestal.	Se favorece un modelo de financiamiento que implica los mercados de carbono. Puede aumentar la especulación sobre el carbono.	Derecho a determinar sus prioridades acerca del desarrollo
Impactos sociales y ambientales	Se está determinando cómo se diseñará la Estrategia de Evaluación Social y Ambiental (SESA).	La SESA contiene aspectos referidos a la participación/ consulta y otras salvaguardas aplicables. Identifica y evalúa los impactos sociales y ambientales de REDD+ sobre intereses o derechos.	Todos los derechos impactados en general
Rol de las comunidades y pueblos indígenas y el sector privado	Se propone que el monitoreo de parcelas sea desarrollado por las comunidades que participan en las actividades de REDD+. Se determina el papel futuro de los actores en la estrategia nacional.	Se determina el papel de las comunidades durante la implementación de REDD+.	Participación concreta en los proyectos REDD+

860 Cabe recordar que las normas que precisan las modalidades de aplicación del derecho a la consulta deben ser consultadas. Véase Corte IDH, *Saramaka*, 2008, párr. 4; Informe CEACR (2011), Convenio 169, Perú; Informe CEACR (2010); Informe Relator Especial (2011), párr. 88.

861 La versión del R-PP de marzo 2011 menciona: "Al respecto, el Perú considera apropiado y consistente con su realidad nacional adoptar una Estrategia Nacional REDD+ a partir de un enfoque por niveles que permita evolucionar, a medida que se vayan fortaleciendo las capacidades específicas que la implementación del mecanismo requiere, desde iniciativas subnacionales (regional y local) hacia un enfoque nacional integrado y eficiente para reducir emisiones, promover el desarrollo sostenible y apoyar el proceso de descentralización". [...] "En otras palabras, el enfoque por niveles permite que iniciativas subnacionales estén en la Fase 3 de REDD ("performance based incentives") aun cuando el nivel nacional esté todavía en la Fase 1 ('readiness') o 2 ('implementation').".

La redacción del R-PP tiene un impacto sobre el diseño de la política nacional sobre el uso de los bosques<sup>862</sup>, que atañe en parte a la política ambiental y en parte a la política agrícola. Cabe resaltar que si bien el Convenio menciona la participación en la elaboración de “políticas”, no define ese término. De acuerdo con las reglas de interpretación de los tratados internacionales, un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos usados, sin darles un sentido especial si no se consta que tal fue la intención de las partes. Se toma en cuenta el contexto, así como el objeto y fin del tratado<sup>863</sup>. Al respecto, a falta de precisión alguna, tenemos que referirnos a la definición común del término “política”, dada por la Real Academia Española: “arte, doctrina u opinión referente al gobierno de los Estados”, “arte o traza con que se conduce un asunto o se emplean los medios para alcanzar un fin determinado” u “orientaciones o directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado”.

Se desprende de lo anterior que al ser un documento programático que está orientando de manera directa acciones futuras, el R-PP constituye la elaboración preliminar de una política que puede afectar derechos o intereses de los pueblos indígenas, en el sentido del Convenio 169. Entonces, su redacción debe contar con la participación de los pueblos indígenas, aplicando las normas y pautas vigentes (más arriba). Como menciona el mismo R-PP de marzo 2011, “el proceso de preparación e implementación para REDD+, que incluye la elaboración del R-PP, requiere mecanismos de participación continua para todos los actores relevantes” (subrayado nuestro)<sup>864</sup>.

Además, su aprobación final debería someterse a un proceso de consulta<sup>865</sup>. En efecto, por un lado, las Directrices del FCPF sobre la participación disponen que consultas deban celebrarse en todas las etapas del proceso de REDD+, incluido durante la planificación. Por otro lado, se desprende de las normas del Derecho internacional que la celebración de consultas sería necesaria en la medida en que se esté adoptando decisiones acerca de la manera de implementar REDD+ impactando derechos de los pueblos indígenas. En efecto, el objetivo de la consulta es dar a los pueblos afectados una oportunidad real de influir en el resultado de una decisión. La consulta posterior a una decisión, sin posibilidad de influir en el contenido de la medida que les va

a afectar, no cumple con el objetivo del derecho (más arriba). Celebrar consultas formales sobre la formulación de políticas es una forma de garantizar el derecho a la participación, que es aun más necesaria cuando no existen mecanismos de participación institucionalizados, como es el caso en el Perú.

El Estado considera que la actualización del R-PP y la finalización de la Estrategia Nacional de Inversión de FIP al mismo tiempo “contribuirán a tener propuestas alineadas a la necesidad del país”. Por ello, la ausencia de consulta del R-PP, mientras que se consultará la Estrategia Nacional del FIP, presenta una incongruencia en el enfoque adoptado.

Cabe precisar que, aunque la Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa y su Reglamento no se aplican a situaciones anteriores a su entrada en vigencia (i.e., primer borrador del R-PP), se deben aplicar a la actualización del R-PP, emprendida bajo su vigencia. Es decir, la ausencia de normas internas al momento de iniciar las negociaciones con el FCPF no justifica que las actuaciones actuales del Estado no sean sometidas a proceso de consulta. La Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa se aplica plenamente, a la fecha, a las decisiones del Estado.

Dados los plazos anunciados para la aprobación final del R-PP (enero 2013), no se permitirá, de todo modo, la celebración de consultas en los plazos previstos por la normatividad (120 días) dado la necesidad de plenamente informar a los pueblos afectados sobre un tema tan complejo.

Según las salvaguardas aplicables al FCPF y las normas internacionales, la elaboración de la estrategia de inversión (R-Package) dará lugar a un proceso de participación que deberá culminar por la celebración de consultas (Anexo).

### 2.2.2 La colaboración del Perú con el FIP

Acerca de la preparación de Perú a la aplicación de REDD+ mediante el FIP, se están llevando a cabo consultorías para la preparación de los insumos que servirán de base para la formulación de la estrategia de inversión forestal. Se están abordando los componentes siguientes: análisis de la deforestación, análisis de vacíos y duplicidades de financiamiento, y el plan de involucramiento de actores y la consultoría sobre el involucramiento del sector privado.

862 El R-PP de marzo 2011 menciona que “REDD+ es considerado uno de los pilares con mayor potencial del el Programa Nacional de Conservación de Bosques para la Mitigación del Cambio Climático” (pág. 8).

863 Artículo 31 de la Convención de Viena (1969).

864 Plantilla de Propuesta para la Preparación de Readiness (R-PP), 7 de marzo 2011, pág. 7.

865 AIPP, FPP, IWGIA & Tebtebba Foundation (2012), p. 57.

Se está programando la presentación de la estrategia nacional de inversión el FIP en mayo del 2013<sup>866</sup>, después de la celebración de “consultas públicas” en marzo del 2013<sup>867</sup>. En efecto, conforme al documento básico para el diseño del FIP, la elaboración de la Estrategia Nacional de Inversión debe ser inclusiva, transparente y participativa. Deben diseñarse y ejecutarse mediante un proceso de consulta pública (más arriba). En ese caso, la celebración de consultas está expresamente prevista en las normas del FIP. Aunque las consultas públicas previstas por FIP benefician tanto a los pueblos indígenas como a las comunidades locales afectadas, no se puede olvidar que los pueblos indígenas gozan de derechos específicos. Como ya mencionamos, esas consultas públicas deberán cumplir con los estándares internacionales sobre la consulta previa y la participación cuando se trata de pueblos indígenas en el sentido del Convenio 169 de la OIT.

Según el contenido de la Estrategia Nacional de Inversión<sup>868</sup>, que deberá ser consultada por los pueblos afectados, ya se puede identificar unas cuestiones claves que deberán contar con los aportes y/o el consentimiento de los pueblos indígenas, por ejemplo:

- descripción de los mecanismos de gestión forestal: leyes, reglamentos, derechos sobre la tierra y sistemas de tenencia de la tierra, instituciones y sus capacidades, participación de interesados clave, incluidos los pueblos indígenas y otras comunidades de zonas boscosas, y mecanismos de rendición de cuentas
- identificación de oportunidades clave de reducción de las emisiones, e identificación y justificación de los proyectos y programas que cofinanciará el FIP
- explicación de en qué medida el actual marco normativo y de políticas respalda o dificulta la consecución de los objetivos de la REDD-Plus
- identificación de las lagunas reglamentarias y los problemas de gestión de gobierno actuales, y descripción de los obstáculos existentes y los impactos que podrían suscitar las intervenciones de los sectores público y privado si se

eliminaran tales obstáculos

- identificación de los beneficios conjuntos que se espera obtener a través de la inversión
- plan de participación y aplicación de salvaguardas
- explicación del papel que cumplirá el Mecanismo de Donaciones Específico para los Pueblos Indígenas y las Comunidades Locales en la estrategia de inversión.

Las consultas celebradas sobre la Estrategia de Inversión deberán seguir los estándares internacionales detallados más arriba, garantizar plazos suficientes para organizar la capacitación de todos los actores involucrados.

### 2.2.3. La elaboración de nuevas normas referidas a la implementación de REDD+

La implementación de REDD+ necesitará la adaptación del marco normativo vigente y la adopción de nuevas normas.

En la actualidad se está considerando, especialmente, la adopción de la Ley de Compensación por Servicios Ambientales<sup>869</sup>, del Reglamento de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre (Ley 29763) y de un proyecto resolución ministerial para el registro de proyectos REDD+ por parte del MINAM que estará aprobada a más tardar en enero de 2013<sup>870</sup>.

El alcance general de esas normas no puede frustrar la celebración de consultas previas en la medida en que esas propuestas puedan afectar a los pueblos indígenas de manera específica<sup>871</sup> en modos no percibidos por la población general del Estado<sup>872</sup>, o cuando puedan repercutir de forma desproporcionada en los pueblos indígenas<sup>873</sup>.

El Estado tiene la responsabilidad de regular sin plazo las consultas sobre proyectos de leyes para poder celebrar todas las consultas necesarias, de manera transparente y sistemática, asegurando el cumplimiento de los estándares internacionales aplicables.

866 Véase Informe del Perú Para el Comité de Participantes (PC 13) Forest Carbon Partnership Facility (FCPF), disponible en:

<http://www.forestcarbonpartnership.org/fcp/node/619> (05.11.2012)

867 Misión conjunta para el Programa de Inversión Forestal en Perú, 3 -5 de octubre de 2012, Ayuda Memoria, pág. 6, disponible en <https://www.climateinvestmentfunds.org/cifnet/?q=country/peru> (05.11.2012).

868 Directrices operacionales del FIP (2010).

869 Propuesta de R-PP, marzo 2011, pág. 21. Véase el texto del proyecto en el portal web del MINAM:

[http://www.minam.gob.pe/index.php?view=details&id=21%3Aproyecto-de-ley-que-regula-la-compensacion-de-servicios-ambientales&option=com\\_eventlist](http://www.minam.gob.pe/index.php?view=details&id=21%3Aproyecto-de-ley-que-regula-la-compensacion-de-servicios-ambientales&option=com_eventlist) (08.11.2012)

870 Informe para el Comité de Participantes (PC 13) del FCPF, pág. 8.

871 Foro Permanente (2005), párr. 12. Por ejemplo, fue el caso de la Ley de Administración de Bosques Públicos en Brasil. Véase OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Brasil, (GB.295/17):(GB.304/14/7).

872 Informe del Relator Especial (2009), párr. 63. Mecanismo de Expertos (2012), Opinión 4, párr. 12. En otras palabras, el Mecanismo de Expertos se refiere a medidas que “afectan específicamente a los pueblos indígenas” (Opinión 2, 2011, párr. 16).

873 Mecanismo de Expertos (2011), párr. 16.

#### 2.2.4. La ejecución de proyectos por entes privados

En la actualidad, ya se están ejecutando proyectos vinculados con REDD+, en ausencia de toda reglamentación al respecto, por parte de entes privados, sean ONG o empresas<sup>874</sup>. Como se ha mencionado, la responsabilidad de celebrar consultas solo recae en el Estado, a partir de actuaciones estatales. Los actores privados no tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas en el sentido del Convenio 169 (más arriba). Sin embargo, el Estado tiene la obligación de “proteger” los derechos humanos de los pueblos involucrados (más arriba), es decir, prevenir, investigar y sancionar las violaciones de los derechos y garantizar la reparación de los daños<sup>875</sup>. El Estado, teniendo conocimiento de los proyectos privados referidos a REDD+, no puede dejar que se cometan abusos sistemáticos. Es aconsejable que el Estado regule rápidamente las actividades vinculadas con REDD+ y asegure su participación como ente fiscalizador, de tal manera que se puedan organizar consultas sobre las medidas públicas adoptadas y los proyectos autorizados. El involucramiento del Estado garantizaría que se tome sistemáticamente en cuenta la opinión del pueblo involucrado y, de ser necesario, que se logre su consentimiento.

Por otro lado, merece recordar que los actores privados tienen la obligación de “respetar” los derechos humanos<sup>876</sup>. En

el Perú, los derechos fundamentales vinculan tanto al Estado como a los particulares<sup>877</sup>. Por ello, las empresas tienen que respetar el derecho a la consulta previa y no podrán iniciar sus actividades antes de que se termine el proceso de consulta. Para cumplir con esa obligación, las empresas deberían implementar los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (más arriba)<sup>878</sup>.

#### 2.3. ¿Cuáles son los obstáculos en la normatividad nacional sobre la consulta para una plena aplicación de los derechos a la participación y a la consulta previa en la implementación de REDD+?

En la primera parte del informe, hemos identificado los vacíos y contradicciones de la Ley 29785 sobre el Derecho a la Consulta Previa y su Reglamento, en comparación con los estándares aplicables. Si bien el conjunto de esos vacíos y contradicciones impiden la plena aplicación del derecho a la consulta, cualquier sea el tema considerado, unas de esas deficiencias tienen más relevancia en lo que atañe a la preparación y implementación de REDD+ en el Perú.

A continuación se presentan unas deficiencias particularmente problemáticas para la preparación e implementación de REDD+ en el Perú:

##### Vacío o contradicción de las normas nacionales

No se reconoce el derecho a la participación.  
No se garantiza la institucionalidad de la participación indígena

No se prevé la consulta a lo largo de la adopción de la medida.

No se prevé la consulta sobre “políticas”.

No se regula la consulta sobre proyectos de leyes.

No se prevé la consulta de los pueblos en contacto inicial y no se garantiza la participación las organizaciones para garantizar los derechos de los pueblos en aislamiento.

No se contempla la posibilidad de deber obtener el consentimiento.

##### Relevancia para preparar e implementar REDD+

La preparación e implementación de REDD+ son procesos a largo plazo que necesitan una participación sistemática de los pueblos indígenas, a lo largo del proceso de adopción de las decisiones.

La preparación de REDD+ necesita la adopción de una estrategia nacional que constituirá la política REDD+ y modificara políticas y programas actuales.

Varias leyes se deben adoptar para regular las modalidades de aplicación de los programas y proyectos REDD+ y definir las obligaciones y derechos de los actores.

Proyectos REDD+ podrían involucrar a los PIACI.

Los impactos de la implementación de REDD+ podrían ser significativos para los pueblos indígenas.

874 Véanse los Proyectos REDD+ de mercado voluntario en el portal web del MINAM:

<http://cambioclimatico.minam.gob.pe/category/proyectos/redd-mercado-voluntario> (08.II.2012).

875 Por ejemplo, Corte IDH, *Godínez Cruz vs. Honduras*, sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 175.

876 Véase Mecanismo de Expertos, Informe 2012, párr. 9. Véase Informe del Relator Especial, 19 de julio de 2010, Doc. ONU A/HRC/15/37 e Informe del Relator Especial, 6 de julio de 2012, Doc. ONU A/HRC/21/47.

877 STC 03343-2007-PA/TC, fundamento 7.

878 Resolución 17/4 del Consejo de Derechos Humanos, 6 de julio de 2011, Doc. ONU A/HRC/RES/17/4.



## 2.4. Recomendaciones acerca de los derechos de participación y consulta y la preparación de REDD+ en el Perú

Por lo anteriormente mencionado, se recomienda:

### A las autoridades públicas competentes:

- Reconocer el derecho a la participación indígenas en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos o intereses.
- Institucionalizar la participación de los pueblos indígenas en la elaboración, aplicación y supervisión de las políticas que los afecten, especialmente en la preparación e implementación de REDD+.
- Modificar sus TUPA con miras a precisar los momentos en los cuales se requiere la celebración de consultas previas.
- Consultar a los pueblos indígenas sobre todos los proyectos de medidas administrativas y legislativas destinadas a implementar REDD+ en el Perú.
- Adoptar las normas internas necesarias para llevar a cabo consultas sobre proyectos de medidas legislativas relacionadas a REDD+, de conformidad con los estándares internacionales; se recomienda suspender la adopción de las normas legislativas de puedan afectar a los pueblos indígenas hasta que se aprueba esas normas.
- Consultar a los pueblos indígenas antes de actualizar el R-PP y consultar a los pueblos indígenas sobre la Estrategia Nacional de Inversión del FIP, de acuerdo a las normas aplicables, asegurando plazos suficientes.

### A las organizaciones indígenas:

- Organizar capacitaciones a todos los niveles de sus organizaciones para informar a sus miembros sobre REDD+, sus oportunidades y sus amenazas.
- Formular sus posiciones acerca de la implementación de REDD+ en el Perú.

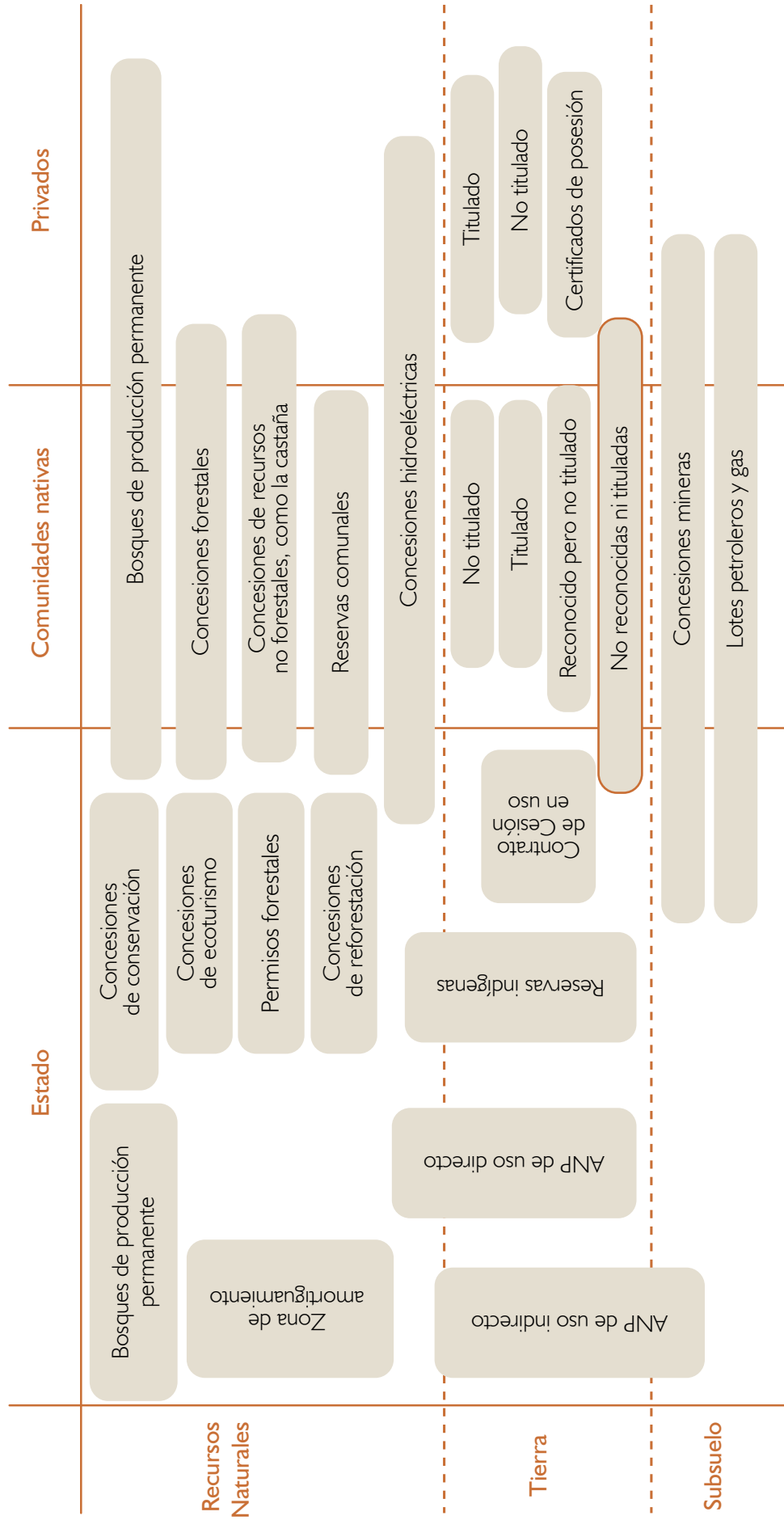
- Llamar la atención de sus miembros sobre las implicancias de los contratos celebrados por comunidades en el tema de REDD+.

## 3. DERECHOS A LA TIERRA, TERRITORIO Y RECURSOS NATURALES EN REDD+

Como se ha visto previamente, los organismos e instituciones con los que se viene trabajando el mecanismo REDD+ han establecido distintos documentos o lineamientos que dirigen su actuación en el proyecto que financian o realizan algunas disposiciones para su desarrollo. Estos instrumentos reconocen los derechos de los pueblos indígenas y remiten su fundamento a las normas del país y la legislación internacional, a pesar de que todos reconocen el vínculo especial de los pueblos indígenas con sus territorios y los graves problemas que afrontan (procedimientos lentos de titulación, sin títulos de propiedad, sin reconocimiento de sus derechos de posesión tradicionales, invasiones, etc.), en la práctica estos organismos solo tienen el deber de respetar los derechos humanos, es decir, cumplir con identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas sobre cómo se abordó ese impacto (diligencia debida). La obligación internacional es asumida por los Estados, y las instituciones financieras o empresas deberán ayudar a aquellos a cumplir con la gama completa de obligaciones internacionales: respetar, cumplir y garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Si hacemos un traslape entre el marco normativo analizado en la sección sobre tierra, territorio y recursos naturales (visto en la sección inicial) con las posibles situaciones generadas por la implementación de REDD+, se puede afirmar fácilmente que es necesaria una adecuación normativa nacional previa a la realización de cualquier proyecto REDD+ o a la realización de cualquier nueva forma de aprovechar los bosques y las tierras forestales.





Fuente: Adaptado de Grenville Barnes y Sheryl Quail. Land tenure Challenges in Managing Carbon Property Rights to Mitigate Climate Change. Revista sobre tenencia de la tierra 2-11, pág. 91.

La complejidad anterior coloca en una situación de desventaja evidente a aquellos pueblos indígenas no reconocidos como tales y sin títulos de propiedad sobre los territorios que habitan, la necesidad de culminar procesos inconclusos, así como la necesidad de que intervengan formal y fácticamente todas las instituciones estatales con competencias y funciones en cada uno de los sectores identificados.

En ese sentido, es necesario observar que en los actuales procesos sobre REDD+ donde el Estado peruano viene participando, no se está involucrando (además del Ministerio del Ambiente) a otros sectores que se vinculan con territorios de los pueblos indígenas, tanto a escala nacional como regional, como el Ministerio de Agricultura, el Viceministerio de Interculturalidad, gobiernos regionales, la Superintendencia Nacional de Registros Públicos- SUNARP, la Superintendencia de Bienes Nacionales (SBN), etc. ; dicha situación es preocupante debido a que nos encontramos en una etapa en la que se están asumiendo compromisos y tomando decisiones que impactarán en el escenario mostrado, generando posiblemente un grado mayor de complejidad al existente.

### 3.1. ¿Cómo se manifestarían los derechos mencionados en REDD+?

Conforme se ha señalado en muchas ocasiones, la titulación de tierras, así como el reconocimiento de las formas tradicionales de manejo de los recursos naturales, son condiciones previas al desarrollo del mecanismo REDD+, y es el Estado el principal llamado a cumplir esas condiciones. Los principales derechos involucrados en un mecanismo REDD+ son:

- El derecho a la propiedad y posesión sobre las tierras o territorios que tradicionalmente ocupan (*derecho sui generis*).
- El derecho a utilizar tierras y territorios que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.
- El derecho a la participación en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras.

En consecuencia, las principales conclusiones sobre los derechos al territorio, tierra, recursos naturales y REDD+, serían:

- Si el Estado pretende realizar o promover un proyecto REDD+ en tierras indígenas no tituladas, pero que poseen u ocupan tradicionalmente, previamente deberá terminar con el proceso de reconocimiento de la propiedad a través de la titulación de esos pueblos.

- Si el Estado pretende realizar o promover un proyecto REDD+ en tierras tituladas deberán realizarse en los Estudios de Impacto Ambiental, los impactos sociales, espirituales y culturales, y ser considerados estos como criterios fundamentales para la ejecución de los proyectos.
- Si el Estado pretende realizar o promover un proyecto REDD+ en tierras a las que los pueblos indígenas han tenido tradicionalmente acceso para aprovechar los recursos naturales existentes en ellas, deberá garantizar el derecho a los beneficios por el aprovechamiento del recurso natural además de considerar todas las condiciones previas (consulta y realización de estudios de impacto social, espiritual y cultural).
- Los proyectos o actividades vinculadas con REDD+ que el Estado pretenda realizar deberán respetar y considerar las formas de administración, uso y conservación de los recursos naturales que tradicionalmente los pueblos indígenas ejerzan. Al aplicarse REDD+ se deberá tener especial cuidado de conocer las reglas previas establecidas para el manejo del recurso forestal por los pueblos indígenas, y así, no debilitar la legitimidad de las autoridades indígenas.

### 3.2 ¿Los pueblos indígenas tienen derecho a obtener beneficios de un proyecto REDD+?

Bajo los tres derechos mencionados y desarrollados a profundidad en el Capítulo II, los pueblos indígenas sí tienen derechos sobre los beneficios que un proyecto REDD+ pueda generar.

Para el análisis, se debe recordar que el término *territorio* considera tanto a la tierra como a los recursos naturales existentes en ella, y que este derecho tiene un contenido diferente del que desarrolla el Derecho civil<sup>879</sup>; entonces, el derecho a la propiedad y posesión sobre el territorio significaría tener derecho de propiedad y posesión *sui generis* sobre el carbono forestal existente en los bosques que tradicionalmente ocupan. Nótese que se hace referencia a una ocupación *sui generis* y tradicional, no ancestral.

Si por el contrario el carbono de interés se encuentra en tierras o territorios que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero se trata de tierras o territorios a los que han tenido acceso tradicional para sus actividades tradicionales y de subsistencia, entonces el derecho a la utilización de tierras y territorios no ocupados exclusivamente por los indígenas, pero a los que han tenido acceso tradicional para realizar sus actividades tradicionales y de subsistencia, también abarcaría al carbono existente en el bosque.

879 Según el Convenio 169 de la OIT y la Jurisprudencia de la Corte IDH.

Finalmente, si se privilegia la actividad que ha mantenido al carbono en su fuente o el mantenimiento de un hábitat adecuado para el secuestro de carbono, entonces la disposición más adecuada para mostrar quién debe ser el beneficiario es el derecho a la participación en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras. De esta manera, el manejo forestal tradicional que el pueblo indígena haya realizado será el fundamento para solicitar la participación de los beneficios generados por la administración o conservación del recurso natural existente en la tierra.

### 3.3. Las salvaguardas, directrices y lineamientos que enmarcan a las instituciones financieras o promotoras de REDD+

Como se observa, a partir de la normatividad nacional e internacional sobre derechos humanos y las normas administrativas sobre recursos naturales, se puede construir un sistema normativo favorable para el desarrollo de REDD+, debiendo únicamente cumplir con las obligaciones asumidas y realizar las adecuaciones necesarias. Mientras tanto, es válido recurrir a estrategias de protección clasificadas como salvaguardas, pero que en general debe considerarse como medidas complementarias y no sustitutorias de las disposiciones sobre derechos humanos.

Se debe recordar, además de lo ya mencionado en la sección de "Consulta y REDD+", que estas salvaguardas son medidas que aseguran y protegen contra algún riesgo o necesidad, mientras que los derechos humanos son facultades innatas al ser humano que se ejercen y respetan aunque el ser humano no se encuentre en peligro. Igualmente, las consecuencias frente a su incumplimiento son diferentes: en el caso de las salvaguardas se tratará de una falta a un compromiso contractual, mientras que en el caso de los derechos humanos se tratará de una violación que será condenada internacionalmente.

#### 3.3.1. Las salvaguardas del Acuerdo de Cancún

En 2010, en el XVI Período de Sesiones celebrado en Cancún, se adoptaron los Acuerdos de Cancún<sup>880</sup>, en los que además de reconocer que los efectos adversos del cambio climático tienen consecuencias directas e indirectas en el disfrute efectivo de los derechos humanos, especialmente para aquellas poblaciones que se encuentran en situación de vulnerabilidad como los pueblos indígenas, se establecieron como salvaguardas<sup>881</sup>:

"c) El respeto de los conocimientos y los derechos de los pueblos indígenas y los miembros de las comunidades locales, tomando en consideración las obligaciones internacionales pertinentes y las circunstancias y la legislación nacionales, y teniendo presente que la Asamblea General de las Naciones Unidas ha aprobado la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas;

[...]

e) La compatibilidad de las medidas con la conservación de los bosques naturales y la diversidad biológica, velando por que las que se indican en el párrafo 70 de la presente decisión no se utilicen para la conversión de bosques naturales, sino que sirvan, en cambio, para incentivar la protección y la conservación de esos bosques y los servicios derivados de sus ecosistemas y para potenciar otros beneficios sociales y ambientales "[Teniendo en cuenta la necesidad de medios de vida sostenibles de los pueblos indígenas y las comunidades locales y su interdependencia con los bosques en la mayoría de los países, que se reflejan en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y la celebración del Día Internacional de la Madre Tierra.]"

De esta manera no se alude a las características de un adecuado tratamiento que debería darse a la tierra, salvo algunas menciones sobre la evaluación de las emisiones derivadas de su uso o cambio de uso. Asimismo, reitera la necesidad de respetar los derechos de los pueblos indígenas considerando el marco nacional e internacional correspondiente, así como la necesidad de velar para que las medidas de reducción de emisiones (causadas por la deforestación, la degradación forestal), la conservación de las reservas forestales de carbono, la gestión sostenible de los bosques y el incremento de las reservas forestales de carbono promuevan la potenciación de otros beneficios sociales y ambientales, lo que podría ocurrir a través de la promoción del manejo comunal de los recursos naturales.

880 Decisión 1/CP.16. Acuerdos de Cancún: resultado de la labor del Grupo de Trabajo Especial sobre la Cooperación a Largo Plazo en el marco de la Convención.

881 *Ibíd.*, párrafo 2 del Apéndice I: Orientación y salvaguardias aplicables a los enfoques de política y los incentivos positivos para las cuestiones relativas a la reducción de las emisiones debidas a la deforestación y la degradación forestal en los países en desarrollo; y función de la conservación, la gestión sostenible de los bosques y el aumento de las reservas forestales de carbono de los países en desarrollo.

### 3.3.2. Las disposiciones del FIP que hacen referencia a la tierra, territorio o recursos naturales

Documentos del FIP con referencia a tierra, territorio y recursos naturales		
Documento	Texto	Comentario
Documento básico para el diseño del Programa de Inversión Forestal, de Carácter Selectivo, creado al amparo del Fondo Fiduciario del FEC.	<p><b>II. OBJETIVOS, PROPÓSITO Y ALCANCE DEL PROGRAMA DE INVERSIÓN FORESTAL</b></p> <p>10. El propósito principal del FIP consiste en respaldar los esfuerzos de los países en desarrollo por reducir las emisiones debidas a la deforestación y la degradación forestal, [...] al mismo tiempo, se tendrán en cuenta las oportunidades de ayudar a esos países a adaptarse a los efectos del cambio climático en los bosques y de contribuir a numerosos beneficios, tales como la conservación de la biodiversidad, la protección de los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades locales, la reducción de la pobreza y la mejora de los medios de subsistencia de la población rural.</p>	<p>Se alude al deber estatal de garantizar (proteger) los derechos humanos en general y de los pueblos indígenas en particular, no como un objetivo principal, pero sí como un beneficio colateral que esperan alcanzar.</p>
	<p><b>III. PRINCIPIOS DEL PROGRAMA DE INVERSIÓN FORESTAL</b></p> <p>13. Los principios generales estipulados en el Marco de gestión para el Fondo Estratégico sobre el Clima (FEC) se aplicarán al Programa de Inversión Forestal, que se registrará, además, por los siguientes principios:</p> <p>b) <b>Contribución al desarrollo sostenible.</b> El Programa de Inversión Forestal debe contribuir a los medios de subsistencia y el desarrollo humano de las comunidades dependientes de los bosques, incluidos los pueblos indígenas y las comunidades locales, y debe generar beneficios para mantener la biodiversidad y los servicios de los ecosistemas;</p> <p>e) <b>Cooperación con otros participantes y procesos.</b> El Programa de Inversión Forestal debe complementar los propósitos y objetivos que, en relación con los bosques, han establecido otros convenios, convenciones y procesos internacionales, como el sistema de las Naciones Unidas, el Convenio sobre la Diversidad Biológica; la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación; el instrumento jurídicamente no vinculante sobre todos los tipos de bosques, del Foro de las Naciones Unidas sobre los Bosques, y el Acuerdo Internacional de las Maderas Tropicales. [...]</p>	<p>Esperan contribuir a la realización del derecho a una alimentación adecuada (medios de subsistencia de comunidades dependientes de bosques), pero como algo colateral, no como un objetivo principal.</p> <p>Asimismo, señalan como principio el deber de complementar los propósitos y objetivos establecidos en otros convenios sobre bosques, como por ejemplo el Convenio de la Diversidad Biológica.</p> <p>En este último caso es importante recordar que el artículo 8 literal "j" del Convenio establece la obligación de respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas que signifiquen estilos tradicionales de vida adecuados para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica; de esta forma, el mencionado artículo reconoce la importancia del manejo comunal de los recursos naturales y así se vincula al derecho de participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en su territorio y al derecho de propiedad <i>sui generis</i> sobre el territorio.</p> <p>En consecuencia, si el FIP tiene como principio complementar este objetivo del Convenio sobre Diversidad Biológica, entonces sus actividades deberán considerar el respeto de las prácticas tradicionales de manejo de recursos naturales que los pueblos indígenas o comunidades rurales hayan venido realizando y no intentar suplantarlos o minimizarlos<sup>882</sup>.</p>

882. Artículos 15 y 16.1 del Convenio 169 de la OIT; artículo 1.2 común del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; sentencias de la Corte sobre el caso *Saramaka vs. Surinam*, párrafo 123, el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, párrs. 118 y 121; Artículo 8.j del Convenio sobre Diversidad Biológica.

Documento	Texto	Comentario
<p>Documento básico para el diseño del Programa de Inversión Forestal, de Carácter Selectivo, creado al amparo del Fondo Fiduciario del FEC.</p>	<p><b>X. INICIATIVA ESPECÍFICA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LAS COMUNIDADES LOCALES</b></p> <p>38. La participación plena, efectiva y permanente de los pueblos indígenas y las comunidades locales en el diseño y la ejecución de las estrategias de inversión del FIP es indispensable. Dependerá en gran medida del fortalecimiento de la capacidad de esos grupos para cumplir un papel activo e informado en los procesos nacionales de REDD en general y los del FIP en particular, así como del reconocimiento de sus derechos de tenencia de la tierra, su función como administradores de los bosques y los sistemas de ordenación forestal tradicionales, y del apoyo que reciban. [...]</p> <p>39. El ámbito de las actividades admisibles para recibir respaldo de un mecanismo de donaciones específico para los pueblos indígenas y las comunidades locales (y las organizaciones de apoyo designadas por ellos) debe incluir, entre otras cosas, la ayuda para asegurar y reforzar los derechos consuetudinarios a la tenencia y los recursos de la tierra y los sistemas tradicionales de ordenación forestal de los pueblos indígenas y las comunidades locales; el respaldo, incluso para desarrollo de la capacidad si fuera necesario, para que esos pueblos y comunidades puedan elaborar e implementar propuestas para los proyectos piloto; y la ayuda para que dichos pueblos y comunidades puedan participar en el seguimiento y la evaluación de las actividades forestales, de conformidad con las leyes y los reglamentos nacionales pertinentes.</p>	<p>Se reconoce que la participación plena de los pueblos indígenas en los procesos del FIP dependerá del reconocimiento de sus derechos a la tierra, al territorio y a la participación en el uso, administración y conservación de los recursos naturales existentes en él. Esto es fácil de entender, pues solo si están asegurados sus derechos a sus territorios y recursos naturales necesarios para su subsistencia física y como cultura, podrán estar tranquilos para participar activamente en los procesos que se establezcan.</p> <p>Debido a lo anterior, se explica que los proyectos que podrían recibir respaldo deberán incluir actividades para asegurar y reforzar los derechos a la tierra, al territorio, a la participación en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales<sup>883</sup>.</p> <p>Sin embargo, se debe recordar que las obligaciones de reconocimiento de los derechos a la tierra y a los recursos naturales corresponden al estado; por ello, las actividades de apoyo que se financian servirán de sustento pero además debería contarse con el apoyo y liderazgo del Estado.</p>
<p>Directrices Operacionales del PINS (FIP) [FIP Operational Guidelines]</p>	<p><b>Mecanismo de donaciones para pueblos indígenas y comunidades locales</b></p> <p>[...]</p> <p>30. La gama de actividades que pueden recibir respaldo de los mecanismos de donación comprende, entre otras, las siguientes: [...]</p> <p>b) reconocimiento de sus derechos de tenencia de la tierra, funciones de protección de los bosques y sistemas tradicionales de gestión forestal, y respaldo para su ejercicio; [...]</p>	<p>Muestra y recuerda la importancia y la necesidad de reconocer los derechos de los pueblos que habitan en los bosques y a los sistemas que tradicionalmente han utilizado para gestionarlos. Por ello establecen un fondo especial que permita a los pueblos indígenas colaborar en la realización de estos proyectos; aunque lo más adecuado sería que sean los propios Estados, ya que son los encargados de cumplir esta obligación, los que lideren esta actividad. La labor de las organizaciones indígenas deberá ser de apoyo.</p>

883 Artículos 14, 15 y 16.1 del Convenio 169 de la OIT; artículo 1.2 común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; sentencias de la Corte sobre el caso *Saramaka vs. Surinam*, párrs. 96 y 123, el caso *Comunidad indígena Yákye Axa*, párrs. 124 y 137 y el caso *Comunidad indígena Sawhoyamxa*, párrs. 118, 120, 121, 128 y 154; Caso *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* párrafo 87; caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* párr. 151; artículo 8.j del Convenio sobre Diversidad Biológica; CEACR: Observación individual sobre el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales (núm. 169) de Perú realizado el 2006 párrafo 6 y la Observación individual sobre el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales de Perú realizado el 2010.

Documento	Texto	Comentario
<p>Directrices Operacionales del PINS (FIP) [FIP Operational Guidelines]</p>	<p><b>Anexo B: Orientaciones para la redacción de la estrategia de inversión en la esfera nacional</b></p> <p><b>Sección 1 Descripción del contexto del sector y del país (tres páginas)</b> [...]</p> <p>El resumen deberá incluir estrategias específicas para los bosques u otros sectores de interés y de cambio climático. Se deberán proporcionar los siguientes antecedentes específicos del sector: [...]</p> <p>g) descripción de los mecanismos de gestión forestal (leyes, reglamentos, derechos sobre la tierra y sistemas de tenencia de la tierra, instituciones y sus capacidades, participación de interesados clave, incluidos los pueblos indígenas y otras comunidades de zonas boscosas, y mecanismos de rendición de cuentas).</p> <p><b>Sección 7 Potencial de ejecución con evaluación de riesgos (una o dos páginas)</b></p> <p>En la estrategia de inversión se debería considerar la posibilidad de realizar una evaluación del potencial de ejecución de las opciones alternativas de reducción de emisiones de GEI, lo que incluiría un análisis de las capacidades técnicas y de gestión y de la solidez financiera de los organismos ejecutores o los patrocinadores/entidades del proyecto. Si existen obstáculos en la infraestructura o en el uso de las tierras conexas, deberá abordarse la capacidad de los organismos ejecutores o de las entidades del proyecto de resolver esos problemas. <u>La estrategia de inversión debería incluir una descripción inicial de los riesgos que podrían afectar la ejecución de las inversiones propuestas, incluidos los existentes en el ámbito nacional y subnacional, los que afectan a políticas e instituciones sectoriales, y los riesgos tecnológicos, de adecuada gestión, ambientales y sociales. [...]</u></p>	<p>En un Fondo de Inversión es importante conocer el contexto del país, social y normativamente. Sin embargo, además de la normatividad sectorial (en este caso bosques y tierras), se debería considerar también, como algo importante de conocer, el marco sobre derechos humanos aplicable al caso y al país. De esta manera se podrá conocer si el sistema normativo existente es el adecuado o incompleto, o incluso los niveles de cumplimiento de esas normas; todo lo anterior servirá para realizar una adecuada evaluación del proyecto que se pretenda financiar y los niveles de riesgo que deben manejarse.</p> <p>Por otro lado, esta necesidad del proyecto empalma perfectamente con la obligación estatal de realizar estudios de impacto ambiental y social al realizar el aprovechamiento de recursos naturales (sin distinguir si llegan a alterar o no el entorno en el que se desarrolla)<sup>884</sup>.</p>

884 Artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT; sentencia interpretativa del caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, par. 30, 40, 41; Sentencia del caso Saramaka vs. Surinam, párrs. 130 y 154; sentencia del caso Sarayacu vs. Ecuador, párr. 205, 206, 207; directriz Akwé:Kon, párrs. 14, 17, 24, 27, 42, 67; Ley 27446 y DS 019-2009-MINAM.

Principios generales

[...]

10. El Mecanismo de Donaciones debe mejorar la capacidad de los pueblos indígenas y las comunidades locales para participar en forma plena, eficaz y continua en las actividades de REDD del país piloto del PIF; de un modo que proteja los recursos forestales, los medios de vida de las comunidades y la tenencia de tierras, y los derechos sobre los recursos de los pueblos indígenas y las comunidades locales, y que respete el conocimiento tradicional local y la biodiversidad.

[...]

12. La seguridad de la tenencia de las tierras y los derechos sobre los recursos y el territorio son vitales para la supervivencia de los pueblos indígenas y las comunidades locales que dependen de los bosques; en concreto, los derechos territoriales son esenciales para los pueblos indígenas. Por lo tanto, es esencial que el Mecanismo de Donaciones respete el significado de estos términos en cada contexto indígena y local. En general, los pueblos indígenas adoptan un enfoque holístico del concepto de la tierra, que integra las dimensiones espiritual, cultural, política y de medio de vida. De manera similar, el concepto de "bosque" incluye dimensiones no materiales y está conectado espiritualmente con la tierra, el cielo, el agua y la completa biodiversidad de la vida.

[...]

15. La programación del Mecanismo de Donaciones debe reconocer que las experiencias vitales suelen partir del nivel local, por lo que las actividades de intercambio de lecciones e información deben incluir dichas experiencias, en beneficio de los pueblos indígenas y las comunidades locales en países piloto y no piloto del PIF. El intercambio de lecciones debe responder a las necesidades de los pueblos indígenas y las comunidades locales a nivel local, nacional, regional e internacional y debe respetar sus derechos a la propiedad intelectual. Los resultados de dicho intercambio se deben incorporar a las actividades de aprendizaje de lecciones y sensibilización respaldadas por el Mecanismo de Donaciones, y deben tenerse en cuenta en el proceso de implementación del plan de inversión del PIF.

[...]

17. La presencia del Mecanismo de Donaciones en los países piloto del PIF no debería sustituir las obligaciones de los gobiernos, lo que incluye a los países contribuyentes y pilotos del PIF, de proteger, promover y respetar los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades locales.

Propuesta para el diseño de un mecanismo de donaciones específico para pueblos indígenas y comunidades locales a establecer dentro del marco del Programa de Inversión Forestal (21 octubre 2011)

Sin reconocimiento de sus derechos los pueblos indígenas no podrán tener una participación plena en los mecanismos o actividades que se pretenda implementar, se trata de condiciones previas que contribuirán también al éxito de los proyectos de inversión.

Es importante también el haber colocado entre sus principios generales la importancia del reconocimiento de esta dimensión especial que los pueblos indígenas tienen con la tierra y su entorno (que abarca no solo a los bosques, sino también a la diversidad biológica existente y las relaciones que se puedan generar)<sup>885</sup>.

Sin embargo, nuevamente se debe recordar que los pueblos indígenas solo actuarán como apoyo de estas actividades, ya que quien debería liderar esta responsabilidad es el propio Estado.

Otro principio importante que lastimosamente solo aparece explícitamente en este Fondo para Pueblos Indígenas es el reconocimiento del manejo tradicional de recursos que se ha venido realizando tradicionalmente desde hace tiempo<sup>886</sup>. Vale la pena destacar positivamente el término "tradicional" y no "ancestral", lo que da cuenta del reconocimiento de las culturas como instituciones vivas y en constante cambio.

El último principio que destacaremos será el que indica que la instauración de este mecanismo no significará la sustitución de las obligaciones internacionales de los Estados de proteger, promover y respetar los derechos de los pueblos. Lástima que se haga esta adaración únicamente en esta Propuesta de Documento y no en las "Directrices ..." o en los "Documentos básicos para el diseño ..." que ya comentamos.

885 Ver párrafo 60 del Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF), 2009. Además ver las sentencias de la Corte IDH: caso *Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*, par. 149; caso *Moiwana vs. Surinam*, par. 131; caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, párrs. 131, 135 y 137; caso *Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, par. 118; caso *Saramaka vs. Surinam* párs. 89, 91 y 92; caso *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, párs. 85 y 86; caso *Sarayacu vs. Ecuador*, párrs. 145, 146 y 147.

886 Artículos 15 y 16.1 del Convenio 169 de la OIT; artículo 1.2 común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; sentencias de la Corte sobre el caso *Saramaka vs. Surinam*, párr. 123; el caso *Comunidad indígena Yakye Axa*, párrs. 124 y 137 y el caso *Comunidad indígena Sawhoyamaxa*, párrs. 118 y 121; Artículo 8.j del Convenio sobre Diversidad Biológica.

### 3.3.3. Las disposiciones del FCPF que hacen referencia a la tierra, territorio y recursos naturales

Documentos del FCPF con referencia a tierra, territorio y recursos naturales		
Documento	Texto	Comentario
<p>CHARTER ESTABLISHING THE FOREST CARBON PARTNERSHIP FACILITY (Mayo 2011).</p>	<p><b>CHAPTER II ESTABLISHMENT, OBJECTIVES AND PRINCIPLES</b>  <b>Article 3 Principles</b>  <b>Section 3.1 Operating Principles</b></p> <p>The operation of the Facility shall:          [...] (d) Comply with the World Bank's Operational Policies and Procedures, taking into account the need for effective participation of Forest-Dependent Indigenous Peoples and Forest Dwellers in decisions that may affect them, respecting their rights under national law and applicable international obligations;          [...]</p> <p><b>Annex</b>  <b>Criteria for Selection of the REDD Country Participants</b>          [...]</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Relevance of Country in the REDD context:</b>              Priority should be given to countries with following characteristics:              [...]</li> <li>(ii) High relevance of forests in the economy of a country including relevance for poverty reduction, the livelihoods of forest-dependent indigenous peoples and other forest dwellers, and clarification of land tenure regimes livelihoods;              [...]</li> </ul>	<p>Esta carta no hace una referencia directa sobre el contenido del derecho de propiedad y posesión de las tierras o territorios indígenas, solo hace una referencia general al respeto de los derechos de pueblos indígenas dependientes de los bosques que se encuentren bajo la ley nacional y las obligaciones internacionales existentes.</p> <p>La referencia más cercana al derecho de propiedad y posesión de la tierra y el territorio indígena se encuentra entre los criterios de selección de los países que participarán en REDD, al señalar a la "claridad en el régimen de tenencia de tierras" como uno de esos criterios de selección de participantes.</p>



Forest Carbon Partnership Facility (FCPF) Readiness Fund Common Approach to Environmental and Social Safeguards for Multiple Delivery Partners

### III. Environmental and Social Safeguards in the FCPF Readiness Fund

14. In the context of the FCPF Readiness Fund, the most relevant safeguards<sup>7</sup> and the overarching objective that DPs will achieve for each of the relevant safeguard topics are the following:

a. Environmental Assessment: To help ensure the environmental and social soundness and sustainability of investment projects/strategies and to support integration of environmental and social aspects of projects/strategies into the decision-making process;

[...]

e. Indigenous Peoples: To design and implement projects/strategies with the full and effective participation of Indigenous Peoples in a way that fosters full respect for Indigenous Peoples' dignity, human rights, traditional knowledge, and cultural uniqueness and diversity and so that they:

(i) receive culturally compatible social and economic benefits; and (ii) do not suffer adverse effects during the development process;

f. Physical and Cultural Resources: To assist in preserving physical cultural resources and avoiding their destruction or damage. PCR includes resources of archaeological, paleontological, historical, architectural, religious (including graveyards and burial sites), aesthetic, or other cultural significance.

#### Attachment 2

FCPF Readiness Fund: Guidelines on Stakeholder Engagement in REDD+ Readiness With a Focus on the Participation of Indigenous Peoples and Other Forest-Dependent Communities (Revised August 9, 2012)

### Principles and Guidance for Effective Stakeholder Engagement

8. The common guiding principles for effective stakeholder engagement that underpin both the FCPF and UN-REDD Programme are provided below:

[...]

e. Special emphasis should be given to the issues of land tenure, resource-use rights and property rights because in many tropical forest countries these are unclear as indigenous peoples' customary/ancestral rights may not necessarily be codified in, or consistent with, national laws. Another important issue to consider for indigenous peoples and other forest dwellers is that of livelihoods. Thus clarifying and ensuring their rights to land and carbon assets, including community (collective) rights, in conjunction with the broader array of indigenous peoples' rights as defined in applicable international obligations, and introducing better access to and control over the resources will be critical priorities for REDD+ formulation and implementation.

Se debe recordar que el derecho a la participación y a la consulta no son los únicos derechos de los pueblos indígenas. Ambos son importantes, pero centrar el desarrollo de los procedimientos y objetivos en ellos, sólo dará un alcance limitado y sesgado de los posibles impactos que pueda generar el proyecto, actividades o mecanismos.

De igual manera, la referencia a los recursos físicos y culturales, en el caso de los pueblos indígenas, muestran sólo una de las posibles expresiones del territorio indígena<sup>887</sup>, pero es presentado de forma aislada a quien habita esos espacios y le da precisamente ese carácter cultural; asimismo el territorio indígena puede tener diferentes expresiones además de la cultural y esas expresiones también deberían estar protegidas, como por ejemplo territorio como espacio para desarrollar la jurisdicción indígena o como hábitat.

Es importante el reconocimiento de la existencia de derechos sobre la tierra o sobre los recursos que no necesariamente estarán codificados o normativizados en el derecho nacional, formando parte, aunque no lo diga expresamente, del derecho consuetudinario<sup>888</sup>.

Por otro lado, el reconocimiento de la importancia de tener claridad sobre los derechos sobre la tierra y la importancia de asegurar estos derechos de acuerdo a las obligaciones internacionales, muestran algunos compromisos pendientes del estado peruano, debido al antiguo y desordenado proceso existente para la titulación de tierras; así como el inexistente<sup>889</sup> proceso para el reconocimiento del derecho al territorio integral.

887 Reclamación (artículo 24) - Perú - C169 - 1998. CGTP: Informe del comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Perú del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la CGTP; OIT-CEAGR, Observaciones al Perú realizadas en 2010; artículo 1 común al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales N.º U. Doc. E/C.12/1/Add.94, 12 de diciembre de 2003, párr. 11; artículos 4, 33, 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas; sentencia de la Corte IDH del caso *Saramaka vs. Surinam*, párr. 63.

888 Artículos 8.1 y 17.1 del Convenio 169 de la OIT.

889 Sentencias de la Corte IDH: caso *Comunidad Indígena Yakyé Axa*, párrs. 143 y 211-217; Corte IDH: caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, párrs. 104, 122, 123, 140 literal "L", 164 y 173-4; caso *Saramaka vs. Surinam*, párrs. 115 y 122; caso *Comunidad indígena Yakyé Axa*, párrs. 124 y 137; caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párrs. 118 y 121, 248-6; caso *Comunidad indígena Yakyé Axa*, párr. 137; caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párrs. 8 y 118. Ver además Los informes elaborados en respuesta a las reclamaciones presentadas en virtud del art. 24 de la Constitución de la OIT: Informe del comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Perú del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en 1998, párrs. 30 y 31; Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Argentina del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en 2008, párr. 88; informe del comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales el 2004, párr. 134; informe del comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en 1998, párr. 33.

### 3.3.4. Las disposiciones del Banco Mundial que hacen referencia a la tierra, territorio y recursos naturales

Documento	Texto	Comentario
<p>POLÍTICA OPERACIONAL SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS (OP 4.10)</p>	<p>2. El Banco reconoce que las identidades y culturas de los pueblos indígenas están inseparablemente vinculadas a las tierras que habitan y a los recursos naturales de los que dependen.</p> <p>4. A los efectos de esta política, la expresión “pueblos indígenas” se emplea en sentido genérico para hacer referencia a grupos vulnerables con una identidad social y cultural diferenciada que, en mayor o menor grado, presentan las siguientes características:</p> <p>b) Un apego colectivo a hábitats geográficamente definidos o territorios ancestrales en la zona del proyecto y a los recursos naturales de esos hábitats o territorios [La expresión “apego colectivo” quiere decir que, durante generaciones, ha habido una presencia física y lazos económicos con las tierras y territorios que el grupo en cuestión posee tradicionalmente, o que usa u ocupa habitualmente, incluidos los lugares sagrados y otras zonas de especial importancia para el grupo. La expresión también hace referencia al apego de los grupos nómadas y trashumantes al territorio que utilizan en forma cíclica o estacional.];</p> <p>[...]</p> <p>Un grupo que haya perdido el “apego colectivo a hábitats geográficamente definidos o territorios ancestrales en la zona del proyecto” (párrafo 4 b) debido a separación forzosa sigue siendo elegible de ser cubierto por esta política [La “separación forzosa” hace referencia a la pérdida, en vida de los miembros del grupo en cuestión, del apego colectivo a hábitats geográficamente definidos o territorios ancestrales a causa de conflictos, programas de reasentamiento del gobierno, desalojo de sus tierras, desastres naturales o la incorporación de dichos territorios a una zona urbana. A los efectos de esta política, normalmente se entiende por “zona urbana” una ciudad o un pueblo grande, para lo que se tienen en cuenta todas las características siguientes, de las que ninguna es concluyente por sí sola: a) la declaración jurídica de la zona como urbana con arreglo a la legislación local; b) elevada densidad de población, y c) una gran proporción de actividades económicas no agrarias en comparación con las actividades agrarias.] [...]</p>	<p>Es el reconocimiento al vínculo especial que los pueblos indígenas tienen sobre sus tierras y territorios y que deben guiar todas las acciones y decisiones del Estado<sup>890</sup>.</p> <p>Establece como una de las características para identificar a un pueblo indígena la existencia de un “apego colectivo”, que si bien no aparece, con esos términos, en ninguna de las normas sobre derechos de pueblos o jurisprudencia internacional vinculante, en su descripción abarca todas las posibles circunstancias de expresión de ese “<b>vínculo especial</b>” existente con las tierras y territorios sin reducirlo únicamente a lo “ancestral” sino considerando lo “tradicional”<sup>891</sup>.</p> <p>Asimismo, es importante el reconocimiento de aquellas circunstancias que hayan forzado la pérdida de ese apego colectivo y que no generarán la pérdida de su calidad de pueblo indígena, sino que más bien le reconocerán el derecho a la reivindicación de sus territorios. Igualmente, en el caso de la normativa revisada previamente, esas circunstancias terribles no le quitan al pueblo la calidad de pueblo indígena y tampoco inciden en la pérdida de su derecho a la propiedad y posesión de sus tierras y territorios<sup>892</sup>.</p>

890 Ver párrafo 60 del informe del comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF). 2009. Además, ver las sentencias de la Corte IDH: caso *Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*, párr. 149; caso *Moiwana vs. Suriname*, párr. 131; caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, párrs. 131, 135 y 137; caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, par. 118; caso *Saramaka vs. Surinam* párs. 89, 91 y 92; caso *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* párrs. 85 y 86; caso *Sarayacu vs. Ecuador*, párrs. 145, 146 y 147.

891 Ver pie de página anterior.

892 Sentencias de la Corte IDH: caso *Sawhoyamaya*, párrs. 108, 128, 131, 132, 135, 136-140; caso *Yakie Axa*, párrs. 52, 96, 102, 144-146, 149 y 151; caso *Xákmok Kásek*, párrs. 112-116 y 118; caso *Saramaka*, párr. 178. Véase también, CERD, recomendación general 23, párr. 5.

Preparación del proyecto

6. Cada proyecto propuesto para financiamiento por el Banco que afecte a pueblos indígenas requiere:  
[...]

b) Una evaluación social a cargo del prestatario [...]

#### Evaluación social

9. *Análisis*. Si, sobre la base del estudio preliminar, el Banco concluye que existen pueblos indígenas en la zona del proyecto o que Estos tienen un apego colectivo a dicha zona, el prestatario realiza una evaluación social para determinar los posibles efectos positivos o negativos del proyecto sobre los pueblos indígenas, y para examinar alternativas al proyecto cuando los efectos negativos puedan ser importantes. El alcance, la profundidad y el tipo de análisis practicado en la evaluación social serán proporcionales a la naturaleza y dimensión de los posibles efectos del proyecto sobre los pueblos indígenas, ya sean efectos positivos o negativos (véanse los detalles en el Anexo A).  
[...]

POLÍTICA  
OPERACIONAL  
SOBRE  
PUEBLOS  
INDÍGENAS (OP  
4.10)

Se reconoce la necesidad de realizar un estudio de impacto social<sup>893</sup> antes de realizar el proyecto, sin embargo se condiciona su realización a la existencia de pueblos indígenas en la zona.

A pesar de lo anterior, se debe resaltar que se menciona que esta evaluación social servirá para determinar posibles efectos positivos, negativos y para **examinar alternativas al proyecto cuando los efectos negativos puedan ser importantes**, ya que en nuestra normatividad aún no se ha profundizado sobre la realización de estas evaluaciones sociales y ni siquiera se reconoce la posibilidad de que sus conclusiones puedan considerar la necesidad de examinar proyectos alternativos, ante la inviabilidad social encontrada.

De igual modo, se debe destacar que la realización de estas evaluaciones no dependerá de los **posibles efectos positivos o negativos** del proyecto. Así, por más que se trate de un proyecto de conservación (aparentemente inofensivo), siempre será necesaria la realización de estas evaluaciones, debiendo complementarse con los demás lineamientos previstos por la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Se concuerda con el **deber del Estado de respetar las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los pueblos indígenas**. Es importante resaltar que el reconocimiento de estos derechos consuetudinarios no se restringe a una naturaleza ancestral, sino que también abarca los que se realizan **tradicionalmente**<sup>894</sup>.

También se hace referencia al deber del Estado de proteger las tierras y recursos de posibles intrusiones o usurpación ilegal. Asimismo, se reconocen las prácticas de gestión o las técnicas de manejo comunal de los recursos naturales. Ambas situaciones son obligaciones previstas para los estados<sup>895</sup>.

En el caso del Banco Mundial, el colocar a las prácticas de gestión de los recursos naturales como elementos importantes en la Evaluación social que se realice los obligaría a mantener al menos una obligación de respeto de las prácticas de manejo ambiental tradicionales y no realizar actividades que promuevan o permitan el desconocimiento de esas prácticas o la facilitación de posibles intrusiones o usurpaciones de tierras o territorios. Algo que ya conocen y de lo que han sido informados no podrá ser pasado por alto.

#### Consideraciones especiales

##### Las tierras y sus recursos naturales

16. Los pueblos indígenas están estrechamente vinculados a la tierra, los bosques, el agua, la vida silvestre y demás recursos naturales, por lo que es necesario aplicar ciertas consideraciones especiales si el proyecto afecta a estos vínculos. En esta situación, durante la evaluación social y la preparación del PPI o MPPi, el prestatario presta particular atención a lo siguiente:

- Los derechos consuetudinarios de los Pueblos Indígenas, tanto individuales como colectivos, sobre las tierras o territorios que poseían tradicionalmente, o que usaban u ocupaban habitualmente, en los que el acceso a los recursos naturales resulta vital para la sostenibilidad de sus culturas y sus medios de vida;
- La necesidad de proteger dichas tierras y recursos frente a la intrusión o usurpación ilegal;
- Los valores culturales y espirituales que los Pueblos Indígenas atribuyen a dichas tierras y recursos, y
- Sus prácticas de gestión de los recursos naturales y la sostenibilidad de dichas prácticas a largo plazo.

893 Artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT; sentencia interpretativa del caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, pars. 30, 40, 41; sentencia del caso *Sarayacu vs. Ecuador*, párrs. 205, 206, 207; directriz Akwé:Kon, párrs. 14, 17, 24, 27, 42, 67; Ley 27446 y DS 019-2009-MINAM.

894 Artículos 8.1 y 17.1 del Convenio 169 de la OIT.

895 Artículo 18 del Convenio 169 de la OIT.

Documento	Texto	Comentario
<p>POLÍTICA OPERACIONAL SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS (OP 4.10)</p>	<p>17. Si el proyecto implica a) actividades que dependen del reconocimiento jurídico de derechos sobre las tierras y los territorios que los pueblos indígenas han poseído tradicionalmente, o que han usado u ocupado habitualmente (como los proyectos de adjudicación de títulos de propiedad de las tierras), o b) la adquisición de dichas tierras, en el PPI se establece un <u>plan de acción para el reconocimiento jurídico de la propiedad, la ocupación o el uso.</u></p> <p>Normalmente, el plan de acción se lleva a cabo antes de la ejecución del proyecto; no obstante, en algunos casos puede ser necesario llevarlo a cabo al mismo tiempo que el propio proyecto. El reconocimiento jurídico puede requerir una de las siguientes modalidades:</p> <p>a) El pleno reconocimiento jurídico de los sistemas consuetudinarios existentes de tenencia de la tierra por los pueblos indígenas, o</p> <p>b) <u>La transformación de los derechos consuetudinarios de uso en derechos de propiedad comunal o individual.</u></p> <p>Si la legislación nacional no permite ninguna de estas opciones, en el PPI se incluyen medidas para el reconocimiento jurídico de derechos de uso o custodia renovables, perpetuos o a largo plazo.</p>	<p>El Plan de Acción para el reconocimiento de la propiedad, ocupación o uso<sup>896</sup> es una forma de respeto del derecho a la propiedad y posesión de la tierra y territorio de los Pueblos Indígenas. Durante su realización debe considerarse con mucho cuidado no generar situaciones de vulnerabilidad presionados por los plazos del proyecto que se pretenda impulsar; para esto será de mucha ayuda la evaluación social realizada previamente.</p> <p>Asimismo, debe considerarse que la transformación de los derechos consuetudinarios de uso, ya sea en derechos de propiedad comunal o en derechos de propiedad individual, debe cuidar la realización de procesos de consulta adecuados para resguardar la decisión que tome el pueblo indígena; la parcelación de las tierras o la titulación individual<sup>897</sup> de ellas no debe ser la única alternativa o presentarse como la alternativa más favorable; siempre debe informarse de las consecuencias positivas o negativas de esa decisión.</p>

896 Sentencias de la Corte IDH: caso *Comunidad indígena Yákye Axa*, párrs. 143 y 211-217; Corte IDH. caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, párrs. 104, 122, 123, 140 literal "l", 164 y 173-4; caso *Saramaka vs. Surinam*, párrs. 115 y 122; caso *Comunidad indígena Yákye Axa*, párrs. 124 y 137; caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párrs. 118 y 121, 248.6; caso *Comunidad indígena Yákye Axa*, párr. 137; caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párrs. 8 y 118. Ver además los informes elaborados en respuesta a las reclamaciones presentadas en virtud del art. 24 de la Constitución de la OIT: informe del comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Perú del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en 1998, párrs. 30 y 31; informe del comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales el 2004, párr. 134; informe del comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en 1998, párr. 33.

897 Ver los párrafos 30 y 31 del informe del comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Perú del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT el año 1998.

### Explotación comercial de los recursos naturales y culturales

18. Si el proyecto implica la explotación comercial de recursos naturales (como minerales, hidrocarburos, bosques, recursos hídricos o zonas de caza o pesca) en tierras o territorios que los pueblos indígenas poseían tradicionalmente, o que usaban u ocupaban habitualmente, el prestatario se asegura de que, en el contexto de consultas previas, libres e informadas, las comunidades afectadas reciban información sobre: a) sus derechos sobre dichos recursos conforme a la ley y al derecho consuetudinario, b) el alcance y la naturaleza de la explotación comercial que se pretende, así como sobre las partes interesadas o implicadas en la explotación, y c) los posibles efectos de dicha explotación sobre los medios de vida y el medio ambiente de los pueblos indígenas y sobre el uso de los recursos. El prestatario incluye mecanismos en el PPI para posibilitar que los pueblos indígenas reciban una participación equitativa en los beneficios que resulten de la explotación comercial; como mínimo, los mecanismos del PPI deberán asegurar que los Pueblos Indígenas reciban, de manera apropiada desde el punto de vista cultural, los beneficios, indemnizaciones y derechos a un debido proceso, equivalentes, cuando menos, a los que tendría derecho cualquier propietario con pleno título legal sobre la tierra en caso de que sus tierras fueran sometidas a explotación comercial.

POLÍTICA  
OPERACIONAL  
SOBRE  
PUEBLOS  
INDÍGENAS (OP  
4.10)

19. Si el proyecto implica la explotación comercial de los recursos culturales y los conocimientos (por ejemplo, farmacológicos o artísticos) de los pueblos indígenas, el prestatario se asegurará de que, en el contexto del proceso de consulta previa, libre e informada, las comunidades afectadas sean informadas de a) sus derechos sobre dichos recursos conforme a la ley y al derecho consuetudinario, b) el alcance y la naturaleza de la explotación comercial que se pretende, así como de las partes interesadas o implicadas en la explotación, y c) los posibles efectos de dicha explotación sobre los medios de vida y el medio ambiente de los pueblos indígenas y sobre el uso de los recursos. La explotación comercial de los recursos culturales y los conocimientos de estos pueblos indígenas está condicionada a su acuerdo previo con dicha explotación. En el PPI se refleja la naturaleza y contenido de los acuerdos, y se incluyen mecanismos para posibilitar que los pueblos indígenas reciban beneficios apropiados desde el punto de vista cultural, así como una participación equitativa en los beneficios procedentes de dicha explotación comercial.

El derecho que debe respetar el Banco Mundial es el derecho a la participación en el uso, administración y conservación de los recursos naturales, así como el derecho a la propiedad y posesión de la tierra y el territorio<sup>898</sup>. Este se aplica tanto si se realiza una explotación 'activa' (haciendo) o explotación 'pasiva' (no haciendo o dejando de hacer) del recurso natural.

Asimismo, esta disposición muestra una vez más la importancia de realizar la Evaluación Social (evaluación social, espiritual y cultural, según el Convenio I 69 de la OIT) antes de realizar el proyecto y así informar adecuadamente acerca de sus impactos positivos o negativos.

Los beneficios<sup>899</sup> que se entreguen, deberán respetar la forma que los pueblos indígenas consideren más adecuada y no debería verse restringida por la etiqueta "beneficios apropiados desde el punto de vista cultural".

898 Artículos 14, 15 y 16.1 del Convenio I 69 de la OIT; artículo 1.2 común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; sentencias de la Corte sobre el caso *Saramaka vs. Surinam*, párrs. 96 y 123, el caso *Comunidad indígena Yákye Axa*, párrs. 124 y 137 y el caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párrs. 118, 120, 121, 128 y 154; el caso *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, párr. 87; el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, párrafo 151; artículo 8j del Convenio sobre Diversidad Biológica; CEACR: observación individual sobre el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales (núm. 169) de Perú realizado el 2006, párr. 6, y la observación individual sobre el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales de Perú, realizado el 2010.

899 Artículo 15 del Convenio I 69 de la OIT.

### Desplazamiento físico de los pueblos indígenas

20. Debido a la particular complejidad del desplazamiento físico de los pueblos indígenas, que puede tener importantes efectos negativos sobre su identidad, su cultura y sus medios de vida habituales, el Banco requiere que el prestatario estudie otros posibles diseños del proyecto que permitan evitar el desplazamiento físico de pueblos indígenas. Cuando, en circunstancias excepcionales, no sea posible evitar el desplazamiento, el prestatario se abstendrá de llevarlo a cabo hasta obtener amplio apoyo al mismo por parte de las comunidades indígenas afectadas, en el contexto del proceso de consulta previa, libre e informada. En tales casos, el prestatario elabora un plan de reasentamiento, de conformidad con la OP 4.12, *Reasentamiento involuntario*, que sea compatible con las preferencias culturales de los pueblos indígenas e incluya una estrategia de reasentamiento basada en el acceso a la tierra. Como parte del plan de reasentamiento, el prestatario documenta los resultados del proceso de consultas. Siempre que sea posible, el plan de reasentamiento debe prever el retorno de los pueblos indígenas afectados a las tierras y territorios que poseían tradicionalmente, o que usaban u ocupaban habitualmente, en caso de que dejen de existir las razones que motivaron su desplazamiento.

### POLÍTICA OPERACIONAL SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS (OP 4.10)

21. En muchos países, las tierras reservadas como parques y zonas protegidas y designadas legalmente como tales pueden coincidir con tierras y territorios que poseían tradicionalmente los pueblos indígenas, o que los usaban u ocupaban habitualmente. El Banco reconoce la importancia de estos derechos de propiedad, ocupación o uso, así como la necesidad de una gestión sostenible a largo plazo de los ecosistemas críticos. Por consiguiente, deben evitarse las restricciones involuntarias al acceso de los pueblos indígenas a los parques y zonas protegidas designados legalmente como tales y, en particular, al acceso a sus lugares sagrados. En circunstancias excepcionales, cuando no es posible evitar las restricciones al acceso, el prestatario elabora, mediante consultas previas, libres e informadas con las comunidades indígenas afectadas, un marco de procedimiento según lo previsto en la OP 4.12. El marco de procedimiento establece las directrices para la elaboración, durante la ejecución del proyecto, de un plan de gestión de cada parque y zona protegida y asegura que los pueblos indígenas tomen parte en el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación del plan de gestión, y que reciban una participación equitativa en los beneficios que generen los parques y las zonas protegidas. El plan de gestión debe dar prioridad a los mecanismos de colaboración que posibiliten que los pueblos indígenas, como custodios de los recursos, sigan usándolos de manera ecológicamente sostenible.

En el Perú la regla es que el desplazamiento<sup>900</sup> de pueblos indígenas no está permitido, por el contrario, el Estado tiene la obligación de tomar **medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas**.

De esta manera, los proyectos de desarrollo que puedan generar desplazamientos directa o indirectamente no deben realizarse.

Posiblemente la única excepción a lo anterior sea la realización de proyectos elaborados para mitigar los impactos del cambio climático sobre pueblos indígenas, como inundaciones de sus territorios, amenaza de huaiacos, etc.; pero esta situación tendría como supuesto habilitante los desastres naturales y no la realización de un proyecto de desarrollo.

En el caso de las ANP, es preciso recordar y respetar los derechos tradicionales de los pueblos indígenas previos al establecimiento de las ANP, como fundamento de la no restricción de acceso a ellas. La participación en la elaboración del Plan de Gestión es solo una expresión más del derecho de los pueblos indígenas a participar en la administración, conservación y uso de los recursos naturales existentes en sus territorios<sup>901</sup>.

900 Artículo 16 del Convenio 169 de la OIT. Ver también la sentencia de la Corte IDH sobre el caso *Comunidad indígena Yákeye Axa vs. Paraguay*, párr. 188. Además, ver el informe del comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Dinamarca del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 2001, párr. 29.

901 Artículos 15 y 16.1 del Convenio 169 de la OIT; artículo 1.2 común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; sentencias de la Corte sobre el caso *Saramaka vs. Surinam*, párr. 123, el caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párrs. 118 y 121; artículo 8.j del Convenio sobre Diversidad Biológica.

Documento	Texto	Comentario
ANEXO A DE LA POLÍTICA OPERACIONAL SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS (OP 4.10)- EVALUACIÓN SOCIAL	<p>2. La evaluación social puede incluir los siguientes elementos:</p> <p>d) Una evaluación basada en consultas previas, libres e informadas con las comunidades indígenas afectadas, de los posibles efectos negativos y positivos del proyecto. <u>Para determinar los posibles efectos negativos es de capital importancia el análisis de la vulnerabilidad relativa de las comunidades indígenas afectadas y de los riesgos a los que pueden exponerse, dadas sus especiales circunstancias y los estrechos lazos que mantienen con la tierra y los recursos naturales, así como su falta de acceso a las oportunidades en comparación con otros grupos sociales de las comunidades, regiones o sociedades nacionales en las que habitan.</u></p> <p>e) La identificación y evaluación, sobre la base de consultas previas, libres e informadas con las comunidades indígenas afectadas, de las medidas necesarias para evitar efectos adversos —o, si las medidas no son factibles, la identificación de las medidas necesarias para reducir lo más posible, mitigar o compensar dichos efectos—, y para asegurar que los pueblos indígenas obtengan del proyecto beneficios adecuados desde el punto de vista cultural.</p>	<p>Nuevamente se da mayor contenido a la evaluación social, espiritual y cultural previa a la realización del proyecto.</p>
POLÍTICA OPERACIONAL SOBRE BOSQUES (OP 4.36)	<p><b>Financiamiento del Banco</b></p> <p>[...]</p> <p>10. Para que un sistema de certificación forestal pueda ser considerado aceptable por el Banco, debe cumplir los siguientes requisitos:</p> <p>a) el cumplimiento de la legislación relevante;</p> <p>b) <u>el reconocimiento y respeto de los derechos de tenencia y uso de la tierra legalmente documentados o consuetudinarios y también de los derechos de los trabajadores y las poblaciones indígenas;</u></p>	<p>No realiza distinción entre derechos sobre la tierra tituladas o no para afirmar la necesidad de reconocimiento y respeto de ellas<sup>902</sup>. Asimismo, considera como requisito para un sistema de certificación forestal válido el reconocimiento y respeto de los derechos de las poblaciones indígenas.</p>
POLÍTICA OPERACIONAL SOBRE REASENTAMIENTO INVOLUNTARIO (OP.4.12)	<p><b>Objetivos de la política</b></p> <p>2. A menos que las medidas apropiadas se planifiquen y se lleven a cabo meticulosamente, los reasentamientos involuntarios pueden provocar penurias graves y prolongadas, empobrecimiento y daños al medio ambiente. Por esas razones, los objetivos generales de la política del Banco sobre reasentamiento involuntario son los siguientes:</p> <p>a) En la medida de lo posible, los reasentamientos involuntarios deben evitarse o reducirse al mínimo, para lo cual deben estudiarse todas las opciones viables de diseño del proyecto.</p>	<p>En el Perú los desplazamientos de poblaciones indígenas no están permitidos salvo excepciones de emergencia, como desastres naturales conflictivos armados, entre otros. Debería usarse la norma nacional como estándar exigible.</p>

902 Sentencias de la Corte IDH sobre: caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, párrs. 128 y 131; caso Comunidad indígena Yákye Axa, párr. 154; caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, párr. 151.

POLÍTICA  
OPERACIONAL  
SOBRE  
REASENTAMIENTO  
INVOLUNTARIO  
(OP 4.12)

9. La experiencia del Banco ha demostrado que el reasentamiento de las poblaciones indígenas que aplican modalidades de producción tradicionales basadas en la tierra es un proceso especialmente complejo que puede producir importantes efectos negativos en su identidad y su supervivencia cultural. Por ese motivo, el Banco deberá cerciorarse de que el prestatario ha estudiado todas las opciones viables de diseño del proyecto para evitar el desplazamiento físico de esos grupos. En los casos en que el desplazamiento resulte inevitable, se dará preferencia a estrategias de reasentamiento que contemplen la entrega de tierras a esos grupos (véase el párrafo 11), que sean compatibles con sus preferencias culturales, y que se preparen en consulta con ellos (véase el Anexo A, párrafo 11).

11. Deberá darse preferencia a las estrategias de reasentamiento que contemplen la entrega de tierras a las personas desplazadas cuyos medios de subsistencia dependan de la tierra. Dichas estrategias podrán consistir en el reasentamiento en tierras públicas (véase la nota 1), o en tierras privadas adquiridas o compradas para fines de asentamiento. En los casos en que se ofrezcan tierras de reemplazo, se proporcionarán a los reasentados tierras cuyo potencial productivo, ventajas de ubicación y otros factores sean, como mínimo, equivalentemente ventajosos en conjunto a las tierras de las cuales se les privó. Si el suministro de tierras no es la opción preferida de las personas desplazadas, o si produce efectos negativos para la sostenibilidad de un parque o una zona protegida, o si no hay tierras suficientes a un precio razonable, deberán ofrecerse otras opciones no relacionadas con tierras, que ofrezcan oportunidades de empleo o autoempleo, además de indemnización en efectivo por las tierras y otros activos perdidos. Deberá demostrarse y documentarse la falta de tierras suficientes a satisfacción del Banco.

En el Perú la regla es que el Desplazamiento de Pueblos Indígenas no está permitido, por el contrario, el Estado tiene la obligación de tomar **medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas**.

Los proyectos de desarrollo que puedan generar desplazamientos directa o indirectamente no deben realizarse.

Posiblemente la única excepción a lo anterior sea la realización de proyectos elaborados para mitigar los impactos de desastres naturales, como por ejemplo los causados por el cambio climático sobre pueblos indígenas como inundaciones de sus territorios, amenaza de huacos, etc., pero esta situación tendría como supuesto habilitante los desastres naturales y no la realización de un proyecto de desarrollo.

Manteniendo el supuesto anterior, si bien se privilegia la entrega de tierras "compatibles con sus preferencias culturales", el Convenio 169 agrega que las tierras deben tener por lo menos el mismo estatus legal que las tierras que habitaban antes, en igual extensión y calidad; sin embargo, si los pueblos indígenas prefirieran una indemnización en dinero o en especie en lugar de la tierra, esta se les debe otorgar, sin perjuicio de la indemnización que le correspondería por cualquier daño o pérdida que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento. Todo lo anterior son disposiciones que se les reconoce a los pueblos o comunidades no indígenas, la distinción realizada es discriminatoria, aunque se entiende que se realiza considerando la especial relación existente entre pueblos indígenas y la tierra; no obstante, esa decisión debería ser evaluada en un proceso de consulta.



### 3.3.5. Las disposiciones del Banco Interamericano de Desarrollo que hacen referencia a la tierra, territorio y recursos naturales

#### Documentos del Banco Interamericano de desarrollo con referencia a tierra, territorio y recursos naturales

##### Documento

POLÍTICA  
OPERATIVA  
SOBRE  
PUEBLOS  
INDÍGENAS

##### Texto

#### IV. Directrices de la política

La política contiene dos series de directrices. La primera requiere que el Banco emplee sus mejores esfuerzos para apoyar el desarrollo con identidad de los pueblos indígenas. La segunda establece salvaguardas diseñadas para evitar o minimizar la exclusión y los impactos negativos que puedan generar las operaciones del Banco con respecto a los pueblos indígenas y sus derechos.

#### Apoyo al desarrollo con identidad

[...]

La inclusión de la especificidad indígena en los proyectos con enfoque general (*mainstreaming*).

[...]

En sus esfuerzos para facilitar el diálogo y apoyar la inclusión de la temática indígena, el Banco procurará abordar, en la medida de lo factible y apropiado, los distintos componentes del desarrollo con identidad, entre los cuales se destacan los siguientes:

[...]

(e) *El fortalecimiento de los procesos de legalización y administración física de los territorios, las tierras y los recursos naturales* tradicionalmente ocupados o aprovechados por los pueblos indígenas, de conformidad con las normas de Derecho aplicables; así como con los objetivos de protección del medio ambiente.

##### Comentario

Las normas de Derecho aplicables serán la norma nacional, las normas internacionales y las normas de Derecho consuetudinario que los pueblos indígenas utilicen, especialmente aquellas que contengan las modalidades de transmisión de derechos sobre la tierra u otras vinculadas al derecho de propiedad o posesión de los recursos naturales<sup>903</sup>.

Es necesario precisar que el mencionado proceso de **legalización**, no significa necesariamente un proceso de codificación de las normas indígenas, a menos que sea una decisión tomada después de un proceso de consulta al pueblo indígena. Muchas veces esas son normas orales que se van adecuando según el uso que se le da y no necesitan de los procesos de burocratización propios de la norma occidental.

903 Artículo 17 del Convenio 169 de la OIT.

Documento	Texto	Comentario
<p>POLÍTICA OPERATIVA SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS</p>	<p><b>Salvaguardas en las operaciones del Banco</b></p> <p>[...] <i>Territorios, tierras y recursos naturales.</i> Las operaciones que afecten directa o indirectamente el estatus legal, la posesión o la gestión de los territorios, las tierras o los recursos naturales tradicionalmente ocupados o aprovechados por los pueblos indígenas incluirán salvaguardas específicas, consistentes con las normas de derecho aplicables incluyendo el marco normativo sobre protección de tierras y ecosistemas. Ello incluye respetar los derechos reconocidos de acuerdo a las normas de derecho aplicables e incluir en los proyectos de extracción y de manejo de recursos naturales y gestión de áreas protegidas:</p> <p>[...]</p> <p>(i) <i>mecanismos para la participación de dichos pueblos en la utilización, administración y conservación de dichos recursos;</i></p> <p>[...]</p> <p>En caso de que la protección jurídica o administrativa sea insuficiente para asegurar que el proyecto no resulte directa o indirectamente en el deterioro de la integridad física o del estatus legal de las tierras, territorios o recursos, el proyecto incluirá las restricciones o medidas correctivas o compensatorias pertinentes.</p> <p>Pueblos indígenas no contactados</p> <p>[...] el Banco solo financiará proyectos que respeten el derecho de dichos pueblos de permanecer en dicha condición y vivir libremente de acuerdo con su cultura. Con fines de salvaguardar la integridad física, territorial y cultural de estos pueblos, los proyectos que puedan potencialmente impactar a estas personas, sus tierras y territorios, o su forma de vida deberán incluir las medidas socioculturalmente adecuadas para reconocer, respetar y proteger sus tierras y territorios, medio ambiente, salud y cultura; y evitar contacto con ellos como consecuencia del proyecto.</p>	<p>Se menciona que dichas salvaguardas serán compatibles con las normas aplicables y los derechos reconocidos, pero no indican cuáles serán esas salvaguardas. El respeto de los derechos e incluir en los proyectos de extracción y manejo de recursos naturales y gestión de áreas protegidas, <b>mecanismos para la participación en la utilización , administración y conservación</b> son referencias a los derechos ya reconocidos en el escenario nacional e internacional y no pueden ser confundidos con salvaguardas.</p> <p>Muchas veces la <b>protección jurídica o administrativa</b> es insuficiente, por lo que es necesario recurrir a medidas adicionales, pero tampoco se sugiere el contenido de esas medidas.</p> <p>Sobre los pueblos indígenas no contactados, la redacción es más feliz, al condicionar la realización del proyecto al respeto a su derecho de permanecer aislados. Frente a proyectos con <b>potenciales impactos</b> se buscará la inclusión de medidas socioculturalmente adecuadas para reconocer, respetar y proteger sus tierras y territorios, pero nuevamente no se indican cuáles serían esas medidas y realmente cuesta creer que existan y sean efectivas<sup>904</sup>.</p>
<p>ESTRATEGIA PARA EL DESARROLLO INDÍGENA</p>	<p><b>VI. Ejes estratégicos y prioridades para la acción del Banco</b></p> <p>[...]</p> <p><b>Promover los derechos, la normatividad y la seguridad jurídica</b></p> <p>Los pueblos indígenas poseen derechos específicos en el ámbito nacional e internacional, así como sistemas jurídicos indígenas propios (derechos propios o consuetudinarios) de especial importancia en relación con sus territorios y recursos naturales. Con el propósito de garantizar la seguridad jurídica de los pueblos indígenas y de sus tierras y territorios, el Banco procurará:</p> <p>[...]</p> <p>(b) En los <i>proyectos de catastro y administración de tierras</i>, promover: (i) la regularización de los territorios indígenas, el reconocimiento de las formas consuetudinarias de tenencia y manejo de la tierra, y el concepto de uso cultural de la tierra; y (ii) la implementación de esquemas de cogestión, cuando las áreas protegidas se superpongan sobre territorios indígenas (Recuadro 9).</p> <p>[...]</p>	<p>Se reconoce las formas consuetudinarias o tradicionales de tenencia y manejo de la tierra, así como la dimensión cultural del territorio. De igual manera, considera que la superposición de tierras o territorios indígenas con ANIP debería llevar al establecimiento de un esquema de cogestión del área<sup>905</sup>.</p>

904 Declaración de Belem sobre los Pueblos Indígenas Aislados; Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial de la Región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay, párrs. 18-23 y 51-59; Convenio 169 de la OIT, artículos 14 y 18; Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 26.

905 Artículos 15 y 16.1 del Convenio 169 de la OIT; artículo 1.2 común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; sentencias de la Corte sobre el caso *Saramaka vs. Surinam*, párr. 123, el caso *Comunidad indígena Yákye Axa*, párrs. 124 y 137 y el caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párrs. 118 y 121; artículo 8.j del Convenio sobre Diversidad Biológica.

POLÍTICA SOBRE  
REASENTAMIENTO  
INVOLUNTARIO

Para lograr los objetivos globales de esta política, las operaciones que puedan requerir reasentamiento serán evaluadas y preparadas conforme a dos principios fundamentales.

**I. Se tomarán todas las medidas posibles** para evitar o reducir al mínimo la necesidad de reasentamiento involuntario. Se deberá realizar un análisis profundo de las alternativas del proyecto para identificar soluciones que sean viables desde el punto de vista económico y técnico, eliminando a la vez, o disminuyendo al mínimo, la necesidad de reasentamiento involuntario. Al examinar las ventajas y desventajas de las alternativas, es importante que se cuente con un cálculo razonable del número de personas que probablemente se verán afectadas y con una estimación de los costos del reasentamiento. Se deberá prestar especial atención a los aspectos socioculturales, tales como la trascendencia cultural o religiosa de la tierra, la vulnerabilidad de la población afectada o la disponibilidad de sustitución en especie de los activos, particularmente cuando tengan consecuencias intangibles importantes. Cuando un número considerable de personas o una proporción significativa de la comunidad afectada tendrían que ser reasentados y/o los impactos afecten bienes y valores que son difíciles de cuantificar y compensar, después de haber explorado las otras posibles opciones, se debe considerar seriamente la alternativa de no seguir adelante con el proyecto.

[...]

**Comunidades indígenas.** Aquellas comunidades indígenas o de otras minorías étnicas de bajos ingresos, cuya identidad está basada en el territorio que han ocupado tradicionalmente, son especialmente vulnerables al empobrecimiento y dislocación que puede producir el reasentamiento. A menudo carecen de derechos formales de propiedad sobre las tierras de las cuales dependen para su sustento y se encuentran en desventaja para presentar reclamos de indemnización y rehabilitación. Por lo tanto, el Banco solo respaldará operaciones que conlleven el reasentamiento de comunidades indígenas o de otras minorías étnicas de bajos ingresos en áreas rurales, si el Banco puede comprobar que: i) el componente de reasentamiento beneficiará directamente a la comunidad afectada en relación con su situación anterior; ii) los derechos consuetudinarios de la comunidad se reconocerán plenamente y se recomendarán en forma equitativa; iii) las opciones de indemnización incluirán reasentamiento basado en la compensación de tierra por tierra; y iv) las comunidades afectadas hayan otorgado su consentimiento fundamentado a las medidas de reasentamiento y compensación.

En el Perú, la regla es que el desplazamiento de pueblos indígenas no está permitido, por el contrario, el Estado tiene la obligación de tomar **medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas**.

Los proyectos de desarrollo que puedan generar desplazamientos directa o indirectamente de pueblos indígenas no deben realizarse.

Entre los principios señalados por el BID, se menciona que frente a un número considerable de personas o una proporción significativa de la comunidad deben ser reasentados o se afecte a bienes difíciles de cuantificar o compensar, **se debe considerar seriamente la alternativa de seguir adelante con el proyecto**.

Posiblemente la única excepción a lo anterior sea la realización de proyectos elaborados para mitigar los impactos de desastres naturales, como por ejemplo los causados por el cambio climático sobre pueblos indígenas como inundaciones de sus territorios, amenaza de huacos, etc.; pero esta situación tendría como supuesto habilitante los desastres naturales y no la realización de un proyecto de desarrollo.

Manteniendo el supuesto anterior, si bien se privilegia la entrega de tierras "compatibles con sus preferencias culturales", el Convenio 169 agrega que las tierras deben tener por lo menos el mismo estatus legal que las tierras que habitaban antes, en igual extensión y calidad; sin embargo, si los pueblos indígenas prefirieran una indemnización en dinero o en especie en lugar de la tierra, esta se les debe otorgar, sin perjuicio de la indemnización que le correspondería por cualquier daño o pérdida que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento. Todo lo anterior son disposiciones que se les reconoce a los pueblos o comunidades no indígenas; la distinción realizada es discriminatoria, aunque se entiende que se realiza considerando la especial relación existente entre pueblos indígenas y la tierra; no obstante, esa decisión debería ser evaluada en un proceso de consulta.

Por otro lado, los requisitos que el Banco establece para continuar con un proyecto que conlleva al desplazamiento podrían ser mejor conocidos o evaluados si se utiliza como herramienta la evaluación social (no muy utilizada en el BID, a diferencia de las disposiciones del Banco Mundial).

### B.9. Hábitats naturales y sitios culturales

**4.23 El Banco no apoyará operaciones y actividades que en su opinión conviertan o degraden significativamente hábitats naturales críticos o que dañen sitios de importancia cultural crítica.** Siempre que sea posible, las operaciones y actividades financiadas por el Banco se ubicarán en tierras y sitios previamente intervenidos. El Banco no respaldará operaciones que involucren una conversión significativa o la degradación de hábitats naturales tal y como se definen en la presente política, a menos que: (i) no existan alternativas viables que el Banco considere aceptables; (ii) se hayan hecho análisis muy completos que demuestren que los beneficios totales derivados de la operación superan ampliamente sus costos ambientales, y (iii) se incorporen medidas de mitigación y compensación que el Banco considere aceptables—incluyendo, según se requiera, aquellas encaminadas a minimizar la pérdida de hábitat y a establecer y mantener un área protegida ecológicamente similar—y que estén adecuadamente financiadas, implementadas y supervisadas. El Banco no apoyará operaciones a través de las cuales se introduzcan especies invasoras.

POLÍTICA DE  
MEDIO AMBIENTE  
Y CUMPLIMIENTO  
DE  
SALVAGUARDAS

4.24 A través del proceso de EA se identificarán y evaluarán los impactos en sitios de importancia cultural crítica. Para otros sitios o artefactos de importancia cultural no crítica se tomarán las medidas apropiadas encaminadas a proteger su integridad y funciones. Para aquellas operaciones donde se puedan presentar hallazgos arqueológicos o históricos durante la construcción u operación de instalaciones, el prestatario preparará y pondrá en práctica procedimientos sobre hallazgos fortuitos basados en buenas prácticas internacionales.

[...]

**Sitios culturales:** Son todas aquellas áreas naturales o edificadas, estructuras, características naturales y/u objetos valorados por un pueblo, o que se encuentren asociados a él, y que se consideren de significación espiritual, arqueológica o histórica. Si bien es posible que haya remanentes materiales notables, por lo general serán mínimos o inexistentes.

**Sitios de importancia cultural crítica:** Comprenden, pero no se limitan, a aquellos que están protegidos (u oficialmente propuestos por los gobiernos para que lo sean) como los Sitios de Patrimonio Mundial y Monumentos Nacionales, así como áreas inicialmente reconocidas como protegidas por comunidades tradicionales de la localidad (por ejemplo sitios sagrados).

Llama la atención que no se mencione la necesidad de realizar una evaluación social que complemente el estudio de aquellos sitios de importancia cultural crítica, a pesar del evidente componente cultural de esos sitios. Debe recordarse la necesidad de realizarse Estudios Sociales o Estudios de Sociales, culturales y espirituales previstos por el Convenio 169 de la OIT.



# BIBLIOGRAFÍA

---

**AIDSESP, CONACAMI, CNA, ONAMIAP y el Grupo de Trabajo de pueblos indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (2012)**  
Perú: Informe Alternativo 2012 sobre el cumplimiento del Convenio N° 169 de la OIT, Lima.

**ALIANZA INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS AISLADOS (2005)**  
Declaración de Belem sobre los Pueblos Indígenas Aislados

**ÁLVAREZ LONDOÑO, L.F. (2007)**  
Derecho Internacional Público. Colección Estudios de Derecho Internacional. Bogotá.

**ÁLVAREZ A., ALCA J., GALVIN M., GARCÍA A. (2008)**  
The Difficult Invention of Participation in the Amaraeri Communal Reserve, Peru. En: People, Protected Areas and Global Change. Participatory Conservation in Latin America, Africa, Asia and Europe. Perspectives of the Swiss National Centre of Competence in Research (NCCR) North – South, vol. 3, University of Bern. Switzerland.

**Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2012)**  
Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial de la Región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay. Resultado de las consultas realizadas por ACNUDH en la región: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela. ACNUDH. Ginebra.

**ANAYA, J. (2004)**  
Indigenous Peoples and International Law. Oxford University Press. Oxford.

**ANDALUZ, Carlos (2009)**  
Manual de derecho ambiental. Editorial Iusticia S.A.C. Lima.

**BALLÓN AGUIRRE, F. (2004)**  
Manual de Derecho de los Pueblos Indígenas. Doctrina, principios y normas. Defensoría del Pueblo. Lima.

**BERRAONDO, M. (Coord.) (2006)**  
Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. Universidad de Deusto. Bilbao.

**CARE (2012)**  
Estudio sobre políticas y normas. Derechos de las poblaciones indígenas amazónicas vinculados a la gestión de los recursos naturales en Bolivia, Ecuador y Perú, Lima. CARE.

**CASTRO A., Y NIELSEN E. (2001)**  
Indigenous people and co-management: implications for conflict management. Environmental. Science & Policy N.º 4. Elsevier. Disponible en: <http://crs.itb.ac.id/media/jurnal/Refs/Landscape/Indigenous%20people.pdf>

**CHARTERS, C. y STAVENHAGEN R. (eds) (2009)**  
El desafío de la declaración: historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas. IWGIA. Copenhagen.

**CHIRINOS C. Y RUÍZ M. (2002)**  
Concesiones sobre Recursos Naturales: una oportunidad para la gestión privada. Sociedad Peruana de Derechos Ambiental. Lima.

**Comisión de Derechos Humanos - COMISEDH (2012)**  
La Ley de Consulta Previa y su Reglamento en el Perú, Análisis desde la Perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, COMISEDH, Lima.

**Comisión Multipartidaria Encargada de Estudiar y Recomendar la Solución a la Problemática de los Pueblos Indígenas (2011)**  
Consulta Previa: Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia. Congreso de la República. Lima.

**COULTER, R. (2009)**  
The U.N. Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Historic Change in International Law, 45 Idaho L. Rev. 539 2008-2009.

**Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo (2009)**  
Directrices sobre las cuestiones relativas a los pueblos indígenas. Naciones Unidas. Nueva York.

**DAES, E-I. (2001)**  
Indigenous peoples and their relationship to land. Final working paper prepared by the Special Rapporteur. Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights. Commission on Human Rights (Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/2001/21).

**Defensoría del Pueblo (2006)**

Pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario y contacto inicial. Informe Defensorial N° 101. Lima.

**Department of Economic and Social Affairs, Naciones Unidas (2008)**

Resource Kit on Indigenous Peoples Issues. United Nations publications. Nueva York.

**FLORES H., SANTILLÁN A., RAMOS I. (2010)**

El régimen de las Reservas Comunes y Áreas Naturales protegidas o estrategias en Tránsito? En: Boletín Purús. DAR. Lima.

**Fundación para el Debido Proceso Legal y Oxfam (2011)**

El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

**Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (2012).**

Análisis Del Reglamento De La Ley De Consulta Previa - Decreto Supremo N°001-2012-MC, Lima.

**Instituto Internacional de Derecho y Sociedad- IIDS (2011)**

Principios mínimos para la aplicación de los derechos de participación, consulta previa y consentimiento previo, libre e informado. IIDS/IILS. Lima.

**MARTIN C., RODRÍGUEZ-PINZÓN D., GUEVARA J. (Ed.) (2004)**

Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad Iberoamericana, México.

**MARTÍNEZ COBO, J. (1983)**

Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas, Cáp. XXI, Conclusiones, Propuestas y Recomendaciones (Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.8)

**MCCAY B. y JENTOFT S. (2002)**

¿Falla del Mercado o de la Comunidad? Perspectivas críticas de la investigación sobre la propiedad colectiva. En: El cuidado de los bienes Comunes. Gobierno y Manejo de los lagos y bosques en la Amazonía. Lima. Instituto de Estudios Peruanos.

**MERTUS, J. (2009)**

The United Nations and Human Rights. Routledge. New York.

**MOECKLI, D., SHAH S., SIVAKUMARAN, S. (Ed.) (2010)**

International Human Rights Law. Oxford University Press. Oxford.

**Oficina Internacional del Trabajo (2010)**

Monitoreo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a través de los Convenios de la OIT: una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010. OIT. Ginebra.

**Organización Internacional del Trabajo (OIT) (1957)**

RI04 - Indigenous and Tribal Populations Recommendation, 1957 (No. 104). Recommendation concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries. Ginebra.

**--(2003)**

Convenio Número 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual. OIT. Ginebra.

**--(2009)**

Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica. Una

Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. OIT. Ginebra.

**Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1945)****--(1965)**

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial

**--(1966)**

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

**--(1966)**

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

**--(1989)**

Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Derecho de los Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes

**--(1989)**

Convención de los Derechos del Niño

**--(2002)**

Convenio sobre la Diversidad Biológica

**--(2007)**

Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas

**--(2012)**

Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial de la Región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay. Resultado de las consultas realizadas por ACNUDH en la región: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela.

**RIVERA JUARISTI, F. J., SCHWARTZ, B., SNYDER, A., VALDELLON B., AREIAS, S., (2012)**

Amicus curiae presentado en el caso Corte IDH, Gretel Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, Caso No. 12 361 por la Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de derecho de la Universidad de Santa Clara, Santa Clara, EE.UU. Disponible en:

<http://law.scu.edu/ihrcc/file/News%20and%20Updates/%284%29%20120919%20Artavia%20Murillo%20FIV%20Amicus%20-%20Univ%20Santa%20Clara.pdf> (15.10.2012)

**RODRÍGUEZ V. (n.c)**

El sistema interamericano de protección de derechos humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en:

[http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/PaginaExterna.aspx?url=/BibliotecaWeb/Varios/Material\\_Educativo/SI\\_Proteccion\\_DDHH.htm](http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/PaginaExterna.aspx?url=/BibliotecaWeb/Varios/Material_Educativo/SI_Proteccion_DDHH.htm) (15.10.2012)

**RUIZ C., O. y DONOSO G. (2012)**

Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones, en Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (de próxima aparición) [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2094289](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2094289) (15.10.2012)

**RUBIO M. (1999)**

Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo III. PUCP. Lima.

**RUIZ MOLLEDA, J. C. (2011)**

Guía de interpretación de la Ley de consulta previa de los pueblos indígenas (Ley N° 29785): Análisis, comentarios y concordancias de cada uno de los artículos, Instituto de Defensa Legal, Lima.

**--(2012)**

La constitucionalidad del Reglamento de la ley de consulta. Informe Jurídico. Documento de Trabajo N° 60. Instituto de Defensa Legal. Lima.

**SALGADO J., GOMIZ M. (2010)**

Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el Derecho Interno Argentino, Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas. Neuquén (Argentina).

**Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica (2004)**

AKWÉ: KON. Directrices voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares. Directrices del CDB. Montreal.

**SEVILLANO ARÉVALO, M. (2010).**

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú. Últimos avances. DAR. Lima.

**SEVILLANO ARÉVALO M., SANTILLÁN A., RAMOS I. (2010)**

Informe El Desplazamiento Forzado Interno: El caso de los Proyectos de Desarrollo. DAR. Lima.

**SHELTON, DINAH (2008)**

Prohibición de Discriminación en el Derecho internacional de los Derechos Humanos. En: Anuario de Derechos Humanos N 4, Norteameric. Disponible en: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewArticle/13488/13756> (31.10.2012)

**SMITH R. (2002)**

Introducción: los bienes comunes y su gestión comunitaria: conceptos y prácticas. En: El cuidado de los bienes comunes: gobierno y manejo de los lagos y bosques en la Amazonía. Lima. Instituto de Estudios Peruanos.

**STEINER H., ALSTON P., GOODMAN R. (2007)**

International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals. Oxford University Press. Oxford.

**TOLEDO V. (2005)**

Políticas Indígenas y Derechos territoriales en América Latina: 1990-2004. ¿Las fronteras indígenas de la Globalización? En: Pueblos Indígenas, Estado y Democracia. CLACSO. Buenos Aires.

**TRESIERRA J. (2000)**

Derechos de uso de los Recursos Naturales por los Pueblos Indígenas en el Bosque Tropical. Banco Interamericano de Desarrollo. Washington, D. C.

**WHEATLEY, S. (2010)**

The Legal Status of the UN Declaration on the Rights of indigenous peoples, 7 Inter Alia 60 2010.

**WIENER RAMOS L. (2012)**

El proceso de reglamentación de la Ley de Consulta Previa: diálogo de sordos. Disponible en: <http://www.observatoriotierras.info/publicaciones/12437> (15.10.2012)

**XANTHAKI, A. (2007)**

Indigenous Rights and United Nations Standards. Self Determination, Culture and Land. Cambridge University Press. Cambridge.

**YÁÑEZ C. (1998)**

Diagnóstico para un Programa en Defensa de las Comunidades Nativas de la Amazonía Peruana. Resumen Ejecutivo. En: Nosotros y los otros: avances en la afirmación de derechos de los pueblos indígenas amazónicos. N° 12 de Serie Informes Defensoriales. Defensoría del Pueblo. Lima.

**YUPSANIS, A. (2010)**

ILO Convention No. 169 Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries 1989–2009: An Overview. Nordic Journal of International Law 79 (2010) 433–456.

**FUENTES DOCUMENTALES****Banco Mundial**

Banco Mundial (2005), Política Operacional N° 4.10 (OP 4.10). Pueblos Indígenas. Manual de Operaciones del Banco Mundial. <http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/2103841170795590012/OP4.10.July1.2005.Spanish.pdf>

Corporación Financiera Internacional (IFC) (2010), Norma de Desempeño 7 V2, Pueblos indígenas [http://www1.ifc.org/wps/wcm/connect/a9de4b80498009a0a784f7336b93d75f/Phase3\\_PS7\\_Spanish\\_Highlights.pdf?MOD=AJPERES](http://www1.ifc.org/wps/wcm/connect/a9de4b80498009a0a784f7336b93d75f/Phase3_PS7_Spanish_Highlights.pdf?MOD=AJPERES)

**Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)**

<http://www.oas.org/es/cidh/>

CIDH (2007), Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia, Washington.

CIDH (2009), Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Washington.

CIDH, Informe N° 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, 12 de octubre 2004.

CIDH, Informe N° 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann Vs Estados Unidos*, 27 de diciembre de 2002.

CIDH, Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, del 2 de Junio de 2000, OEA/Ser.L/V/II.106.

CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay, del 9 de marzo de 2001, OEA/Ser.L/MII.110, Doc. 52.

CIDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil (sobre la Municipalización de tierras indígenas), del 29 de septiembre de 1997, OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev. 1.

CIDH. Medida Cautelar. Pueblos Indígenas Tagaeri y Taromenani (Ecuador), otorgada el 10 de mayo de 2006.

CIDH. Medida Cautelar. Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario de Mashco Piro, Yora y Amahuaca (Perú), otorgada el 22 de marzo del 2007.

CIDH. Medida Cautelar. MC 382/10 - Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará (Brasil), otorgada el 1 de abril del 2011.

**Comisión de Derechos Humanos - Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (hasta 2006)**

<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/subcom/index.htm>

Grupo de Trabajo Sobre Poblaciones Indígenas (2005), Legal commentary on the concept of free, Prior and informed consent, DOC. ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/2005/WP.1



### **Comité de Derechos Humanos (CCPR)**

<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/index.htm>

Comunicación N° 1457/2006, 24 de abril de 2009, Doc. ONU CCPR/C/95/D/1457/2006

Observaciones finales, Nicaragua, 12 de diciembre de 2008, Doc. ONU CCPR/C/NIC/CO/3

Observaciones finales, Panamá, 17 de abril de 2008, Doc. ONU CCPR/C/PAN/CO/3

Observación General n°23: el derecho de las minorías (artículo 27), 08 de abril de 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5

### **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (CDESC)**

<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/index.htm>

Observaciones finales, Colombia, 6 de diciembre de 2001, Doc. ONU E/C.12/1/Add.74

Observaciones finales, Ecuador, 7 de junio de 2004, Doc. ONU E/C.12/1/Add.100

Observaciones Finales, México, 9 de junio de 2006, Doc. ONU E/C.12/MEX/CO/4

Observación General n°21 sobre el derecho a participar en la vida cultural, 17 de mayo de 2010, Doc. ONU E/C.12/GC/21/Rev.1

Observaciones Finales, Colombia, 7 de junio de 2010, Doc. ONU E/C.12/COL/CO/5

Observaciones Finales, Perú, 30 de mayo de 2012, Doc. ONU E/C.12/PER/CO/2-4

Observaciones Finales, Federación Rusa, 12 de diciembre de 2003, E/C.12/1/Add.94

Observación General N° 7, El Derecho a una Vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del pacto): los desalojos forzosos, U.N. E/1999/22, anexo IV (1997)

Observación General N°12, El Derecho a una alimentación adecuada (art. 11), 12 de mayo de 1999, E/C.12/1999/5

Observación General N° 14, El Derecho al Disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4

Observación General N° 15, El Derecho al agua (artículos 11 y 12), 20 de enero de 2003, E/C.12/2002/11

Observación General N° 20, La no Discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del pacto), 2 de Julio de 2009, E/C.12/GC/20

### **Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR)**

<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cedr/index.htm>

Recomendación general N°23 relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 18 de agosto de 1997

Observaciones Finales, Estados Unidos, 14 de agosto de 2001, Doc. ONU A/56/18

Observaciones Finales, Ecuador, 2 de junio de 2003, Doc. ONU CERD/C/62/CO/2

Observaciones Finales, Guatemala, 15 de mayo de 2006, Doc. CERD/C/GTM/CO/11

Observaciones Finales, México, 4 de abril de 2006, Doc. ONU CERD/C/MEX/CO/15

Observaciones Finales, India, 5 de mayo de 2007, Doc. ONU CERD/C/IND/CO/19

Observaciones finales, Estado Unidos, 8 de mayo de 2008, Doc. ONU CERD/C/USA/CO/6

Observaciones finales, Ecuador, 22 de septiembre de 2008, Doc. ONU CERD/C/ECU/CO/19

Observaciones finales, Chile, 7 de septiembre de 2009, Doc. ONU CERD/C/CHL/CO/15-18

Observaciones finales, Surinam, 13 de marzo de 2009, Doc. ONU CERD/C/SUR/CO/12

Observaciones Finales, Guatemala, 29 de marzo de 2010, Doc. ONU CERD/C/GTM/CO/12-13

Observaciones Finales, Panamá, 16 de marzo de 2010, Doc. ONU CERD/C/PAN/CO/15-20

Observaciones Finales, Bolivia, 10 de marzo de 2011, Doc. ONU CERD/C/BOL/CO/17-20

Observaciones finales, Paraguay, 26 de agosto de 2011, Doc. ONU CERD/C/PRY/CO/1-3

Observaciones Finales, México, 9 de marzo de 2012, Doc. ONU CERD/C/MEX/CO/16-17

### **Congreso de la República del Perú**

Comisión Multipartidaria encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los pueblos indígenas, Consulta Previa: Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia, mayo 2009, Lima

### **Consejo de Derechos Humanos de la ONU**

<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/>

Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Panamá, 4 de enero de 2011, Doc. ONU A/HRC/16/6

### **Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas**

<http://social.un.org/index/Default.aspx?alias=social.un.org/index/indigenouses>

Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado, Doc. ONU, E/C.19/2005/3

Informe de la Octava Sesión, Doc. ONU E/C.19/2009/14

La situación de los pueblos indígenas del mundo, DPI/2551/A— 09-64061, 2010

## Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas

<http://www.ohchr.org/SP/Issues/PIndigenas/EMRIP/Paginas/EMRIPIndex.aspx>

Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, 17 de mayo de 2010, Doc. ONU A/HRC/EMRIP/2010/2

Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, 17 de agosto de 2011, Doc. ONU A/HRC/18/42

Informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, con especial atención a las industrias extractivas, Doc. ONU A/HRC/EMRIP/2012/2

Papel de los idiomas y la cultura en la promoción y protección de los derechos y la identidad de los pueblos indígenas, 16 de agosto de 2012, Doc. ONU A/HRC/21/53

## Organización Internacional del Trabajo (OIT) – Órganos de Control

### Informes de los comités establecidos para examinar las reclamaciones (art. 24)

[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:50010:0::NO::P50010\\_ARTICLE\\_NO:24](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:50010:0::NO::P50010_ARTICLE_NO:24)

OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Perú, 1998 (GB.270/16/4):(GB.273/14/4)

OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Bolivia, 1999 (GB.272/8/1):(GB.274/16/7)

OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, México, 1998, (GB.270/16/3):(GB.272/7/2)

OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, México, 1999, (GB.273/15/6):(GB.276/16/3)

OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Ecuador, 2001, GB.282/14/2

OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Colombia, 2001, GB.282/14/3

OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Dinamarca, 2001, (GB.277/18/3):(GB.280/18/5).

OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, México, 2004 (GB.282/15/3) (GB.282/15/4) (GB.289/17/3)

OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, México, 2006 (GB.286/20/1) : (GB.296/5/3)

OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Guatemala, 2007, (GB.294/17/1) : (GB.299/6/1)

OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Argentina, 2008 (GB.297/20/1) : (GB.303/19/7)

OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Brasil, 2009 (GB.295/17):(GB.304/14/7)

OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Perú (GB.307/17/4):(GB.313/INS/12/5, 03/2012)(Presentada 2009-Informe 2012)

## Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR)

<http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/>

Informe CEACR, Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión, 1999, Informe III (Parte IA)

Informe CEACR, Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, 2003, Informe III (Parte IA)

Informe CEACR, Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, 2006, Informe III (Parte IA)

Informe CEACR, Conferencia Internacional del Trabajo, 96ª reunión, 2007, Informe III (Parte IA)

Informe CEACR, Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión, 2009, Informe III (Parte IA)

Informe CEACR, Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, 2010, Informe III (Parte IA)

Informe CEACR, Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011, Informe III (Parte IA)

## Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya

<http://unsr.jamesanaya.org/esp/>

<http://www.ohchr.org/EN/Issues/PIndigenas/SRIIndigenousPeoples/Pages/SRIPeoplesIndex.aspx>

Informe del Relator Especial, 15 de noviembre de 2007, Doc. ONU A/HRC/6/15

Informe del Relator Especial, La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6

Declaración pública del Relator Especial sobre la "Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo" aprobada por el Congreso de la República del Perú, 7 de julio de 2010, <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10194&LangID=S> (consultada el 01/10.2012)

Informe del Relator Especial, 15 de julio de 2009, Doc. ONU A/HRC/12/34

Nota preliminar sobre la aplicación del principio de consulta con los pueblos indígenas en Guatemala y el caso de la mina Marlin, 8 de julio de 2010, Doc. ONU A/HRC/15/37/Add.8

Informe del Relator Especial, 19 de julio de 2010, Doc. ONU A/HRC/15/37

Informe provisional del Relator Especial, 9 de agosto de 2010, Doc. ONU A /65/264

Informe del Relator Especial, 10 de agosto de 2011, Doc. ONU A /66/288.

Informe del Relator Especial, La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica, 11 de julio de 2011, A /HRC/18/35/Add.8.

Informe del Relator Especial, La situación de los pueblos indígenas en Argentina, 4 de julio de 2012, Doc. ONU A /HRC/21/47/Add.2

Informe del Relator Especial, 6 de julio de 2012, Doc. ONU A /HRC/21/47

Comunicado de prensa, 22 de agosto de 2012, United States: UN expert calls for consultations with indigenous peoples over private land sale in Black Hills, South Dakota, <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=12452&LangID=E> (consultado 01/10/2012)

**Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie**

Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar", 21 de marzo de 2011, Doc. ONU A/HRC/17/31

#### FUENTES NORMATIVAS NACIONALES

- » Constitución Política de 1993.
- » Código Civil – Decreto Legislativo 295 y modificatorias.
- » Código procesal Civil – Decreto Legislativo 768 y modificatorias
- » Ley Orgánica de Gobiernos Regionales – Ley 27867
- » Ley Orgánica de Municipalidades – Ley 27972.
- » Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales - Ley N° 26821
- » Ley de la Inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas – Ley 26505
- » Ley general del Sistema de Bienes Estatales – Ley 29151.
- » Ley de Demarcación y Organización territorial – Ley 27795.
- » Ley Orgánica del Poder ejecutivo - Ley 29158
- » Ley General de Expropiaciones – Ley 27117
- » Ley de comunidades nativas y de desarrollo agrario de la selva y ceja de selva – Decreto Ley 22175.
- » Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial - Ley N°28736
- » Ley de Áreas naturales Protegidas – Ley 26834
- » Ley general del Ambiente – Ley 28611.
- » Ley sobre Desplazamientos Internos – Ley 28223.
- » Ley Forestal y de Fauna Silvestre – Ley 29763.
- » Ley de Recursos Hídricos – Ley 29338.
- » Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental - Ley 27446.
- » Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales – Decreto Legislativo 1089.
- » Reglamento de la Ley de Tierras – DS 003-79-AG.
- » Reglamento de la Ley de la Inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y

- de las comunidades campesinas y nativas – D. S 011-97-AG.
- » Reglamento de la Ley de Demarcación y Organización Territorial – D. S 019-2003-PCM.
- » Reglamento de la Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial - D. S 008-2007-MIMDES.
- » Redimensionamiento de los Bosques de Producción Permanente a nivel nacional - R.M. N° 0586-2004-AG, modificada por Resolución Ministerial 0434-2006-AG
- » Directiva para la exclusión y compensación de áreas en concesiones forestales con fines maderables - Resolución Jefatural N° 082-2003-INRENA.
- » Reglamento de la ley de Áreas naturales Protegidas – DS 038-2001-AG.
- » Reglamento de la Ley sobre Desplazamientos Internos – D. S 004-2005-MIMDES.
- » Resolución de Intendencia N° 019-2005-INRENA-IANP
- » Reglamento de Ordenamiento Pesquero de la Amazonia Peruana – DS 015-2009-PRODUCE.
- » Reglamento de la ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental - Decreto Supremo 019-2009- MINAM
- » Plan nacional de Formalización - Resolución Directoral 090-2007- COFOPRI/DE.

#### FUENTES JURISPRUDENCIALES

**Tribunal Constitucional del Perú**

<http://www.tc.gob.pe/>

STC 0218-02-HC/TC  
STC 0075-2004-AA/TC  
STC 5854-2005-PA/TC  
STC 2730-2006-PA/TC  
STC 2730-2006-PA/TC  
STC 0007-2007-PI/TC  
STC 03343-2007-PA/TC  
STC 06316-2008-PA/TC  
STC 00022-2009-PI/TC  
STC 05427-2009-PC/TC  
STC 024-2009-PI/TC  
STC 023-2009-PI/TC  
STC 00025-2009-PI/TC  
STC 027-2009-PI/TC  
STC 054-2009-PC/TC  
STC 01126-2011-HC/TC  
STC 02798-2004-HC/TC

**Corte Interamericana de Derechos Humanos**

<http://www.corteidh.or.cr/>

Corte IDH, "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 1

Corte IDH, El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 2

Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5

Corte IDH, La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6

Corte IDH, *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4

Corte IDH, *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 127.

Corte IDH, *Comunidad Moiwana Vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia 15 de junio de 2005, Serie C No. 124

Corte IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No. 125

Corte IDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146

Corte IDH, *Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172

Corte IDH, *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C No. 170

Corte IDH, *Kimel Vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177

Corte IDH, *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C No. 182

Corte IDH. *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No. 185

Corte IDH, *Usón Ramírez Vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C No. 207

Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214

Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Fondo y reparaciones, sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245.

Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214.

Corte IDH, *Usón Ramírez Vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C No. 207

Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002, Serie C No. 91

Corte IDH, *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de febrero de 2012 Serie C No. 240

Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de mayo de 2001, Serie C No. 32.

Corte IDH, *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C No. 242.

#### Corte Permanente de Justicia Internacional

<http://www.icj-cij.org/pcij/index.php?pl=9&lang=rus>

Corte Permanente de Justicia Internacional, caso Usine de Chorzow, 1928, Serie A N° 17

### BIBLIOGRAFÍA REDD+

#### Asia Indigenous Peoples Pact (AIPP), Forest Peoples Programme (FPP), International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA) & Tebtebba Foundation (2012)

What is REDD+? A guide for Indigenous Communities, 3a Ed., Chiang Mai, Thailand.

#### Asia Indigenous Peoples Pact (AIPP) & International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA) (2012)

Training Manual on Free, Prior and Informed Consent (FPIC) in REDD+ for Indigenous Peoples, Chiang Mai, Tailandia.

#### Barnes G. y Quail S. (2011)

Land tenure Challenges in Managing Carbon Property Rights to Mitigate Climate Change. En: Revista sobre Tenencia de la Tierra. N° 2-11.

#### Bradlow, D. (1996)

The World Bank, the IMF, and Human Rights, Journal of Transnational Law and Contemporary Problems, Vol. 6

#### Brunnée, J. (2002)

COPing with Consent: Law-Making under Multilateral Environmental Agreements, 15 Leiden Journal of International Law

#### Capella Vargas, J. L. y Sandoval Díaz, M. (2010)

REDD en el Perú: Consideraciones Jurídicas para su Implementación, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental – SPDA, Lima.

#### Che Piu, H. y García, T. (2011)

Estudio REDD Perú: La Situación de REDD en el Perú, Derecho Ambiente y Recursos Naturales (DAR), Lima.

#### Christian Erni, C. & Tugendhat, H. (Ed.) (2010)

¿Qué es REDD? Una guía para las comunidades indígenas, IWGIA, Servindi, FPP, AIPP y Tebtebba, Lima.

#### Derecho, Ambiente y Recursos Naturales DAR (2010)

Los Derechos a la Participación, Consulta y Consentimiento de los Pueblos Indígenas en la Preparación de REDD, Derecho Ambiente y Recursos Naturales (DAR), Lima.

**Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) (Equipo de redacción principal: Pachauri, R.K. y Reisinger, A., directores de la publicación) (2007)**

Cambio climático 2007: Informe de síntesis. Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al Cuarto Informe de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, IPCC, Ginebra, Suiza

**Kingsbury, B. (1999)**

Operational Policies of International Institutions as Part of the Law-Making Process: The World Bank and Indigenous Peoples, en The Reality of International Law, Essays in Honour of Ian Brownlie, Clarendon Press, Oxford.

**Patrón Álvarez, P. (2011)**

¿Energía o REDD? Primero EAE. Evaluación Ambiental Estratégica en el Perú, Derecho Ambiente y Recursos Naturales (DAR), Lima.

**Ramos Urrutia, I. (2010)**

Entendiendo REDD a Partir del Derecho de los Pueblos Indígenas, Derecho Ambiente y Recursos Naturales (DAR), Lima

**RECOFTC - The Center for People and Forests (2012)**

A Training of Trainers Manual for REDD+ - For National and Sub-national Level Facilitators, Bangkok, Tailandia.

**RECOFTC - The Center for People and Forests & GIZ (2011)**

Free, Prior, and Informed Consent: Principles and Approaches for Policy and Project Development, Bangkok, Tailandia.

**Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas**

Informe sobre el séptimo período de sesiones, 21 de abril a 2 de mayo de 2008, Doc. ONU E/C.19/2008/13

State of the World's Indigenous Peoples, Department of Economic and Social Affairs, 2009, Naciones Unidas, Nueva York

Statement of the United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues (UNPFII), Agenda Item 2: Reducing emissions from deforestation and forest degradation in developing countries (REDD): approaches to stimulate action, Subsidiary Body for Scientific and Technological Advice (SBSTA), 2nd Meeting, 2 December 2008, Poznan, Poland.

**Fondos de Inversión en el Clima – Fondo de Inversión en la Silvicultura (FIP)**

Documento básico para el diseño del Programa de Inversión Forestal, de Carácter Selectivo, creado al amparo del Fondo Fiduciario del FEC, 7 de julio de 2009.

Criterios de Inversión y Modalidades de Financiamiento, 29 de junio de 2010.

Directrices Operacionales del PINS (FIP), 29 de junio de 2010.

Propuesta para el Diseño de un Mecanismo de donaciones específico para pueblos indígenas y comunidades locales a establecer dentro del marco del Programa de Inversión Forestal, 29 de noviembre de 2011.

**Fondo Cooperativo para el Carbono de los Bosques – FCPF**

Memorándum Informativo, 13 de Junio de 2008

Plantilla de Propuesta para la Preparación de Readiness (R-PP), 7 de marzo 2011

Charter Establishing the Forest Carbon Partnership Facility, 11 de mayo de 2011.

Enfoque Común para las Salvaguardas Ambientales y Sociales para los Socios Implementadores Múltiples, 9 de junio 2011

Directrices sobre la participación de las partes interesadas en la preparación para REDD+ con énfasis en la participación de los pueblos indígenas y otras comunidades cuyo sustento depende de los bosques, 9 de agosto de 2012

**Banco Mundial**

Banco Mundial, A Guide to the World Bank, 2a Ed., Banco Mundial, 2007, Washington

Política Operacional sobre Pueblos Indígenas (OP 4.10)

Anexo A de la Política Operacional sobre Pueblos Indígenas (OP 4.10)- Evaluación Social

Política Operacional sobre Bosques (OP 4.36)

Política Operacional sobre Reasentamiento Involuntario (OP 4.12)

**Banco Interamericano de Desarrollo**

Política Operativa sobre Pueblos Indígenas

Estrategia para el Desarrollo Indígena

Política sobre Reasentamiento Involuntario

Política de Medio Ambiente y Cumplimiento de Salvaguardas.



# ANEXO

---

# CONSULTA Y ELABORACIÓN DEL R-PACKAGE (FCPF) - PAUTAS

Sébastien Snoeck

## I. Introducción

En la parte del informe que aborda la participación del Perú con el FCPF ("Mecanismo Cooperativo para el Carbono Forestal") del Banco Mundial, se analizó la aplicación de los derechos a la participación y consulta acerca de la actualización del R-PP ("Propuesta de Preparación"). Dado el avance actual de la cooperación con el FCPF, resulta útil compartir unas observaciones acerca de la próxima etapa de la preparación: la elaboración del R-PACKAGE ("Paquete de Preparación").

La elaboración del R-PACKAGE constituye la última etapa del proceso de preparación a REDD+ con el FCPF. Se presenta hacia el final de la fase de preparación, cuando la mayoría de las actividades propuestas por el R-PP han sido implementadas. El objetivo es demostrar que las actividades se realicen dentro de un marco transparente y se mitiguen los riesgos sociales y ambientales de manera adecuada. Se requiere una evaluación positiva del R-PACKAGE del país por parte del Comité de Participantes del FCPF antes de la firma de un Acuerdo de Pago por Reducción de Emisiones (ERPA) con el Fondo de Carbono que permitirá beneficiar efectivamente de los fondos disponibles<sup>906</sup>. El R-PACKAGE debe contener tres elementos: (i) un Escenario de Referencia; (ii) un Sistema de Monitoreo; y (iii) una Estrategia REDD<sup>907</sup>.

## 2. Elaboración del R-PACKAGE y aplicación de los derechos de participación y consulta

Los derechos de participación y consulta se refieren a procesos de toma de decisiones y su aplicación concreta depende del contenido de la medida propuesta y de sus impactos potenciales sobre los pueblos indígenas. En lo que atañe a la elaboración del R-PACKAGE, el problema radica en que el producto final esperado del Estado así como los estándares a cumplir quedan en discusión. Además, existen incertidumbres acerca del tipo de medidas que adoptará el Perú para elaborar su R-PACKAGE. Sin embargo, en base en los documentos disponibles, se pueden identificar las etapas principales del proceso y, de acuerdo a las normas y estándares aplicables, se pueden identificar los derechos de participación aplicables a cada una de esas etapas. Cabe destacar que varios estándares aplicables al FCPF mencionan procesos de "consulta" con los actores, considerados como procesos de diálogo/retroalimentación con las partes interesadas, sin que se mencionen siempre de manera particular el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, en el sentido del Convenio 169 o de la Declaración de las Naciones Unidas. Merece recordar que los derechos de participación/consulta de los pueblos indígenas son derechos específicos que necesitan medidas de implementación particulares, cumpliendo con todas las normas internacionales aplicables, presentadas en la segunda parte del informe. A continuación se presenta las varias etapas de la elaboración del R-PACKAGE con los derechos de participación aplicables.

906 Véase Carta del FCPF, FCPC, Contenido del Paquete Readiness y Enfoque de Evaluación, Nota de Concepto - Borrador para Feedback y Comentarios, FMT Note 2011-14, 31 de diciembre de 2011. Todos los documentos referidos al funcionamiento del FCPC son disponible en la página web <http://www.forestcarbonpartnership.org>.

907 Carta del FCPF, Artículo I, inciso 58. Véase FCPF, Memorando Informativo, 13 de junio 2008, sección 3.2.



Actividad/ Componente	Contenido	Objetivo	Participación/ Consulta	Fundamento
<b>1. Etapas previas al R-PACKAGE</b>				
1.1. Preparación del SESA	Modalidades de evaluación de los impactos sociales y ambientales	Garantizar que las preocupaciones ambientales y sociales se integren al proceso de estrategia nacional de REDD+ y que las actividades Readiness cumplan con las salvaguardas aplicables.	- Participación de los pueblos indígenas (PPII)	- R-PP Perú 2011 (p. 106) - Convenio 169 (Art.7)
1.2. Preparación del Plan de Consulta	Identifica el proceso para la participación y consulta de los actores (debería incluir Readiness)	Garantizar los derechos a la participación y consulta	- Consulta PPII	- Enfoque común, Anexo I-D <sup>908</sup> - R-PP Perú 2011 (págs. 42, 106)
			- Participación PPII	- Convenio 169 (Art. 6, 7) (Afectación de los derechos de participación/ consulta)
			- Retroalimentación de las partes involucradas (feedback)	- Directrices FCPE 2012 (8, h) <sup>909</sup>
				- Memo informativo 2008 <sup>910</sup> (pár. 3.10)
<b>2. Preparación R-PACKAGE</b>				
2.1. Arreglos para el manejo a nivel Nacional de REDD+	Se adoptan medidas para asegurar: - las participaciones sustanciales y consistente de los actores involucrados claves - el intercambio de información coherente y transparente - un mandato formal - un presupuesto suficiente	- Gestionar la implementación de las actividades - Coordinar las actividades de Readiness para REDD+ tal como se define en el R-PP - Integrar REDD+ con la estrategias nacionales y sectoriales más amplias - Manejar los procesos de consultas, quejas y reclamos potenciales	- "Enfoque participativo" - Información	Nota de Concepto R-Package 2011 <sup>911</sup> (pág. 6)
			Participación y <b>consulta</b> sobre los arreglos referidos a la participación	- Convenio 169 (Art. 2, 6, 7, 33)

908 FCPE; Enfoque Común para las Salvaguardas Ambientales y Sociales para los Socios Implementadores Múltiples, 9 de agosto 2012.

909 FCPE & UN-REDD; Directrices sobre la participación de las partes interesadas en la preparación para REDD+ con énfasis en la participación de los pueblos indígenas y otras comunidades cuyo sustento depende de los bosques, 9 de agosto de 2012.

910 FCPE; Memorando Informativo, 13 de junio 2008.

911 FCPE; Contenido del Paquete Readiness y Enfoque de Evaluación, Nota de Concepto - Borrador para Feedback y Comentarios, FMT Note 2011-14, 31 de diciembre de 2011.

Actividad/ Componente	Contenido	Objetivo	Participación/ Consulta	Fundamento
2.2. Elaboración de la Estrategia Nacional	(Infra)	Describe la forma como el país pretende reducir las Emisiones derivadas de la deforestación y la degradación de los bosques	Participación de los PPII  <b>Consulta de los PPII sobre la propuesta final</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Convenio 169 (Art. 7)</li> <li>- Carta FCFP (3.1.d)</li> <li>- R-PP Perú 2011 (pág. 42)</li> </ul>
Componente de la Estrategia Nacional	Evaluación de Uso de la Tierra, Causantes de los Cambios en el Uso de la Tierra, Ley Forestal, Política Forestal y Gobernanza sostenible de los bosques	Identificar las causas principales de la deforestación y/o degradación de los bosques, así como las actividades relativas a la conservación, el manejo	Ver 2.2	Ver 2.2
	Opciones de la Estrategia de REDD +	Base para el desarrollo de un conjunto de políticas y programas REDD +	Ver 2.2	Ver 2.2
	Marco de Implementación	Definir los mecanismos institucionales, económicos, jurídicos y de gobernanza que sean necesarios para implementar las opciones	Ver 2.2	Ver 2.2
	Impactos Sociales y Ambientales (implementación de SESA)	Elaborar un Marco de Gestión Ambiental y Social (ESMF)	Ver 2.2	Ver 2.2

Actividad/ Componente	Contenido	Objetivo	Participación/ Consulta	Fundamento
2.3. Elaboración Nivel de Referencia	Escenario de Referencia con el que se pueda comparar con respecto a futuras emisiones	Medir el desempeño de las políticas de intervenciones de REDD +	<ul style="list-style-type: none"> <li>Participación de los PPII</li> <li>Participación de las "comunidades nativas"</li> <li>Consultas con los involucrados</li> <li>- "Enfoque participativo"</li> <li>- Participación y consulta de todos los actores"</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Convenio 169 (Art. 7)</li> <li>R-PP Perú 2011 (pág. 42)</li> <li>Memo informativo (párr. 3. 10)</li> <li>Nota de Concepto R-Package 2011 (pág. 6 y 8)</li> </ul>
2.4. Sistemas de Monitoreo	<p>Sistema Nacional de Monitoreo de Bosques</p> <p>Sistema de Información para los Beneficios Múltiples, otros impactos, la Gobernanza y las Salvaguardas</p>	<p>Comparación entre los cambios y la línea de base</p> <p>Informar cómo se están abordando las salvaguardas y cómo se cumplen durante la ejecución de las actividades de REDD +</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Participación de las "comunidades nativas"</li> <li>- "Enfoque participativo"</li> <li>- Consultas con los involucrados</li> <li>Participación</li> <li>Participación de las "comunidades nativas"</li> <li>- "Enfoque participativo"</li> <li>- Consultas con los involucrados</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>R-PP Perú 2011 (pág. 42)</li> <li>Nota de Concepto R-Package 2011 (pág. 6, 8)</li> <li>Memo informativo (párr. 3. 10)</li> <li>Convenio 169 (Art. 7) Seguimiento - evaluación</li> <li>R-PP Perú 2011 (pág. 42)</li> <li>Nota de Concepto R-Package 2011 (pág. 6, 8)</li> <li>Memo informativo (párr. 3. 10)</li> </ul>

### 3. Pautas básicas para la celebración de consultas al nivel nacional sobre el R-PACKAGE

Al tratar de consultas sobre medidas de alcance general (elaboración de políticas y programas), hay que tener en cuenta unas normas y pautas importantes para el buen desarrollo del proceso y el debido ejercicio del derecho a la consulta. Las normas internacionales y a las directrices aplicables al funcionamiento del FCPC<sup>912</sup> se pueden resumir de la manera siguiente.

Tema	Norma / Pauta
Preparación	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Organización de reuniones de trabajo previas con representantes de los PPII</li> <li>- Organización de talleres de capacitación para funcionarios y representantes de los PPII</li> <li>- Articulación con los procesos de participación de otros actores (sociedad civil)</li> <li>- Garantía de transparencia y organización sistemática: Plan de Consulta adoptado con la participación de los PPII y circulado</li> <li>- Adopción de medidas para generar confianza entre los actores</li> <li>- Establecimiento de un punto focal técnico con presencia indígena</li> </ul>
Momento de la consulta	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Antes de adoptar políticas y programas de preparación de REDD+</li> <li>- Participación a lo largo del proceso de toma de decisiones</li> </ul>
Plazos	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Deben ser adaptados, teniendo en cuenta los alcances de la medida</li> <li>- Los 120 días previstos en el D.S 001-2012-MC son insuficientes para una consulta nacional.</li> </ul>
Actores	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Todos los pueblos potencialmente afectados</li> <li>- Los pueblos indígenas deben elegir a sus representantes</li> <li>- Participaciones de las organizaciones nacionales</li> <li>- Actividades al nivel local imprescindible (al nivel de proyectos)</li> <li>- Obligación del Estado de verificar la representatividad</li> <li>- Participación de varios sectores del Estado</li> </ul>
Objeto de las discusiones	<p>Cada componente del R-Package que supone la toma de decisiones que puedan afectar los derechos o intereses de los PPII. Se debe abordar, entre otros temas<sup>913</sup>, los puntos siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Estado actual de los bosques nacionales</li> <li>- Marcos institucionales, políticos y regulatorios</li> <li>- Principales causas y causantes de la deforestación y la degradación forestal</li> <li>- Políticas pasadas y presentes implementadas para detener la deforestación /degradación</li> <li>- Derechos y necesidades de los pueblos indígenas y otras</li> <li>- Tipo y patrón de uso de la tierra por los pueblos indígenas</li> <li>- Derechos sobre la tierra (derechos de uso y propiedad, tradicionales y consuetudinarios), y sistemas de tenencia de la tierra</li> <li>- Derechos sobre el carbono</li> <li>- Diseño de sistemas de distribución de los beneficios para la distribución equitativa y eficaz de los ingresos</li> <li>- Impactos y riesgos económicos, sociales y ambientales de REDD+ y mitigación y prevención de riesgos</li> <li>- Diseño de sistemas de seguimiento para llevar un registro de los bosques y las emisiones derivadas de la forestación así como de los beneficios ambientales y sociales comunes</li> <li>- Aspectos de gestión forestal y mecanismos para garantizar el pleno cumplimiento de las salvaguardas sociales y ambientales</li> <li>- Costos de oportunidad del uso de la tierra</li> <li>- Grupos que pueden resultar beneficiados o perjudicados</li> <li>- Función del sector privado</li> </ul>

912 Véase FCPF & UN-REDD, Directrices sobre la participación de las partes interesadas en la preparación para REDD+ con énfasis en la participación de los pueblos indígenas y otras comunidades cuyo sustento depende de los bosques, 9 de agosto de 2012 y FCPF, Enfoque Común para las Salvaguardas Ambientales y Sociales para los Socios Implementadores Múltiples, 9 de agosto 2012.

913 FCPF & UN-REDD, Directrices sobre la participación de las partes interesadas, pág. 9.

## LOS AUTORES

---

### **Sébastien Snoeck**

Es titulado en Derecho Internacional y Europeo por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Aix-en-Provence (Francia) y Máster en Derecho Internacional y Europeo (LL.M.) por la Facultad de Derecho de Aberdeen (Reino Unido). Miembro del Colegio de Abogados de Bruselas (Bélgica) entre 2004 y 2010, manejó casos contenciosos en Bélgica, Francia y frente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Colaboró con la Defensoría del Pueblo (Tumbes) entre 2010 y 2012 en materia de derechos humanos, medio ambiente y conflictos sociales.

### **Irene Delfina Janet Ramos Urrutia**

Es Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), ha llevado el V Curso de Pueblos Indígenas, Gobernabilidad Democrática y Derechos Humanos del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y se encuentra cursando la Maestría en Derechos Humanos de la PUCP. Con especialización en temas de territorio, manejo de recursos naturales e impactos del sistema jurídico formal en los sistemas tradicionales de derecho de los pueblos indígenas. Viene trabajando en temas de conservación y pueblos indígenas hace más de diez años, tanto en instituciones públicas como privadas.





Con el apoyo financiero de:



**OXFAM**

## **DAR - Derecho, Ambiente y Recursos Naturales**

Es una organización civil sin fines de lucro, cuyo fin prioritario es contribuir a lograr una Amazonía con bienestar y equidad socioambiental, a partir de la gestión del conocimiento, la incidencia en políticas públicas, el empoderamiento de los actores, el fortalecimiento de la institucionalidad y la promoción de la vigilancia social, en los ámbitos nacional, regional y local.

**MISIÓN** - DAR está comprometida en construir la gobernanza, el desarrollo sostenible y la promoción de los derechos indígenas en la Amazonía.

**El programa social indígena** trabaja en la mejora de las políticas, programas, proyectos y normas, con la finalidad de que se formulen, implementen y apliquen integrando un enfoque de derechos humanos con el de la conservación de la biodiversidad.