

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**EL PROYECTO CONGA DESDE LOS ESTÁNDARES DEL
SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

**Tesis para optar por el título de Magíster en Derechos Humanos que presenta la
abogada:**

CRISTINA BLANCO VIZARRETA

Asesora: Patricia Urteaga

Miembros del Jurado: Elizabeth Salmón y Gustavo Zambrano

Lima, Octubre de 2013

INDICE

Introducción

Capítulo I: El proyecto Conga: contexto, antecedentes y alcance

- 1.1. “Perú, país minero”: Panorama de la política minera en el Perú
- 1.2. La empresa Yanacocha en Cajamarca: Escenario de un conflicto
- 1.3. Encuentros y desencuentros en torno al proyecto Conga

Capítulo II: Quién es quién: pueblos indígenas, comunidades y rondas campesinas

- 2.1. Elementos para la identificación de pueblos indígenas en el Derecho internacional
- 2.2. ¿Tienen las comunidades y rondas campesinas derecho a la consulta previa?
 - 2.2.1. ¿Las comunidades y rondas campesinas pueden ser protegidas bajo la categoría de “pueblos indígenas”?
 - 2.2.2. La Ley de Consulta Previa: ¿reconocimiento de derechos para algunos pueblos?
- 2.3. En busca de respuestas para las comunidades y rondas campesinas afectadas por el proyecto Conga

Capítulo III: El caso Conga y la actuación del Estado peruano bajo los estándares del sistema interamericano en materia de derechos de los pueblos indígenas

- 3.1. Obligaciones del Estado peruano frente a los pueblos indígenas
 - 3.1.1. Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema interamericano: el derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado
 - 3.1.2. Ámbito nacional: El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano
- 3.2. El proyecto Conga bajo la lupa: Análisis desde los estándares del sistema interamericano
 - 3.2.1. Consulta previa, libre e informada
 - 3.2.2. Estudios previos de impacto ambiental y social: ¿Cumplen los estudios realizados con el estándar interamericano?
 - 3.2.3. Beneficios compartidos

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

En los últimos años vienen presentándose dos procesos paralelos y en constante tensión en el continente americano, especialmente en América Latina. A partir de los años noventa se ha promovido la inversión como parte del modelo de desarrollo, lo cual ha aumentado significativamente las inversiones privadas como consecuencia, entre otros factores, del fomento hecho por los Estados a través de la desregularización de la actividad empresarial y la ausencia de estricta fiscalización y supervisión. De otro lado, desde la década de los noventa, en varios países de la región ha tenido lugar el reconocimiento a nivel constitucional de derechos de los pueblos indígenas, lo que se suma al rápido desarrollo del reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas en el plano internacional y en particular, de sus derechos sobre los territorios ancestrales y recursos naturales en el ámbito interamericano.

Para los Estados ello ha supuesto importantes desafíos vinculados no solo a su obligación de adaptar sus ordenamientos internos, y a la creación de brechas importantes entre avances constitucionales o legislativos, sino también a la efectiva aplicación de las normas, la funcionalidad institucional y la vida diaria de los pueblos indígenas del continente. Por ello, el reto recae en gran medida en la implementación normativa y protección efectiva de los derechos de los pueblos indígenas. Pero también hay causas estructurales que están en la base de muchas de las violaciones a sus derechos, como la existencia de una profunda discriminación, enraizada a lo largo de siglos de historia, la cual permea el aparato estatal. La falta de consulta para la imposición de una hidroeléctrica a pesar de las miles de vidas humanas en riesgo, la destrucción de comunidades enteras para la implementación de proyectos económicos, la venta a terceros de tierras históricamente ocupadas por pueblos indígenas, son expresiones acostumbradas de esta discriminación, traducidas en desinterés e indiferencia.

El Perú no ha sido la excepción. En efecto, de acuerdo al último reporte de conflictos sociales de la Defensoría del Pueblo, existen 178 conflictos activos y 45 conflictos latentes en el país, de los cuales, 147 son de tipo socio ambiental, lo que representa más del 65% de los existentes en el territorio nacional¹. No es novedad que gran parte de estos conflictos tenga como protagonistas a pueblos y comunidades indígenas. La falta de atención oportuna a los reclamos y el total desinterés mostrado por las autoridades nacionales han hecho que algunas de estas situaciones desencadenen lamentables episodios de violencia.

En este contexto, desde mediados de 2011 el conflicto surgido por el proyecto de explotación minera “Conga”, ejecutado por la empresa Minera Yanacocha S.R.L., se ha convertido en el principal conflicto

¹ Defensoría del Pueblo. Reporte de conflictos sociales No. 114. Agosto 2013. Disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales/home.php>.

social en el país, y ha cobrado incluso la vida de cinco personas. El desarrollo del conflicto se ha caracterizado por periodos de acercamiento y negociaciones, convocatorias y recrudecimientos de protestas públicas, declaraciones de estados de emergencia, sin que a la fecha este conflicto se encuentre cerca de ser resuelto. La compañía Yanacocha inició las actividades de exploración del proyecto Conga en el 2004 y como resultado de ello, se decidió desarrollar el proyecto. Del 2005 al 2007 se realizó el estudio base ambiental y desde el 2008 se inició el desarrollo de ingeniería del proyecto, mientras se continuaba con actividades de perforación durante el 2009. En el 2008 se aprobó el estudio de impacto ambiental semidetallado, el cual pasó por una serie de modificaciones, para ser aprobado finalmente en octubre de 2010. Sin embargo, la empresa Yanacocha viene desarrollando otros proyectos mineros en Cajamarca desde principios de los 90, que de alguna manera han contribuido a generar la situación crítica de este proyecto.

Una de las preocupaciones surgidas a propósito del desarrollo del proyecto Conga es si las comunidades y rondas campesinas que serían afectadas por el proyecto –ubicadas en los distritos de Huasmín, Sorochuco, en la provincia de Celendín; la Encañada, en la provincia de Cajamarca; y la provincia de Hualgayoc-Bambamarca- constituyen “pueblos indígenas” con una especial relación con las tierras en que éste se desarrollaría por haberlas ocupado ancestralmente. Las mismas comunidades, a través de distintas organizaciones, vienen reivindicando su identidad indígena y su derecho a la consulta previa. De ser el caso, les resultaría aplicable la normativa internacional relativa a los derechos de los pueblos indígenas que impone al Estado obligaciones particulares de protección de sus tierras ancestrales. Sobre este aspecto encontramos distintas posiciones pues hay quienes sostienen que no pueden ser considerados pueblos indígenas al no encontrarse los elementos subjetivos y/o objetivos utilizados generalmente para tal calificación. Otros en cambio consideran que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales incluye a todos los pueblos indígenas, con independencia de su situación legal, además de que el ordenamiento peruano dispone que la protección relativa a los pueblos indígenas resulta aplicable a las comunidades campesinas y rondas campesinas².

Tal cuestión resulta de suma relevancia ya que, de ser consideradas indígenas, son titulares de un cuerpo de derechos específicos, reconocidos a nivel nacional e internacional, como el derecho a la consulta previa, libre e informada. En particular, los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos- han desarrollado estándares sobre el derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas, a partir de las obligaciones derivadas del derecho a la propiedad, contenido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “CADH” o “Convención Americana”), ratificada por el Perú el 28 de julio de 1978, y en el artículo XXIII de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en 1948.

² Véase al respecto Constitución Política del Perú (art. 2.19, 89, 149 y 191) y Ley de Rondas Campesinas.

Son de especial relevancia las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaídas en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam* y en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs Ecuador*. En dichos fallos, la Corte Interamericana estableció que bajo el artículo 21 de la Convención Americana los Estados deben cumplir ciertas obligaciones a efectos de otorgar concesiones extractivas o de realizar planes y proyectos de inversión o desarrollo que afecten los recursos naturales en territorios indígenas. Las garantías específicas establecidas en el Sistema Interamericano frente a decisiones que afecten a los pueblos indígenas o sus territorios ancestrales son asegurar su participación en la toma de decisiones, a través del derecho a la consulta y consentimiento; realizar estudios previos de impacto social y ambiental; y asegurarse de brindar beneficios compartidos.

De este modo, el problema identificado en la presente investigación es que en el proceso de desarrollo del proyecto Conga el Estado peruano no ha tenido en cuenta si a estas comunidades y rondas campesinas les es aplicable el cuerpo jurídico relativo a derechos de los pueblos indígenas y por ende, no ha realizado un proceso de consulta previa, libre e informada con las comunidades de la zona afectada, de acuerdo con los estándares del sistema interamericano. Ciertamente, al momento en que se inició el desarrollo de este proyecto este factor no había sido contemplado en la actuación estatal, y sigue sin ser considerado como una posibilidad a desarrollar por el Estado, a pesar de que se encontraban vigentes para el Estado las obligaciones internacionales sobre la materia y de la existencia de jurisprudencia constitucional al respecto.

Cabe enfatizar que tal cuestión resulta un tema de derechos humanos desde un punto de vista teórico y con implicancias prácticas. En efecto, como se verá en la presente tesis la consulta previa es un derecho en sí mismo, desarrollado en el sistema interamericano a partir del derecho a la propiedad. Pero, como ha sido advertido por los órganos del sistema interamericano, el desarrollo de proyectos que afecten las tierras, territorios y recursos naturales de pueblos indígenas se relaciona además con otros derechos humanos, como el derecho a la alimentación, al agua, a la salud, a la vida, a la libertad de movimiento y residencia, entre otros. Como ha advertido la CIDH (en adelante, "CIDH" o "Comisión Interamericana"), esto se explica en que el goce efectivo de este derecho implica no sólo la protección de una unidad económica sino de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra³.

La consulta previa no es una garantía aislada, sino que tiene consecuencias prácticas de la mayor relevancia. Como está planteado el proyecto Conga, tendrá repercusiones importantes al encontrarse ubicado en cinco cabeceras de cuenca de los principales ríos de las provincias de Celendín, Cajamarca y Bambamarca, por lo que supondría su afectación y la de lagunas de la zona, generando un importante impacto en el ecosistema, integridad territorial, vida y cultura de las comunidades campesinas y rondas

³ CIDH. *Informe Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009. párr. 3.

campesinas, sin que éstas hayan sido consultadas de modo previo, libre e informado antes de su concesión. En Cajamarca han venido ocurriendo ya varias afectaciones a comunidades, como consecuencia de las operaciones mineras de Yanacocha⁴. En tal sentido, esta investigación pretende aportar, desde un plano general, en que en el abordaje de la conflictividad social en el Perú se tenga en cuenta el enfoque de los derechos humanos de los pueblos indígenas, y desde un ámbito más específico, al ser una situación que representa hasta la actualidad un problema no resuelto y que podría afectar significativamente a las comunidades de la zona del proyecto.

Teniendo en cuenta lo anterior, la hipótesis de la presente tesis es que el Estado peruano ha incumplido sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos con relación al proyecto Conga, primero, porque frente a elementos que *prima facie* permitían identificar que los colectivos humanos afectados por el proyecto Conga pueden ser protegidos bajo la categoría de pueblos indígenas, fue aprobado un estudio de impacto ambiental en el que están totalmente ajenos los aspectos sociales y culturales de los colectivos afectados, y en segundo lugar, porque los actos administrativos de aprobación de la actividad extractiva fueron adoptados sin llevar a cabo un proceso de consulta previa, libre e informada, a pesar de encontrarse vigentes obligaciones internacionales sobre este derecho.

Para demostrar la hipótesis planteada, la presente tesis ha sido dividida en tres capítulos. En el primero se describe el contexto de la política minera en el Perú; los antecedentes de Yanacocha en Cajamarca, sobre todo en lo que se refiere a sus relaciones con las comunidades y pobladores locales; y los pasos que ha seguido hasta la fecha el desarrollo del conflicto en torno al proyecto minero Conga. El objetivo de esta sección es sentar el marco contextual y fáctico para el análisis en los siguientes capítulos.

En un segundo capítulo me referiré a los elementos subjetivos y objetivos que permiten identificar a un colectivo humano como indígena bajo el Derecho internacional, así como al tratamiento –principalmente jurídico- que han recibido los pueblos indígenas en el Perú. Me propongo demostrar aquí que para el Derecho internacional resulta relevante la presencia de tales elementos y principalmente el subjetivo consistente en la “autoidentificación” como indígena, y no corresponde guiarse de las denominaciones o categorizaciones que puedan recibir a nivel interno, ni la exigencia de estar inscritos o reconocidos por el Estado como pueblo o comunidad indígena.

Una vez establecido ello, se pretende demostrar que en el caso de las comunidades y rondas campesinas afectadas por el proyecto Conga, se evidencian esfuerzos cada vez más claros por identificarse como indígenas, que manifiestan cierta conciencia de su descendencia de pueblos anteriores a la existencia del Estado peruano, elemento decisivo de identificación de acuerdo a los instrumentos y órganos internacionales. Se notará también que existe información que sugiere que estas

⁴ Véase Asociación Ambientalista ECOVIDA. Yanacocha. Balance Social. Año 2002; y ARANA, Marco. Agua y minería en Cajamarca: defendiendo el derecho al agua. Cajamarca: Grufides. 2004.

comunidades mantienen, aunque de modo parcial, ciertas instituciones propias y distintivas. A partir de la identificación *prima facie* de estos elementos, se sostiene que en el proceso de aprobación del proyecto, el Estado debía haber tenido en cuenta la posibilidad de tratarse de comunidades y rondas campesinas protegidas bajo la categoría de pueblos indígenas. En este punto es importante destacar que, por limitaciones materiales y temporales, para la presente investigación no se ha desarrollado trabajo de campo en la zona. Es por ello que el objetivo con relación a las comunidades afectadas pretende limitarse a recoger, a partir de la información disponible, diversos aspectos que sugieren la necesidad de considerar que las comunidades afectadas pueden calificarse como indígenas.

Habiendo establecido lo anterior, en el tercer capítulo me propongo demostrar que, de ser ese el caso, el Estado peruano habría incumplido obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, consistentes en concreto en el deber de realizar consultas previas, libres e informadas frente a un proyecto extractivo que afectará directamente a las comunidades en la zona. Para ello, en una primera parte se busca demostrar que, desde la aprobación de exploración del proyecto, se encontraban vigentes para el Estado obligaciones internacionales sobre la materia bajo el sistema interamericano y de la existencia de jurisprudencia constitucional al respecto. Una vez definido el estándar interamericano sobre el derecho a la consulta, se analizará el actuar del Estado peruano con relación a este proyecto para identificar qué obligaciones concretas habría incumplido.

Por último, cabe señalar que la metodología utilizada para demostrar la hipótesis propuesta, ha consistido en recolección de información documental (directa e indirecta); revisión de las mismas; síntesis, entendida como la reunión de los elementos identificados para la integración de un todo que permita obtener conclusiones acerca de la solución del problema; y deducción, lo cual supone un proceso intelectual que consiste en obtener conclusiones a partir de la información recogida y estudiada⁵.

⁵ BERNAL GARCÍA, Manuel José. *Metodología de la investigación jurídica y socio jurídica*. Bogotá: CIPADE/Uniboyacá. 2003. p. 41.

CAPÍTULO I: EL PROYECTO CONGA: CONTEXTO, ANTECEDENTES Y ALCANCE

A partir de los años noventa se ha venido produciendo en América Latina un aumento significativo de inversiones por parte de empresas extractivas como consecuencia, entre otros factores, del fomento hecho por los Estados a través de la desregularización de la actividad empresarial y la ausencia de estricta fiscalización y supervisión. En el Perú se ha promovido también una serie de reformas con el objetivo de convertir al país en un destino atractivo para la inversión privada y consolidar una economía receptiva del capital, en especial extranjero; esfuerzos que han resultado exitosos, desde una perspectiva económica⁶.

Junto con el desarrollo de proyectos extractivos se han venido produciendo graves y numerosos conflictos sociales con pueblos, comunidades y en general poblaciones locales, cuyos derechos e intereses se ven afectados cuando no se respetan sus tierras; los nacimientos de las fuentes de agua son contaminados, modificados o eliminados; o se alteran sus actividades productivas como la agricultura y ganadería. Incluso, el desarrollo de proyectos de este tipo ha traído muchas veces la división de comunidades, la corrupción de autoridades, la criminalización de líderes o lideresas y hasta la muerte de quienes se oponen a su ejecución. Pero esta afectación es particularmente profunda en los no pocos escenarios en que tales proyectos se desarrollan en tierras ancestrales de pueblos indígenas o afectan los recursos naturales que se encuentran en ellas, pues se trata de colectividades que basan su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra, y cuyo goce y disfrute de derechos está estrechamente vinculado con ésta⁷.

La conflictividad surgida en el Perú se evidencia en que, como advierte la Defensoría del Pueblo, actualmente existen 178 conflictos activos y 45 conflictos latentes. Destaca además que de éstos, 147 son de tipo socio ambiental, lo que supone más del 65% de los existentes en el territorio nacional a agosto de 2013, gran parte de los cuales tiene como protagonistas a pueblos indígenas y sus miembros. Dentro de este tipo de conflictos, la actividad minera y la desprotección del Estado es por mucho la causante de la mayoría de conflictos al alcanzar más del 71% de los conflictos medioambientales, esto es, 105 casos; seguida por las actividades hidrocarburíferas con 19%⁸.

Uno de los conflictos sociales que ha tenido mayor trascendencia en los últimos años es el proyecto de explotación minera “Conga”, de la empresa Minera Yanacocha S.R.L. ubicado en los distritos de Huasmín, Sorochuco, en la provincia de Celendín; la Encañada, en la provincia de Cajamarca; y la

⁶ ALAYZA MONCLOA, Alejandra. *No pero sí: comunidades y minería: consulta y consentimiento previo, libre e informado en el Perú*. Lima: CooperAccion, 2007. p. 7.

⁷ CIDH. *Informe Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009. párr. 3.

⁸ Defensoría del Pueblo. Reporte de conflictos sociales No. 114. Agosto 2013. Disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales/home.php>.

provincia de Hualgayoc-Bambamarca, en la región de Cajamarca. La gran inversión económica detrás y la magnitud del proyecto han hecho que, al menos desde mediados de 2011, se haya convertido en el principal conflicto social en el país con una gran sensibilidad política. Y más importante aún, a la fecha ha cobrado ya la vida de cinco personas -entre ellas un menor de edad- como consecuencia de la represión de protestas en contra del proyecto en julio de 2012.

Pero ¿cómo es y ha sido la política minera en el Perú?, ¿quién es Yanacocha y qué actividades ha realizado ya en Cajamarca?, ¿por qué los pobladores se oponen tan fuertemente al proyecto y no confían en el buen actuar de la empresa ni en las medidas de mitigación prometidas?, ¿cuál es el alcance del proyecto y por qué las comunidades y rondas campesinas de la zona creen que su implementación repercutirá negativamente en sus vidas y formas de subsistencia? En el presente capítulo intentaré responder estas preguntas, en primer lugar haciendo una breve referencia a las pautas que han guiado la política minera en el Perú, posteriormente me referiré a la empresa que pretende ejecutar el proyecto Conga y las actividades que ha venido desarrollando en Cajamarca desde los años noventa, para finalmente describir el proyecto Conga y los hechos principales de este conflicto.

1.1. “Perú, país minero”: Panorama de la política minera en el Perú

Desde su fundación como república, la articulación al mercado mundial del Perú ha sido mayormente como proveedor de materias primas, generando una histórica dependencia económica de la explotación de sus recursos naturales⁹. Esto ha determinado un desarrollo “primario-exportador”, que tiene un “correlato institucional y jurídico[...] plenamente funcional a los intereses de estos sectores económicos” y que se ve reforzado a lo largo del tiempo con elementos simbólicos y retóricos, como “Perú, país minero”. Dentro de estas actividades, la minería ha sido claramente prioritaria para el Estado peruano, al menos a partir del siglo XX¹⁰.

Según el Ministerio de Energía y Minas, “a nivel mundial y latinoamericano el Perú se ubica entre los primeros productores de diversos metales”, y “[e]l número y área de proyectos de prospección minera se incrementa cada año”. En efecto, es el primer productor de plata a nivel mundial, el segundo productor mundial de cobre, y el primer productor de oro, zinc, estaño, plomo y molibdeno en América Latina. De acuerdo a dicho Ministerio, el Perú es el tercer país en el mundo en reservas de oro, plata, cobre y zinc,

⁹ ECHAVE, José de; Mario PALACIOS y Raphael HOETMER. *Minería y territorio en el Perú: Conflictos, resistencias y propuestas en tiempos de globalización*. Lima. junio de 2009. p. 13.

¹⁰ PINTO, Vladimir. *Reestructuración neoliberal del Estado Peruano, industrias extractivas y derechos sobre el territorio*. En: ECHAVE, José de; Mario PALACIOS y Raphael HOETMER. *Minería y territorio en el Perú: Conflictos, resistencias y propuestas en tiempos de globalización*. Lima. junio de 2009. p. 85.

y la “cordillera de los Andes es la columna vertebral de Perú y la principal fuente de depósitos minerales del mundo”¹¹.

El papel que ocupa el Perú actualmente es producto de una serie de cambios estructurales realizados a principios de los 90, durante el Gobierno de Alberto Fujimori, que incluyeron privatizaciones; flexibilización laboral; reducción de derechos económicos y sociales; disminución del aparato estatal en sectores como trabajo, educación, salud, vivienda; entre otros¹². Un rubro importante de reformas se refirió a la generación de condiciones para promover y garantizar inversiones extractivas a través de convenios de estabilidad jurídica, beneficios tributarios especiales, libre disponibilidad de divisas para las empresas y arbitraje internacional como medio para solucionar controversias entre el Estado y corporaciones transnacionales. Estas acciones hicieron posible en gran medida el llamado “boom minero” de los años noventa¹³. Como advierte Echave, la inversión provocó un crecimiento exponencial de las concesiones mineras en el Perú que pasaron de 2.26 millones de hectáreas en 1991 a más de 15 millones en 1997¹⁴.

Pero las reformas neoliberales impulsadas por Fujimori, además del nuevo ciclo de explotación de recursos naturales, dieron lugar a la regresión en la protección de derechos y la afectación a derechos humanos y medioambientales, particularmente los derechos de propiedad colectiva de pueblos y comunidades indígenas¹⁵. Marcando un claro retroceso con las tres Constituciones anteriores, la Constitución de 1993 suprimió las garantías de inembargabilidad e inalienabilidad de los territorios comunales para facilitar su disposición a terceros. En efecto, a diferencia de la Constitución de 1993, las especiales garantías de la propiedad colectiva indígena fueron reconocidas en la Carta de 1920, dotándosele del carácter imprescriptible¹⁶; y en la Constitución de 1933 se les otorgó las garantías de inalienabilidad e imprescriptibilidad¹⁷, al igual que en la de 1979¹⁸.

¹¹ Ministerio de Energía y Minas. *Perú: Un país minero lleno de oportunidades*. Disponible en: <http://www.minem.gob.pe/descripcion.php?idSector=1&idTitular=159&idMenu=sub149&idCateg=159>.

¹² PINTO, Vladimiro. *Reestructuración neoliberal del Estado Peruano, industrias extractivas y derechos sobre el territorio*. En: ECHAVE, José de; Mario PALACIOS y Raphael HOETMER. *Minería y territorio en el Perú: Conflictos, resistencias y propuestas en tiempos de globalización*. Lima. junio de 2009. p. 85.

¹³ ECHAVE, José de; Mario PALACIOS y Raphael HOETMER. *Minería y territorio en el Perú: Conflictos, resistencias y propuestas en tiempos de globalización*. Lima. junio de 2009. p. 13.

¹⁴ ECHAVE, José de; Mario PALACIOS y Raphael HOETMER. *Minería y territorio en el Perú: Conflictos, resistencias y propuestas en tiempos de globalización*. Lima. junio de 2009. p. 13.

¹⁵ Como señala Pinto, “[n]o es casual que el foco de los conflictos mineros vire hacia lo social y ambiental desde los años noventa en adelante y tampoco es casualidad que las comunidades sean uno de los principales focos de rechazo al modelo”. PINTO, Vladimiro. *Reestructuración neoliberal del Estado Peruano, industrias extractivas y derechos sobre el territorio*. En: ECHAVE, José de; Mario PALACIOS y Raphael HOETMER. *Minería y territorio en el Perú: Conflictos, resistencias y propuestas en tiempos de globalización*. Lima. junio de 2009. p. 86.

¹⁶ Art. 41 de la Constitución Política del Perú de 1920.- Los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades de indígenas son imprescriptibles y sólo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca la ley.

¹⁷ Artículo 209 de la Constitución Política del Perú de 1933.- La propiedad de las comunidades es imprescriptible en inenajenable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es, asimismo, inembargable.

¹⁸ Artículo 163 de la Constitución Política del Perú de 1979.- Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la Comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas. En ambos casos con pago previo en dinero.

Sumado a lo anterior, la Ley 26505, “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”, promulgada el 14 de julio de 1995 (en adelante, “Ley de Tierras”) y su reglamento aprobado por Decreto Supremo 017-96-AG del 12 de junio 1997, redujeron nuevamente la protección de la propiedad comunal. Ciertamente, la Ley 26505 disminuyó significativamente el porcentaje de comuneros necesarios para decidir la realización de actos de disposición del territorio de comunidades campesinas de la costa, al pasar de dos tercios al 50% de los asistentes a la asamblea¹⁹. Asimismo, su Reglamento perfecciona el procedimiento para el otorgamiento de servidumbres en propiedades particulares o comunales.

El cambio a la Presidencia de Alejandro Toledo no supuso dejar de lado las reformas fujimoristas, sino que por el contrario generó su consolidación, a pesar del discurso reivindicativo²⁰. Durante el gobierno de Perú Posible fue aprobada la Ley 28259, “Ley de reversión a favor del Estado de los predios rústicos adjudicados a título gratuito”, cuyo objeto era “revertir a favor del estado los predios rústicos declarados en abandono o que no hayan cumplido los fines para los que fueron otorgados en adjudicación gratuita y revertirlos al patrimonio del Estado para su posterior adjudicación a título gratuito”²¹. Si bien en la ley se dejó fuera de su alcance a los territorios indígenas, su reglamento aprobado por Decreto Supremo 035-2004-AG incluyó expresamente a las propiedades comunales como parte de las que podían revertir al Estado por falta de uso, imponiendo el criterio de la agricultura extensiva para determinar dicho uso²².

El gobierno de Alan García Pérez representó no solo la continuidad y profundización de medidas regresivas a favor de la privatización de la propiedad comunal, sino también su legitimación y valoración a través del discurso, sustentado en el “síndrome del perro del hortelano”²³. La tesis de García Pérez fue concretada en términos jurídicos a través de varios decretos legislativos aprobados con ocasión de la implementación del Tratado de Libre Comercio (en adelante, TLC) con Estados Unidos, gracias a la autorización para legislar dada por el Congreso el 19 de diciembre de 2007.

¹⁹ Ley 26505, artículo 10.

²⁰ ECHAVE, José de; Mario PALACIOS y Raphael HOETMER. *Minería y territorio en el Perú: Conflictos, resistencias y propuestas en tiempos de globalización*. Lima. junio de 2009. p. 14.

²¹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Comentarios de la Defensoría del Pueblo sobre proyectos de ley: tierras, predios rurales, comunidades campesinas y nativas*. Informe N° 016-2008-DP/ASPMA.PCN. p. 10.

²² PINTO, Vladimiro. *Reestructuración neoliberal del Estado Peruano, industrias extractivas y derechos sobre el territorio*. En: ECHAVE, José de; Mario PALACIOS y Raphael HOETMER. *Minería y territorio en el Perú: Conflictos, resistencias y propuestas en tiempos de globalización*. Lima. junio de 2009. p. 90.

²³ En octubre de 2007, Alan García, Presidente del Perú en ese momento, publicó una columna en el Diario El Comercio bajo ese título en el que explica su visión del desarrollo y los problemas del país. En dicho artículo señalaba: “[...]Hay millones de hectáreas para madera que están ociosas, otros millones de hectáreas que las comunidades y asociaciones no han cultivado ni cultivarán, además cientos de depósitos minerales que no se pueden trabajar y millones de hectáreas de mar a los que no entran jamás la maricultura ni la producción. Los ríos que bajan a uno y otro lado de la cordillera son una fortuna que se va al mar sin producir energía eléctrica. [...] Así pues, hay muchos recursos sin uso que no son transables, que no reciben inversión y que no generan trabajo. Y todo ello por el tabú de ideologías superadas, por ociosidad, por indolencia o por la ley del perro del hortelano que reza: ‘Si no lo hago yo que no lo haga nadie’[...] El primer recurso es la Amazonía. Tiene 63 millones de hectáreas y lluvia abundante. Los que se oponen dicen que no se puede dar propiedad en la Amazonía (¿y por que sí en la costa y en la sierra?) [...] Es el perro del hortelano”. GARCÍA PÉREZ, Alan. *El síndrome del perro del hortelano*. El Comercio. 28 de octubre de 2007. Disponible en: <http://www.aidesep.org.pe/editor/documentos/58.pdf>.

Entre marzo y junio de 2008, Alan García adoptó once decretos legislativos referidos a la propiedad colectiva indígena, sin consulta ni consentimiento de los pueblos indígenas²⁴. Así por ejemplo, los Decretos Legislativos 1015²⁵ y el 1073²⁶ buscaban flexibilizar la toma de decisiones en las comunidades campesinas (de la sierra) y comunidades nativas con relación a actos de disposición de la propiedad colectiva. Luego de dos meses de movilizaciones en la región amazónica, el Congreso se vio obligado a derogar estos dos decretos que resultaban los más graves²⁷.

Las protestas continuaron y el 8 de abril de 2009 cerca de 1350 personas pertenecientes a pueblos indígenas de la Amazonía realizaron un paro indefinido en toda la región, particularmente en la zona de Bagua, en Amazonas. El 5 de junio de 2009 un grupo importante de efectivos policiales intentó desalojar a los manifestantes indígenas de la carretera que venía siendo bloqueada produciéndose hechos de violencia que ocasionaron la muerte de cerca de 23 policías y 10 personas indígenas, los cuales siguen bajo investigación. Este suceso, que pasó a ser conocido como el “Baguazo”, se convirtió en uno de los episodios más lamentables de nuestra historia reciente²⁸.

El partido nacionalista asumió el poder incluyendo el reclamo indígena para evitar la ocurrencia de hechos similares. Con la promulgación por parte de Ollanta Humala de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, Ley 29785, se intentó abrir un nuevo capítulo en la relación Estado-pueblos indígenas. Si bien es innegable que la Ley 29785, “Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo” (en adelante, “Ley de Consulta Previa”), supone un hito histórico para los pueblos indígenas en el Perú, su aplicación práctica es aún muy limitada y no ha supuesto el cese o disminución de los

²⁴ El Decreto Legislativo 1064 dejaba sin efecto la obligatoriedad por parte del titular minero de contar con un acuerdo con el propietario de la tierra; mientras que otros decretos generaban amplias libertades para el Estado y sus fuerzas de orden para reprimir y penalizar actos de protesta.

²⁵ El Decreto Legislativo 1015, adoptado el 19 de mayo de 2008, tenía por objetivo “unificar los procedimientos de las comunidades campesinas y nativas de la sierra y de la selva, con las de la costa, para mejorar su producción y competitividad agropecuaria”.

²⁶ El Decreto Legislativo 1073, del 27 de junio de 2008, disponía la modificación del artículo 10, literal b) de la Ley de Tierras, estableciendo como requisito para adquirir en propiedad por parte de miembros de la comunidad no poseedores o de terceros, así como otros actos de disposición de la propiedad de comunidades campesinas y nativas “el cincuenta por ciento de los comuneros poseedores con más de un año.”

²⁷ Siguiendo a Pinto, puede decirse que en lo que respecta a la política territorial, pueden identificar tres grandes líneas que han tenido coherencia y continuidad a lo largo de los sucesivos Gobiernos en el Perú desde el fujimorato. La primera de ellas es la flexibilización de “las protecciones jurídicas de la propiedad comunal y fomentar la desintegración de las comunidades para promover la reconcentración de tierras en actores plenamente insertados en el mercado”. La segunda es la disminución de condicionantes para la inversión extractiva principalmente en el ámbito de la normatividad e institucionalidad ambiental. Por último, se ha presentado una reconcentración de las decisiones en torno a la participación ciudadana y ordenamiento territorial descentralizado. PINTO, Vladimiro. *Reestructuración neoliberal del Estado Peruano, industrias extractivas y derechos sobre el territorio*. En: ECHAVE, José de; Mario PALACIOS y Raphael HOETMER. *Minería y territorio en el Perú: Conflictos, resistencias y propuestas en tiempos de globalización*. Lima, junio de 2009. p. 86.

²⁸ IDEHPUCP. *La consulta previa, libre e informada en el Perú. La inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos*. IDEHPUCP. Konrad Adenauer Stiftung. Lima: 2012. p. 14.

conflictos sociales en las zonas que venían siendo explotadas ni en áreas que se encuentran en planificación o exploración²⁹.

La actual gestión del Ministerio de Energía y Minas dispone como “objetivo primordial” de la política minera peruana, “aprovechar los recursos minerales racionalmente, respetando el medio ambiente y creando condiciones para el progreso del sector en un marco estable y armonioso para las empresas y la sociedad”. Según afirma dicho Ministerio, el “desarrollo normativo del Estado persigue el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las empresas mineras, enfatizando el tema ambiental, de acuerdo con los estándares internacionales y los compromisos adquiridos por el Perú”. Asimismo, señala que no “descuida los aspectos de una filosofía empresarial responsable, que dé seguridad a los trabajadores y alcance relaciones amigables con las comunidades locales y su cultura, así como con la comunidad nacional”³⁰. Si bien pueden encontrarse aspectos positivos en este discurso, al momento no deja de ser eso –un “discurso”- pues la realidad de los múltiples conflictos socio ambientales, mineros en su mayoría, indica que la relación con las “comunidades locales y su cultura” está bastante lejos de ser “amigable”, como se verá en la sección siguiente con relación concretamente a la empresa Yanacocha en Cajamarca.

1.2. La empresa Yanacocha en Cajamarca: Escenario de un conflicto

Cajamarca es la primera región productora de oro del país. Acoge a la mina de oro más grande de Sudamérica y paradójicamente es la segunda región más pobre del Perú. Constituye la cuarta región más poblada y la segunda ganadera del país. El 67% de la población habita en el área rural y se dedica principalmente a la agricultura y ganadería³¹.

Hasta 1990 las operaciones mineras en Cajamarca consistían en la explotación de las minas de plata en Hualgayoc, cuya producción inició a finales de la colonia. Es a partir de 1990 que se produce el *boom* de la minería en Cajamarca, con el inicio ese mismo año de los primeros estudios de factibilidad por parte de Yanacocha y el comienzo de su producción minera en agosto de 1993³². Actualmente, las empresas mineras más importantes en Cajamarca, además de Yanacocha, son Gold Fields la Cima S.A. que realiza operaciones en el Cerro Corona en Hualgayoc; Lumina Copper SAC que ejecuta el proyecto minero El Galeno desde 1993 en los distritos de La Encañada, provincia de Cajamarca y Sorochuco,

²⁹ ECHAVE, José de; Mario PALACIOS y Raphael HOETMER. Minería y territorio en el Perú: Conflictos, resistencias y propuestas en tiempos de globalización. Lima, junio de 2009. p. 14.

³⁰ Ministerio de Energía y Minas. *Política minera*. Disponible en: <http://www.minem.gob.pe/descripcion.php?idSector=1&idTitular=159&idMenu=sub149&idCateg=159>.

³¹ Congreso de la República. Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología. *Informe del Grupo de Trabajo sobre Problemática de la Actividad Minera en Cajamarca*. Junio 2012. Disponible en: <http://www.miningpress.com.pe/archivos/97391140-Informe-problematica-actividad-minera-en-Cajamarca.pdf>.

³² Véase <http://www.yanacocha.com.pe>.

provincia de Celendín; y Anglo American Michiquillay S.A.³³ que realiza operaciones en el distrito de La Encañada en Michiquillay, considerado uno de los depósitos de cobre más grandes del mundo. Para marzo de 2012 existían más de 2863 derechos mineros vigentes en el departamento de Cajamarca³⁴.

La Minera Yanacocha S.R.L. (en adelante, “MYSRL”, “Minera Yanacocha” o “Yanacocha”) fue constituida legalmente en 1992 y está conformada por los siguientes accionistas: Newmont Mining Corporation (51.35%) con sede en Denver, Estados Unidos; Compañía de Minas Buenaventura (43.65%), compañía peruana; e International Finance Corporation (IFC) (5%), miembro del Grupo del Banco Mundial. Yanacocha es la segunda empresa minera más grande del mundo, mientras que Newmont, su socio mayoritario, es la primera empresa del sector minero³⁵.

Yanacocha realiza la exploración aurífera a cielo abierto por lixiviación con cianuro en cinco zonas: Cerro Negro, La Quinoa, Cerro Yanacocha, Carachugo y Maqui Maqui³⁶. Su actividad se desarrolla en cuatro cuencas del departamento de Cajamarca: Quebrada Honda, Río Chonta, Río Porcón y Río Rejo. Este complejo minero alcanza las 26.000 hectáreas y se ubica a más de 45 km. al norte del distrito de Cajamarca, entre los 3500 y 4100 metros sobre el nivel del mar³⁷. Hoy en día representa la mina de oro más grande de Sudamérica no sólo por la extensión que ocupa, sino también por la cantidad de oro producida, el volumen de agua utilizada, la cantidad de tierra removida, el alcance de la inversión realizada y las ganancias obtenidas³⁸; llegando incluso a exportar cinco veces más que las demás empresas de oro nacionales juntas³⁹. La siguiente imagen muestra la ubicación de la zona de explotación de Yanacocha, así como la que tendría el proyecto Conga.

³³ Esta compañía británica ha estado involucrada en la promoción de falsos comuneros para obtener el Acuerdo Social con las comunidades de la zona. Véase Diario La República, [Michiquillay: Falsos comuneros autorizaron licitación de mina](#), 30 de abril de 2007;

³⁴ Congreso de la República. Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología. *Informe del Grupo de Trabajo sobre Problemática de la Actividad Minera en Cajamarca*. Junio 2012. Disponible en: <http://www.miningpress.com.pe/archivos/97391140-Informe-problematica-actividad-minera-en-Cajamarca.pdf>.

³⁵ Véase <http://www.yanacocha.com.pe>.

³⁶ Minera Yanacocha S.R.L. *Proyecto Conga: Estudio de Impacto Ambiental. Informe final*. Febrero 2010. p. 79-81. Disponible en: <http://www.yanacocha.com.pe/operaciones/proyecto-conga/>.

³⁷ Véase <http://www.yanacocha.com.pe>.

³⁸ Véase <http://celendinlibre.wordpress.com/tag/historia-de-yanacocha-en-cajamarca/>.

³⁹ Congreso de la República. Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología. *Informe del Grupo de Trabajo sobre Problemática de la Actividad Minera en Cajamarca*. Junio 2012. Disponible en: <http://www.miningpress.com.pe/archivos/97391140-Informe-problematica-actividad-minera-en-Cajamarca.pdf>.



Pero esta historia de éxito económico ha tenido numerosas consecuencias negativas en la vida de las comunidades locales, relacionadas principalmente con las restricciones en el acceso al agua y la contaminación de los ríos, además de haber supuesto la modificación permanente de la biodiversidad y paisajes de la zona⁴⁰. Estos efectos han generado, desde los primeros años de sus operaciones, frecuentes conflictos encendidos por incidentes de contaminación que evidencian una falta de compromiso de la empresa con las comunidades locales y el medio ambiente, sin que los reclamos y denuncias de la población hayan sido adecuadamente atendidos⁴¹. Esto lleva a algunos autores a afirmar que “Newmont no es una transnacional nueva en Perú. Es uno de los protagonistas de la trágica historia de la minería en nuestro país”⁴². Como advierte Marco Arana, quien ha liderado hace varios años la defensa del agua en Cajamarca, dado el alto porcentaje de población campesina, cuyas actividades agrícolas y pecuarias requieren un uso extensivo del agua, “la fuente de los conflictos está pues en el

⁴⁰ BEBBINGTON, Anthony. *Mapeo de movimientos sociales en el Perú actual. Proyecto Movimientos Sociales y Pobreza*. Septiembre 2008. Disponible en: http://www.sed.manchester.ac.uk/research/socialmovements/es/publications/reports/Bebbingtonetal_InformeMapeodeMovimientosSocialesPeru.pdf.

⁴¹ En 1999 dos científicos australianos evidenciaron la contaminación en el agua consumida por la población de las zonas aledañas a la minera Yanacocha, advirtiendo que las normas nacionales empleadas son menos exigentes que el mínimo aceptable por la Organización Mundial de la Salud, a pesar de lo cual el agua que sale de la minera no alcanza siquiera estos estándares. Véase BURKE, Andrew y GIBBINS, Alison. Macquarie University, Australia. *Un Informe Sobre los Impactos Medioambientales, Sociales y Culturales de Minera Yanacocha S.R.L. Project Underground. Cajamarca 1999*. Citado por: ARANA, Marco. *Agua y minería en Cajamarca: defendiendo el derecho al agua*. Cajamarca: Grufides. 2004. p. 5.

⁴² PALACIOS PANÉZ, Mario. *Un siglo de minería transnacional, una misma conducta empresarial: Siglo de resistencias y luchas comunitarias por la madre tierra*. En: ECHAVE, José de; Mario PALACIOS y Raphael HOETMER. *Minería y territorio en el Perú: Conflictos, resistencias y propuestas en tiempos de globalización*. Lima. junio de 2009.

carácter mismo de las actividades económicas: así como no hay agricultura sin agua, tampoco hay minería sin agua”⁴³.

En concreto desde 1998 las organizaciones ambientalistas de la zona han registrado una serie de incidentes de contaminación ambiental producidos por la minera Yanacocha, como el ocurrido en setiembre de 1998 en el sector La Paccha, Provincia de Hualgayoc, que produjo la muerte de truchas en el Río Llaucano; la contaminación con arsénico producida en enero de 2000 que provocó la muerte de peces en 180 Km. de la cuenca de Jequetepeque y de 12.000 truchas en la piscigranja de Granja Porcón; la muerte de 10.000 truchas en Piscigranja El Ahijadero en la Cuenca del Río Llaucano producida en enero de 2001; la contaminación con metales pesados en marzo 2001 en Río Grande y pH ácido en aguas que ocasionó la muerte de truchas en Río Grande y piscigranja de la Posada del Puruay, a solo 4 kms. de la ciudad de Cajamarca; la muerte de más de 36.000 truchas entre agosto de 2001 y noviembre de 2002 en Piscigranja de Granja Porcón; la contaminación con metales pesados en la Quebrada “El Cushuro”, fuente de abastecimiento del canal de Túpac Amaru ocurrida en el 2003, problema que Yanacocha “solucionó” dando un abono a los pobladores; entre varios otros incidentes similares⁴⁴.

En años más recientes se produjo la intoxicación de nueve trabajadores por un derrame de hidrocarburos en la laguna Totoracocha, hechos ocurridos en febrero de 2008⁴⁵; en agosto de 2010 murieron truchas y ganado vacuno en el caserío Agua Blanca, distrito de Sorochuco, por las perforaciones de exploración del proyecto Conga que contaminaron el Río Chirimayo; y en octubre de 2010 se produjo un derrame de sustancias tóxicas en el canal de riego de Tual⁴⁶.

Particular mención merecen dos sucesos vinculados a Yanacocha, al haber marcado la relación de la empresa con la población y evidenciado su actuar frente a comunidades afectadas por sus actividades. El primero de ellos se refiere a la llamada crisis del Quilish, protesta ciudadana que condujo a la toma de carreteras y la paralización regional de Cajamarca en setiembre del 2004. Estos hechos fueron abordados por la opinión pública nacional e internacional durante al menos dos semanas, luego de lo cual la empresa minera se vio obligada a reconocer la existencia de impactos ambientales y sociales, y ciertos errores en su política de relación con las comunidades. Esto llevó además a que el Ministerio de Energía y Minas revocara la autorización otorgada a Yanacocha para reiniciar labores de exploración

⁴³ ARANA, Marco. *Agua y minería en Cajamarca: defendiendo el derecho al agua*. Cajamarca: Grufides. 2004. p. 3.

⁴⁴ Asociación Ambientalista ECOVIDA. Yanacocha. Balance Social. Año 2002; y ARANA, Marco. *Agua y minería en Cajamarca: defendiendo el derecho al agua*. Cajamarca: Grufides. 2004. p. 10.

⁴⁵ GRUFIDES. Servicio de información. *Intoxicación en Yanacocha*. 29 de febrero de 2008. Disponible en: http://grufidesinfo.blogspot.com/2008_02_01_archive.html.

⁴⁶ GRUFIDES. Observatorio de conflictos. Reporte:Jun10-Oct10. Disponible en: <http://grufides.dtdl.pe/index.php?title=Reporte:Jun10-Oct10>.

minera en el Cerro Quilish, lugar del que nacen varios manantiales que abastecen a las comunidades aledañas⁴⁷.

De otro lado se encuentra el suceso ocurrido en Choropampa el 2 de junio de 2000, cuando se produjo un derrame de 151 kilogramos de mercurio elemental a lo largo de 40 kilómetros de la carretera que cruza Choropampa y dos poblados vecinos, ocasionado por un camión de la empresa RANSA, contratista de Yanacocha. Llamados por la curiosa sustancia de apariencia de plata líquida, los pobladores de Choropampa recogieron el mercurio con sus manos en frascos, tazas y botellas, sin contar con implementos de protección. Como consecuencia de ello, comenzaron a presentar síntomas de intoxicación por mercurio, tales como ronchas en la piel, náuseas, dolores musculares y en los riñones, dificultad para respirar, y pérdida de la conciencia. Intervinieron principalmente dos dependencias del Ministerio de Salud: la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA) y el Hospital Regional de Cajamarca (HRS), dando atención médica a los pobladores intoxicados por el mercurio y realizando exámenes para determinar los niveles de intoxicación. El MINEM dispuso sancionar a la empresa con una multa de 600 UIT por encontrarla responsable de incurrir en daños al medio ambiente y a la salud de la población. En abril de 2004 un grupo de pobladores de Choropampa, asesorados por FEDEPAZ, interpusieron una denuncia por delito ecológico. La empresa minera ofreció pagar indemnizaciones; sin embargo, no todos los pobladores estuvieron de acuerdo con los montos ofrecidos y entre quienes aceptaron el pago, los montos variaron notablemente, generando divisiones entre ellos. A la fecha, los síntomas aún persisten sin que los pobladores reciban una atención integral, los daños ocasionados aún no han sido indemnizados totalmente, ni se ha sancionado penalmente a los responsables⁴⁸.

Cabe notar que la Defensoría del Pueblo identifica en Cajamarca diez conflictos sociales activos, todos ellos de tipo socioambiental. Además del relativo al proyecto Conga, se encuentran otros conflictos con la empresa Yanacocha, como la demanda de los pobladores del Distrito de la Encañada sobre “el cumplimiento de compromisos pendientes y firma de un acuerdo social, para el financiamiento de proyectos de inversión por parte de la Municipalidad Distrital de la Encañada”. Asimismo, se encuentra activo otro conflicto con las autoridades y pobladores del Distrito de Baños del Inca, quienes exigen que Yanacocha respete el área de conservación municipal en torno a la microcuenca del río Quinuario así como en parte de las microcuencas de los ríos Grande y Mashcon, y que paralice las actividades de exploración que viene desarrollando en la zona⁴⁹. A ello se suma que en el mismo departamento se encuentran otros cuatro conflictos activos vinculados a empresas extractivas⁵⁰.

⁴⁷ ARANA, Marco. *Agua y minería en Cajamarca: defendiendo el derecho al agua*. Cajamarca: Grufides. 2004. p. 3.

⁴⁸ Documental “Choropampa: El Precio del Oro”. Disponible en: <http://www.youtube.com/watch?v=fG-XBAXLo94>.

⁴⁹ Defensoría del Pueblo. Reporte de conflictos sociales No. 114. Agosto 2013. Disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales/home.php>. Además de los identificados en el referido reporte, se encuentra el reclamo de la Comunidad de San Andrés de Negritos a la cual se le expropiaron en 1992 aproximadamente 609,44 hectáreas de sus tierras, pagándoles por el valor del terreno, los daños y la indemnización la suma total de S/. 60,982.58 nuevos soles. Posteriormente, en el año de 1993, el terreno expropiado a la Comunidad fue hipotecado por la empresa Yanacocha por la

Estos incidentes ambientales, reclamos no atendidos y promesas incumplidas determinan la desconfianza de los pobladores de las zonas de influencia de la minera Yanacocha y constituyen el punto del cual debe partirse para comprender una relación empresa-comunidad que no inició con el proyecto Conga, sino que lleva más de veinte años de constantes tensiones y enfrentamientos. Puede concluirse entonces que se requiere contextualizar el conjunto de problemas socioambientales producidos en la región de Cajamarca en torno a las industrias extractivas porque sólo así puede explicarse el escalamiento del conflicto en Conga⁵¹, que será abordado en el punto siguiente.

1.3. Encuentros y desencuentros en torno al proyecto Conga

El proyecto Conga sería ejecutado en los distritos de Sorochuco y Huasmín de la provincia de Celendín; y en el distrito de La Encañada en la provincia de Cajamarca, en la región de la Jalca cajamarquina. Se encontraría ubicado a una distancia de cerca de 73 Km. al noreste de la ciudad de Cajamarca y a 585 Km. de la ciudad de Lima, entre los 3.700 y 4.262 metros sobre nivel del mar. El área del proyecto se encuentra a cerca de 25 Km. al noreste del actual complejo de Yanacocha y pasaría a formar parte de éste a través de un acceso desde la zona de Maqui Maqui⁵².

Este proyecto consiste en la explotación de minerales de cobre, oro y plata en las lagunas de Chailhuagón y Perol, los cuales serían extraídos, según el estudio de impacto ambiental del proyecto (en adelante, "EIA"), elaborado por *Knight Piésold*, "mediante métodos de procesamiento convencional de chancado, molienda y flotación, en una planta con una capacidad nominal de 92 000 toneladas por día (tpd), lo que permitirá procesar el contenido mineral de 3.1 billones de libras de cobre y 11.6 millones de onzas de oro", para luego transportarlos a la costa norte para su salida al mercado internacional⁵³. El tiempo de duración de las actividades alcanza los 19 años, de los cuales se pretende procesar mineral

cantidad de cincuenta millones de dólares (\$ 50'000,000.00), y en 1994 por la cantidad de treinta y cinco millones doscientos cincuenta mil dólares (\$ 35'250,000.00). En ese mismo año, la empresa Yanacocha promovió la elección irregular de nuevas autoridades comunales, y se les afectó con una servidumbre de 800.10 hectáreas de sus tierras.

⁵⁰ Tales conflictos, son resumidos por la Defensoría del Pueblo del siguiente modo: (i) el pueblo de Hualgayoc demanda el cumplimiento de compromisos que la Empresa Minera Goldfield – La Cima SAA (Proyecto Cerro Corona) asumió respecto al abastecimiento de agua, energía eléctrica, rajaduras en viviendas producto de las actividades mineras desarrolladas en la zona. (ii) la Comunidad Campesina El Tingo, Distrito de Hualgayoc, demanda que la Cía. Minera Coimolache S. A. cumpla compromisos sociales asumidos y aclare la compra y venta de tierras toda vez que los comuneros percibían que se está ocupando mayor cantidad de tierras de las que corresponde. (iii) Los pobladores del Distrito de Pulán, provincia de Santa Cruz, se oponen al proyecto minero La Zanja por temor a la contaminación ambiental que puede generar el mismo, al encontrarse en cabecera de cuenca. (iv) Conflicto socioambiental entre las comunidades indígenas Awajún de Supayacu y anexos (distrito de Huarango), Naranjos y anexos (distrito de San José de Lourdes), ambas de la provincia de San Ignacio; con la empresa Exploraciones Mineras Águila Dorada S.A.C. por temor a posible contaminación ambiental. Véase Defensoría del Pueblo. Reporte de conflictos sociales No. 114. Agosto 2013. Disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales/home.php>.

⁵¹ URTEAGA, Patricia. Plan de Acción del MINAM ante los conflictos actuales más importantes y evaluación de la pertinencia de las intervenciones de las OASS. Lima: MINAM. 2012. p. 11. Disponible en: <http://consultorias.minam.gob.pe:8080/bitstream/123456789/245/1/CD0000165.pdf>.

⁵² Minera Yanacocha S.R.L. *Proyecto Conga: Estudio de Impacto Ambiental. Informe final*. Febrero 2010. p. 79-81. Disponible en: <http://www.yanacocha.com.pe/operaciones/proyecto-conga/>.

⁵³ Minera Yanacocha S.R.L. *Proyecto Conga: Estudio de Impacto Ambiental. Resumen Ejecutivo*. Febrero 2010. p. 2. Disponible en: <http://www.yanacocha.com.pe/operaciones/proyecto-conga/>.

durante los 17 últimos. El área de influencia directa determinada por el EIA alcanza las 3.000 hectáreas, y el área de influencia indirecta por lo menos las 16.000 hectáreas⁵⁴.

El proyecto implica la extracción de minerales de dos tajos abiertos, Perol y Chailhuagón, ubicados en la laguna y el bofedal Perol y en la cabecera de cuenca del río Chailhuagón. Además, se construirían dos depósitos de desmonte en las cuencas del río Jadibamba y de la quebrada Chirimayo⁵⁵. Este proyecto se ubica en cinco cabeceras de cuenca, la del Río Jadibamba, Río Chailhuagón y quebradas Chirimayo, Chugurmayo y Toromacho, afluentes de los Ríos Sendamal, Chonta y Llaucano, principales ríos de las provincias de Celendín, Cajamarca y Bambamarca. Según un Informe del Grupo de Trabajo de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso, se afectarían 260 hectáreas de bofedales⁵⁶, 17.200 hectáreas de pajonales, 682 manantiales, 102 captaciones de agua y 18 canales de riego⁵⁷.

Para ilustrar lo anterior, se ha tomado la siguiente figura del EIA en la que se muestra el área de influencia directa e indirecta durante la etapa de construcción del proyecto, en base al componente ambiental de mayor relevancia, que en este caso es el agua (superficial y subterránea)⁵⁸. Cabe notar que se define el área de influencia directa (AID) como “el espacio en el cual se estima la ocurrencia de impactos significativos (normalmente asociados a los impactos directos), ya sean negativos o positivos” con base en el agua; mientras que el área de influencia indirecta (AII) es definida como “el espacio en el cual se estima la ocurrencia de impactos cuya significancia es menor (normalmente asociado a los impactos indirectos)”⁵⁹. Pueden verse en la zona sur del mapa los tajos abiertos de Perol y Chailhuagón; así como también se observan las cinco cabeceras de cuenca en que se desarrollaría.

⁵⁴ Minera Yanacocha S.R.L. *Proyecto Conga: Estudio de Impacto Ambiental. Resumen Ejecutivo*. Febrero 2010. p. 2. Disponible en: <http://www.yanacocha.com.pe/operaciones/proyecto-conga/>.

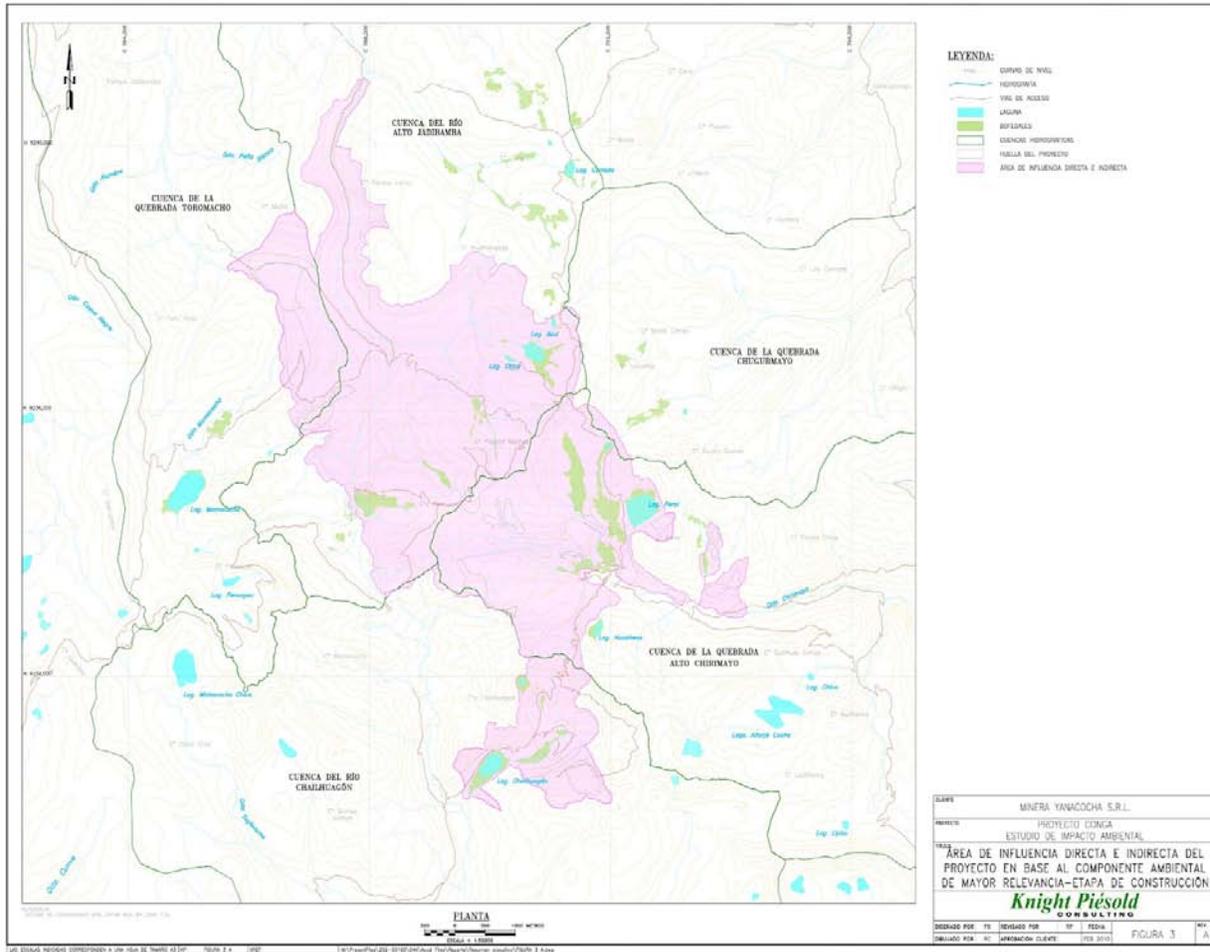
⁵⁵ Minera Yanacocha S.R.L. *Proyecto Conga: Estudio de Impacto Ambiental. Informe final*. Febrero 2010. Disponible en: <http://www.yanacocha.com.pe/operaciones/proyecto-conga/>.

⁵⁶ Cabe señalar que el Perú ratificó la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, conocida como Convención Ramsar, la cual se encuentra vigente desde el 30 de marzo de 1992.

⁵⁷ Congreso de la República. Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología. *Informe del Grupo de Trabajo sobre Problemática de la Actividad Minera en Cajamarca*. Junio 2012. Disponible en: <http://www.miningpress.com.pe/archivos/97391140-Informe-problematica-actividad-minera-en-Cajamarca.pdf>.

⁵⁸ Minera Yanacocha S.R.L. *Proyecto Conga: Estudio de Impacto Ambiental. Resumen Ejecutivo*. Febrero 2010. Figura 3. Disponible en: <http://www.yanacocha.com.pe/operaciones/proyecto-conga/>.

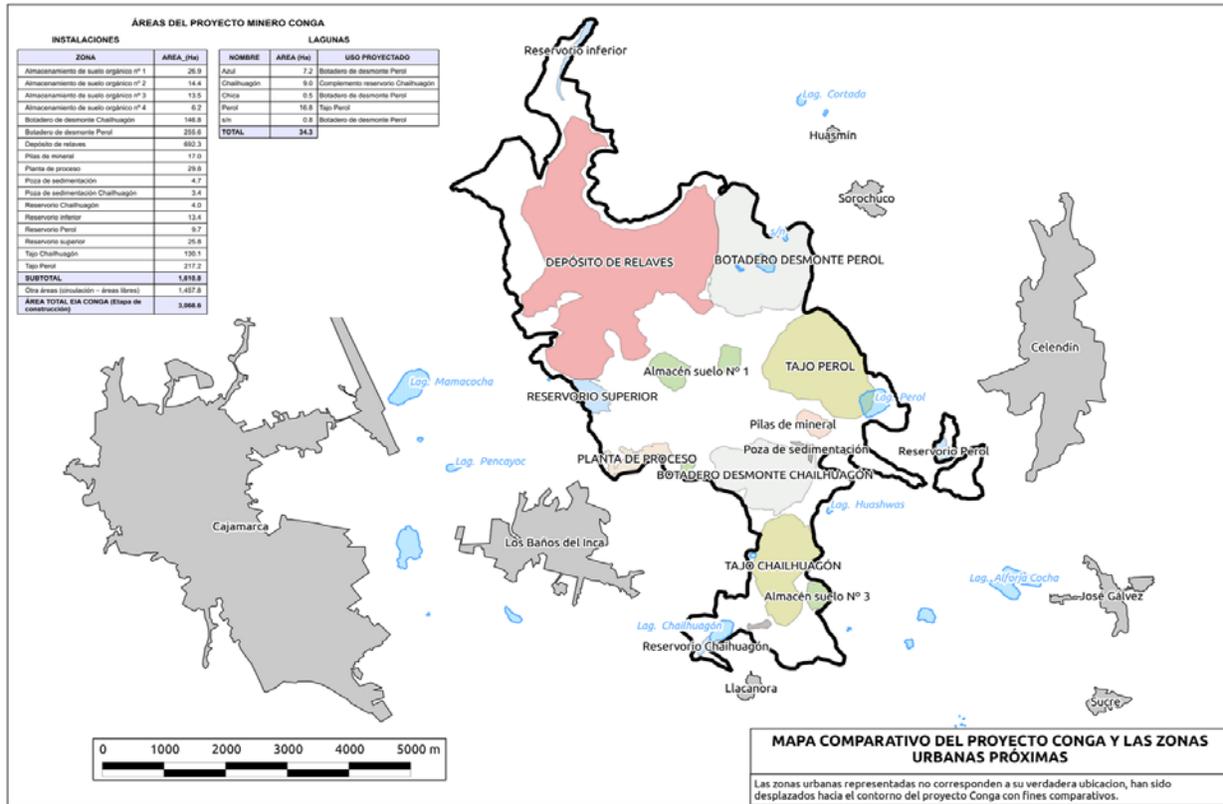
⁵⁹ Minera Yanacocha S.R.L. *Proyecto Conga: Estudio de Impacto Ambiental. Resumen Ejecutivo*. Febrero 2010. Figura 6. Disponible en: <http://www.yanacocha.com.pe/operaciones/proyecto-conga/>.



Fuente: Knight Piésold, 2010.

El siguiente mapa muestra comparativamente la dimensión geográfica del proyecto Conga en relación con las ciudades cercanas. Así por ejemplo, según Cerdán, el área total del proyecto Conga equivaldría en total al doble del área de la ciudad de Cajamarca; el depósito de relaves del proyecto equivaldría a cerca de la mitad del área de la ciudad de Cajamarca; el tajo Perol sería igual al área de la ciudad de Baños del Inca; y el depósito de desmontes del tajo Perol sería más grande que la ciudad de Baños del Inca⁶⁰.

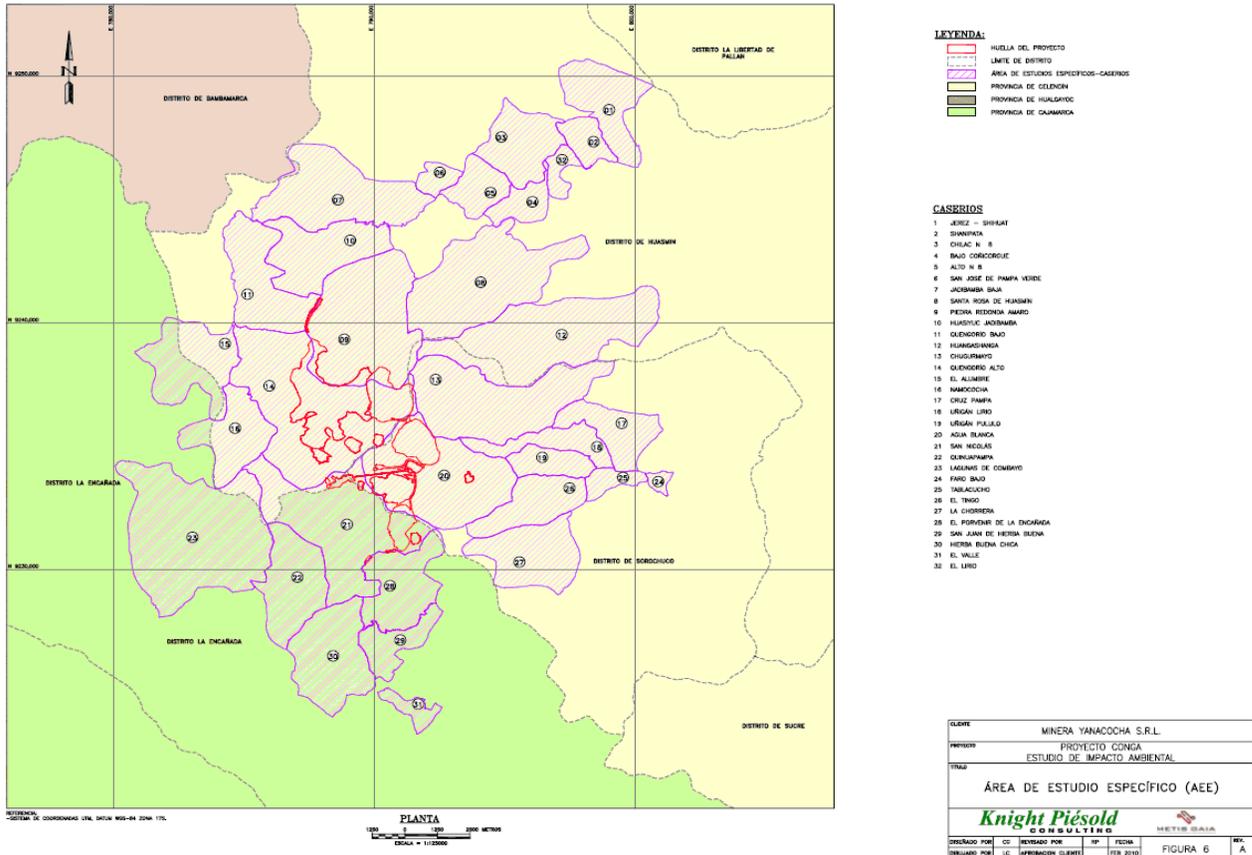
⁶⁰ Obtenido de MORAN E., Roberto. *El proyecto minero Conga, Perú: Comentarios al estudio de impacto ambiental (EIA) y temas relacionados*. Preparado para Environmental Defender Law Center. Gráfico 3 pp. 10-11.



Fuente: Ing. Carlos Cerdán, 2012

El EIA del proyecto identifica 11 “caseríos” que se consideran dentro del área de influencia directa⁶¹ y 21 de influencia indirecta, cuya ubicación se muestra en la figura siguiente, tomada del mismo documento.

⁶¹ En concreto, según el EIA, tales comunidades serían: Agua Blanca, Chugurmayo, El Porvenir de la Encañada, Huasiyuc Jadibamba, Lagunas de Combayo, Namococha, Piedra Redonda Amaro, Quengorío Alto, Quengorío Bajo, San Nicolás y Santa Rosa de Huasmin. Minera Yanacocha S.R.L. *Proyecto Conga: Estudio de Impacto Ambiental. Resumen Ejecutivo*. Febrero 2010. Figura 6. Disponible en: <http://www.yanacocha.com.pe/operaciones/proyecto-conga/>.



Fuente: Knight Piésold, 2010.

Según la información disponible, ya desde 1991 fueron descubiertos los yacimientos de oro en las lagunas de Chailhuagón y Perol por parte de la Compañía de Exploraciones, Desarrollo e Inversiones Mineras (CEDIMIN). Entre 1994 y 2000 CEDIMIN realizó trabajos de investigación en ambos yacimientos y en 2001, tras la adquisición de CEDIMIN por parte de la Compañía Minera Buenaventura (CMB), el proyecto Conga pasó a formar parte de las operaciones de Yanacocha, administrada por MYSRL.

A partir de entonces, MYSRL desarrolló la planificación de los estudios de geotecnia e hidrogeología necesarios, así como la gestión de adquisición de tierras y permisos necesarios para el inicio de una campaña exhaustiva de exploraciones; estos permisos involucraron proyectos de investigación y rescate de sitios arqueológicos en el área del proyecto, así como aquellos permisos para uso de agua, energía y abastecimiento de combustible durante la ejecución de las exploraciones e instalación de un campamento con un programa de inducción y capacitación para los trabajadores del proyecto⁶².

⁶² Minera Yanacocha S.R.L. *Proyecto Conga: Estudio de Impacto Ambiental. Resumen Ejecutivo*. Febrero 2010. p. 2. Disponible en: <http://www.yanacocha.com.pe/operaciones/proyecto-conga/>.

En enero de 2004 Yanacocha presentó al Ministerio de Energía y Minas la solicitud de aprobación de la “Evaluación Ambiental del Proyecto de Exploración de las Minas Conga”⁶³. Mediante Resolución Directoral No. 085-2004-EM/AAM del 17 de marzo de 2004, la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, “DGAAM”) aprobó dicha evaluación ambiental, dando luz verde a la realización de actividades de exploración entre abril de 2004 y marzo de 2006⁶⁴. Cabe notar que para otorgar la autorización a la exploración se tomó como base el Reglamento de Participación Ciudadana aprobado por Resolución Ministerial No. 596-202-EM/DM⁶⁵, normativa en la cual está ausente toda consideración al carácter indígena de las comunidades que podrían resultar afectadas por proyectos extractivos, y el derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado.

Durante el proceso de aprobación de las actividades de exploración ante esta Dirección se efectuó una revisión técnica y se formularon observaciones que fueron contestadas por la empresa, lo que dio lugar al Informe No. 089-2004-MEM-AAM/EM del 11 de marzo de 2004, en el que se concluyó la aprobación del estudio⁶⁶. Vale destacar algunos aspectos presentados en la contestación de la empresa, entre ellos, que señala que “el agua para uso industrial será tomado de las lagunas Perol, Cortada, Mishacocha, Azul y Mamacochas, ubicadas próximo a los puntos de perforación”, con lo cual no dice expresamente que se destruirán las lagunas, aunque es claro que estas serían dragadas y en su lugar quedarían tajos abiertos⁶⁷. Una laguna sin agua ya no es una laguna. El permiso para dragar una laguna implica la desaparición de la fuente de agua. Igualmente, el informe menciona la realización de un informe arqueológico en el que se concluyó que “dentro del área de exploración existen diez (10) sitios arqueológicos correspondientes a estructuras, abrigos y cuevas localizados en la zona de los cerros Huaylamachay, Fierruyoc, Cocañes, Picota Este y Gentil”⁶⁸. En el mismo documento, se afirma que “las comunidades entorno al proyecto serán beneficiadas con obras sociales, establecidos en el marco del Programa de Desarrollo Rural de MYSRL, considera apoyar en educación, salud, agropecuario, sistema de crédito rotativo, agua potable, etc”⁶⁹.

⁶³ Ministerio de Energía y Minas. Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros. Resolución Directoral No. 085-2004-EM/AAM del 17 de marzo de 2004.

⁶⁴ Ministerio de Energía y Minas. Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros. Resolución Directoral No. 085-2004-EM/AAM del 17 de marzo de 2004, artículos 1 y 2. Según el considerando primero de dicha resolución, el proyecto de exploración se encuentra dentro de la categoría C del Reglamento Ambiental para Actividades de Exploración Minera, aprobado por Decreto Supremo No. 038-98-EM

⁶⁵ Ministerio de Energía y Minas. Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros. Resolución Directoral No. 085-2004-EM/AAM del 17 de marzo de 2004, considerandos tercero y cuarto

⁶⁶ Ministerio de Energía y Minas. Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros. Resolución Directoral No. 085-2004-EM/AAM del 17 de marzo de 2004, considerandos cinco a ocho.

⁶⁷ Ministerio de Energía y Minas. Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros. Informe No. 085-2004-MEM-AAM/EM del 11 de marzo de 2004.

⁶⁸ Ministerio de Energía y Minas. Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros. Informe No. 085-2004-MEM-AAM/EM del 11 de marzo de 2004.

⁶⁹ Ministerio de Energía y Minas. Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros. Informe No. 085-2004-MEM-AAM/EM del 11 de marzo de 2004.

Los derechos mineros que forman parte del proyecto Conga fueron aprobados por la Resolución Jefatural N° 3134-2006-INACC/J emitida por el Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero el 19 de julio de 2006. Se trata de 26 derechos mineros comprendidos en la Concesión Minera “Acumulación Minas Conga”, que suman un total de 14 635,6004 hectáreas⁷⁰. Con base en las actividades de exploración, del 2005 al 2007 se realizó el Estudio Base Ambiental y desde el 2008 se inició el desarrollo de ingeniería del proyecto, mientras se continuaba con actividades de perforación durante el 2009. En el 2008 se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado, el cual pasó por una serie de modificaciones para ser aprobado finalmente en octubre de 2010.

En efecto, el 9 de febrero de 2010 la empresa Yanacocha presentó al Ministerio de Energía y Minas el estudio de impacto ambiental de explotación que fue finalmente aprobado. Este EIA, de febrero de 2010, fue preparado por Knight Piésold Consultores S.A., empresa inscrita en el Registro de empresas autorizadas para elaborar estudios de impacto ambiental de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros⁷¹.

En febrero de 2010 la DGAAM dio la conformidad del “Plan de Participación Ciudadana” del proyecto⁷². El 31 de marzo de 2010 se realizó una “audiencia pública” de presentación del EIA, en el caserío de San Nicolás de Chailhuagón⁷³. No obstante, no fueron realizadas “audiencias públicas” en los distritos de mayor impacto del proyecto, como en Sorochuco y Huasmín. Mediante Resolución Directoral No. 351-2010-MEM-AAM del 27 de octubre de 2010 la DGAAM del Ministerio de Energía y Minas otorgó la aprobación al estudio de impacto ambiental del proyecto de explotación. Cabe notar que el responsable al momento de dicha Dirección, Felipe Ramírez del Pino, se desempeñó como gerente de Asuntos Externos y Comunicaciones de Yanacocha, entre 2006 y 2009⁷⁴.

Paralelamente el descontento social aumentó y en septiembre de 2011 llevó al paro indefinido de los pobladores de ocho caseríos contra el proyecto. A mediados de octubre de 2011 los pobladores de La Encañada realizaron protestas en las que bloquearon la carretera Cajamarca-Bambamarca y se denunció que pobladores de Chanta Alta que participaban en el paro quemaron maquinaria de la empresa. En respuesta, fueron enviados cerca de cien efectivos de la Dirección Nacional de Operaciones Especiales (DINOES), lo que generó la suspensión del paro⁷⁵.

⁷⁰ Minera Yanacocha S.R.L. *Proyecto Conga: Estudio de Impacto Ambiental*. Febrero 2010. p. 2- 6.

⁷¹ Ministerio de Energía y Minas. Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros. Resolución Directoral No. 351-2010-MEM/AAM del 27 de octubre de 2010. Considerando tercero.

⁷² DGAAM. Auto Directorial No. 064-2010-MEM-AAM, del 16 de febrero de 2010.

⁷³ La empresa describe esta audiencia del siguiente modo: “pudieron enterarse de los resultados del Estudio de Impacto Ambiental de Proyecto Conga, dar a conocer sus inquietudes y mostrar, en un diálogo abierto e inclusivo, su disposición a que Conga forme parte del futuro sostenible de Cajamarca”. Véase <http://www.yanacocha.com.pe>.

⁷⁴ Véase IDL. Reporteros. Inútiles estudios. Abril de 2011. Disponible en: <http://idl-reporteros.pe/2011/04/16/inutiles-estudios/>.

⁷⁵ Blog Lamula.pe. *Los últimos meses: Una cronología del caso Conga*. Disponible en: <http://lamula.pe/2012/04/18/los-ultimos-meses-una-cronologia-del-caso-conga/jimenard>.

El 24 de octubre del mismo año cerca de 2 mil personas visitaron las lagunas que serían afectadas y dieron un ultimátum para que la empresa se retire. Posteriormente, el Presidente Regional de Cajamarca, Gregorio Santos, convocó a la población en general y a los alcaldes distritales a un paro regional, el cual se inició el 9 de noviembre. A los pocos días, el Presidente Ollanta Humala afirmó en una conferencia de prensa que no aceptarán el ultimátum de nadie y que el gobierno apostaba por una posición “sensata”: “el agua y el oro”⁷⁶.

El 21 de noviembre de 2011 fue entregado por el entonces Ministro del Ambiente (en adelante, “MINAM”), Ricardo Giesecke, al jefe del Gabinete, Salomón Lerner Ghitis, el informe con comentarios al proyecto minero Conga del MINAM, elaborado por 25 especialistas de las distintas direcciones del Ministerio. La existencia de dicho documento fue negada por el gabinete y se hizo público en enero de 2012⁷⁷. En él se analiza el EIA del referido proyecto y considera necesaria mayor evaluación para su viabilidad. Asimismo, se emiten las siguientes tres recomendaciones:

- 1- Las lagunas Perol y Mala, debajo de las cuales existe la presencia certificada de roca mineralizada, serán vaciadas con fines del aprovechamiento mineralógico; sin embargo, las Lagunas Azul y Chica serían vaciadas y utilizadas como depósitos de desmontes. Al respecto, corresponde un mayor análisis ambiental y social que determine la reubicación de dichos depósitos dentro del área de influencia del Proyecto en zonas distintas a las ocupadas por dichas lagunas.
- 2- Los costos ambientales y sociales asociados al Proyecto Conga deben ser adecuadamente valorados en función a los impactos que éste generará en sus etapas de construcción, operación y cierre. Por tanto, dichos costos deberían ser compensados adecuadamente (fideicomiso, fondos de garantía, otros) teniendo en cuenta el nivel de inversión (aproximadamente 4,800 millones de dólares) y las ganancias esperadas (vinculadas al procesamiento de 3,1 billones de libras de cobre y 11,6 millones de onzas de oro) que se obtendrán por la ejecución de dicho proyecto.
- 3- La Ley de Recursos Hídricos en su artículo 75, reconoce a las cabeceras de cuenca, como zonas ambientalmente vulnerables, pudiendo inclusive declararse su intangibilidad. Toda vez que el Proyecto se desarrollará sobre una cabecera de cuenca que abastece a 5 microcuencas, se recomienda efectuar una mayor evaluación, a través de un experto reconocido en la materia, de las características hidrológicas e hidrogeológicas de dicha cabecera y de sus características ecosistémicas entre ellas⁷⁸.

Se observa que el MINAM encuentra serias deficiencias en el proyecto y cuestiona su viabilidad misma por el daño ambiental que ocasionaría, sin que ello haya sido tomado en cuenta antes de la aprobación de la explotación. Este documento supuso una contradicción con lo afirmado por el Ministro de Energía y Minas, Carlos Herrera Descalzi, quien el 21 de noviembre señaló que el EIA “es correcto y tiene el visto bueno del Ministerio del Ambiente” y reveló la ausencia de un proceso de aprobación adecuado llevado en coordinación con los distintos sectores involucrados⁷⁹. Puede notarse además que las recomendaciones de este informe se centran principalmente en cuestiones ambientales –propias del

⁷⁶ Blog Lamula.pe. *Los últimos meses: Una cronología del caso Conga*. Disponible en: <http://lamula.pe/2012/04/18/los-ultimos-meses-una-cronologia-del-caso-conga/jimenard>.

⁷⁷ IDL Reporteros. Aquí está el informe. 18 de enero de 2012. Disponible en: <http://idl-reporteros.pe/2012/01/18/aqui-esta-el-informe/>.

⁷⁸ Ministro del Ambiente. Informe No. 001-2011. 21 de noviembre de 2011.

⁷⁹ Diario La República, Nota titulada “Informe del MINAM encuentra deficiencias en proyecto Conga y contradice al Gobierno”, 25 de noviembre de 2011. Disponible en: <http://www.larepublica.pe/25-11-2011/informe-del-minam-encuentra-deficiencias-ambientales-en-proyecto-conga>.

mandato del MINAM- y solo la recomendación segunda hace referencia a “costos sociales”, aunque lo reduce únicamente a la necesidad de su compensación adecuada.

El 24 de noviembre siguiente se inició una huelga indefinida contra el proyecto, ante lo cual Salomón Lerner Guitis, entonces primer ministro, convocó a los dirigentes a no dejar el diálogo y expresó que el gobierno quería no solo resolver Conga, sino también los demás problemas que tiene Cajamarca con el agua. El 29 de noviembre Yanacocha anunció, a través de un comunicado de prensa, la suspensión del proyecto; y el mismo día fueron heridos de bala varios pobladores en la represión por parte de la policía de manifestaciones contra el proyecto, quedando Elmer Campos herido gravemente en el pulmón y médula ósea.

El 4 de diciembre de 2011 el Gobierno decretó el estado de emergencia en las provincias de Cajamarca, Celendín, Hualgayoc y Contumazá; y el 9 de diciembre 2011 Salomón Lerner mantuvo reuniones con alcaldes y representantes de las provincias de Hualgayoc, Chota, Celendín y Cajamarca, indicando el interés de continuar las conversaciones. No obstante, el 10 de diciembre renunció al cargo de jefe del gabinete y fue nombrado en su lugar Óscar Valdés Dacourt. En sus primeras declaraciones como primer ministro Valdés señaló que el Gobierno convocaría a un peritaje internacional para evaluar el EIA del proyecto minero Conga, cuyos resultados determinarían su viabilidad⁸⁰.

En los días siguientes se dieron nuevos intentos frustrados de retomar el diálogo, como cuando el 19 de diciembre 2012 el ministro Óscar Valdés se retiró de la primera reunión. El 27 de diciembre de 2011 se instaló una nueva mesa de diálogo sin la invitación al Presidente Regional, Gregorio Santos. El 1 de febrero 2012 se inició la “Marcha del agua” en Cajamarca, la cual llegó a Lima el 9 de febrero.

El 14 de febrero fue encargada la realización de un “peritaje internacional sobre el componente hídrico” del EIA del proyecto a los españoles Rafael Fernández Rubio y Luis López García, y al portugués José Martins Carvalho, el cual fue presentado el 17 de abril de 2012. El punto más destacado es que plantea la no destrucción de cuatro lagunas, pues las dos que se utilizarían para desmonte pueden ser sustituidas por reservorios⁸¹.

Entre el 3 y 4 de julio de 2012 se realizaron nuevas protestas que terminaron con el resultado de cinco personas muertas –entre ellos un niño de 17 años- y decenas heridas -incluyendo tres policías, además de varias personas detenidas, como Marco Arana. Ello dio lugar a la emisión de un comunicado de prensa de la CIDH en el que “expres[ó] su preocupación por las muertes y la violencia ocurrida en el

⁸⁰ Blog Lamula.pe. *Los últimos meses: Una cronología del caso Conga*. Disponible en: <http://lamula.pe/2012/04/18/los-ultimos-meses-una-cronologia-del-caso-conga/jimenard>.

⁸¹ FERNÁNDEZ RUBIO, Rafael; Luis LÓPEZ GARCÍA y José MARTINS CARVALHO. *Dictamen pericial internacional. Componente hídrico del estudio de impacto ambiental del proyecto minero Conga (Cajamarca - Perú)*. 17 de abril de 2012. Elaborado para la Presidencia del Consejo de Ministros.

Departamento de Cajamarca, en Perú, y urg[ió] al Estado a garantizar la vida, la integridad y la seguridad de las personas que protestan contra el proyecto minero Conga”⁸².

Estos hechos condujeron al reinicio del diálogo, esta vez facilitado por el sacerdote Gastón Garatea y monseñor Miguel Cabrejos, evidenciando una vez más la imposibilidad del gobierno de manejar adecuadamente el conflicto. Asimismo, dado que el Banco Mundial participa en el proyecto a través del IFC que tiene el 5% de la empresa Yanacocha, en noviembre de 2012 las comunidades afectadas junto con un grupo de organizaciones presentaron una petición al Banco Mundial, firmada por más de 12,500 personas, en la que se hace un llamado al Banco Mundial para que el IFC retire sus inversiones del proyecto.

En agosto de 2012 el gobierno y la empresa anunciaron la suspensión del proyecto hasta fines del año 2013. Sin embargo, esta suspensión no fue respaldada por un acto estatal, dejando la ejecución de la decisión a discrecionalidad de la empresa. De hecho, a pesar de haberse afirmado que se suspendería el proyecto, a partir de octubre de 2012 se conoció que se estarían construyendo reservorios en la zona, los cuales constituyen medidas de mitigación del proyecto recomendadas por el peritaje internacional. La supuesta suspensión del proyecto quedaría también desvirtuada con la Resolución Directoral No. 0482-2012, emitida por la Autoridad Nacional del Agua el 9 de agosto de 2012, a través de la cual se permite a la empresa la construcción del reservorio de Chailhuagón.

Al evidenciarse la continuación de la ejecución del proyecto, en octubre de 2012 las comunidades y rondas campesinas afectadas decidieron retomar las acciones en defensa de las lagunas y organizar los denominados “Guardianes de las Lagunas”, quienes se encuentran permanentemente en la zona aledaña a las lagunas que serían destruidas por el proyecto⁸³. Posteriormente, hacia septiembre de 2012, se conoció la decisión del directorio de la minera Newmont de reconsiderar la ejecución del proyecto a partir del 2015. Según manifestaron, ello respondería a que a fines de 2014 se realizarán elecciones regionales, las que fueron calificadas como “claves” por el presidente ejecutivo de Newmont, Gary Goldberg⁸⁴.

En resumen, en este capítulo se ha visto que la histórica articulación al mercado mundial del Estado peruano como proveedor de materias primas y en especial de minerales, ha determinado la existencia de un marco institucional y jurídico funcional a los intereses de estos sectores económicos. Ello se vio

⁸² CIDH. *CIDH expresa su preocupación por agresiones ocurridas en el Departamento de Cajamarca, Perú*. Comunicado de prensa 80/12, 6 de julio de 2012. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/080.asp>

⁸³ A esto se suma que, el 23 de diciembre de 2012, el Tribunal de Fiscalización Ambiental del MINAM confirmó la sanción impuesta a Yanacocha por incumplir el estudio de impacto ambiental semidetallado del proyecto de exploración, imponiéndole una multa de 127.75 UIT. Tribunal de Fiscalización Ambiental. Resolución No. 214-2012-OEFA/TFA. 23 de diciembre de 2012.

⁸⁴ Nota de prensa titulada “Newmont evaluará reanudar Conga en 2015, tras comicios en Cajamarca”, El Comercio 24 de septiembre de 2013. Disponible en: <http://elcomercio.pe/economia/1635495/noticia-newmont-reconsiderara-reabrir-conga-elecciones-cajamarca>.

reforzado a partir de las reformas introducidas por el gobierno de Fujimori en los años noventa y se ha ido consolidando a través de los gobiernos sucesivos. Se notó además que, como correlato, se han adoptado medidas regresivas en lo que se refiere a la protección de la propiedad colectiva indígena para favorecer la inversión privada en sus tierras y territorios. Se advirtió entonces que, en este escenario, la Ley de Consulta Previa de 2011 viene a abrir un nuevo capítulo en la relación Estado-pueblos indígenas, o dicho en otros términos, constituye la excepción en un ordenamiento que, en general, ha tendido a la regresión en el reconocimiento de derechos indígenas.

Partiendo de este marco general, se pasó a caracterizar la actuación de la empresa Yanacocha en las actividades de explotación minera en Cajamarca, que viene desarrollando desde los años noventa. Se pudo constatar en esta segunda sección que la relación empresa-comunidades se ha caracterizado por constantes tensiones y enfrentamientos, como consecuencia de múltiples incidentes ambientales, reclamos no atendidos y promesas incumplidas que determinan la desconfianza de los pobladores de las zonas de influencia de la minera Yanacocha.

Tras esta contextualización, en una tercera sección se hizo referencia al alcance del proyecto Conga, así como a los principales elementos que han caracterizado el proceso de aprobación del proyecto y la oposición de las comunidades y rondas campesinas. Los aspectos que se evidencian como más significativos es que el proyecto tendría una duración de casi 20 años; alcanzaría las 19.000 hectáreas de área total (3.000 de influencia directa y 16.000 de influencia indirecta), siendo el doble de área de la ciudad de Cajamarca; habitan en el “área de influencia” 32 comunidades (11 en el área de influencia directa y 21 en el área de influencia indirecta) que se verían afectadas por el impacto en el agua, según el EIA; y supondría la afectación de cuatro lagunas y cinco cabeceras de cuenca.

En cuanto al proceso de aprobación, se determinó que la compañía Yanacocha inició las actividades de exploración del proyecto Conga en 2004, que del 2005 al 2007 se realizó el estudio base ambiental, y que desde el 2008 se inició el desarrollo de ingeniería del proyecto, mientras se continuaba con actividades de perforación durante el 2009. En el 2008 se aprobó el estudio de impacto ambiental semidetallado, el cual pasó por una serie de modificaciones y fue aprobado en octubre de 2010. También se notó que, previa a la aprobación del proyecto, se realizó una “audiencia pública” en una de las comunidades de la zona de influencia. Asimismo, se reveló la ausencia de un proceso de aprobación coordinado con los distintos sectores involucrados, en especial con el Ministerio de Ambiente. Igualmente, se advirtió que fue aprobado con base en normativa que carece de pautas específicas en caso de tratarse de pueblos o comunidades indígenas de manera de hacer efectivo el derecho a la consulta previa, libre e informado.

Vinculado a ello, se describieron los puntos principales del conflicto social desencadenado con más intensidad tras la aprobación del proyecto, el cual puede decirse que ha estado caracterizado por periodos de acercamiento y negociaciones, que una vez frustradas conducían a recrudecimientos de protestas públicas, dictados de estados de emergencia, sin que a la fecha se encuentre cerca de ser resuelto. Se puede concluir además que los cuestionamientos en torno al proyecto Conga se han dirigido a las afectaciones medioambientales que podría producir, sin hacerse énfasis en el impacto social del proyecto y mucho menos en la posibilidad de la condición indígena de las comunidades y rondas campesinas afectadas. Este último aspecto será abordado en el capítulo siguiente de la presente investigación.



CAPÍTULO II: QUIÉN ES QUIÉN: PUEBLOS INDÍGENAS, COMUNIDADES Y RONDAS CAMPESINAS

Una vez establecidos el marco contextual y fáctico del proyecto, pasaremos en este capítulo a analizar la posibilidad de que las comunidades y rondas afectadas por el mismo puedan ser protegidas bajo la categoría de “pueblos indígenas”. A tal efecto, me propongo plantear, en primer lugar, las pautas principales desarrolladas en el Derecho internacional para identificar a un colectivo humano como indígena. Ello con el fin de notar que, lejos de existir una definición precisa, en el ámbito internacional se han establecido ciertos criterios generales que permitan ser aplicados a las distintas realidades de grupos humanos en el mundo, siendo de particular relevancia la autoidentificación. Se advertirá en este punto que, independientemente de la denominación que reciban o de su reconocimiento formal, lo determinante resulta atender a la presencia de los elementos que hacen que un grupo humano se considere indígena. Esto permitirá descartar el argumento según el cual basta advertir que los colectivos afectados por el proyecto Conga son comunidades y rondas campesinas y derivar de ello, la eliminación de toda discusión sobre su posible protección bajo la categoría de pueblos indígenas.

Pasando al plano nacional, en una segunda sección de este capítulo, se verá que en el ordenamiento interno peruano, como regla general, ha estado ausente el sujeto “pueblo” y en cambio, la denominación utilizada ha sido la de comunidades campesinas y nativas. No obstante, se advertirá de un lado, que pueden calificarse como pueblos indígenas aquellas comunidades que reúnan los elementos subjetivos y objetivos; y de otro, que existen normas y pronunciamientos del Estado peruano que equiparan derechos de las comunidades y rondas campesinas a los de pueblos indígenas. En una segunda parte, se notará que la adaptación del ordenamiento interno al reconocimiento internacional del derecho a la consulta, ha generado la incorporación del sujeto “pueblo” como titular de este derecho, lo que ha llevado a dos procesos en tensión. De un lado, se advertirá que en la implementación del derecho a la consulta se ha tendido a adoptar ciertos criterios de identificación restrictivos que tendrían un efecto de dejar fuera a las comunidades y rondas campesinas; y de otro lado, que a partir de dicho reconocimiento de derechos éstas, junto con sus organizaciones nacionales, estarían retomando el concepto de pueblo, reivindicando su identidad indígena y su titularidad del derecho a la consulta.

Por último, intentaré demostrar que en el caso de las comunidades y rondas campesinas afectadas por el proyecto Conga, se evidencian esfuerzos cada vez más claros por identificarse como indígenas, que manifiestan cierta conciencia de su descendencia de pueblos anteriores a la existencia del Estado peruano, elemento decisivo de identificación de acuerdo a los instrumentos y órganos internacionales. Se notará también que existe información que sugiere que estas comunidades mantienen, aunque de modo parcial, ciertas instituciones propias y distintivas. A partir de la identificación *prima facie* de estos elementos, se sostiene que en el proceso de aprobación del proyecto, el Estado debía haber tenido en cuenta la posibilidad de tratarse de comunidades indígenas.

2.1. Elementos para la identificación de Pueblos indígenas en el Derecho internacional

En el Derecho internacional no existe una definición precisa y cerrada de “pueblos indígenas”. La posición prevaleciente indica que dicha definición no es necesaria ni deseable a efectos de proteger sus derechos humanos. Una muestra de ello se encuentra en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en la que se optó por no definir a los pueblos indígenas beneficiarios de sus disposiciones; no obstante, en su artículo 33.1 se estableció que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”. Como advierte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “[d]ada la inmensa diversidad de los pueblos indígenas en las Américas y el resto del mundo, una definición estricta y cerrada siempre correrá el riesgo de ser demasiado amplia o demasiado restrictiva”⁸⁵.

Sin embargo, se encuentran sí criterios importantes en el ámbito internacional que permiten determinar cuando estamos ante un grupo humano que puede denominarse “indígena”. A este efecto, el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante, “Convenio 169 de la OIT”) es de singular relevancia, pues contiene los criterios que son comúnmente utilizados, denominados objetivos y subjetivos. En cuanto a los elementos objetivos, su artículo 1.1.b dispone que dicho tratado se aplicará

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

De acuerdo a la Guía de Aplicación del Convenio 169 de la OIT, tales elementos objetivos incluyen: “(i) la *continuidad histórica*, v.g. se trata de sociedades que descienden de los grupos anteriores a la conquista o colonización; (ii) la *conexión territorial*, en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región; y (iii) instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas, que son propias y se retienen en todo o en parte”⁸⁶.

De otro lado, el elemento subjetivo se encuentra en el artículo 1.2 del mismo Convenio el cual establece que “[l]a conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”⁸⁷.

⁸⁵ CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 25.

⁸⁶ OIT. *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica. Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT*. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, p. 9.

⁸⁷ Véase al respecto OIT, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica. Una Guía sobre el Convenio*

La CIDH ha seguido como aspecto fundamental la autoidentificación del pueblo o comunidad como indígena. En efecto, ha afirmado que el “criterio de autoidentificación es el principal para determinar la condición de indígena, tanto individual como colectivamente en tanto pueblos”⁸⁸. Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte Interamericana”) ha establecido como elemento determinante la autoidentificación colectiva. Al respecto, en su sentencia del *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* afirmó que:

La identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía (...). Por tanto, la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se auto-identifique⁸⁹.

La concepción de la autoidentificación como aspecto fundamental se ve reforzada con la adopción, el 13 de septiembre de 2007, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Dicho instrumento expresa el consenso de los Estados sobre este aspecto al establecer en su artículo 33.1 que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”⁹⁰.

En sus decisiones sobre casos de pueblos indígenas la Corte Interamericana ha examinado la identificación de características de su estructura social, política y económica distintas a otros sectores de la sociedad⁹¹, así como la constatación de una relación especial con la tierra y el territorio⁹². Asimismo, ha tomado en cuenta pruebas de la ocupación y utilización históricas de las tierras y recursos por miembros de la comunidad que les reclama⁹³; el desarrollo de prácticas tradicionales de subsistencia, rituales o de sanación; la toponimia de la zona en el lenguaje de la comunidad⁹⁴; estudios y

No. 169 de la OIT. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, p. 9.

⁸⁸ CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 216. CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 24-31.

⁸⁹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 37. En sentido similar, en su sentencia recaída en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, la Corte Interamericana afirmó que: “la cuestión de si algunos miembros auto-identificados del pueblo Saramaka pueden afirmar ciertos derechos comunales en nombre de la personalidad jurídica de dicho pueblo es una cuestión que debe resolver sólo el pueblo Saramaka de conformidad con sus propias costumbres, y no el Estado o esta Corte en el presente caso”. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 164.

⁹⁰ La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007 con el voto a favor de 144 Estados miembros, entre ellos el Perú.

⁹¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 81-83.

⁹² Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 81.

⁹³ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párrs. 94-95.

⁹⁴ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 50.4. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 101.

documentación técnicos; así como dictámenes especializados sobre la idoneidad del territorio reclamado para la continuidad de la forma de vida de la comunidad⁹⁵.

Igualmente, un estudio del “Grupo de Trabajo de la ONU sobre Poblaciones Indígenas” de 1996, concluyó que los factores relevantes para comprender el concepto de “indígena” incluyen: (i) prioridad en el tiempo, con respecto a la ocupación y uso de un territorio específico; (ii) la perpetuación voluntaria de la especificidad cultural, que puede incluir los aspectos de lenguaje, organización social, religión y valores espirituales, modos de producción, formas e instituciones jurídicas; (iii) la autoidentificación, así como el reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, en tanto una colectividad diferenciada; y (iv) una experiencia de subyugación, marginalización, desposesión, exclusión o discriminación, ya sea que estas condiciones persistan o no. Estos factores, advierte el estudio, no constituyen ni pueden constituir una definición inclusiva o comprehensiva, sino que son más bien factores que pueden estar presentes en mayor o menor grado en distintas regiones y contextos nacionales y locales, por lo cual pueden proveer guías generales para la adopción de decisiones razonables en la práctica⁹⁶.

Es importante destacar que para el Derecho internacional, lo determinante resulta la consideración de tales elementos, antes que las definiciones o denominaciones que los pueblos o comunidades indígenas reciban por parte de los ordenamientos internos, de terceros o de ellos mismos. La CIDH ha advertido expresamente que en algunos ordenamientos internos, la categoría “pueblos indígenas” se encuentra diferenciada de otras categorías como “comunidades campesinas” o “minorías”, razón por la cual es necesario atender a los criterios bajo los cuales se puede designar como indígena a un grupo humano⁹⁷. En el mismo sentido, la Defensoría del Pueblo de Perú advierte que, “independientemente de la denominación empleada, lo que importa es su reconocimiento como sujetos de derechos, individuales y colectivos, reconocidos a nivel nacional e internacional, teniendo en cuenta los criterios objetivo y subjetivo del Convenio 169”⁹⁸.

Cabe señalar además que para el Derecho internacional no resulta exigible que los pueblos o comunidades indígenas se encuentren registrados o reconocidos por el Estado para que se les apliquen

⁹⁵ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 93.

⁹⁶ ONU. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías. Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas: “Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, on the concept of ‘indigenous people’”. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 de junio de 1996, párrs. 69-70. Citado por: CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 30.

⁹⁷ Véase CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, párrs. 24-38.

⁹⁸ Defensoría del Pueblo. Adjuntía del Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas*. Informe N° 011-2009-DP/AMASPPI-PPI. p. 11. Disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/grupos-eatencion.php?des=20#>.

los derechos contenidos en los instrumentos internacionales. En efecto, la Corte Interamericana en la sentencia del *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* determinó que:

[...]el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas. Sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello aparea, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma que la propia Constitución paraguaya reconoce como preexistente al Estado⁹⁹.

Este criterio fue reiterado por la Corte en sentencias posteriores, como en la recaída en el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*¹⁰⁰. Otra manifestación de lo anterior se encuentra en que los órganos del Sistema interamericano han establecido consistentemente al referirse a la propiedad territorial indígena, que ésta es una forma de propiedad que no se fundamenta en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos; los territorios de los pueblos indígenas y tribales “les pertenecen por su uso u ocupación ancestral”¹⁰¹.

Ciertamente, el derecho de propiedad comunal indígena se fundamenta en las culturas jurídicas indígenas, y en sus sistemas ancestrales de propiedad, con independencia del reconocimiento estatal; el origen de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas se encuentra, por ende, en el sistema consuetudinario de tenencia de la tierra que ha existido tradicionalmente entre las comunidades¹⁰². En virtud a ello ha afirmado la Corte Interamericana que “la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado”¹⁰³ y que “[l]os indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios”¹⁰⁴.

Igualmente, debe tenerse presente que los pueblos indígenas son colectivos humanos que conservan, en muchos casos, solo parcialmente sus propias instituciones políticas, jurídicas, culturales, morales y

⁹⁹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 82.

¹⁰⁰ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 95.

¹⁰¹ CIDH. *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 231.

¹⁰² Véase *inter alia*, Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 96; CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(a); CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 115.

¹⁰³ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 151; Corte I.D.H. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 128. Corte I.D.H. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 109.

¹⁰⁴ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149.

económicas. Estas instituciones han sido suprimidas o perdidas en parte como efecto de siglos de persecución, explotación, despojo y en algunos casos, genocidio¹⁰⁵. Al respecto, puede notarse que el preámbulo del Convenio 169 hace eco de la inevitable pérdida de ciertos patrones culturales, al disponer que:

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión;

Ello debe ser tenido en cuenta en la interpretación y aplicación del Convenio, considerando que según establece el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, referido a las reglas de interpretación de un tratado, “[u]n tratado deberá 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”. El inciso 2 del mismo artículo dispone expresamente que “[p]ara los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos”. De este modo, más allá de una interpretación literal del Convenio 169, debe tenerse presente que, como su propio preámbulo reconoce, se trata de colectivos humanos que no gozan de los derechos fundamentales al igual que el resto de la población y que a menudo, sus propias normas, visiones, valores se han visto disminuidas. De modo consistente con ello, vale apartarse de un criterio esencialista de identidad para apostar por uno más dinámico, que reconozca los cambios que estos colectivos han enfrentado y que justamente debido a estos procesos de cambio, opta por protegerlos dentro de la cobertura que brinda el Convenio 169 y en general, el Derecho internacional. En esta misma línea, la CIDH ha establecido que

en tanto colectividades humanas, los pueblos indígenas y tribales tienen su propia trayectoria social, que se adapta al cambio de los tiempos, manteniendo en todo o en parte el legado cultural de sus ancestros. Las culturas indígenas evolucionan con el tiempo. Las comunidades indígenas del presente son descendientes de los habitantes de la América precolombina; en el transcurso de los siglos han atravesado por historias particulares que han conformado sus estructuras sociales distintivas, su espiritualidad y sus prácticas rituales, su lengua, su arte, su folklore, su memoria y su identidad – en suma, su cultura. Con base en esa historia individual y dinámica es que se construye la relación de cada pueblo y comunidad indígena con su territorio, relación de la que surge su subsistencia física y cultural, y a la cual el derecho internacional ha otorgado un nivel privilegiado de protección¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Véase por ejemplo la reciente publicación *El Libro Azul. Informe de Roger Casement y otras cartas sobre las atrocidades del Putumayo*. CAAAP/IWGIA. Lima, 2012. Esta es la primera traducción completa al español de la carpeta oficial con cincuenta cartas cursadas entre el Ministerio de Relaciones Exteriores británico y Sir Roger Casement, quien era cónsul en Río de Janeiro cuando su gobierno le encomendó, en julio de 1910, investigar las denuncias contra la compañía cauchera británica The Peruvian Amazon Co., que operaba entre los ríos Putumayo y Caquetá. Como afirma Alberto Chirif, dichos documentos “dan cuenta de una realidad tan brutal que por momentos cuesta creer que hayan existido seres capaces de desatar tal odio contra los indígenas, pero de la veracidad de su contenido dan cuenta también relatos posteriores de los propios indígenas recogidos por colegas y las rupturas culturales causadas en las sociedades indígenas que fueron golpeada por la barbarie cauchera”. Ponencia de Alberto Chirif en la presentación del Libro Azul, el 12 de abril de 2012. Disponible en <http://servindi.org/actualidad/62886>. Asimismo, véase Beatriz Huertas Castillo. “Perú: Despojo territorial, conflicto social y exterminio”. En: *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial*. IWGIA/IPES. 2012.

¹⁰⁶ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la comunidad Xákmok-Kásek v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie CNo. 214, párr. 35.

En suma, puede concluirse que existen en el Derecho internacional criterios relevantes para la identificación de un grupo humano como pueblo o comunidad indígena, aunque no una definición precisa y cerrada, en tanto correría el riesgo de ser restrictiva. Son de particular relevancia los criterios objetivos y subjetivos contenidos en el Convenio 169 de la OIT, del cual es parte el Estado peruano y que han sido seguidos por órganos internacionales de derechos humanos en aplicación a pueblos o comunidades indígenas. Corresponde entonces analizar la presencia de tales elementos y no guiarse por las denominaciones o categorizaciones que puedan recibir a nivel interno, ni la exigencia de estar inscritos o reconocidos por el Estado como pueblo o comunidad indígena. De este modo, se puede concluir que debe descartarse el argumento según el cual basta advertir que los colectivos humanos afectados por el proyecto Conga son comunidades y rondas campesinas para que no puedan ser consideradas indígenas.

2.2. ¿Tienen las comunidades y rondas campesinas derecho a la consulta previa?

Con el desarrollo de estándares internacionales en derechos de los pueblos indígenas, compromisos internacionales asumidos en la materia, y la generación de legislación favorable aplicable a los “pueblos indígenas”, determinar qué colectivos pueden estar dentro de esta denominación es sin duda un tema clave en el Perú de hoy. Las dificultades no son pocas, frente a una historia de conquista, colonia y república caracterizada por la búsqueda de desintegración e invisibilización de los pueblos; su reducción a comunidades en el mejor de los casos, y sino a su eliminación total como colectivo; y la exclusión y discriminación recalcitrante de lo “indígena”.

La adopción de la Ley de Consulta Previa ha puesto este asunto sobre la mesa. Además de las dificultades encontradas en el texto de las normas que implementan este derecho, su aplicación práctica ha traído una notable resistencia a la inclusión de ciertos colectivos, en especial en lo que se refiere a las comunidades y rondas campesinas ubicadas en la costa y sierra del país, como es el caso de las afectadas por el proyecto Conga. Incluso el Presidente de la República Ollanta Humala ha afirmado públicamente en más de una ocasión que las comunidades indígenas con derecho a la consulta son los “pueblos no contactados y las comunidades indígenas que no tienen una representación elegida democráticamente”. Ha señalado además que las comunidades indígenas se encuentran en la selva, y no en la costa y sierra¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Nota titulada “Perú: Ollanta y su particular visión del derecho a la consulta previa”. 13 de junio de 2012 Disponible en: <http://servindi.org/actualidad/66223>. Nota titulada “Ollanta reitera que espíritu de Ley de Consulta es darle voz solo a comunidades nativas”. 29 de abril de 2013. Disponible en: <http://servindi.org/actualidad/86489>. Asimismo, presuntamente la renuncia del ex Viceministro de Interculturalidad, Iván Lanegra, durante cuyo mandato se había realizado la consulta del Reglamento de la Ley y otros avances sobre la materia, habría respondido a la falta de apoyo del Poder Ejecutivo para incluir en la base de datos a las comunidades indígenas en la sierra.

Teniendo en cuenta este panorama, el presente subcapítulo se dirige a evidenciar que en el ordenamiento interno peruano, como regla general, ha estado ausente el sujeto “pueblo” para referirse a los colectivos humanos preexistentes a la instauración del Estado republicano. En su lugar, la denominación utilizada ha sido mayormente la de comunidades campesinas y nativas. Se advertirá que, con independencia de ello, pueden calificarse como pueblos indígenas aquellos colectivos humanos que reúnan los elementos subjetivo y objetivo antes desarrollados. Para reforzar lo anterior, se notará que existen normas que expresamente equiparan los derechos de los pueblos indígenas a las comunidades y rondas campesinas, además de pronunciamientos en el mismo sentido del Estado peruano, principalmente ante órganos internacionales.

En un segundo momento, se notará que el desarrollo de instrumentos en el Derecho internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas adoptados por el Estado peruano y la subsecuente adaptación del ordenamiento interno a tales normas internacionales, ha generado la incorporación del sujeto “pueblo” a nivel jurídico, principalmente con la aprobación de la Ley de Consulta Previa. Ello ha llevado a dos procesos. De un lado, se presenta una tendencia en el proceso de implementación de este derecho a adoptar criterios de identificación restrictivos que tendrían un efecto de dejar fuera a las comunidades y rondas campesinas. De otro lado, las “comunidades campesinas y nativas” y sus organizaciones están retomando el concepto de pueblo, reivindicando su identidad indígena y su titularidad del derecho a la consulta.

2.2.1 ¿Las comunidades y rondas campesinas pueden ser protegidas bajo la categoría de “pueblos indígenas”?

Como afirma Remy, en lo que hoy es territorio peruano, se identifican dos grandes líneas de consistencia de pueblos indígenas o de elaboración de identidades indígenas. Por un lado, los indígenas integrados al régimen colonial al ser parte del Tawantinsuyo y por otro, los indígenas en la selva que no fueron colonizados al ser vistos como “sociedades de frontera”. En cuanto a los primeros, antes de la conquista, cada ayllu originario disponía de un espacio para la agricultura y el pastoreo. Eran pueblos a los que el Estado inca, a cambio del tributo, les reconocía derechos sobre sus territorios, como su autonomía, a tener sus autoridades propias, a producir, a mantener su propio idioma, entre otros. Estos territorios no se encontraban encerrados por linderos. En el momento de la Conquista, estos pueblos que eran parte del Imperio incaico y que tenían con el imperio una relación tributaria, se vuelven tributarios del Rey de España y éste, a cambio, protege sus derechos sobre sus tierras. Les dan además el nombre genérico de “indios”, esto es, habitantes de “Las Indias”; y se impone el quechua como lengua general en todo el territorio, con excepción de los pueblos aymara que logran un tratamiento especial¹⁰⁸.

¹⁰⁸ REMY, María Isabel. *Historia de las comunidades indígenas y campesinas del Perú*. Lima, IEP, 2013. Documento de Trabajo, 202. Serie Sociología y Política. pp. 7-8.

Un cambio importante se produce en 1570, cuando bajo el mandato del virrey Toledo, se establecen los “pueblos de reducción”. Ello encuentra su justificación en que se presentaba una mortandad muy alta entre la población indígena, se calcula que casi el 90% de la población, sobre todo en la costa. Esto explica en parte, como afirma Remy, por qué hay menos comunidades en la costa. Es por ello que el virrey Toledo decide reunir a los indígenas que estaban dispersos en “pueblos de reducción”, es decir, son los sobrevivientes de los ayllus antiguos que se reúnen y producen un pueblo con sus propias normas. La legislación colonial otorga a cada pueblo “el área que necesitan para producir, el área de reserva comunal para su crecimiento demográfico y el área para producir para su tributo”¹⁰⁹. Se producen así comunidades indígenas con un territorio delimitado, reconocido y protegido por el Estado, con sus propias autoridades, costumbres y prácticas¹¹⁰. De este modo, como afirma Palacios, desde el punto de vista histórico, “las comunidades son el resultado de la desestructuración, reestructuración, recreación y reconocimiento de la organización de ayllus y marcas impuestos por el Estado colonial”¹¹¹.

Ya en la época republicana, con la eliminación del tributo indígena en 1851, la subsecuente protección a las tierras comunitarias y la drástica expansión de las haciendas, las comunidades indígenas sufrieron graves abusos por parte de terratenientes que desencadenaron una serie de levantamientos, con más fuerza hacia la primera década del siglo XX. En ese momento asumió al poder Augusto B. Leguía, con un programa de reformas modernizantes, en el que se consideraba que lo que impedía el desarrollo de los mercados en el país, no eran los indígenas, sino los terratenientes, porque al mantener relaciones de renta, no permitían a la población incorporarse al mercado¹¹². En el contexto de las movilizaciones indígenas y de esta visión de la problemática del régimen entonces vigente en la sierra, en 1920 Leguía otorgó un reconocimiento legal a las comunidades y abrió un registro de comunidades de indígenas, que sería la primera base de datos en el Perú. Así, el artículo 58 de la Constitución de 1920 establecía que: “El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan”. Este reconocimiento se mantuvo en la Constitución de 1933, cuyo título XI contenía un cuerpo de normas relativas a las “comunidades de indígenas”.

La reforma agraria de 1969 supuso el cambio en la denominación, pasando a ser llamadas “comunidades campesinas” las ubicadas en la sierra y costa, y comunidades nativas, las que se

¹⁰⁹ REMY, María Isabel. *Historia de las comunidades indígenas y campesinas del Perú*. Lima, IEP, 2013. Documento de Trabajo, 202. Serie Sociología y Política. pp. 7-8.

¹¹⁰ PALACIOS PANÉZ, Mario. *Un siglo de minería transnacional, una misma conducta empresarial: Siglo de resistencias y luchas comunitarias por la madre tierra*. p. 132. En: ECHAVE, José de; Mario PALACIOS y Raphael HOETMER. *Minería y territorio en el Perú: Conflictos, resistencias y propuestas en tiempos de globalización*. Lima, junio de 2009. REMY, María Isabel. *Historia de las comunidades indígenas y campesinas del Perú*. Lima, IEP, 2013. Documento de Trabajo, 202. Serie Sociología y Política.

¹¹¹ PALACIOS PANÉZ, Mario. *Un siglo de minería transnacional, una misma conducta empresarial: Siglo de resistencias y luchas comunitarias por la madre tierra*. En: ECHAVE, José de; Mario PALACIOS y Raphael HOETMER. *Minería y territorio en el Perú: Conflictos, resistencias y propuestas en tiempos de globalización*. Lima, junio de 2009.

¹¹² REMY, María Isabel. *Historia de las comunidades indígenas y campesinas del Perú*. Lima, IEP, 2013. Documento de Trabajo, 202. Serie Sociología y Política. p. 10.

encuentran en la selva. Como advierten algunos autores, la razón principal de dicha modificación estuvo asociada a que el término “indígena” tenía una connotación peyorativa o despectiva, con lo cual respondía a una visión de inclusión de estos colectivos¹¹³. Es claro que, más allá de este cambio terminológico, la reforma agraria condujo a las comunidades a nuevos procesos, vinculados a su estructura orgánica y sus pautas económicas, que exceden a la presente investigación¹¹⁴. Lo relevante es enfatizar que a nivel constitucional, es a partir de la Constitución de 1979 que se pasa a utilizar la denominación de “comunidades campesinas” y “comunidades nativas”, que se mantiene en la Constitución vigente.

En efecto, la actual Constitución Política de 1993 en el Capítulo VI, referido al “régimen agrario y de las comunidades campesinas y nativas” reconoce estas dos formas de organización: comunidades campesinas y nativas, como personas jurídicas autónomas en su organización, trabajo comunal, y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo¹¹⁵. Además, la Constitución de 1993 reconoce, en su artículo 149, la jurisdicción especial de las comunidades campesinas y nativas dentro de su ámbito territorial, conforme a su derecho consuetudinario¹¹⁶. Solo se encuentra una excepción en el texto constitucional, introducida a partir de la reforma al Capítulo XIV del Título IX sobre Descentralización, en la que se hace referencia a “comunidades nativas y pueblos originarios”¹¹⁷. Cabe notar además que, en virtud al artículo 2, inciso 19 de la Constitución vigente, el Estado peruano “reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”, así como el derecho de toda persona “a su identidad étnica y cultural”¹¹⁸.

El 14 de abril de 1987 fue publicada la Ley 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, cuyo artículo 2 establece que estas comunidades son reconocidas por el Estado como organizaciones de interés público, “con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros

¹¹³ LAATS, H (2000). *Propiedad y autonomía en comunidades campesinas del Perú, proyecciones desde la población*. Cuzco: Centro Bartolomé de las Casas. REMY, María Isabel. *Historia de las comunidades indígenas y campesinas del Perú*. Lima, IEP, 2013. Documento de Trabajo, 202. Serie Sociología y Política. p. 10.

¹¹⁴ ROBLES, Román. *Legislación peruana sobre comunidades campesinas*. Fondo editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima: 2002.

¹¹⁵ El artículo 89 de la Constitución a la letra dispone: “Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”.

¹¹⁶ El artículo 149 de la Constitución establece que: “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.

¹¹⁷ En particular, el artículo 191 de la Constitución dispone: “[...] La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades nativas y pueblos originarios en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Consejos Municipales”.

¹¹⁸ Constitución Política del Perú de 1993, artículo 2, 19).

y del país”. Entre las características principales de las comunidades campesinas está el manejo parcialmente colectivo de una serie de recursos naturales dentro de su territorio; tales como tierras, agua, bosques; se regulan por medio de sus propios órganos, se presentan y relacionan con el exterior por medio de autoridades elegidas internamente y son poseedoras de un legado histórico y cultural.

En definitiva, en el ordenamiento interno peruano, desde el ámbito constitucional y como regla general, la denominación utilizada ha sido la de comunidades, calificadas primero como indígenas, y a partir de los años 70, como “campesinas y nativas”. En este mismo sentido, advirtió la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT en 2008 refiriéndose a la situación en el Perú, “el sujeto jurídico creado por la colonia y admitido por la Constitución y la mayor parte de la legislación es el de ‘comunidad’”¹¹⁹.

A pesar de ello, en materia de leyes se identifican otras nomenclaturas. Además de “comunidades campesinas y nativas”, otras normas se refieren a “pueblos originarios”, “pueblos aborígenes”, “pueblos andinos”, “pueblos amazónicos”, “minorías” u otros. Así por ejemplo, se encuentra la Ley 28736 sobre “pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial”; la Ley 28495, Ley del Instituto Nacional de Pueblos Andinos, que se refiere a “Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano”; la Ley 27811, “Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos”, promulgada el 24 de julio de 2002.

Otra figura reconocida a través de una ley específica es la de “rondas campesinas”, surgidas a fines de 1976 en la sierra norte del país en un contexto en que se agravó el fenómeno del abigeato en gran escala. Como afirma Yrigoyen, surgió “[a]nte esa necesidad colectiva de protección [...], dada la inoperancia o corrupción estatal, la ausencia de las antiguas rondas de hacienda y otras formas de autoridad comunal -dado que casi no existían comunidades campesinas en la zona-“. A partir del éxito obtenido en el control del abigeato, las rondas ampliaron sus funciones hacia tareas de desarrollo comunal, gobierno local e interlocución con el Estado. Según señala la misma autora, “las rondas ejercen su autoridad dentro de su ámbito territorial (comunidad, aldea, caserío) y coordinan con las rondas vecinas de su zona, distrito o provincia en los casos o problemas que lo ameriten”¹²⁰.

Es importante distinguir que bajo esta categoría pueden confundirse figuras como la ronda campesina independiente, con presencia en Cajamarca principalmente; la ronda campesina integrante de comunidades campesinas; y los Comités de Autodefensa, cuyos miembros se autodenominan “ronderos”. Las dos primeras figuras, como advierte la Defensoría del Pueblo, “son instituciones cuyo

¹¹⁹ CEACR. Informe 2008/79ª reunión. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 2009, Perú, párrafo 2.

¹²⁰ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Las rondas campesinas y desafíos del pluralismo legal en el Perú. Disponible en: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2008/Fajardo.pdf>.

origen y sostenimiento son expresiones de la identidad y autonomía comunal, y están íntimamente vinculadas a la seguridad, desarrollo y justicia”. Los Comités de Autodefensa, en cambio, “fueron promovidos por el Ejército Peruano como parte de la estrategia antisubversiva y aun mantienen cierta dependencia con él”¹²¹.

Ahora bien, retomando la conclusión del subcapítulo anterior, es importante recalcar que con independencia de la denominación que reciban por las normas u otros actores, son aplicables los derechos reconocidos a los “pueblos indígenas” en el ámbito internacional a aquellos colectivos humanos que presenten los elementos que guían su identificación, lo cual ha sido ya objeto de pronunciamientos para el caso del Perú. En efecto, así lo advirtió en 2009 la Defensoría del Pueblo, en su *Informe sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas*, en el que afirmó que consideraba “importante remarcar que independientemente de la denominación empleada, lo que importa es su reconocimiento como sujetos de derechos, individuales y colectivos, reconocidos a nivel nacional e internacional, teniendo en cuenta los criterios objetivo y subjetivo del Convenio 169”¹²².

Asimismo, los órganos de supervisión de cumplimiento del Convenio 169 de la OIT se han referido hace varios años a esta cuestión. Ya en noviembre de 1998 el Consejo de Administración de la OIT concluyó en su 273.a reunión sus consideraciones sobre una reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución sobre la aplicación de este Convenio por la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP). En la oportunidad, el Consejo de Administración concluyó que “existe una situación difícil en el país que se desprende de las diferentes acepciones para describir a los pueblos indígenas cubiertos por el Convenio y a los diferentes derechos que tienen entre ellos”. En el mismo año, la CEACR declaró en una solicitud directa relativa a Perú que “se permite sugerir al Gobierno que proporcione un criterio unificado de las poblaciones que son susceptibles de ser cubiertas por el Convenio, ya que las varias definiciones y términos pueden dar lugar a confusión entre poblaciones campesinas, indígenas, nativas, de la sierra, de la selva y de la ceja de selva”.

En el 2008, la Comisión de Expertos de la OIT se refirió en extenso a esta situación, al evaluar el cumplimiento del artículo 1 del Convenio 169. En particular, observó que la información recibida indica que:

[...] en Perú se utilizan diversas categorías para referirse y reconocer a los pueblos indígenas y como resultado no queda claro a quién se aplica el Convenio. Explican que la categoría jurídica de “pueblos indígenas” no se encuentra en la Constitución, que el sujeto jurídico creado por la colonia y admitido por la Constitución y la mayor parte de la legislación es el de “comunidad”. Indican que en el país hay comunidades campesinas y nativas y que se encuentran registradas 6.000

¹²¹ Defensoría del Pueblo. El reconocimiento estatal de las rondas campesinas. Compendio de normas y jurisprudencia. Lima: 2006. P. 7.

¹²² Defensoría del Pueblo. Adjuntía del Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas*. Informe N° 011-2009-DP/AMASPP/PP. p. 13. Disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/grupos-eatencion.php?des=20#>.

comunidades. Se refieren concretamente a leyes que utilizan los términos «comunidades nativas», o «campesinas» o «pueblos indígenas» de forma paralela a veces, y diferenciada otras, y que además hay diferencia en los grados de aplicación del Convenio. Indican, por ejemplo, que en el caso de las comunidades nativas se han venido dando una serie de medidas afirmativas para garantizar mejor el derecho a la consulta; sin embargo, se habrían producido pocos avances en el cumplimiento del Convenio cuando se trata de comunidades campesinas de la costa y de la sierra del país¹²³.

En atención a ello, la CEACR advirtió que existirían diferentes grados de aplicación del Convenio según la denominación de la comunidad; además de que la terminología utilizada en las diferentes leyes genera confusión y dificulta la aplicación del Convenio. En virtud a ello, concluyó señalando que:

[...], la Comisión solicita nuevamente al Gobierno que proporcione, en consulta con las instituciones representativas de los pueblos indígenas, un criterio unificado sobre los pueblos susceptibles de ser cubiertos por el Convenio, que ponga fin a la confusión resultante de las varias definiciones y términos y a proporcionar informaciones sobre el particular. Además, insta al Gobierno a que tome las medidas necesarias para garantizar que todos quienes estén comprendidos en el artículo 1 del Convenio queden cubiertos por todas sus disposiciones y gocen de los derechos contenidos en el mismo en igualdad de condiciones, y a proporcionar informaciones sobre el particular¹²⁴.

La CEACR reiteró tal recomendación en 2009¹²⁵ y 2010¹²⁶. En 2012, luego de la promulgación de la Ley de Consulta Previa, solicitó información al Gobierno sobre los pueblos indígenas referenciados y la manera en que se ha actualizado y evaluado el uso de la base de datos oficial. En sus observaciones siguientes sobre este asunto, además de tomar nota de las disposiciones de la Ley de Consulta y del Reglamento relativas a la identificación de pueblos indígenas y de la resolución ministerial que crea la base de datos, la CEACR subrayó “la necesidad de que todas las comunidades indígenas estén cubiertas por el Convenio, independientemente de su denominación” e invitó “al Gobierno a indicar en su próxima memoria cuáles han sido los pueblos indígenas referenciados y la manera en que se ha actualizado y evaluado el uso de la base de datos oficial”¹²⁷.

Para reforzar lo anterior, cabe notar que existen normas que expresamente equiparan los derechos de los pueblos indígenas a las comunidades y rondas campesinas, además de pronunciamientos en el mismo sentido del Estado peruano, principalmente ante órganos internacionales. En efecto, el artículo 2. a) de la Ley 27811, “Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos”, promulgada el 24 de julio de 2002, contiene

¹²³ CEACR. Informe 2008/79^a reunión. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 2009, Perú, párrafo 2.

¹²⁴ CEACR. Observación de 2008/79^a reunión. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 2009, Perú, párrafo 4.

¹²⁵ CEACR. Observación de 2009/ 98^a reunión. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 2010, Perú, párrafo 4.

¹²⁶ CEACR, Observación de 2010/100^a reunión. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 2011, párrafo 10.

¹²⁷ CEACR. Observación de 2012/ 102^a reunión CIT. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 2013, párrafo 4.

una afirmación expresa de que este concepto incluye a “las comunidades campesinas y nativas”¹²⁸. Asimismo, el artículo 1 de la Ley de Rondas Campesinas dispone que “Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las rondas campesinas en lo que les corresponda y favorezca”.

El propio artículo 7 de la Ley de Consulta Previa establece que “las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en el presente artículo”. En similar sentido, el artículo 3, literal k) del Reglamento de dicha Ley dispone: “La población que vive organizada en comunidades campesinas y nativas podrá ser identificada como pueblos indígenas, o parte de ellos, conforme a dichos criterios”.

Igualmente, el Estado peruano ha reconocido de forma oficial ante la CEACR de la OIT que las comunidades campesinas y nativas constituyen pueblos indígenas siempre que reúnan los requisitos exigidos por el Convenio 169¹²⁹. En efecto, en sus observaciones de 2008 la Comisión de Expertos señaló que:

[...] toma nota que según el Gobierno las comunidades campesinas y las comunidades nativas están incluidas en el reconocimiento de sus derechos étnicos y culturales como colectividades similares a los pueblos indígenas, enfatizando los aspectos sociales, políticos y culturales. Esta afirmación parece ser positiva en el sentido de que confirma anteriores memorias del Gobierno y comentarios de la Comisión en el sentido de que las comunidades indígenas están cubiertas por el Convenio independientemente de su denominación. Sin embargo, parece haber diferencias en la aplicación del Convenio, especialmente en cuanto a su alcance. 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.

[...]La Comisión reitera que el concepto de pueblo es más amplio que el de comunidad y las engloba y que, cualquiera sea su denominación, no debe haber ninguna diferencia a efectos de la aplicación del Convenio, en la medida en que las comunidades denominadas nativas, campesinas u otras estén comprendidas en el artículo 1, párrafo 1, a) o b), del Convenio, en cuyo caso corresponde aplicarles por igual todas las disposiciones del Convenio¹³⁰.

No obstante ello, la posición ambivalente del Estado peruano se reflejó en observaciones posteriores de la CEACR. Así, en 2010, al referirse a un Proyecto de Ley Marco de los Pueblos Indígenas u Originarios del Perú que establecía una definición de pueblos indígenas u originarios con inclusión de las comunidades campesinas y nativas, la Comisión notó que:

¹²⁸ En concreto, dicho artículo a la letra dispone que: Para los efectos del presente dispositivo se entenderá por: a) Pueblos indígenas.- Son pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autorreconocen como tales. En éstos se incluye a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las comunidades campesinas y nativas. La denominación “indígenas” comprende y puede emplearse como sinónimo de e “originarios”, “tradicionales”, “étnicos”, “ancestrales”, “nativos” u otros vocablos. [...].

¹²⁹ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento*. IDL-Fundación Hanns Seidel. Lima: 2012. p. 159.

¹³⁰ CEACR. Informe 2008/79ª reunión. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 2009, Perú, párrafos 3-4.

[...] el Gobierno en su observación al proyecto de ley de consulta (oficio núm. 142-2010-DP/SCM) se opone a la inclusión de la comunidad campesina andina y costeña en la definición de los «pueblos indígenas» (observación núm. 6). A este respecto, la Comisión recuerda que en comentarios anteriores tomó nota de la información del Gobierno según la cual la Ley del Instituto Nacional de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (núm. 28495) se refiere en su artículo 2 a los pueblos andinos, pueblos amazónicos y pueblos afroperuanos y que las comunidades campesinas y las comunidades nativas están incluidas en el reconocimiento de sus derechos étnicos y culturales como colectividades similares a los pueblos indígenas, enfatizando los aspectos sociales, políticos y culturales, lo cual coincide con lo dispuesto en los artículos 89 y 149 de la Constitución de la República. La Comisión recuerda que en dicha ocasión subrayó la necesidad de que las comunidades indígenas estén cubiertas por el Convenio, independientemente de su denominación[...] ¹³¹.

En conclusión, e intentando responder a la pregunta planteada en esta sección, una comunidad o ronda campesina puede ser protegida bajo la categoría de pueblo indígena si se encuentran presentes los aspectos subjetivo y objetivo para su identificación. De hecho, como se ha advertido en las líneas precedentes, así lo reconocen algunas normas internas, incluso aquellas que implementan el derecho a la consulta, y pronunciamientos del Estado peruano.

2.2.2 La Ley de Consulta Previa: ¿reconocimiento de derechos para algunos pueblos?

Ahora bien, el desarrollo de instrumentos en el Derecho internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas adoptados por el Estado peruano y la subsecuente adaptación del ordenamiento interno a tales normas internacionales, ha generado la incorporación del sujeto “pueblo” a nivel jurídico, principalmente con la aprobación de la Ley de Consulta Previa. En efecto, la Ley 29785, “Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, promulgada por el Presidente Ollanta Humala el 6 de septiembre de 2011, y en vigor desde el 7 de diciembre del 2011, introdujo una nueva definición de pueblos indígenas, pasando a ser la norma con mayores criterios para su identificación. Estar dentro de esta definición no tiene poca importancia, pues abre la puerta al ejercicio de un derecho que permite participar, ser informado, ser escuchado antes de la adopción de una medida que pueda afectar los derechos de un colectivo, posibilidad antes inexistente en el Perú.

Puede advertirse que este reconocimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios ha llevado a dos procesos en tensión. De un lado, en la implementación de este derecho se observa una tendencia a adoptar criterios de identificación restrictivos que tendrían un efecto de dejar fuera a ciertos colectivos, alejándose de los criterios internacionales. De otro lado, las comunidades y rondas campesinas, así como sus organizaciones están retomando el concepto pueblo, reivindicando su identidad indígena y su titularidad del derecho a la consulta.

¹³¹ CEACR. Observación de 2009/ 98ª reunión. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 2010, Perú.

En cuanto a lo primero, se observa que ya en el texto de la ley se encuentran algunas diferencias. Su artículo 7 establece lo siguiente:

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

- a) Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.
- b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.
- c) Instituciones sociales y costumbres propias.
- d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.

El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria. Las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en el presente artículo. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos.

Como advierte Ruiz Molleda, si se compara esta disposición con el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, se puede “concluir que estamos ante una desnaturalización de los criterios para identificar a los pueblos indígenas”, en tanto la Ley bajo comentario incluye mayores y más estrictos requisitos que el Convenio. En efecto, en el literal a) se requiere una descendencia “directa”, lo que está ausente en el artículo 1.b) del Convenio. El segundo punto de preocupación, siguiendo a Ruiz Molleda, se encuentra en que el inciso b) del artículo 7 de la Ley se refiere a la existencia de “vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan”, por lo que en caso no sea posible demostrar ese vínculo, sobre todo ante comunidades expulsadas de sus territorios, existe un riesgo de encontrarse excluidas de la categoría.

La Ley omite referirse a que pueden conservarse “parte de” y no todas las propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, como dispone el Convenio. Es importante destacar en este punto que resulta preocupante que se pretenda exigir que los pueblos indígenas permanezcan “intactos y congelados en el tiempo, negando lo que es evidente, que estos pueblos evolucionan, que dialogan e interactúan con otros pueblos, en ejercicio de su derecho a la libre determinación”¹³². En similar sentido, la CIDH ha señalado que si bien un elemento clave para la determinación de cuándo un determinado grupo se puede considerar como indígena es la continuidad histórica de su presencia en un determinado territorio, y su vinculación ancestral con las sociedades que preexistían a un período de colonización o conquista, ello no implica que los pueblos indígenas sean sociedades estáticas que permanecen idénticas a través del tiempo.

Por el contrario, en tanto colectividades humanas, los pueblos indígenas y tribales tienen su propia trayectoria social, que se adapta al cambio de los tiempos, manteniendo en todo o en parte el legado cultural de sus ancestros. Las culturas indígenas evolucionan con el tiempo. Las

¹³² RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento*. IDL-Fundación Hanns Seidel. Lima: 2012. pp. 142-143.

comunidades indígenas del presente son descendientes de los habitantes de la América precolombina; en el transcurso de los siglos han atravesado por historias particulares que han conformado sus estructuras sociales distintivas, su espiritualidad y sus prácticas rituales, su lengua, su arte, su folklore, su memoria y su identidad – en suma, su cultura. Con base en esa historia individual y dinámica es que se construye la relación de cada pueblo y comunidad indígena con su territorio, relación de la que surge su subsistencia física y cultural, y a la cual el derecho internacional ha otorgado un nivel privilegiado de protección.

La historia de los pueblos indígenas y sus adaptaciones culturales a lo largo del tiempo, en tanto elementos constitutivos de su configuración estructural contemporánea, son consistentes con la preservación de una relación fundamental con su territorio, protegida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹³³.

Por su parte, el artículo 3, literal k) del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, adoptado mediante Decreto Supremo No. 001-2012-MC del 3 de abril de 2012, contiene una definición similar a la dispuesta en el Convenio 169 de la OIT; incorpora expresamente la obligación de interpretar los criterios del artículo 7 de la Ley de Consulta a la luz de dicho Convenio internacional; y dispone, siguiendo los parámetros internacionales ya referidos, que “[l]as denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas no alteran su naturaleza, ni sus derechos colectivos”¹³⁴.

No obstante, las mayores dificultades se presentaron con la implementación de “la base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas” que, según dispuso la Ley de Consulta, estaría a cargo del “órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo”, esto es, el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura¹³⁵. Según el Reglamento de la Ley, esta base de datos “constituye un instrumento de acceso público y gratuito, que sirve para el proceso de identificación de los pueblos indígenas” y “[n]o tiene carácter constitutivo de derechos”.

Para implementar esta tarea, mediante Resolución Ministerial N° 202-2012-MC se aprobó la Directiva N° 03-2012/MC “Directiva que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios”, la cual no fue objeto de un proceso de consulta conforme a las obligaciones nacionales e internacionales del Estado peruano, hecho que generó la oposición de parte de las organizaciones indígenas, principalmente las que forman parte del Pacto de Unidad¹³⁶. Además de haber sido aprobado de modo inconsulto, su texto resulta contrario a lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, el propio artículo 7 de la Ley de Consulta y el artículo 3, literal k) del Reglamento.

En efecto, incluye requisitos adicionales y conceptos ajenos a la normativa nacional e internacional para la identificación de pueblos indígenas en la base de datos oficial que se pueden resumir en que (i) la

¹³³ CIDH, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales – Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos”, 2010, párr. 35.

¹³⁴ Reglamento de la Ley de Consulta Previa. Decreto Supremo No. 001-2012-MC del 3 de abril de 2012.

¹³⁵ Conforme a la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley de Consulta Previa.

¹³⁶ Las organizaciones indígenas agrupadas en el Pacto de Unidad son la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (Aidesepe), Confederación Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería (Conacami), Confederación Nacional Agraria del Perú (CNA) y Organización de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú (Onamiap).

Directiva hace alusión a la auto identificación de indígenas como individuos, mientras que según el Convenio 169 de la OIT ésta se refiere a los pueblos¹³⁷; (ii) la permanencia en el territorio no es un requisito exigido por el Convenio 169 de la OIT y sí por la Directiva¹³⁸; y (iii) el requisito de mantener la lengua indígena, que se incluye en la Directiva, no está en el Convenio 169 de la OIT¹³⁹.

Además de estas dificultades en el propio texto de la Directiva su aplicación práctica ha supuesto una gran resistencia a la inclusión de comunidades y rondas campesinas, llevando a que, como se mencionó anteriormente, el Presidente de la República afirme públicamente que las comunidades indígenas con derecho a la consulta se encuentran en la selva, y no en la costa y sierra, atendiendo únicamente a su ubicación geográfica, criterio que es claramente ajeno a los estándares internacionales¹⁴⁰.

Luego de varios meses de elaboración, cambios en las autoridades a cargo del gabinete y negativa de darla a conocer, el 25 de octubre de 2013 el Ministerio de Cultura anunció el inicio de la publicación de la “Base de Datos de los Pueblos Indígenas”¹⁴¹. La tarea no era sencilla, pues hasta entonces el registro de comunidades de finales del siglo XX, indicaba que existían 5.680 comunidades reconocidas y con títulos de propiedad¹⁴². En cuanto a la información sobre el número de personas que se identifican como indígenas en el Perú, los últimos censos no se han dirigido a recoger información sobre la pertenencia étnica de la población¹⁴³. Hay un gran vacío de información, tanto a nivel colectivo como individual.

¹³⁷ La disposición 7.1.4 de la Directiva señala que “el criterio subjetivo se refiere a la autodeterminación de las personas que forman parte de un colectivo humano como pertenecientes a un pueblo indígena u originario del territorio nacional”.

¹³⁸ La disposición 7.1.3 de la Directiva señala que “Los criterios objetivos incluyen lo siguiente: “continuidad histórica’, es decir, permanencia en el territorio nacional desde tiempos previos al establecimiento del Estado; ‘conexión territorial’, entendida como la ocupación de una zona del país por parte de los ancestros de las poblaciones referidas”; y la disposición 7.1.5 establece que: “La Base de Datos incorpora como elementos objetivos para el reconocimiento de un pueblo indígena los siguientes: [...] y tierras comunales de pueblos indígenas, que establecen la existencia de conexión territorial. Ambos elementos, en conjunto, dan cuenta de ‘continuidad histórica’ desde tiempos anteriores al establecimiento del estado.”

¹³⁹ La disposición 7.1.5 de la Directiva dispone que “La Base de Datos incorpora como elementos objetivos para el reconocimiento de un pueblo indígena los siguientes: lengua indígena, en tanto constituye una de las principales instituciones sociales y culturales de todo pueblo; y tierras comunales de pueblos indígenas, que establecen la existencia de conexión territorial. Ambos elementos, en conjunto, dan cuenta de ‘continuidad histórica’ desde tiempos anteriores al establecimiento del estado”.

¹⁴⁰ Nota titulada “Perú: Ollanta y su particular visión del derecho a la consulta previa”. 13 de junio de 2012 Disponible en: <http://servindi.org/actualidad/66223>. Nota titulada “Ollanta reitera que espíritu de Ley de Consulta es darle voz solo a comunidades nativas”. 29 de abril de 2013. Disponible en: <http://servindi.org/actualidad/86489>. Asimismo, presuntamente la renuncia del ex Viceministro de Interculturalidad, Iván Lanegra, durante cuyo mandato se había realizado la consulta del Reglamento de la Ley y otros avances sobre la materia, habría respondido a la falta de apoyo del Poder Ejecutivo para incluir en la base de datos a las comunidades indígenas en la sierra.

¹⁴¹ Ministerio de Cultura. *Comunicado: Ministerio de Cultura inicia la publicación de la Base de Datos de los Pueblos Indígenas u Originarios*. 25 de octubre de 2013. <http://www.cultura.gob.pe/comunicacion/noticia/comunicado-ministerio-de-cultura-inicia-la-publicacion-de-la-base-de-datos-de>.

¹⁴² ECHAVE, José de; Mario PALACIOS y Raphael HOETMER. *Minería y territorio en el Perú: Conflictos, resistencias y propuestas en tiempos de globalización*. Lima. junio de 2009. p. 14.

¹⁴³ En efecto, en el Censo de Población y Vivienda 2007 del INEI, la única forma que se tiene para identificar a la población indígena es la lengua materna. Literalmente, la pregunta señala: «9.El idioma o lengua con el que aprendió a hablar fue: (Lea cada alternativa y circule sólo un número». A continuación, presentan siete alternativas: quechua, aymara, asháninka, otra lengua nativa (especifique), castellano, idioma extranjero, es sordomudo. El inconveniente de usar solamente este criterio es que debido a la discriminación y exclusión que los pueblos indígenas han sufrido, es posible que ya no hablen su lengua originaria. Por otro lado, la pregunta correspondiente al criterio subjetivo de autoidentificación solo aparece en el Censo Nacional Agropecuario (en la ficha para comunidades nativas y campesinas) y encuestas como en ENAHO, ENDES y ENCO. De hecho, Perú es el único país en Latinoamérica que todavía no incluye en el Censo la pregunta de autoidentificación. Lamentablemente, los instrumentos que sí lo hacen, como los mencionados anteriormente, no se han aplicado para toda la población.

La base de datos publicada contiene una lista de 52 pueblos -4 de ellos andinos- con información sobre su denominación oficial y auto denominaciones de los propios pueblos; información cultural y étnica relevante; referencias geográficas e instituciones u organizaciones representativas de nivel comunal. Según el comunicado emitido por dicho Ministerio con ocasión de la publicación, la información que contiene es “referencial, perfectible y de actualización permanente” y servirá como “instrumento referencial permitirá al Estado avanzar en el diseño de políticas públicas destinadas a acortar las brechas existentes entre los ciudadanos indígenas y el resto de la sociedad nacional”¹⁴⁴.

La publicación de la base datos y su considerara como fuente “referencial” pueden ser vistos positivamente en un escenario en que la legislación que implementa el derecho a la consulta contiene requisitos adicionales y más estrictos a los establecidos en el ámbito internacional. Cabe notar que, como se advirtió anteriormente, en el Derecho internacional de los derechos humanos, los pueblos o comunidades indígenas no requieren estar registrados o reconocidos por el Estado, para ser titulares y ejercer sus derechos. No resulta compatible con ello que cualquier aspecto del proceso de consulta y consentimiento, se condicione al reconocimiento del pueblo o comunidad indígena respectivo mediante un registro oficial, base de datos u otro similar.

Ahora bien, derivado del reconocimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, -alimentado quizás por la advertida tendencia restrictiva de su aplicación- las comunidades y rondas campesinas y sus organizaciones están retomando el concepto de pueblo para reivindicar su identidad indígena y en consecuencia, su titularidad del derecho a la consulta. Excede al objetivo de esta investigación recoger estas expresiones, pero publicaciones recientes advierten este proceso. En particular, en un texto publicado en 2012, Alejandro Diez parte de pensar a las comunidades campesinas en forma dinámica, como comunidades que “se redefinen a sí mismas, se adaptan y como consecuencia se transforman al mismo tiempo que permanecen”. Sostiene el autor que se presentan procesos de redescubrimiento de identidades étnicas vinculados al aparato legal internacional que “ha construido un contexto y una serie de procesos que instigan y seducen a los pueblos rurales y las comunidades a adscribirse a nuevas identidades que les posibilitan acceder a derechos ciudadanos o a derechos de exclusividad”¹⁴⁵. Advierte también que hay casos en que se trata de la simple adopción de discursos por cuestiones estratégicas que en realidad no llegan a afectar identidades.

En suma, resulta innegable el gran avance que implica la Ley de Consulta Previa en el Perú y su

¹⁴⁴ Ministerio de Cultura. *Comunicado: Ministerio de Cultura inicia la publicación de la Base de Datos de los Pueblos Indígenas u Originarios*. 25 de octubre de 2013. <http://www.cultura.gob.pe/comunicacion/noticia/comunicado-ministerio-de-cultura-inicia-la-publicacion-de-la-base-de-datos-de>. El 8 de noviembre de 2013 se publicó información adicional sobre los pueblos pertenecientes a las familias lingüísticas tucano y cahuapana. Ministerio de Cultura. *Comunicado: Nueva información para la Base de Datos de Pueblos Indígenas*. 8 de noviembre de 2013. Disponible en: <http://www.cultura.gob.pe/comunicacion/noticia/comunicado-nueva-informacion-para-la-base-de-datos-de-pueblos-indigenas>.

¹⁴⁵ DIEZ, Alejandro. (2012). *Nuevos retos y nuevos recursos para las comunidades campesinas*. En: Tensiones y transformaciones en comunidades campesinas. Lima: Cisepa-PUCP.

reglamentación. Se trata de una redefinición de la relación de los pueblos indígenas en la estructura del Estado que se vincula a una concepción particular de Estado democrático, participativo, pluralista, reivindicativo de la diversidad cultural, que puede traer consigo procesos de repensamiento o replanteamiento de identidades. Resulta entonces crucial que su aplicación, se aleje de criterios restrictivos, formalistas o literales, y busque más bien recoger la inmensa diversidad y particularidad social que caracteriza a nuestro país. De este modo, vale decir que una comunidad o ronda campesina que reúna los elementos de un pueblo indígena tendrá entonces derecho a la consulta previa. Dependiendo de cómo sea llevado a la práctica, el derecho a la consulta puede consolidarse en la oportunidad histórica de que el Perú sea -no solo en el texto constitucional- un Estado que reconozca y proteja la pluralidad étnica y cultural; o si se opta por aproximaciones restrictivas, puede ser un capítulo más de nuestra larga historia de exclusión.

2.3. En busca de respuestas para las comunidades y rondas campesinas afectadas por el proyecto Conga

En esta sección, intentaré notar que en el caso de las comunidades y rondas campesinas afectadas por el proyecto Conga, se evidencia cierta conciencia de pertenencia de un colectivo distinto a la sociedad mayoritaria y de descendencia de pueblos anteriores a la existencia del Estado peruano, elemento decisivo de identificación de acuerdo a los instrumentos y órganos internacionales. Se notará también que existe información que sugiere que estas comunidades mantienen, aunque de modo parcial, algunas instituciones propias y distintivas. Por limitaciones materiales y temporales, no se ha desarrollado trabajo de campo en la zona para la presente investigación. Es por ello que el objetivo con relación a las comunidades afectadas pretende limitarse a recoger, a partir de la información disponible, diversos aspectos que sugieren la necesidad de haber considerado que las comunidades afectadas pueden calificarse como indígenas. Ello permitirá identificar *prima facie* estos elementos y advertir que una revisión del estudio de impacto ambiental en base al cual se aprobó el proyecto, evidencia que los aspectos sociales y culturales de los colectivos afectados no fueron tomados en cuenta.

Las comunidades y rondas campesinas afectadas por el proyecto se encuentran distribuidas en 210 centros poblados en los distritos de Huasmín, Sorochuco, de la provincia de Celendín; la Encañada de la provincia de Cajamarca; y la provincia de Hualgayoc-Bambamarca. De ellas, aproximadamente 69 comunidades se encuentran cerca de los doce cuerpos de agua que serían impactados directamente por el proyecto Conga en las provincias de Hualgayoc-Bambamarca y Celendín. Hay además otras comunidades de tales provincias, así como de la Provincia de Cajamarca, que serían impactadas indirectamente.

La información disponible sugiere que dentro de la zona afectada por el proyecto existen comunidades

campesinas reconocidas, como la de San Juan de Huangashanga en el Distrito de Huasmín, Provincia Celendín, y la Comunidad Campesina Sorochuco, en el Distrito Sorochuco, Celendín. La gran mayoría de las comunidades en la zona afectada se organizan en rondas campesinas¹⁴⁶. Estas comunidades se encuentran ubicadas entre los 800 y 4000 metros de altura sobre el nivel del mar, en los valles interandinos de la sierra norte del Perú. La actividad económica que desarrollan es mayoritariamente la agricultura y ganadería, las que son reconocidas en el EIA del proyecto como actividades principales de la región.

Por su parte, como se señaló anteriormente, el EIA del proyecto identifica 11 caseríos en el área de influencia directa¹⁴⁷ y 21 de influencia indirecta del proyecto¹⁴⁸. Según indica el mismo documento, el “área de influencia” se determinó en base al componente ambiental de mayor relevancia, esto es, el agua (superficial y subterránea)¹⁴⁹, con lo cual es posible notar la insuficiencia del criterio utilizado para definir el número de comunidades afectadas. Sobre estos 32 caseríos identificados, se realizó un estudio de Línea Base Social con el fin de “brindar información relevante para el Análisis del Impacto Socioeconómico del proyecto”. Como se observa en el siguiente párrafo, esta línea de base consideró indicadores y fuentes que no reflejan la consideración del aspecto sociocultural ni tampoco su inclusión en el análisis de impacto del proyecto. Ciertamente, la línea de base

[...]presenta los principales indicadores sobre la demografía, salud, educación, ingresos, gastos, actividades económicas, pobreza y de percepciones en las diferentes áreas de estudio. Para ello, se ha utilizado información recogida de fuentes primarias, como el Censo de Hogares y Vivienda en el área de estudio específico (32 caseríos) realizado por el Instituto de Estadística e Informática (INEI) en el año 2009, y secundarias, proveniente de dos tipos de fuentes: oficiales como el INEI, MINEDU y MINSA; y estudios previos realizados por consultores externos como Apoyo Consultoría a través de IPSOS Apoyo Opinión y Mercado (2007), SASE Consultores (2008) y la Pontificia Universidad Católica del Perú (2006)¹⁵⁰.

En el estudio la población afectada se califica como caseríos, sin hacer alusión a sus formas propias de organización como las rondas campesinas, relacionamiento con la tierra y el medio ambiente, patrones culturales, ni tampoco se hace mención a aquellas inscritas como comunidades campesinas. Sumado a ello, un dato que revela la ausencia de esta perspectiva en el proyecto es la lista de especialistas que elaboraron el estudio -biólogos e ingenieros de diversas especialidades-, entre los cuales no se

¹⁴⁶ Se cuenta con información de las rondas campesinas de Vista Aleqre, Tupac Amaru, Número Ocho, El Lirio, Huasmín, Meléndez, Tingo, Pampa Verde, Laqunas, Juan Velasco, Chuqur, Sorochuco; en la Encañada, está la ronda campesina de Salacat, en Hualgayoc – Bambamarca, La Lumbre, El Tambo, Yaucan, Quengo Río, Chuqur.

¹⁴⁷ En concreto, según el EIA, tales comunidades son: Agua Blanca, Chugurmayo, El Porvenir de la Encañada, Huasiyuc Jadibamba, Lagunas de Combayo, Namococha, Piedra Redonda Amaro, Quengorío Alto, Quengorío Bajo, San Nicolás y Santa Rosa de Huasmín. Minera Yanacocha S.R.L. *Proyecto Conga: Estudio de Impacto Ambiental*. Febrero 2010. p. RE-15.

¹⁴⁸ Según el EIA, tales comunidades serían: Alto N° 8, Bajo Coñicorgue, Chilac N° 8, Cruz Pampa, El Alumbre, El Lirio, El Tingo, El Valle, Faro Bajo, Huangashanga, Jadibamba Baja, Jerez – Shihuat, La Chorrera, Quinuapampa, San José de Pampa Verde, San Juan de Hierba Buena, Shanipata, Tablacucho, Uñigán Lirio, Uñigán Pululo, Yerba Buena Chica; en los Distritos de Sorochuco, La Encañada y Huasmín; Provincias de Celendín y Cajamarca. Minera Yanacocha S.R.L. *Proyecto Conga: Estudio de Impacto Ambiental*. Febrero 2010. p. RE-16.

¹⁴⁹ Minera Yanacocha S.R.L. *Proyecto Conga: Estudio de Impacto Ambiental. Resumen Ejecutivo*. Febrero 2010. Figura 3. Disponible en: <http://www.yanacocha.com.pe/operaciones/proyecto-conga/>.

¹⁵⁰ Minera Yanacocha S.R.L. *Proyecto Conga: Estudio de Impacto Ambiental. Resumen Ejecutivo*. Febrero 2010. Figura 3. Disponible en: <http://www.yanacocha.com.pe/operaciones/proyecto-conga/>. p. 3-504.

encuentran perfiles afines a la sociología, antropología o historia¹⁵¹.

A pesar de ello, en una entrevista realizada al ex Viceministro de Interculturalidad Iván Lanegra en abril de 2012 en la que se le preguntó sobre la posibilidad de que el proyecto Conga sea sometido a consulta, lejos de negar que las comunidades afectadas sean titulares de este derecho, sugiere que no corresponde aplicar un proceso de consulta en tanto el EIA fue aprobado antes de la vigencia de la Ley de Consulta. Agregó que “[e]s evidente que la autoridad ha considerado que no hay ninguna afectación directa a un derecho colectivo de un pueblo indígena”¹⁵². No obstante, como se notó, ello no se evidencia en modo alguno de la revisión de dicho documento. Sin embargo, el estudio de impacto ambiental fue aprobado por la DGAAM del Ministerio de Energía y Minas mediante Resolución Directoral No. 351-2010-MEM-AAM del 27 de octubre de 2010.

A pesar de ser invisible en el EIA toda consideración sociocultural de las comunidades y rondas afectadas, la información al alcance sugiere elementos que manifiestan que en el proceso de aprobación debió tenerse en cuenta la posibilidad de encontrarse frente a colectivos que pueden caer bajo la protección de la categoría de “pueblos indígenas”. El elemento más claro es sin duda la información de existir en la zona al menos algunos colectivos inscritos como comunidades campesinas. Si bien como señalamos, no se requiere un reconocimiento oficial para ser protegidas bajo la categoría de pueblo indígena, es claro que si estamos frente a comunidades campesinas reconocidas hay una presunción, incluso legal, de ser aplicable esta categoría.

Adicionalmente, se pueden notar expresiones de conciencia de pertenencia a un colectivo, descendiente de pueblos anteriores a la existencia del Estado que se han revelado con más claridad en el proceso de oposición al proyecto, en el que las autoridades de las rondas campesinas han presentado a las respectivas comunidades como “pueblos originarios”, tanto de cara a mecanismos internacionales como a nivel interno. Así por ejemplo, la información pública indica que fue presentada ante la CIDH una petición de los “Pueblos Indígenas de Cajamarca y sus Líderes” por la aprobación sin consulta del proyecto Conga¹⁵³. Igualmente, se presentó información sobre el impacto del proyecto ante la CEACR, esto es, el órgano que evalúa el cumplimiento del Convenio 169, aplicable como vimos a pueblos indígenas. En virtud a ello, la CEACR en sus observaciones de 2012 relativas a Perú, solicitó “al Gobierno que en su próxima memoria incluya informaciones detalladas sobre las medidas adoptadas para asegurar el respeto del Convenio, y en particular de su artículo 15 [referido a los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales], en las situaciones identificadas en sus comentarios anteriores y en los casos presentados por los interlocutores sociales y las organizaciones indígenas

¹⁵¹ Minera Yanacocha S.R.L. *Proyecto Conga: Estudio de Impacto Ambiental*. Febrero 2010. pp. 12-1 y 12-2.

¹⁵² Entrevista realizada al ex Viceministro de Interculturalidad Iván Lanegra el 13 de abril de 2012. Diario Gestión. Disponible en: <http://gestion.pe/2012/04/13/economia/ivan-lanegra-proyectos-aprobados-están-libres-consulta-previa-2000262>.

¹⁵³ Esta referencia fue obtenida del informe realizado por Bartolomé Clavero. CLAVERO, Bartolomé. *Informe sobre visita a Cajamarca a propósito del caso Conga*. 16 de marzo de 2013. p. 2.

[entre ellos el proyecto Conga]¹⁵⁴.

Otra de las manifestaciones de esa identificación, se encuentra en un informe elaborado en marzo de 2013 por Bartolomé Clavero –ex miembro para el Foro Permanente de la ONU para Cuestiones Indígenas y especialista en derecho indígena- a partir de una visita a Cajamarca, realizada con el objetivo de “recabar información y recibir testimonios sobre el Caso Conga [...] a fin de que el informe consiguiente pueda presentarse ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como *amicus curiae* respecto a la Petición 452-12-Perú, Pueblos Indígenas de Cajamarca y sus Líderes”. En dicha ocasión, la Central Única Nacional de Rondas Campesinas (CUNARC) emitió una declaración en la que señaló: “Las delegaciones de la región Cajamarca se identificaron como pueblos originarios, campesinos y ronderos herederos de los pueblos indígenas Caxamarcas, Coremarcas y Chachapoyas; que actualmente se dedican principalmente a la agricultura, ganadería, artesanía, pesca artesanal, trueque-comercio”¹⁵⁵.

A ello se suman los pronunciamientos y actividades de dicha organización que dan cuenta de un proceso de reflexión como “pueblos originarios” y de su reivindicación de la titularidad del derecho a la consulta previa. Solo por mencionar un ejemplo reciente, este fue el tema central del Primer Congreso Estatutario Nacional de la CUNARC, realizado en octubre de 2013, en el que se analizó la “identidad como pueblos originarios” y la “nueva relación con el Estado”, vinculada a la “libre determinación, participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado”¹⁵⁶. Se puede pensar entonces que se ve aquí una manifestación del anotado proceso de reidentificación con lo indígena en el Perú.

De otro lado se pueden advertir la permanencia de ciertos elementos culturales, sociales y económicos tradicionales presentes en estas comunidades y que no han sido tomados en cuenta. Una de las manifestaciones más relevantes pueden ser las mismas rondas campesinas, como modo de organización distinta, con patrones propios como su forma de rotación en el servicio comunitario, asociada al principio cultural de la reciprocidad indígena¹⁵⁷. Al respecto, la Defensoría del Pueblo ha señalado que: “Tanto las rondas de comunidades de campesinos parceleros habitantes de caseríos o centros poblados, como las de comunidades campesinas con propiedad comunal de la tierra, expresan una identidad comunal de las personas que las integran, controlan efectivamente un territorio y actúan conforme a normas jurídicas”¹⁵⁸. Continúa indicando que la fuente de la norma “suele ser la costumbre,

¹⁵⁴ CEACR. Informe 2012/102ª reunión. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 2013, Perú. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3076341.

¹⁵⁵ CUNARC. *Resultados preliminares de la misión internacional*. 11 de marzo de 2013.

¹⁵⁶ Véase http://cunarcperu.org/index.php?option=com_content&view=article&id=595:congreso-estatutario-nacional-de-la-cunarc&catid=1:latest-news&Itemid=1.

¹⁵⁷ CLAVERO, Bartolomé. *Informe sobre visita a Cajamarca a propósito del caso Conga*. 16 de marzo de 2013. p. 2.

¹⁵⁸ CEACR. Informe 2008/79ª reunión. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 2009, Perú, párrafo 2.

pudiendo mostrarse en la mayoría de los casos una práctica constante desde cierto momento en la historia colectiva, con conciencia de obligatoriedad y respaldo de una fuerza pública en la comunidad”¹⁵⁹.

Además, puede ser útil para ello hacer mención a la referida declaración de las rondas campesinas de Cajamarca del 11 de marzo de 2013, en la que afirman:

Las rondas campesinas y comunidades campesinas de esta región reconocen que en la actualidad conservan como instituciones propias de su derecho consuetudinario; la medicina andina; el curanderismo; los pararaycos; las danzas; los cantos; los carnavales; las bandas típicas; la cashua; el pago a la tierra, al agua y a los apus; rendir homenaje a los muertos; chacchar coca; las mincas; las faenas comunales; la olla común para la alimentación; el landaruto; el bota tuto; el colorido del vestido; el uso del sombrero; las fases de la luna y el sol para la siembra, entre otras¹⁶⁰.

Como afirma Clavero, estos elementos expresan “algún grado de relación con derecho pre-estatal e incluso precolonial, aunque sea mínimo por los efectos destructores de la presión del colonialismo y del Estado, o de que se encuentra en proceso de recuperación, como la misma jurisdicción comunitaria de las Rondas actualmente testimonia”¹⁶¹. A partir de lo anterior es posible identificar *prima facie* y con las limitaciones de información existentes, elementos para entender que pueden tratarse de colectivos protegidos como pueblos indígenas. Determinar con precisión la presencia de tales instituciones requiere sin duda un estudio de campo, técnicamente adecuado, el cual debió ser realizado con anterioridad a la aprobación del proyecto. En su lugar, fue aprobado un estudio de impacto ambiental en el que están totalmente ajenos los aspectos sociales y culturales de los colectivos afectados.

Lo anterior pone en evidencia la necesidad de que el Estado peruano adopte medidas para que en la implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión o para el otorgamiento de concesiones extractivas en territorios indígenas, los órganos estatales involucrados se planteen si estamos frente a una cultura distinta a la predominante que puede ser protegida bajo la categoría de pueblos indígenas. De este modo, es necesario que un momento inicial del proceso de otorgamiento de concesiones, se asegure la realización de estudios de impacto socio ambiental que tengan en cuenta, entre otros elementos, la existencia de pruebas de ocupación o utilización históricas por parte de las comunidades; el desarrollo de prácticas tradicionales de subsistencia, rituales o de sanación; la toponimia de la zona en el lenguaje de la comunidad; estudios y documentación técnicos; así como dictámenes especializados sobre la forma de vida de la comunidad; entre otros. Retomando una idea ya planteada, es clave que estos estudios no se detengan en la existencia o ausencia de un reconocimiento formal. Ello es consecuente con las obligaciones del Estado sobre el derecho a la consulta previa que serán

¹⁵⁹ CEACR. Informe 2008/79^a reunión. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 2009, Perú, párrafo 2.

¹⁶⁰ CUNARC. *Resultados preliminares de la misión internacional*. 11 de marzo de 2013.

¹⁶¹ CLAVERO, Bartolomé. *Informe sobre visita a Cajamarca a propósito del caso Conga*. 16 de marzo de 2013. p. 2.

desarrolladas en detalle en el siguiente capítulo, y con el reconocimiento constitucional de la pluralidad étnica y cultural de la Nación.



CAPÍTULO III: EL CASO CONGA Y LA ACTUACIÓN DEL ESTADO PERUANO BAJO LOS ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

No es novedad que gran parte de los llamados “conflictos sociales” tengan como protagonistas a pueblos indígenas u originarios, y comunidades campesinas. La falta de reconocimiento de sus derechos y atención oportuna a sus reclamos, así como el desinterés mostrado por las autoridades nacionales, han hecho que algunas de estas situaciones desencadenen episodios de violencia que resultan lamentables, como lo es sin duda el sucedido en Bagua en el 2009 y lo que viene ocurriendo en Cajamarca con relación al proyecto minero Conga. Frente a tal escenario, tiene particular relevancia para el Perú la puesta en práctica efectiva del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, en tanto mecanismo institucional que permite la participación de estos pueblos y comunidades en la toma de decisiones que puedan afectar sus derechos, en particular aquellos relativos a sus tierras y recursos naturales.

Hasta antes de la promulgación de la Ley de Consulta Previa, este derecho estaba lejos de constituir una garantía real en nuestro país. Ante la falta de legislación en la materia luego de más de quince años de ratificado el Convenio 169, fue el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) el que intentó llenar –aunque parcialmente- este vacío legal. Transcurrieron 17 años de ratificado el Convenio 169, para que el Congreso de la República aprobara, el 23 de agosto de 2011, la Ley de Consulta Previa, vigente desde el 7 de diciembre de 2011. Luego de un proceso de consulta –no exento de críticas y cuestionamientos- fue aprobado el Reglamento de la Ley N° 29785, mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MC del 2 de abril de 2012. De este modo, aunque parezca paradójico, el Perú se convirtió en uno de los países pioneros en legislar internamente el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en la región, lo que da cuenta de lo negativo de la situación de sus países vecinos. No obstante, como se advirtió en párrafos anteriores, su implementación no ha estado exenta de dificultades. Además de las relacionadas con la identificación de pueblos indígenas, existe un gran recelo de ciertos sectores -principalmente empresariales- por los costos e impactos negativos que puede tener en la inversión privada.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente capítulo me propongo analizar en primer lugar el desarrollo jurídico internacional sobre pueblos indígenas vinculante para el Perú, haciendo énfasis especialmente en los estándares establecidos por el sistema interamericano con relación a las obligaciones generales sobre el derecho a la propiedad indígena y a las obligaciones específicas para la implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión o para el otorgamiento de concesiones extractivas en territorios. Asimismo, dado que la exploración y explotación del proyecto Conga es previa a la adopción de la Ley de Consulta Previa, es importante destacar que el Estado peruano se encuentra obligado antes de su emisión al cumplimiento de obligaciones internacionales sobre la materia. El TC tiene un rol importante, particularmente por ser un proyecto que no cae en el ámbito temporal de las

normas sobre consulta, por lo que haré referencia, en segundo lugar, a sus principales decisiones sobre este asunto. El objetivo de estas secciones será, en suma, plantear los estándares internacionales e internos respecto de los cuáles analizaré en el segundo subcapítulo la concesión de exploración y explotación del proyecto minero Conga.

3.1. Obligaciones del Estado peruano frente a los pueblos indígenas

Como advierte Aylwin, puede decirse que el Derecho internacional sobre pueblos indígenas es nuevo, pues no hubo hasta hace poco un reconocimiento de los derechos indígenas en este ámbito, salvo por algunas convenciones de trabajadores indígenas adoptadas por la OIT en las primeras décadas del siglo XX y en 1957, un Convenio 107 sobre “poblaciones indígenas”, marcado por un carácter profundamente integracionista¹⁶². Es a partir de los años 80 que se abren espacios a nivel internacional y se adoptan instrumentos jurídicos a este nivel para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, en gran parte por la presión generada por los propios pueblos.

En efecto, en el marco de la ONU fue creado en 1982 el “Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas” dentro de la Sub Comisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías del Consejo Económico y Social (en adelante, ECOSOC), con la intención de fomentar el debate sobre los derechos indígenas y su reconocimiento internacional. Como afirma Stavenhagen, el principal producto de sus labores es el proyecto de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁶³, adoptada finalmente el 13 de septiembre de 2007 con el voto a favor de 144 Estados miembros, entre ellos el Perú. Posteriormente en el seno de la ONU se establecieron tres mecanismos relativos a derechos de los pueblos indígenas, como son el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas creado en 2007 por el Consejo de Derechos Humanos para proporcionarle asesoría sobre la materia; el Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, función encomendada a Rodolfo Stavenhagen entre 2001 y 2007, y a James Anaya de 2008 a 2013; y el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, órgano asesor del ECOSOC.

En cuanto a la OIT, el referido Convenio 107 fue reemplazado en 1989, por el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Como advierte Aylwin, el Convenio 169 es actualmente “el único instrumento jurídico obligatorio dedicado íntegramente a los pueblos indígenas”¹⁶⁴. En éste se reconocen derechos individuales y colectivos sobre aspectos políticos, económicos, sociales, culturales y territoriales. Para supervisar el cumplimiento de dicho tratado, se encuentran dos tipos de

¹⁶² AYLWIN, José. “Pueblos indígenas en el Derecho Internacional y comparado”. En: S. Pérez (comp.) *Pueblo Mapuche y Autogestión. Análisis y perspectivas en una sociedad pluricultural* (pp.119-128). Ediciones Escaparate. Santiago de Chile: 2000.

¹⁶³ STAVENHAGEN, Rodolfo. “Derecho internacional y derechos indígenas”. Conferencia inaugural. En: S. Pérez (comp.) *Pueblo Mapuche y Autogestión. Análisis y perspectivas en una sociedad pluricultural* (pp.119-128). Ediciones Escaparate. Santiago de Chile: 2000. p.22.

¹⁶⁴ AYLWIN, José. “Pueblos indígenas en el Derecho Internacional y comparado”. En: S. Pérez (comp.) *Pueblo Mapuche y Autogestión. Análisis y perspectivas en una sociedad pluricultural* (pp.119-128). Ediciones Escaparate. Santiago de Chile: 2000.

procedimientos; de un lado, está el procedimiento de control ordinario mediante el cual se exige a los Estado presentar un informe periódico examinado por la CEACR; y de otro, se encuentra el llamado control extraordinario, por el cual se permite la presentación de reclamaciones concretas, a través de una organización mandante, como puede ser un sindicato, ante el Consejo de Administración de la OIT. Ambos órganos, al evaluar el cumplimiento del Convenio 169, han hecho un desarrollo importante sobre su contenido y alcance.

En el ámbito del Sistema Interamericano, la situación de los pueblos indígenas ha sido de preocupación de la Comisión Interamericana desde hace varias décadas. Ya en el año 1972 en su resolución sobre “Protección Especial de las Poblaciones Indígenas-Medidas para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial”, la Comisión afirmó que “por razones históricas, principios morales y humanitarios, era un compromiso sagrado de los Estados proteger especialmente a las poblaciones indígenas”¹⁶⁵. A lo largo de los años, este compromiso –postulado en términos principalmente morales o políticos- ha ido dando paso a un conjunto de obligaciones jurídicas de los Estados con relación a los derechos de los pueblos indígenas, especialmente los referidos a los territorios ocupados históricamente. El interés de la CIDH en la situación de los pueblos indígenas y la voluntad de brindar un enfoque especial a sus derechos, fue materializado con la creación, en 1990, de la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual ha servido como herramienta fundamental de promoción del sistema interamericano para los pueblos indígenas y ha jugado un papel importante en el fortalecimiento del tratamiento de sus derechos por parte de la CIDH.

Si bien la CIDH se ha valido de los distintos mecanismos a través de los que ejerce sus funciones para proteger los derechos de los pueblos indígenas, como se verá en las líneas siguientes, ha sido en el sistema de peticiones y casos en que la Comisión y la Corte han desarrollado en mayor medida estándares con relación a estos derechos. El avance jurisprudencial de los órganos del sistema interamericano es de suma importancia considerando la inexistencia de un instrumento jurídico interamericano sobre la materia, dado que una de las grandes deudas con los pueblos indígenas del continente, sigue siendo la aprobación del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁶⁶.

Las peticiones que recibe el Sistema interamericano dan muestra de la anotada tensión existente actualmente entre los derechos y reivindicaciones de pueblos y comunidades indígenas a lo largo del continente, y la imposición o implementación de planes y proyectos de desarrollo, inversión o extracción

¹⁶⁵ Resolución sobre “La Protección Especial para Poblaciones Indígenas, acción para combatir el racismo y la discriminación racial”, citada en CIDH, Caso Yanomami, Informe 12/85, Informe Anual 1984-1985, párr. 8.

¹⁶⁶ En efecto, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA) en 1989 solicitó a la Comisión Interamericana la redacción de un instrumento jurídico respecto a los derechos de las “poblaciones” indígenas. Tras realizar una serie de consultas nacionales y regionales con organizaciones indígenas, expertos en la materia y gobiernos, en 1997 la CIDH aprobó el “Proyecto de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” y lo entregó a la Asamblea General de la OEA. No obstante transcurridos dieciséis años, a la fecha el texto no ha sido aprobado por los Estados miembros.

contrarios a sus derechos. Así por ejemplo, actualmente la CIDH tiene solo en admisibilidad y fondo cerca de 70 asuntos, referidos a una variedad de derechos de los pueblos indígenas, tanto individuales como colectivos, como derechos políticos y el derecho a la igualdad y no discriminación, pero un porcentaje muy alto corresponde a la protección de territorios ancestrales y recursos naturales, y a las obligaciones estatales correlativas. A diferencia de ello, en los años ochenta, las principales violaciones de derechos de los pueblos indígenas recibidas por la CIDH se relacionaban con masacres, detenciones arbitrarias o desapariciones forzadas, producidas en el contexto de dictaduras militares y conflictos armados existentes en el continente.

En el presente subcapítulo me centraré en visualizar ese reconocimiento y protección en el ámbito internacional con relación concretamente al derecho a la consulta de los pueblos indígenas, haciendo énfasis especial en el desarrollo del sistema interamericano, por ser la perspectiva adoptada en esta investigación. Esto con el objetivo de establecer el estándar desde el cual evaluar el actuar del Estado peruano con relación al proyecto minero Conga.

3.1.1. Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema interamericano: el derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado

En el marco del Sistema interamericano de derechos humanos, la CIDH ha señalado que el deber de los Estados miembros de la OEA de promover y proteger los derechos humanos emana de las obligaciones de derechos humanos recogidas en la Carta de la organización. Los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, ratificada por el Perú el 28 de julio de 1978, exigen explícitamente a los Estados partes “respetar” y “garantizar” el “libre y pleno ejercicio” de los derechos allí reconocidos, inclusive mediante la adopción de “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos”. El artículo 1.1 de la Convención Americana dispone que los Estados deben respetar y garantizar “a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”. Al respecto, la CIDH ha afirmado que todo Estado debe asegurar que los pueblos indígenas y sus miembros gocen efectivamente de todos los derechos humanos, en pie de igualdad con el resto de la población¹⁶⁷.

Por su parte, el artículo 2 de la Convención Americana impone a los Estados partes la obligación de adecuar su derecho interno a los estándares interamericanos, para asegurar el goce efectivo de los derechos que ésta consagra¹⁶⁸. Por ende, los Estados deben revisar sus leyes, procedimientos y prácticas para asegurar que los derechos de los pueblos sean definidos y determinados de conformidad

¹⁶⁷ CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.LV/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1072.

¹⁶⁸ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 100.

con los estándares interamericanos¹⁶⁹. En lo que se refiere al proceso de adecuación, los Estados tienen el deber de respetar el derecho de los pueblos indígenas a participar y a ser consultados sobre medidas susceptibles de afectarles.

Ahora bien, la CIDH y la Corte Interamericana han reconocido que los Estados deben adoptar medidas especiales y específicas destinadas a proteger, favorecer y mejorar el ejercicio de los derechos humanos por los pueblos indígenas y sus miembros. Tales medidas deben respetar su identidad social y cultural, costumbres, tradiciones e instituciones propias¹⁷⁰. En particular, la CIDH ha señalado que tales obligaciones específicas nacen de las condiciones de marginación y discriminación históricas que han sufrido, y del nivel especial de afectación que soportan por las violaciones de sus derechos humanos¹⁷¹. Aunado a ello, la CIDH también reconoce que las obligaciones específicas frente a los pueblos indígenas tienen fundamento en el derecho de tales pueblos a su libre determinación¹⁷² y autonomía¹⁷³, así como en el derecho que tienen a controlar sus propias instituciones¹⁷⁴ y a decidir sus propias prioridades de desarrollo¹⁷⁵.

Sin duda el ámbito que ha requerido mayor atención de los órganos del sistema interamericano es el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales y los recursos naturales que en ellos se encuentran. Ello pues, como han reconocido, “su goce efectivo implica no sólo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra”¹⁷⁶. En 1972, en el caso de las Comunidades Guahibos contra Colombia, la Comisión Interamericana señaló la obligación del Estado de defender las tierras indígenas¹⁷⁷. Algunos años después la Comisión fue más adelante con la resolución referida al pueblo Yanomami del noroeste de Brasil, mediante la cual recomendó delimitar y demarcar el Parque Yanomami¹⁷⁸. Como reconoce la Comisión en su informe sobre *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas* del año 2000:

¹⁶⁹ CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 173, Recomendaciones 1 y 2.

¹⁷⁰ CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. Doc. OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, Capítulo IX, párr. 13. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 63.

¹⁷¹ CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 49. CIDH, *Observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre su visita a Honduras realizada del 15 al 18 de mayo de 2010*. Doc. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, 3 de junio de 2010. Parr. 26, Recomendación No. 11.

¹⁷² Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Art. 3

¹⁷³ Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Art. 4

¹⁷⁴ Convenio N° 169 de la OIT. Quinto considerando del preámbulo

¹⁷⁵ Convenio N° 169 de la OIT. Art. 7

¹⁷⁶ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa v. Paraguay. En: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 120(c).

¹⁷⁷ CIDH. *Comunidades Guahibos Vs. Colombia*. Caso 1690. 1972. Sección II. e.

¹⁷⁸ CIDH. Informe Anual de la CIDH 1985, página 24 y ss.

Esta resolución fue doblemente importante porque confirmó que el sistema es capaz de procesar violaciones a derechos colectivos, como en el caso de la propiedad, vida, salud y bienestar del pueblo Yanomami. Era la primera vez que una resolución de un organismo intergubernamental solicitaba esa demarcación. La resolución cubría también aspectos de salud, educación e integración social¹⁷⁹.

En los años siguientes, la Comisión conoció varios casos relativos a derechos territoriales de comunidades indígenas, en los que propició encuentros favorables entre las partes¹⁸⁰ y el 4 de junio de 1998, sometió a la Corte Interamericana el primer caso referido al derecho a la propiedad de una comunidad indígena. Este caso, relativo a la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni de Nicaragua, abrió la puerta al posterior desarrollo en la materia. Posteriormente, la CIDH presentó ante la Corte otros cinco asuntos referidos a propiedad de pueblos indígenas y tribales que dieron lugar a las siguientes sentencias: *Comunidad Yakye Axa Vs. Paraguay*¹⁸¹, *Comunidad indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*¹⁸², *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname*¹⁸³, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*¹⁸⁴ y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*¹⁸⁵. A ello debemos sumar los asuntos resueltos por la CIDH con relación a Estados que no han ratificado la Convención Americana, como el caso de *Mary y Carrie Dann*, relativo a Estados Unidos¹⁸⁶ y el de las *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo* con relación a Belice¹⁸⁷.

A partir de estas decisiones, la Comisión y la Corte han desarrollado conjuntamente el contenido del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, encontrando en este derecho la vía más importante para el reconocimiento y protección del territorio ancestral y con ello, la protección de una serie de elementos vinculados a su cosmovisión, vida espiritual y forma de subsistencia tradicional. El artículo 21 de la Convención Americana¹⁸⁸ y el artículo XXIII de la Declaración Americana¹⁸⁹ han jugado

¹⁷⁹ CIDH. *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*. OEA/Ser.L/VII.108. Doc. 62. 20 octubre 2000.

¹⁸⁰ Haciendo uso del mecanismo de solución amistosa, la Comisión ejerció una tarea de direccionamiento para la concreción de acuerdos que permitan dar respuesta a la afectación a los derechos de los pueblos indígenas en la región. Por ejemplo, el 25 de marzo de 1998 se formalizó el primer acuerdo de solución amistosa que restablece derechos de propiedad a una comunidad indígena del hemisferio en virtud al sistema interamericano. Mediante dicho acuerdo, el Estado paraguayo se comprometió a adquirir casi 22.000 hectáreas para ser transferidas a las Comunidades Lamexay y Riochito, ambas del pueblo Enxet-Sanapaná en Paraguay, con lo cual se dio cierre al caso respectivo por reivindicación de tierras de ocupación ancestral. CIDH. *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*. OEA/Ser.L/VII.108. Doc. 62. 20 octubre 2000.

¹⁸¹ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

¹⁸² *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

¹⁸³ *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

¹⁸⁴ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

¹⁸⁵ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245

¹⁸⁶ CIDH. Informe N° 75/02 (Fondo). Caso 11.140. Mary y Carrie Dann (Estados Unidos). 27 de diciembre de 2002.

¹⁸⁷ CIDH. Informe N° 40/04 (Fondo). Caso 12.053. Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice) 12 de octubre 2004.

¹⁸⁸ El artículo 21 de la CADH a la letra dispone: "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".

¹⁸⁹ El artículo XXIII de la DADDH establece: "Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las

un rol determinante en las reivindicaciones de los pueblos indígenas de la región a partir del desarrollo hecho por la CIDH y la Corte Interamericana. Ello parte de reconocer que, como señala Stavenhagen, para la mayoría de pueblos indígenas en el mundo la tierra cumple un doble rol: constituye, en primer lugar, el sustento económico y en segundo, el espacio histórico, físico y espiritual con el cual determinado grupo construye su identidad y sobre el cual basa su propia existencia¹⁹⁰.

La relación especial entre los pueblos indígenas y sus territorios ha sido ampliamente reconocida. Según ha reiterado la CIDH, la preservación de la relación particular entre los pueblos indígenas y sus territorios se vincula con la existencia misma de estos pueblos¹⁹¹. La Corte Interamericana ha insistido en que “los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica”¹⁹². Dicha relación es fundamental tanto para la subsistencia material¹⁹³ como para la integridad cultural¹⁹⁴ de los pueblos indígenas.

Igualmente, la Corte Interamericana ha señalado que “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”¹⁹⁵; que “la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”¹⁹⁶. Ha afirmado además que “la garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus

necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.

¹⁹⁰ STAVENHAGEN, Rodolfo. *The Ethnic Question. Conflicts, Development and Human Rights*. Tokio: The United Nations University, 1990, p. 101.

¹⁹¹ CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 128.

¹⁹² Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 91. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149.

¹⁹³ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 120. CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 128.

¹⁹⁴ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 155. CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1054.

¹⁹⁵ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 124, 131. Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 85.

¹⁹⁶ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 135. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 118.

artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores”¹⁹⁷.

Tomando como premisa esta especial relación que guardan los pueblos indígenas con sus tierras ancestrales, la Corte Interamericana adoptó una interpretación evolutiva del artículo 21 de la Convención Americana, que se extiende más allá de la interpretación tradicional del derecho a la propiedad. Esta consideración se refleja desde la primera sentencia de la Corte sobre la materia. En efecto, el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, referido al derecho colectivo de propiedad de una comunidad indígena, su reconocimiento y protección por parte del Estado, fue oportunidad para que la Corte estableciera que:

Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención —que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos—, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.¹⁹⁸

En esta sentencia histórica la Corte se refirió a la importancia fundamental para la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas el reconocimiento del derecho colectivo a la propiedad de la tierra, expresando que “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”¹⁹⁹. La más directa consecuencia de esta interpretación derivó, como advierte Melo, en la superación de la “mirada individualista del derecho civil clásico de la propiedad privada y hace caber, en el artículo 21 de la Convención Americana la dimensión colectiva de la propiedad comunitaria indígena”.²⁰⁰ Al respecto, la Corte precisó en el caso *Sawhoyamaxa* que:

[L]os conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta “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 sólo 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.²⁰¹

¹⁹⁷ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 154.

¹⁹⁸ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Op. cit. párrafo 148.

¹⁹⁹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149.

²⁰⁰ MELO, Mario. “Últimos Avances en la Justiciabilidad de los Derechos Indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En: *Sur*, Revista Internacional de Derechos Humanos, Número 4, Año 3, 2006, p. 35.

²⁰¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Op. cit., párrafo 120.

Asimismo, a partir de la interpretación dada al artículo 21 de la Convención, la Corte ha entendido que esta disposición protege la estrecha vinculación de los pueblos indígenas tanto con las tierras tradicionales como con los recursos naturales que se encuentran en ellas.²⁰² Como señaló la Corte en el caso *Saramaka*, “[...] 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”²⁰³.

Teniendo como base la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales y recursos naturales que en ellos se encuentran, los órganos del sistema han dotado de un contenido específico al derecho a la propiedad colectiva, desarrollando las obligaciones estatales correlativas. En particular, se encuentra la obligación de reconocer, delimitar, demarcar y proteger el territorio; el derecho a la restitución del territorio ancestral de los cuales se han visto privados por causas ajenas a su voluntad; y el derecho a la consulta previa, libre e informada, y en su caso, al consentimiento frente a decisiones que les afecten. Me referiré en los siguientes puntos al contenido de este último derecho por ser materia del presente trabajo.

(i) *Consulta, consentimiento y participación*

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas se encuentra protegido tanto por instrumentos internacionales de derechos humanos específicos en la materia –como el Convenio 169 y la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas– como por tratados de derechos humanos generales, con base en las interpretaciones hechas por los órganos encargados de su supervisión, como el PIDCP y la Convención contra la Discriminación Racial.

En efecto, el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas se encuentra contemplado en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT ratificado por el Estado peruano el 2 de febrero de 1994. Igualmente, el 13 de septiembre de 2007 la Asamblea General de la ONU adoptó la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas por 143 votos a favor –entre ellos Perú–, 4 en contra y 11 abstenciones. El artículo 19 de esta Declaración se refiere al derecho a la consulta de los pueblos indígenas.

Asimismo, diversos órganos de derechos humanos de la ONU han afirmado que los Estados deben cumplir ciertas obligaciones a efectos de otorgar concesiones extractivas o de realizar planes y proyectos de inversión o desarrollo que afecten los recursos naturales en territorios. En concreto, esto fue

²⁰² Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Op.cit., párrafo 137.

²⁰³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Op.cit., párrafo 122.

expresado por el Comité de Derechos Humanos en su *Comentario General 23*²⁰⁴ y por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su *Recomendación General 23*²⁰⁵. Cabe notar que el primero de ellos es el órgano encargado de la supervisión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, "PIDCP"), ratificado por el Estado peruano el 28 de abril de 1978, y el segundo está a cargo del control del cumplimiento de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante, "Convención contra la Discriminación Racial"), ratificada por el Perú el 29 de septiembre de 1971.

Por su parte, los órganos del Sistema Interamericano han desarrollado estándares en la materia, a partir de las obligaciones relativas al derecho a la propiedad. Al respecto, es de especial relevancia las sentencias de la Corte Interamericana recaídas en los casos del *Pueblo de Saramaka vs. Suriname* y del *Pueblo Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. En dichos fallos, a los que me referiré con mayor detalle en el siguiente punto, la Corte estableció que bajo el artículo 21 de la Convención Americana los Estados deben cumplir ciertas obligaciones a efectos de otorgar concesiones extractivas o de realizar planes y proyectos de inversión o desarrollo que afecten los recursos naturales en territorios.

Igualmente, la Comisión Interamericana ha afirmado el deber de los Estados de consultar a los pueblos indígenas con respecto a cualquier actividad o proyecto económico que afecte sus tierras y recursos naturales, incluyendo los casos en que el Estado busca explotar recursos del subsuelo. El derecho a la consulta comprende el deber positivo de los Estados de disponer mecanismos idóneos y eficaces a fin de obtener el consentimiento previo, libre e informado de acuerdo a las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas, antes de emprender actividades que impacten sus intereses o puedan afectar sus derechos sobre sus tierras, territorio o recursos naturales²⁰⁶.

La Comisión ha aplicado estos principios en diferentes contextos, inclusive en relación con megaproyectos de infraestructura o desarrollo, tales como carreteras, canales, represas, puertos o afines, así como concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales en territorios ancestrales, que pueden afectar con particular profundidad a los pueblos indígenas al poner en peligro sus territorios y los ecosistemas que allí se encuentran, especialmente cuando la fragilidad ecológica de

²⁰⁴ ONU. Comité de Derechos Humanos. *Comentario General 23*. Artículo 27 - Derecho de las minorías, 50º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 183 (1994).

²⁰⁵ ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. *Recomendación General 23*, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 51º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 248 (1997).

²⁰⁶ Véase *inter alia* CIDH, Informe de Ecuador 1997 Conclusiones del Capítulo IX. asuntos de derechos humanos de especial relevancia para los habitantes indígenas del país y Conclusiones del Capítulo VIII; CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, Capítulo X, 1999. Recomendación No. 4.; CIDH, Informe de fondo N° 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), Informe Anual de la CIDH 2002, párr. 140; CIDH, Informe de fondo No. 40/04, Caso 12.053. Comunidades indígenas mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 142. Belice ratificó el Convenio No. 169 en 1991; CIDH, Informe sobre acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. Capítulo IV, Derechos de los pueblos indígenas y comunidades campesinas, párr. 248. Bolivia ratificó el Convenio No. 169 de la OIT en 1991; CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, Capítulo IX.

sus territorios coincide con su debilidad demográfica²⁰⁷. Por lo anterior, la CIDH ha vinculado los efectos negativos de los planes y proyectos de desarrollo e inversión en territorios indígenas o tribales, así como de las concesiones para la exploración y explotación de recursos naturales, a violaciones de múltiples derechos humanos individuales y colectivos²⁰⁸. También ha concluido que los daños ambientales causados por las concesiones de exploración y explotación de recursos naturales exacerbaban las violaciones del derecho a la propiedad comunal por las autoridades, y comprometen su responsabilidad internacional²⁰⁹.

A este respecto, la CIDH ha reiterado que “reconoce (...) la importancia del desarrollo económico para la prosperidad de los pueblos de este hemisferio”²¹⁰; pero también reconoce que “al mismo tiempo, las actividades de desarrollo deben ir acompañadas de medidas adecuadas y efectivas para garantizar que las mismas no se lleven a cabo a expensas de los derechos fundamentales de las personas que pueden ser particular y negativamente afectadas, incluidas las comunidades indígenas y el medio ambiente del que dependen para su bienestar físico, cultural y espiritual”²¹¹. Por su parte, la Corte Interamericana, en los casos del *Pueblo de Saramaka vs. Suriname* y del *Pueblo Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, ha establecido que en caso de restricciones o limitaciones al ejercicio del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, los Estados tienen el deber de cumplir ciertas garantías.

Ahora bien, sin perjuicio de que todo el proceso de consulta debe perseguir el objetivo de obtener el consentimiento, en algunos casos específicamente definidos, la jurisprudencia del sistema interamericano y los estándares internacionales exigen que los Estados obtengan el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas con carácter previo a una medida que pueda afectar sus derechos. En efecto, la Comisión Interamericana ha sostenido que el desarrollo de los estándares internacionales

²⁰⁷ CIDH, Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. Doc. OEA/Ser.LV/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, párrs. 33-35.

²⁰⁸ Por ejemplo, han concluido que se viola el derecho a una vida en condiciones dignas cuando los proyectos de desarrollo causan contaminación ambiental, generan efectos nocivos sobre las actividades básicas de subsistencia y afectan la salud de los pueblos indígenas y tribales que viven en los territorios donde se llevan a cabo. [CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.LV/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 250]. Igualmente han dictaminado que “la afectación a la salud, a los sistemas de producción, la modificación de las migraciones internas, la disminución de la cantidad y calidad de fuentes de agua, el empobrecimiento de los suelos agrícolas; la disminución de la pesca, fauna, flora y biodiversidad en general, y la afectación al equilibrio que constituye la base de la reproducción étnica y cultural” constituyen violaciones de los derechos humanos de los pueblos indígenas que viven cerca de los lugares en los que las industrias mineras, madereras y petroleras desarrollan sus proyectos. [CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.LV/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 158].

²⁰⁹ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 148.

²¹⁰ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 150.

²¹¹ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 150.

sobre los derechos de los pueblos indígenas, hace posible identificar una serie de circunstancias donde la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas es obligatoria²¹².

En concreto, la Corte Interamericana ha señalado que, “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [indígena], el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar al pueblo indígena, sino también debe obtener el consentimiento previo, libre e informado de éste, según sus costumbres y tradiciones”²¹³. La Corte ha explicado al respecto que la salvaguarda de la participación efectiva es un requisito adicional debido al impacto profundo que dichos planes pueden tener sobre el derecho a la propiedad²¹⁴.

Asimismo, instrumentos internacionales relativos a derechos de los pueblos indígenas contienen circunstancias en que los Estados han coincidido en identificar la necesidad de la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas como obligatoria. En particular, la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 exigen el consentimiento cuando los planes o proyectos de desarrollo o inversión impliquen el desplazamiento o reubicación permanente de los pueblos o comunidades indígenas de sus territorios tradicionales. En efecto, el artículo 10 de la Declaración de la ONU dispone que: “Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso”²¹⁵. En similar sentido, el artículo 16 del Convenio 169 establece que:

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.
2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. [...] ²¹⁶

Igualmente, la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas requiere el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, cuando el proyecto implique el

²¹² CIDH. Informe sobre Derechos de los pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. párr. 334

²¹³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. párr. 134. Véase al respecto, Corte IDH. *Caso del 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. 17.

²¹⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. párr. 138. En ese mismo sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial señaló que el Estado debía obtener el consentimiento de las Comunidades Indígenas antes de la ejecución de los proyectos de extracción de recursos naturales. ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General No. 23 de 18 de agosto de 1997, párrs. 4 y 5, Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales Ecuador, 22 de septiembre de 2008, CERD/C/ECU/CO/19.

²¹⁵ Artículo 10 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

²¹⁶ Artículo 16 del Convenio 169 de la OIT.

almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en sus territorios. En concreto, su artículo 29.2 señala que: “Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”²¹⁷. Al respecto, el Relator James Anaya ha coincidido en que la Declaración reconoce estas dos situaciones “en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, fuera de la obligación general de que las consultas tengan por finalidad procurar el consentimiento”²¹⁸, y ha explicado que:

47. Necesariamente, la solidez o importancia de la finalidad de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses indígenas que estén en juego. Un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas. En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas [...]”²¹⁹.

Algunos altos tribunales internos, han recogido los supuestos en que se requiere el consentimiento, como la Corte de Constitucionalidad colombiana, la cual desde una perspectiva comparativa a nivel regional, puede decirse que ha desarrollado una jurisprudencia singularmente rica y progresista. En concreto, la Corte Constitucional se ha referido a “(i) la prohibición de desplazamiento de los pueblos indígenas de sus tierras o territorios sin consentimiento expreso y un acuerdo sobre una indemnización justa y equitativa cuando no sea posible el regreso [...]; (ii) la obligación de reparar adecuada y eficazmente a los pueblos indígenas por la privación de bienes “culturales, intelectuales, religiosos y espirituales”, sin su consentimiento libre, previo e informado, o por la privación de tierras y territorios tradicionalmente poseídos y ocupados por los pueblos originarios, privilegiando en ambos casos las medidas de restitución [...]; (iii) la prohibición de almacenar o eliminar materiales peligrosos en tierras indígenas sin su consentimiento previo, libre e informado [...]”²²⁰.

Tales criterios han sido aplicados por la Corte de Constitucionalidad en casos concretos, como por ejemplo, en las sentencias T-769 de 2009, sobre la explotación minera en territorios colectivos de pueblos indígenas ubicados en los departamentos de Chocó y Antioquia y en la T-129 de 2011, relativa a la presunta violación al derecho a la consulta de la comunidad de Pescadito y el resguardo de Chidima–Tolo, previa la implantación de diversas medidas de desarrollo, como la construcción de una carretera y el proyecto de conexión eléctrica entre Colombia y Panamá. En estas decisiones, la Corte explicó que, “en aquellos eventos en que se presente una afectación especialmente intensa al territorio colectivo, el deber de asegurar la participación de la comunidad indígena no se agota en la consulta, sino que es

²¹⁷ Artículo 29.2 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

²¹⁸ ONU. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales incluido el Derecho al Desarrollo, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009.

²¹⁹ ONU. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales incluido el Derecho al Desarrollo, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009.

²²⁰ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-376 de 2012*, II. Consideraciones y Fundamentos, párr. 8.

precisa la obtención del consentimiento libre, informado y expreso como condición de procedencia de la medida”. En concreto señaló que:

“[...] esta corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea”²²¹.

En ello se aleja, como se verá en la sección siguiente, del Tribunal Constitucional peruano el cual ha sostenido reiteradamente que “el derecho de consulta no implica un derecho de veto de los pueblos indígenas”²²². Conciente de la “resistencia” que genera en ciertos sectores el consentimiento, la Corte de Constitucionalidad colombiana ha explicado que no es incompatible con “el principio según el cual la consulta es un diálogo entre iguales y no un derecho de veto consagrado en cabeza de las comunidades indígenas”, en tanto se debe partir de la premisa de que “si la consulta es un proceso de diálogo, excluye el veto de las comunidades; pero de igual manera excluye la imposición como forma de gobierno, aspecto implícito en el concepto de diálogo”. Para fundamentar esta afirmación, ha señalado que:

[...][C]ualquier medida a adoptar en el Estado Constitucional de Derecho, es legítima sólo si respeta los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Pues bien, una medida que afecta gravemente intereses y derechos protegidos de las comunidades originarias y se pretende implantar sin la aceptación expresa y libre del pueblo interesado, resulta abiertamente irrazonable, puede afectar desproporcionadamente derechos y principios constitucionales y puede, por lo tanto, ser objeto de control judicial de carácter constitucional.

Por ello, en los eventos en que se aplica la regla del consentimiento, adoptar cualquiera de las medidas que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos han identificado como potenciales causantes de una afectación demasiado intensa de los derechos de los pueblos indígenas sólo es razonable y, por lo tanto, constitucionalmente válido, si se cuenta con el consentimiento previo, libre e informado del pueblo interesado²²³.

Puede decirse entonces con el fin de evitar que el poder del Estado se torne absoluto y la consulta previa una mera formalidad, es que se han identificado estas situaciones en que el consentimiento no solamente es el objetivo de la consulta, si no un derecho en sí mismo, una precondition indispensable para la ejecución de la medida propuesta.

Si bien el enfoque que han adoptado los órganos del SIDH se ha centrado en la protección de la propiedad colectiva indígena, por referirse a este derecho los casos que han llegado a su conocimiento, es importante enfatizar que el derecho a la consulta no se limita a la implementación de planes o

²²¹ Corte de Constitucionalidad de Colombia. Sentencias T-769 de 2009 y T-129 de 2011.

²²² TC. Sentencia 0022-2009-PI/TC del 9 de junio de 2010, fj. 24-25.

²²³ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-376 de 2012*, II. Consideraciones y Fundamentos, párr. 33.

proyectos de desarrollo o inversión o para el otorgamiento de concesiones extractivas en territorios indígenas, sino que es aplicable en términos generales, frente a medidas que comportan una afectación directa en los pueblos o comunidades.

Cabe precisar además que junto con el derecho a la consulta, se reconoce un derecho a la participación, frente a medidas o decisiones de menor incidencia en los derechos de las comunidades o pueblos indígenas. Así, el artículo 6 literal b) del Convenio 169 de la OIT impone a los Estados la obligación 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, 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”. Dicha disposición ha sido entendida por instancias como la Corte de Constitucionalidad colombiana en el sentido de que cuando se presente una incidencia de menor entidad, es decir, indirecta de los derechos de la comunidad o pueblo, deben garantizarse espacios adecuados de participación para las comunidades afectadas, al menos de igual naturaleza a los que tiene el resto de la población a disposición.

Puede resumirse, siguiendo a la Corte de Constitucionalidad colombiana, que la participación de los pueblos indígenas se concreta en las siguientes tres facetas: “(i) la simple participación, asociada a la intervención de las comunidades en los órganos decisorios de carácter nacional, así como en la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que por cualquier motivo les interesen; (ii) la consulta previa frente a cualquier medida que los afecte directamente; y (iii) el consentimiento previo, libre e informado cuando esa medida (norma, programa, proyecto, plan o política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial”²²⁴.

(ii) Obligaciones específicas para la implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión o para el otorgamiento de concesiones extractivas en territorios indígenas

La CIDH y la Corte Interamericana han desarrollado el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención y el artículo XXIII de la Declaración Americana, en relación con el derecho de los pueblos indígenas para usar y gozar su territorio, interpretando las disposiciones en dicho artículo de manera evolutiva, de modo que permita el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por el Estado en otros tratados, como el Convenio 169 de la OIT. A través de dicho convenio y de desarrollos normativos y jurisprudenciales, el derecho internacional ha dado un contenido específico al deber de realizar consultas previas a los pueblos indígenas en situaciones que afecten su territorio.

²²⁴ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-376 de 2012*, II. Consideraciones y Fundamentos, párr. 31.

Las garantías específicas establecidas en el SIDH frente a decisiones que afecten a los pueblos indígenas o sus territorios ancestrales, son tres elementos de obligatorio cumplimiento por parte de los Estados: (a) asegurar la participación efectiva del pueblo y sus miembros en la toma de la decisión de conformidad con sus costumbres, tradiciones y derecho consuetudinario, y obtener su consentimiento cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tengan un mayor impacto dentro del territorio indígena; (b) garantizar que el pueblo y sus miembros se beneficien razonablemente del plan o proyecto que se lleve a cabo dentro de su territorio; y (c) el Estado debe garantizar que no se emita ninguna concesión dentro del territorio ancestral a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental²²⁵. Estas tres salvaguardas se dirigen, en general, a preservar, proteger y garantizar la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales, la cual a su vez garantiza su subsistencia como pueblo.

En palabras de la Corte, “de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los [pueblos 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 [indígena o] tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo [correspondiente] de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (...) que se lleve a cabo dentro del territorio [ancestral]. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo [correspondiente] se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio [ancestral] a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo [respectivo] tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal”²²⁶. Estas tres condiciones son requisitos complementarios orientados a garantizar la supervivencia como pueblos indígenas y tribales²²⁷.

Respecto al primer requisito, los órganos del sistema interamericano han establecido concretamente que los pueblos indígenas tienen derecho a “participar en los procesos de diseño, ejecución y evaluación de

²²⁵ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129. 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. 157.

²²⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129. 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. 157.

²²⁷ Corte IDH. *Caso del 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. 38.

los proyectos de desarrollo que se llevan a cabo en sus tierras y territorios ancestrales”²²⁸, y que el Estado debe garantizar que “los pueblos indígenas sean consultados sobre los temas susceptibles de afectarlos”²²⁹, teniendo en cuenta que esta consulta debe “estar dirigida a obtener su consentimiento libre e informado”²³⁰. Para la Corte Interamericana, el proceso de consulta previa de los pueblos indígenas debe realizarse “de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción [...] que se lleve a cabo dentro del territorio [...]”²³¹.

La Corte Interamericana ha enfatizado al respecto que “la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional” y que “está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas”²³². Dicho tribunal ha precisado además que “es deber del Estado –y no de los pueblos indígenas– demostrar efectivamente, en el caso concreto, que todas las dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizadas”²³³.

Para ser consistente con el derecho interamericano de los derechos humanos, la consulta con los pueblos indígenas debe cumplir ciertos requisitos: debe ser previa; debe ser culturalmente adecuada²³⁴; debe ser informada; libre; y debe realizarse de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo²³⁵.

Que la consulta sea **previa** supone que se realice “desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones”²³⁶. En particular, la Corte Interamericana ha afirmado que “[c]uando se trate de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, los pueblos

²²⁸ CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 157.

²²⁹ CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 157.

²³⁰ CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 157. Véase *inter alia* CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 143.

²³¹ Corte I.D.H., *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 127, 128. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párrs. 159-167.

²³² Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párrs. 164 y 165.

²³³ 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. 179.

²³⁴ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 27, 131, 133, 154. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párrs. 201-202.

²³⁵ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párrs. 185-187.

²³⁶ 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. 167 y párr. 180-182. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133.

indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas”²³⁷.

La consulta debe ser **culturalmente adecuada**, esto es, tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad correspondiente para la toma de decisiones, así como sus formas propias de representación²³⁸.

Igualmente, la consulta debe ser **informada**, lo que exige que se provea información plena y precisa sobre la naturaleza y consecuencias del proceso a los pueblos o comunidades consultadas, antes de y durante la consulta. Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ello supone que los pueblos indígenas 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”. Para la Corte Interamericana, “este deber requiere que el Estado acepte y brinde información”, e “implica una comunicación constante entre las partes”. Debe destacarse que el carácter informado de la consulta se vincula con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto social y ambiental -al que se hará referencia en las líneas siguientes- con carácter previo a la ejecución de planes de desarrollo o inversión o de concesiones extractivas susceptibles de afectar a estos pueblos²³⁹.

La consulta debe ser **libre**, lo que supone la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia²⁴⁰. Asimismo, debe hacerse de **buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo**, esto es, “debe concebirse como un verdadero instrumento de participación, que 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 las mismas”²⁴¹. Como ha advertido la CIDH, el énfasis puesto sobre la buena fe en el cumplimiento del deber estatal de consulta busca establecer una garantía frente a los procesos de consulta meramente formales, y su entendimiento como el cumplimiento de una serie de requisitos *pro forma*²⁴². Respecto a la exigencia de buena fe, la Corte Interamericana ha enfatizado que dicho requisito “es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o

²³⁷ 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. 181.

²³⁸ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 27, 131, 133, 154. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párrs. 201-202.

²³⁹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133-142.

²⁴⁰ 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. 186.

²⁴¹ 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. 186.

²⁴² CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 317.

por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales”²⁴³.

En cuanto al segundo requisito, relativo a los estudios previos de impacto ambiental y social (en adelante, “EISA”), la Corte Interamericana ha establecido que deben ser llevados a cabo por “entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado”²⁴⁴, con la finalidad de “[...]evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión”²⁴⁵. Dichos estudios deben ser de carácter “social y ambiental”, lo que supone que deben ir más allá que los estudios del impacto estrictamente ambiental, exigidos normalmente con miras a evaluar y mitigar los posibles impactos negativos sobre el medio ambiente natural, haciendo necesario que se incorpore la identificación de los impactos directos o indirectos sobre las formas de vida de los pueblos indígenas que dependen de dichos territorios y de los recursos existentes en ellos para su subsistencia²⁴⁶.

Asimismo, los órganos del SIDH han determinado que los estudios de impacto social y ambiental deben realizarse con carácter previo a la aprobación de los planes respectivos²⁴⁷, y se exige que los Estados permitan a los pueblos indígenas participar en la realización de los estudios previos de impacto social y ambiental²⁴⁸. La participación de los pueblos indígenas en las actividades relativas a los procesos de EISA es una exigencia que deriva de la propia naturaleza y contenido de dichos estudios, en tanto se requiere necesariamente del conocimiento de los miembros de los pueblos indígenas para identificar dichos impactos, así como para la identificación de posibles alternativas y medidas de mitigación. En términos generales, los EISA “deben respetar las tradiciones y cultura del pueblo [indígena o tribal correspondiente]”²⁴⁹, y sus resultados deben ser compartidos con los pueblos o comunidades consultadas a fin de que puedan tomar una decisión informada. Los estudios de impacto social y

²⁴³ 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. 186.

²⁴⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129. 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. 205.

²⁴⁵ Corte IDH. *Caso del 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. 40.

²⁴⁶ CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, párrs. 254-262.

²⁴⁷ Corte IDH. *Caso del 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. 41. 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. 205-206.

²⁴⁸ Corte IDH. *Caso del 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. 133; 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. 16.

²⁴⁹ Corte IDH. *Caso del 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. 41.

ambiental responden a la finalidad última de “preservar, proteger y garantizar la relación especial” de los pueblos indígenas con sus territorios y garantizar su subsistencia como pueblos²⁵⁰.

El tercer componente supone el establecimiento de mecanismos de participación en los beneficios del proyecto a favor de las comunidades o pueblos afectados por la extracción de recursos naturales o los planes o proyectos de inversión o desarrollo²⁵¹. En opinión de la Corte, “[...]el concepto de compartir los beneficios[...] es inherente al derecho de indemnización reconocido en el artículo 21.2 de la Convención” y “se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad”²⁵². La participación razonable de los pueblos indígenas en los beneficios derivados de la explotación de los recursos naturales o de la implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión en sus territorios tradicionales es un requisito presente en el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT, y se ha incorporado también en las políticas de las instituciones financieras internacionales en relación con los pueblos indígenas, como la del Banco Mundial.

En conclusión, como se ha visto en esta sección, los órganos del SIDH han desarrollado estándares en materia de protección al derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, partiendo del reconocimiento de la especial relación que tienen con sus territorios y los recursos naturales que en ellos se encuentran. Sobre esta base, se han establecido obligaciones específicas en materia del derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado, cuyo cumplimiento en el caso del proyecto minero Conga será analizado en la sección subsiguiente.

3.1.2. Ámbito nacional: El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

Hasta antes de la promulgación de la Ley de Consulta Previa de 2011, este derecho no se encontraba implementado en el ordenamiento interno peruano, aunque estaba en vigor para el Perú ya desde el 2 de febrero de 1995 el Convenio 169 de la OIT. Transcurridos más de quince años, el Tribunal Constitucional

²⁵⁰ Corte IDH. *Caso del 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. 40. CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 254.

²⁵¹ CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, 2009. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, Recomendaciones 5 y 6; CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 248 y 297, Recomendaciones 5 y 6.

²⁵² Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 138-139. Según advierte la Corte en dicha sentencia, en este mismo sentido se han pronunciado distintos órganos internacionales de derechos humanos. Véase *inter alia* ONU, 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*, par. 16. ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas*, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión (quincuagésimo novena sesión), ONU Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, párr. 66.

intentó llenar, aunque parcialmente, este vacío legal. En la sentencia 03343-2007-PA/TC del 19 de febrero de 2009, primera en la que se refiere a este derecho, el máximo intérprete constitucional afirmó su rango constitucional en los siguientes términos: “[...] en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes”²⁵³. Ello trae consigo consecuencias jurídicas siendo quizás la más relevante que comparte con la Constitución la supremacía material en relación a las demás normas del sistema jurídico. De este modo, al ser una norma constitucional condiciona el contenido e interpretación de las demás normas jurídicas, y será preferida de encontrarse en contradicción con éstas. Otro de los aspectos importantes a destacar es la exigibilidad del derecho a la consulta con independencia de la ausencia de legislación que lo implemente. En efecto, como ha señalado el TC:

La exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT. Este Convenio fue aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Y conforme a lo establecido en el artículo 38. 3 del referido Convenio, éste entró en vigor doce meses después de la fecha en que nuestro país registró la ratificación. Esto es, desde el 02 de febrero de 1995, el Convenio 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento²⁵⁴. (el subrayado es propio)

Ha enfatizado además que “tal convenio forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, como cualquier otra norma debe ser acatada”²⁵⁵. El Tribunal explicó tal afirmación del siguiente modo:

[N]o es un argumento constitucionalmente válido excusar la aplicación de derechos fundamentales debido a una ausencia de regulación legal o *infra legal*. Ello sería dejar en manos de la discrecionalidad estatal el cumplimiento de los derechos fundamentales, posición que riñe con el Estado Constitucional del Derecho en la que la Constitución vincula a toda la sociedad, incluyendo a los órganos constitucionales o a los llamados Poderes de Estado. Desde esta perspectiva, la naturaleza programática o aplicativa no tiene mayor incidencia puesto que lo concreto es que debido a una omisión normativa se deniega el ejercicio de una serie de derechos fundamentales a un sector de la sociedad²⁵⁶.

Como expresó el Tribunal en su sentencia 05427-2009-PCI, relativa a la omisión del Congreso y del MINEM de legislar en la materia, el juez constitucional no puede quedarse cruzado de brazos ante un legislador ocioso. En dichos casos deberá adoptar diferentes medidas -desde la persuasión y exhortación hasta asumir funciones de legislador positivo- para que el derecho constitucional sea efectivo. Precisa el TC que la vigencia de la Constitución no puede quedar subordinada a la discrecionalidad del legislador²⁵⁷. No obstante, un aspecto criticable en la jurisprudencia del TC es el

²⁵³ TC. Sentencia 03343-2007-PA/TC del 19 de febrero de 2009 fj 31. Ello fue reiterado en la Sentencia 0022-2009-PI/TC del 9 de junio de 2010, fj 9.

²⁵⁴ TC. Sentencia 00025-2009-PI/TC del 17 de marzo de 2011 fj 23.

²⁵⁵ TC. Sentencia 0022-2009-PI/TC del 9 de junio de 2010, fj 9.

²⁵⁶ TC. Sentencia 0022-2009-PI/TC del 9 de junio de 2010, fj 12.

²⁵⁷ TC. Sentencia 05427-2009-PC del 30 de junio de 2010. fj. 62.

sostenido con relación al momento desde el cual es exigible el derecho a la consulta, lo cual fue subsanado en decisiones posteriores. En la resolución de aclaración de la sentencia 06316-2008-PA/TC el Colegiado señaló lo siguiente:

Que la STC 0022-2009-PI, el Tribunal desarrolló los principios generales mínimos del derecho de consulta. Por consiguiente, el hito marcado por el Tribunal debe ser tomado como una pauta que permita, de ahí en adelante, la plena eficacia del derecho de consulta. Así, en virtud de la función ordenadora y pacificadora del Tribunal Constitucional es que debe establecerse que la obligatoriedad del derecho de consulta debe considerarse como vinculante desde la publicación en la página web, tomando en consideración los principios desarrollados en la referida sentencia. Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Perú,
RESUELVE[...] 2. Establecer la obligatoriedad de la consulta desde la publicación de la STC 0022-2009-PI/TC, sujetándose a las consideraciones vertidas en tal pronunciamiento²⁵⁸.

Pareciera que el Tribunal estaba afirmando que este derecho es exigible desde el 9 de julio de 2010, fecha en que expidió la mencionada sentencia, y ya no desde 1995, cuando entró en vigencia para Perú el Convenio 169 de la OIT, dejando quince años fuera del alcance temporal. El fundamento de este pronunciamiento está, según deja ver el propio TC, en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica de las empresas que realizan inversiones en el país²⁵⁹. Esta decisión tenía por efecto blindar actos administrativos que no fueron consultados, lo cual resultaba del todo contradictorio con la afirmación de exigibilidad del derecho a la consulta con independencia de su implementación.

Era igualmente contrario a principios básicos del Derecho internacional. En efecto, el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Esta disposición recoge el principio de *pacta sunt servanda*, según el cual toda convención debe ser fielmente cumplida por las partes de acuerdo con lo pactado. Igualmente, es relevante el artículo 27 de la Convención de Viena que indica que: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Este artículo recoge el principio de primacía del Derecho internacional, el cual postula que un Estado no puede invocar disposiciones de su derecho interno para incumplir obligaciones internacionales, sean estas convencionales o consuetudinarias. Como ha expresado el propio TC, “si bien en este caso no se está justificando el incumplimiento del Convenio N.º 169 en base a una disposición de derecho interno, se pretende justificarlo en base a una omisión, situación que bien puede interpretarse subsumida en el mandato del artículo 27 de la convención mencionada”²⁶⁰.

²⁵⁸ TC. Sentencia 06316-2008-PA/TC Aclaración. 24 de agosto de 2010. párr. 8.

²⁵⁹ En efecto, en dicha decisión el TC afirma que: “al no haberse implementado tal derecho se ha generado una situación de inseguridad que afecta no solo a los pueblos indígenas sino a aquellas personas que han desarrollado acciones sin que el Estado haya exigido previamente a ello llevar a cabo el proceso de consulta”. TC. Sentencia 06316-2008-PA/TC Aclaración. 24 de agosto de 2010. párr. 7.

²⁶⁰ TC. Sentencia 0022-2009-PI/TC del 9 de junio de 2010, fj 12.

Afortunadamente en decisiones posteriores el TC aclaró que la exigibilidad del derecho a la consulta desde la entrada en vigencia para el Perú del Convenio 169 “no ha sido desconocida por nuestra jurisprudencia”. Precisó que “[no fue] abandonada ni puesta en entredicho por la RTC 6316-2008-PA/TC [antes citada]. [...] Aquella, pues, sólo se limitó a establecer que desde que se expidió la STC 0022-2009-PI/TC existen criterios para resolver casos que involucren al derecho a la consulta. Y ello pese a la omisión legislativa que la acompaña”²⁶¹. De este modo, queda claro que desde la perspectiva constitucional e internacional, el derecho a la consulta es exigible y vinculante independientemente de que tenga un desarrollo normativo o reglamentario.

En cuanto a su contenido específico, también encontramos aspectos rescatables y otros negativos. En la sentencia 00022-2009-PI del 9 de junio de 2010 el TC se dedica a establecer un conjunto de principios, valores y derechos, necesarios y fundamentales para la aplicación e implementación del derecho a la consulta previa. En concreto, el Tribunal señaló como características esenciales de este derecho las siguientes: “a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) objetivo de alcanzar un acuerdo, d) transparencia; y, e) implementación previa del proceso de consulta”²⁶². Puede notarse en esta decisión un importante esfuerzo de creación jurisprudencial.

Sin embargo, debe advertirse una clara contradicción entre la afirmación del TC consistente en que “el derecho de consulta no implica un derecho de veto de los pueblos indígenas”²⁶³ y la existencia de supuestos desarrollados por la Corte IDH en que sí se exige el consentimiento de los pueblos indígenas afectados, como cuando se trate de un proyecto a gran escala que ponga en peligro la supervivencia del pueblo. Como se advirtió previamente, la Corte Interamericana ha considerado que, “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [indígena], el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar al pueblo indígena, sino también debe obtener el consentimiento previo, libre e informado de éste, según sus costumbres y tradiciones”²⁶⁴.

En esta misma línea, se han identificado instrumentos internacionales relativos a derechos de los pueblos indígenas que contienen circunstancias en que la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas es obligatoria a los que ya se hizo mención. En particular, la Declaración de la ONU sobre los

²⁶¹ TC. Sentencia 00025-2009-PI/TC del 17 de marzo de 2011. f. 24.

²⁶² TC. Sentencia 0022-2009-PI/TC del 9 de junio de 2010, f. 26. Como antecedente, cabe hacer referencia a la sentencia 03343-2007-PA/TC, del 19 de febrero de 2009, originada en la demanda de amparo interpuesta por Jaime Hans Bustamante Johnso por la exploración y eventual explotación de hidrocarburos en área natural protegida “Cordillera Escalera”. Si bien en el asunto no se plantea como cuestión principal la falta de la consulta con los pueblos indígenas que se verían afectados por tal decisión, en la referida sentencia el TC realiza cierto desarrollo de este derecho. Tribunal Constitucional. Sentencia 3343-2007-PA/TC del 19 de febrero de 2009, f. 26 a 40.

²⁶³ TC. Sentencia 0022-2009-PI/TC del 9 de junio de 2010, f. 24-25.

²⁶⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. párr. 752. Véase al respecto, Corte IDH. *Caso del 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. 17. ONU. Comité 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”. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16.

Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 exigen el consentimiento cuando los planes o proyectos de desarrollo o inversión impliquen el desplazamiento o reubicación permanente de los pueblos o comunidades indígenas de sus territorios tradicionales²⁶⁵. Igualmente, la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas requiere el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, cuando el proyecto implique el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en sus territorios²⁶⁶.

En este aspecto del derecho a la consulta el TC olvida su jurisprudencia según la cual existe una estrecha relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución. Ello lo ha llevado a afirmar la fuerza vinculante de las interpretaciones que realizan los tribunales internacionales de protección de derechos humanos²⁶⁷. De este modo, el TC debería aplicar este criterio y guiarse de lo establecido por la Corte Interamericana con relación a la protección del derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Adicionalmente, el TC se aparta de lo señalado con relación a la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Según ha afirmado el Tribunal, al expresar este instrumento la voluntad de la comunidad internacional, si bien no tiene “vinculación obligatoria”, debe ser considerada en carácter de *soft law* del Derecho internacional, en tanto conlleva “una fuerza moral, además de una evidente orientación de la comunidad internacional hacia el respeto y la tutela de los pueblos indígenas, al plantear un contenido de los derechos humanos en el contexto de los pueblos indígenas”²⁶⁸. En tal sentido, es fundamental que el TC tenga en cuenta en los futuros asuntos a su conocimiento las consecuencias de afirmar el derecho a la consulta como derecho fundamental considerando las características propias de estos derechos, así como la necesidad de compatibilizar su jurisprudencia con los estándares internacionales sobre la materia.

En suma, puede concluirse que el TC ha reconocido el derecho a la consulta previa como un derecho constitucional, lo cual condiciona el contenido e interpretación de las demás normas jurídicas y exige su preferencia de encontrarse en contradicción con éstas. Igualmente ha establecido que desde la entrada en vigencia del Convenio 169 para el Perú, esto es, desde el 2 de febrero de 1995, devino en “obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales”. Ha precisado además que este derecho es exigible con independencia de la ausencia de legislación que lo implemente, lo cual lleva a descartar el argumento consistente en que el derecho es exigible desde la promulgación de la Ley de Consulta Previa.

3.2. El proyecto Conga bajo la lupa: Análisis desde los estándares del sistema interamericano

²⁶⁵ Artículo 10 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y artículo 16 del Convenio 169 de la OIT.

²⁶⁶ Artículo 29.2 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

²⁶⁷ TC. Sentencia 218-02-HC/TC del 17 de abril de 2002, fj 2; y Sentencia 2730-2006-PA/TC del 21 de julio de 2006, fj 12.

²⁶⁸ TC. Sentencia 0022-2009-PI/TC del 9 de junio de 2010, fj 7 y 8.

El proyecto Conga consiste en la explotación de minerales de cobre, oro y plata en las lagunas de Chailhuagón y Perol, los cuales serían extraídos “mediante métodos de procesamiento convencional de chancado, molienda y flotación, en una planta con una capacidad nominal de 92 000 toneladas por día (tpd), lo que permitirá procesar el contenido mineral de 3.1 billones de libras de cobre y 11.6 millones de onzas de oro”, para luego transportarlos a la costa norte para su salida al mercado internacional²⁶⁹. Como se señaló previamente, el proyecto implica la extracción de minerales de dos tajos abiertos, Perol y Chailhuagón, ubicados en la laguna y el bofedal Perol y en la cabecera de cuenca del río Chailhuagón; y la construcción de dos depósitos de desmonte en las cuencas del río Jadibamba y de la quebrada Chirimayo²⁷⁰. Este proyecto se ubica en cinco cabeceras de cuenca, la del Río Jadibamba, Río Chailhuagón y quebradas Chirimayo, Chugurmayo y Toromacho, afluentes de los Ríos Sendamal, Chonta y Llaucano, principales ríos de las provincias de Celendín, Cajamarca y Bambamarca.

Las actividades de exploración se autorizaron a través de la Resolución Directoral No. 085-2004-EM/AAM del 17 de marzo de 2004 de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas. La explotación minera fue aprobada por la Resolución Directoral No. 351-2010-MEM-AAM del 27 de octubre de 2010 de la misma entidad. Son estos actos administrativos que facultaron la actividad extractiva por parte de la empresa Yanacocha los que tendrían que haber sido sometidos a un proceso de consulta.

Asimismo, debe señalarse que tales medidas eran susceptibles de consulta en tanto constituían una afectación directa. Al respecto, cabe recordar que el Convenio 169, en su artículo 15.2 dispone que la consulta tiene como objetivo “determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida”. Asimismo, el artículo 32.2 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas precisa que se consulta una medida “que afecta a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de los recursos”. Por su parte, la Corte Interamericana en la interpretación de la sentencia del *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam* señaló que al Estado debe consultar con el pueblo Saramaka al menos los siguientes seis asuntos, lista no taxativa:

(1) el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka; (2) el proceso mediante el cual se otorgue a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran; (3) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado; (4) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con

²⁶⁹ Minera Yanacocha S.R.L. *Proyecto Conga: Estudio de Impacto Ambiental. Resumen Ejecutivo*. Febrero 2010. p. 2. Disponible en: <http://www.yanacocha.com.pe/operaciones/proyecto-conga/>.

²⁷⁰ Minera Yanacocha S.R.L. *Proyecto Conga: Estudio de Impacto Ambiental. Informe final*. Febrero 2010. Disponible en: <http://www.yanacocha.com.pe/operaciones/proyecto-conga/>.

sus tradiciones y costumbres; (5) sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental, y (6) en relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten el territorio Saramaka.²⁷¹

De otro lado, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que se afecta a pueblos “si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta”²⁷². A partir de lo anterior, puede decirse que por afectación se entiende la limitación o menoscabo de los derechos y de los intereses de los pueblos originarios²⁷³.

En el caso del proyecto Conga, se tiene prevista la destrucción de cuatro lagunas; dos de ellas, para extraer el mineral y las otras dos, para almacenar los desechos. La destrucción de esas lagunas implicaría un impacto irreversible al ecosistema del lugar, afectando, entre otras cosas, el agua y, con esto, la vida, integridad territorial, biológica y cultural de las comunidades y rondas campesinas²⁷⁴. El alto impacto del proyecto puede también derivarse de su dimensión. Según se advirtió, representa el doble del área de la ciudad de Cajamarca; mientras que el tajo Perol será aproximadamente igual en área a la ciudad de Baños del Inca.

Del mismo modo, de acuerdo al citado Informe 001-2011 del MINAM, el proyecto Conga causará daños irreparables en el medio ambiente. En este sentido, se señala que: “transformará de manera significativa e irreversible la cabecera de cuenca, desapareciendo varios ecosistemas y fragmentando los restantes, de tal manera que los procesos, funciones, interacciones y servicios ambientales serán afectados de manera irreversible”. En este informe se afirma que “además de secarse las lagunas, también se secarán los bofedales y se extinguirán servicios ambientales, consecuencias que no han sido consideradas por el EIA presentado por la empresa Yanacocha. En dicho EIA tampoco fue valorado el impacto económico y la afectación de las especies de flora y fauna”²⁷⁵. En este mismo sentido, el informe preparado por Robert E. Moran establece que Conga contaminará y destruirá las fuentes de aguas superficiales y subterráneas de la zona, con lo cual muchos manantiales no fluirán, obligando a las comunidades a comprar agua del sistema controlado por el proyecto²⁷⁶.

²⁷¹ Corte IDH. *Caso del 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. 16.

²⁷² TC. STC 00022-2009-PI/TC, f. j. 21

²⁷³ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *La consulta previa de las concesiones mineras ¿Afectan a los pueblos indígenas la expedición de concesiones mineras?* IDL. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc15082013-210216.pdf.

²⁷⁴ INGENIERIA, GRUFIDES y ACSUR. *¿Por qué el proyecto Conga es inviable?* Disponible en: <http://www.pullapurishum.org/Conga.pdf>.

²⁷⁵ Ministro del Ambiente. Informe No. 001-2011. 21 de noviembre de 2011.

²⁷⁶ MORAN E., Roberto. *El proyecto minero Conga, Perú: Comentarios al estudio de impacto ambiental (EIA) y temas relacionados*. Preparado para Environmental Defender Law Center.

El mismo EIA da cuenta de afectaciones en el mismo sentido. Por ejemplo, se enumera entre los impactos directos “la contracción de la actividad agropecuaria y la disminución de las inversiones de largo plazo asociadas a tierras. En etapas posteriores, se producen impactos negativos adicionales que recaen en mayor medida sobre determinados caseríos, como la reducción de accesibilidad a algunos recursos en el área (p.ej. truchas) y las percepciones de disminución del rendimiento agropecuario por ruido y polvo”²⁷⁷. Para concretar lo anterior, cabe citar que en cuanto al agua superficial, en el EIA se afirma que: “Como consecuencia del emplazamiento del proyecto y la alteración de la red de drenaje superficial, el proyecto impactará a los cuerpos de agua que se encuentra actualmente dentro de los límites de su huella, principalmente en términos de quebradas y lagunas. Asimismo, el proyecto tiene el potencial de impactar tanto la calidad como la cantidad de los flujos de las quebradas aledañas, estando el impacto en la calidad de las aguas asociado al incremento de sedimentos y a la generación de acidez en ciertas áreas del proyecto relacionadas con el yacimiento Perol”. Con relación al agua subterránea, se dice que: “Por las mismas razones expuestas en el caso de agua superficial, el proyecto representaría una variación en los niveles de infiltración, en la distorsión de los flujos hidrogeológicos como consecuencia (1) del emplazamiento de infraestructura (i.e. presas que cortan casi en su totalidad el flujos subterráneos), (2) del desarrollo de los elementos del proyecto (i.e. conos de depresión por los tajos) o (3) de la ocurrencia de filtraciones de flujos de mala calidad”²⁷⁸.

Conforme fue desarrollado previamente, los órganos del sistema interamericano han entendido que el derecho a la propiedad protege la estrecha vinculación de los pueblos indígenas tanto con las tierras tradicionales como con los recursos naturales que se encuentran en ellas²⁷⁹. Cabe reiterar que al respecto la Corte Interamericana en el caso *Saramaka* afirmó que “[...] 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”²⁸⁰. Más concretamente, en dicha decisión la Corte IDH identificó como recursos protegidos aquellos relacionados con la subsistencia del pueblo indígena, incluyendo los necesarios para “las actividades agrícolas, de caza y de pesca”. Indicó que:

Sin embargo, si bien es cierto que toda actividad de exploración o extracción en el territorio *Saramaka* podría afectar, a mayor o menor grado, el uso y goce de algún recurso natural utilizado tradicionalmente para la subsistencia de los *Saramakas*, también es cierto que no se debe interpretar el artículo 21 de la Convención de manera que impida al Estado emitir cualquier tipo de concesión para la exploración o extracción de recursos naturales dentro del territorio *Saramaka*. El agua limpia natural, por ejemplo, es un recurso natural esencial para que los miembros del pueblo *Saramaka* puedan realizar algunas de sus actividades económicas de subsistencia, como la pesca. La Corte observa que este recurso natural se verá probablemente afectado por actividades de extracción relacionadas con otros recursos naturales que no son tradicionalmente utilizados o esenciales para la subsistencia del pueblo *Saramaka* y, por lo tanto, de sus miembros (Infra párr. 152). De modo similar, los bosques dentro del territorio *Saramaka* proporcionan hogar

²⁷⁷ Minera Yanacocha S.R.L. *Proyecto Conga: Estudio de Impacto Ambiental*. Febrero 2010. p. RE-15.

²⁷⁸ Minera Yanacocha S.R.L. *Proyecto Conga: Estudio de Impacto Ambiental*. Febrero 2010. p. RE-35.

²⁷⁹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Op.cit., párrafo 137.

²⁸⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Op.cit., párrafo 122.

para los distintos animales que cazan para sobrevivir, y es allí donde recogen frutas y otros recursos esenciales para vivir (supra párrs. 82-83 e infra párrs. 144-146). En este sentido, las actividades de las compañías madereras en el bosque también podrían afectar dichos recursos de subsistencia. Es decir, la extracción de un recurso natural es muy probable que afecte el uso y el goce de otros recursos naturales necesarios para la supervivencia de los Saramakas.²⁸¹ (el subrayado es nuestro)

De este modo, la Corte ha reconocido que bajo el derecho a la propiedad se encuentra protegida el agua, como recurso natural esencial para las actividades económicas de subsistencia de un pueblo. Este razonamiento puede ser aplicado en el caso bajo análisis en tanto, como se notó las actividades tradicionales de subsistencia de las comunidades afectadas son la agricultura y ganadería, para las cuales el agua resulta esencial. Como se muestran el EIA, documentos preparados por entidades estatales y por particulares, no está en duda que en la zona de influencia del proyecto habrá alteraciones significativas en el acceso a este recurso.

Ahora bien, una vez establecido lo anterior, a continuación se determina si y en qué medida la concesión de exploración y explotación del proyecto Conga cumple con los estándares del sistema interamericano sobre las obligaciones específicas para la implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión o para el otorgamiento de concesiones extractivas en territorios indígenas. Para ello, se ha elegido seguir el esquema desarrollado por los órganos del SIDH para análisis el cumplimiento de tales deberes, esto es, la consulta previa, libre e informada; en segundo lugar, los estudios previos de impacto ambiental y social; y por último al requisito de beneficios compartidos.

3.2.1. Consulta previa, libre e informada

Como fue señalado en párrafos precedentes, para ser consistente con el derecho interamericano de los derechos humanos, la consulta con los pueblos indígenas debe cumplir ciertos requisitos: debe ser previa, culturalmente adecuada, informada, libre, y debe realizarse de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo.

Con relación al requisito de su oportunidad, como se advirtió previamente, en el caso del proyecto Conga, ya desde 1991 fueron descubiertos los yacimientos de oro en las lagunas de Chailhuagón y Perol por parte de la empresa CEDIMIN. Entre 1994 y 2000 CEDIMIN realizó trabajos de investigación en ambos yacimientos y en 2001, tras la adquisición de CEDIMIN por parte de la Compañía Minera Buenaventura, el proyecto Conga pasó a formar parte de las operaciones de Yanacocha, administrada por MYSRL. En enero de 2004 Yanacocha presentó al MINEM la solicitud de aprobación de la "Evaluación Ambiental del Proyecto de Exploración de las Minas Conga". Correspondía iniciar un proceso de consulta en este momento, antes de otorgar la autorización de exploración, considerando

²⁸¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Óp.cit., párrafo 126.

que la consulta debe hacerse antes del primer acto administrativo susceptible de afectar al pueblo o comunidad indígena.

En efecto, como ha señalado la CIDH, a través de los procesos de consulta previa, debe garantizarse la participación de los pueblos indígenas “en todas las instancias de decisión de los proyectos de explotación de recursos naturales en sus tierras y territorios, desde su diseño, licitación y concesión, hasta su ejecución y evaluación”²⁸². En palabras de la Corte IDH, que sea previa supone que se lleve a cabo “desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones”²⁸³.

En similar sentido, los órganos especializados de la OIT han establecido que la consulta que los Estados deben llevar a cabo en las comunidades debe ser previa a cualquier acto que decidan emprender, “lo que implica que las comunidades afectadas participen lo antes posible en el proceso, incluso en la realización de estudios de impacto ambiental”²⁸⁴. Así por ejemplo, en el caso del pueblo Shuar contra Ecuador, el Comité Tripartito de la OIT estableció que:

los artículos 2o., 1); 2, 2), b); 6; 7 y 15, 2) implican la obligación de desarrollar un proceso de consulta previa con los pueblos indígenas del país antes de tomar medidas susceptibles de afectarles directamente, tales como la firma de un contrato autorizando actividades relacionadas con la exploración o explotación de hidrocarburos en su territorio ancestral, o con la continuación de las actividades iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio. La obligación de consulta previa implica que se deberá consultar a los pueblos interesados antes de finalizar el estudio ambiental y el plan de gestión ambiental cuando estipula que el gobierno deberá “establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”²⁸⁵.

Sin embargo, en el caso del proyecto Conga, en esta etapa se efectuó únicamente una revisión técnica por parte del MINEM y se formularon observaciones, las que fueron contestadas por la empresa, lo que dio lugar al Informe No. 089-2004-MEM-AAM/EM del 11 de marzo de 2004, en el que se concluyó la aprobación del estudio. El 17 de marzo de 2004 la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del MINEM aprobó la evaluación ambiental y autorizó las actividades de exploración entre abril de 2004 y marzo de 2006. Para otorgar la autorización a la exploración se tomó como base el Reglamento de Participación Ciudadana aprobado por Resolución Ministerial No. 596-202-EM/DM. Posteriormente, la

²⁸² CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 248.

²⁸³ 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. 167 y párr. 180-182. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133.

²⁸⁴ OIT. Informe del Comité Tripartito establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador 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 Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), Doc. (GB.282/14/2) párrafo 38 (caso Shuar).

²⁸⁵ OIT. Informe del Comité Tripartito (caso Shuar), Doc. GB.282/14/2, párrafo 38.

Resolución Ministerial N° 596-2002-EM/DM fue derogada por el Decreto Supremo 028-2008-EM que establece el Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas, que entró en vigencia el 26 de junio de 2008²⁸⁶. Cabe notar que, refiriéndose a tales reglamentos, el TC en su sentencia 05427-2009-PC del 30 de junio de 2010, afirmó que:

Como se puede apreciar de la normativa reseñada, ninguna de los reglamentos emitidos hasta el momento ha logrado desarrollar idóneamente el derecho a la consulta previa en los términos establecidos por el Convenio 169 de la OIT. En efecto, dichos dispositivos tan sólo se limitan a habilitar “talleres informativos” con las poblaciones afectadas, con lo cual éstas se convierten en meros receptores de una información otorgada por el Estado[...]²⁸⁷.

En suma, las comunidades que serían afectadas por el proyecto no participaron ni fueron informadas de modo previo, a través de sus autoridades, en el proceso de aprobación de las actividades de exploración. Es decir, se trató de un proceso entre la empresa y la autoridad estatal.

Ahora bien, con base en las actividades de exploración, del 2005 al 2007 se realizó el Estudio Base Ambiental y desde el 2008, se inició el desarrollo de ingeniería del proyecto, mientras se continuaba con actividades de perforación durante el 2009. En el 2008 se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado, el cual pasó por una serie de modificaciones, para ser aprobado finalmente en octubre de 2010. En febrero de 2010 la DGAAM dio la conformidad del “Plan de Participación Ciudadana” (en adelante, PPC) del proyecto²⁸⁸.

Como señala el propio PPC, éste se basó en las normas constitucionales relativas al derecho a la participación (artículo 2, inciso 17) y a las bases normativas del tratamiento del medio ambiente y los recursos naturales (artículo 66); así como en la legislación sobre medioambiente, como el artículo 48, inciso 1 de la Ley General del Ambiente, Ley 28611, relativo a la participación ciudadana en la gestión ambiental. Asimismo, el PPC se basó en el Decreto Supremo 002-2009-MINAM, Reglamento sobre Transparencia y acceso a la información pública ambiental y participación y consulta ciudadana en asuntos ambientales, norma aplicable en tanto establece disposiciones sobre acceso a la información pública con contenido ambiental. En su artículo 21 dispone que la participación ciudadana es el “proceso mediante el cual los ciudadanos participan responsablemente de buena fe y con transparencia y veracidad, en forma individual o colectiva, en la definición y aplicación de las políticas relativas al ambiente y sus componentes (...).”

²⁸⁶ Instituto de Defensa Legal, Fundación para el Debido Proceso Legal y Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Seattle. El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú. Fundación para el Debido Proceso Legal. Washington DC: 2010. p. 42.

²⁸⁷ TC. Sentencia 05427-2009-PC del 30 de junio de 2010. f. 62.

²⁸⁸ DGAAM. Auto Directorial No. 064-2010-MEM-AAM, del 16 de febrero de 2010.

En cuanto al sector minero específicamente, el Decreto Supremo N° 028-2008-EM, Reglamento de Participación Ciudadana en el Sub Sector Minero del 27 de mayo de 2008, y la Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM/DM, eran las normas a tener en cuenta al ser las que regulan y establecen los criterios y mecanismos para el “proceso de participación ciudadana en el subsector minero”. Dicho Reglamento define el proceso de participación ciudadana como “un proceso público que tiene por finalidad poner a disposición de la población involucrada información oportuna y adecuada respecto de las actividades mineras a ser implementadas en la zona”. De este modo, puede notarse que el llamado “Plan de Participación de Ciudadana” se basó en normas en que resultaba ajeno el derecho a la consulta previa, libre e informada de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo, sino que se trató más bien de regulación enfocada meramente en la participación ciudadana y acceso a la información.

En este punto debe destacarse que el proceso de consulta a pueblos indígenas tiene fundamentos distintos a los de la participación ciudadana. Recordemos que los pueblos indígenas son sociedades originarias preexistentes a la instauración del Estado republicano, siendo que su existencia precede a la colonización. A partir de este hecho histórico, la comunidad internacional ha reconocido que dichos pueblos difieren de otros colectivos y por lo tanto tienen derechos particulares, como el derecho a la libre determinación, reconocido en la Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y ejercido en el marco del respeto del principio de la integridad territorial del Estado y su carácter unitario, conforme estipula el artículo 46 de la DNUPI y el artículo 3.1 del Convenio 169. En virtud a ello, los pueblos indígenas tienen derecho a la consulta previa, libre e informada, y a participar en el diseño de políticas públicas, medidas administrativas, legislativas o de cualquier otra índole, y no únicamente a aquellos mecanismos generales de participación ciudadana.

Lo inadecuado e insuficiente de las normas referidas, se evidencia en que éstas establecen que antes y durante la elaboración del EIA es necesario el desarrollo de por lo menos un taller participativo en el área de influencia del proyecto o cualquier otro mecanismo complementario de participación ciudadana. En virtud a ello, los “mecanismos de participación ciudadana” en el caso Conga consistieron en dos talleres informativos con la finalidad de “presentar los avances del EIA, sus resultados y la descripción del proyecto, en los entornos urbano y rural, permitiendo así una mayor difusión de la información entre la población, así como recoger las preocupaciones de los diferentes sectores de la población”²⁸⁹. Ambos talleres fueron “facilitados” por la Dirección Regional de Minería del Gobierno Regional de Cajamarca y comunicados a la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros.

El primer “taller informativo” se realizó el 10 de diciembre de 2009 en el caserío de Quengorío Alto, dirigida al área de influencia directa del proyecto. Según el PPC, se registró una participación de 491 personas, y contó con la participación de pobladores y autoridades locales de los 11 caseríos del área de

²⁸⁹ Knight Piésold Consultores S.A. *Plan de participación del proyecto Conga*. Enero 2010. p. 6.

influencia directa del proyecto²⁹⁰. El segundo taller informativo se realizó el 11 de diciembre de 2009 en el auditorio de ISP Arístides Merino en la provincia de Celendín, localidad del área de influencia indirecta del proyecto. El PPC da cuenta de la “participación de 90 personas, entre población y autoridades locales de los distritos de Sorochuco, Huasmín y La Encañada y de las provincias de Celendín y Cajamarca”²⁹¹. Adicionalmente, el 31 de marzo de 2010 se realizó una “audiencia pública” en el caserío de San Nicolás de Chailhuagón, en el que según la empresa consultora presentó los resultados del EIA²⁹².

Es evidente entonces que no se realizó propiamente un proceso de consulta bajo los criterios antes referidos. Cabe señalar que como estableció específicamente el Comité Tripartito de la OIT en el caso Shuar, una reunión de información no es suficiente como mecanismo de consulta, y por tanto no puede considerarse ajustada a lo dispuesto por el Convenio 169²⁹³. Asimismo, puede resultar ilustrativo lo señalado por la Corte IDH en el caso *Sarayaku* en el que el Estado ecuatoriano alegó que la compañía petrolera CGC buscó, con posterioridad a la firma del contrato, un “entendimiento” o forma de “socialización” con las comunidades para lograr la realización de sus actividades contractuales. Al respecto, la Corte consideró que:

209. En el presente caso, la Corte constata que no surge del acervo probatorio que el alegado “entendimiento” llevado a cabo por la compañía CGC hubiese incluido la presentación de la información contenida en el estudio de impacto ambiental, ni que el mismo hubiese servido para permitir al Pueblo Sarayaku participar de manera activa en un proceso de diálogo adecuado. Tampoco fue demostrado que la alegada “socialización” del estudio se encuentre relacionada con una actividad de consulta al Pueblo Sarayaku, ni que el mismo hubiese servido de base para informarle sobre las ventajas y desventajas del proyecto en relación con su cultura y forma de vida, en el marco de un proceso de diálogo destinado a llegar a un acuerdo. Por tanto, la Corte considera que los actos de la empresa no fueron parte de una consulta informada²⁹⁴.

En igual sentido, el TC en su sentencia 05427-2009-PC del 30 de junio de 2010, afirmó que respecto a la realización de “talleres informativos” que:

Como se puede apreciar de la normativa reseñada, ninguna de los reglamentos emitidos hasta el momento [refiriéndose entre otros al Reglamento de Participación Ciudadana aprobado por Resolución Ministerial No. 596-202-EM/DM] ha logrado desarrollar idóneamente el derecho a la consulta previa en los términos establecidos por el Convenio 169 de la OIT. En efecto, dichos dispositivos tan sólo se limitan a habilitar “talleres informativos” con las poblaciones afectadas, con lo cual éstas se convierten en meros receptores de una información otorgada por el Estado. Al respecto, este Tribunal aprecia que, entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación ciudadana, existen notorias diferencias que no pueden ser soslayadas. Así pues, mientras que el derecho a la consulta garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión que pueda afectarles, el derecho a la

²⁹⁰ Knight Piésold Consultores S.A. *Plan de participación del proyecto Conga*. Enero 2010. p.6.

²⁹¹ Knight Piésold Consultores S.A. *Plan de participación del proyecto Conga*. Enero 2010. p.7.

²⁹² La empresa describe esta audiencia del siguiente modo: “pudieron enterarse de los resultados del Estudio de Impacto Ambiental de Proyecto Conga, dar a conocer sus inquietudes y mostrar, en un diálogo abierto e inclusivo, su disposición a que Conga forme parte del futuro sostenible de Cajamarca”. Véase <http://www.yanacocha.com.pe>.

²⁹³ OIT. Informe del Comité Tripartito (caso Shuar), Doc. GB.282/14/2, párrafo 38.

²⁹⁴ 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. 209.

participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación. Es por eso que el propio Convenio 169 regula por separado este último derecho en sus artículos 6º, inciso b) y 7º²⁹⁵.

Similar análisis puede aplicarse al caso bajo examen, en el que los “talleres informativos” realizados no equivalen en modo alguno a un proceso de consulta con las comunidades afectadas por el proyecto, los cuales fueron realizados con base en la reglamentación objeto de cuestionamiento por parte del TC. A pesar de ello, mediante Resolución Directoral No. 351-2010-MEM-AAM del 27 de octubre de 2010 la DGAAM del Ministerio de Energía y Minas otorgó la aprobación al estudio de impacto ambiental del proyecto de explotación.

Adicionalmente, se observa con relación a la exigencia de que sea una consulta *informada* que, según señala el PPC, la información concretamente compartida en las actividades antes mencionadas consistió en las “instalaciones del proyecto, política para el manejo del agua en el proyecto y las líneas de inversión social que se desarrollan durante la construcción y operación de la mina; así también se presentaron aspectos relevantes del EIA como: los resultados de la línea base ambiental y socioeconómica, la identificación de los impactos potenciales y los planes de mitigación de impactos ambientales y sociales”²⁹⁶. De acuerdo a los órganos del SIDH se requiere proveer información plena y precisa de la naturaleza y consecuencias del proceso a las comunidades consultadas²⁹⁷. De la información al alcance no puede concluirse que se haya brindado información sobre las posibles afectaciones a las comunidades propiamente, ni que ésta haya sido presentada de modo culturalmente adecuado.

De otro lado, respecto a la exigencia de buena fe, la Corte Interamericana ha enfatizado específicamente que dicho requisito “es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, 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 que son contrarias a los estándares internacionales”²⁹⁸. En el caso de Conga, la información pública indica que se han producido eventos de este tipo, en el afán de la empresa de ganar la aceptación de la población, sin referirnos a situaciones similares en otros proyectos ejecutados por Yanacocha. Así por ejemplo, en una declaración de las rondas campesinas de las comunidades afectadas por el proyecto, se señala que:

²⁹⁵ TC. Sentencia 05427-2009-PC del 30 de junio de 2010. fj. 62.

²⁹⁶ Knight Piésold Consultores S.A. *Plan de participación del proyecto Conga*. Enero 2010. p.6.

²⁹⁷ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 142. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133. CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997. CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997. CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 248.

²⁹⁸ 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. 186.

El Estado y la empresa minera Yanacocha han fragmentado y alterado el orden comunal rondero y el tejido comunal y espiritual, a través de mentiras, regalos, dinero, programas asistencialistas y psicosociales. La empresa ha comprado autoridades para ponerlos a su servicio y facilitar que el uso de los locales comunales esté también a su servicio. De esta forma han logrado dividir a algunas de nuestras rondas, comunidades e incluso familias²⁹⁹.

Cabe notar además que el responsable de la DGAAM del Ministerio de Energía y Minas al momento de la aprobación del estudio de impacto ambiental del proyecto de explotación, era Felipe Ramírez del Pino, se desempeñó como gerente de Asuntos Externos y Comunicaciones de Yanacocha, entre 2006 y 2009³⁰⁰. Por último, debe señalarse que el PPC establece que las actividades de “participación ciudadana” se realizaron con el objetivo de:

mejorar la calidad de la relación entre la población del entorno, el titular minero y el estado, así como la comunicación adecuada del proyecto propuesto a desarrollar. Propone las estrategias y mecanismos que faciliten la participación y el diálogo entre los actores sociales del área de influencia directa e indirecta del proyecto y el titular minero, de modo que se posibilite la inclusión de las observaciones y sugerencias de la población involucrada en el contenido del Estudio de Impacto Ambiental de dicho proyecto³⁰¹.

Como se evidencia de lo anterior, así como del nombre mismo del mecanismo empleado, se trató meramente de “talleres informativos”, dirigidos a dar a conocer aspectos generales del proyecto y no a llegar a un acuerdo con las comunidades afectadas, conforme establece el artículo 6 del Convenio 169. Cabe mencionar que como señaló James Anaya, actual Relator Especial de la ONU para los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio exige que las consultas no se limiten a informar sobre las posibles afectaciones de las medidas planeadas, como en este caso. Las consultas deben estar orientadas de tal forma que los pueblos tengan la oportunidad real de influir de forma efectiva en las decisiones externas que afectan sus intereses y formas de vida³⁰².

En conclusión, los talleres informativos efectuados por la empresa minera Yanacocha con base en normativa no adecuada relativa a participación ciudadana y de acceso a la información, no constituyen propiamente un proceso de consulta; ni cumplieron con las exigencias del sistema interamericano de realizarse de modo previo, informado, de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo.

3.2.2. Estudios previos de impacto ambiental y social: ¿Cumplen los estudios realizados con el estándar interamericano?

Las garantías específicas de los EISA establecidas por el SIDH se relacionan con (i) la entidad que lo realiza, (ii) el contenido del EISA, (iii) la participación de los pueblos indígenas, y (iv) la finalidad de

²⁹⁹ CUNARC. *Resultados preliminares de la misión internacional*. 11 de marzo de 2013.

³⁰⁰ Véase IDL. Reporteros. Inútiles estudios. Abril de 2011. Disponible en: <http://idl-reporteros.pe/2011/04/16/inutiles-estudios/>.

³⁰¹ Knight Piésold Consultores S.A. *Plan de participación del proyecto Conga*. Enero 2010. p.1.

³⁰² ANAYA, James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005, p. 235.

realizarlo. En el caso del proyecto Conga puede decirse que se hicieron, al menos, tres evaluaciones ambientales, a saber: el estudio de impacto ambiental para la exploración de minas Conga presentada por Yanacocha en enero de 2004 ante el MINEM; la evaluación ambiental para la explotación, presentada el 9 de febrero de 2010 al MINEM; y el “peritaje internacional” sobre el componente hídrico del EIA del proyecto encargado por el Gobierno de Ollanta Humala a especialistas extranjero en febrero de 2012.

Si analizamos la primera garantía específica en la evaluación efectuada para la explotación del proyecto Conga, se observa que el EIA de explotación que fue finalmente aprobado por el MINEM fue preparado por Knight Piésold Consultores S.A., grupo empresarial que se encuentra inscrito en el Registro de empresas autorizadas para elaborar estudios de impacto ambiental de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros³⁰³. Este aspecto es de suma relevancia, pues como advierte Roberto Moran –quien analizó el proyecto a solicitud del *Environmental Defender Law Center*- el EIA “fue elaborado por empresas con interés económico en asegurar que el Proyecto Conga siga adelante. Todos los datos e información técnica para el Proyecto fueron recogidos por las propias empresas mineras o por consultores y contratistas pagados y dirigidos por dichas empresas”³⁰⁴.

Esto se basó en que la normativa está diseñada de modo tal que es la empresa la que bajo su propio costo y medios presenta el EIA, sin fiscalización o supervisión del Estado con relación a la independencia y tecnicismo con que ésta se realiza. Ello a pesar de que se trata de una empresa pagada por la minera, la cual tiene un claro y directo interés en obtener un estudio de impacto ambiental que sea favorable a la realización del proyecto. De otro lado, el peritaje internacional sobre el componente hídrico del EIA del proyecto fue encargado a los españoles Rafael Fernández Rubio y Luis López García, y al portugués José Martins Carvalho, el cual fue presentado el 17 de abril de 2012; no siendo éste precisamente el aspecto más criticable del peritaje por tratarse de técnicos independientes.

Con relación al *contenido* de los EIA, es claro que se han enfocado en la cuestión ambiental, sin tomar en cuenta ni valorar los aspectos culturales, económicos, sociales y espirituales que caracterizan a las comunidades de la zona. De hecho, las críticas que ha venido recibiendo el proyecto giran en torno a su viabilidad ambiental y no en el profundo impacto social que puede significar. Así por ejemplo, el 21 de noviembre de 2011 el MINAM entregó al jefe del Gabinete, Salomón Lerner Ghitis, el informe con comentarios al proyecto minero Conga del MINAM, elaborado por 25 especialistas de las distintas direcciones del MINAM. En éste, se encuentra serias deficiencias en el proyecto y se cuestiona su viabilidad misma por el daño ambiental que ocasionaría, sin que ello haya sido tomado en cuenta antes

³⁰³ Ministerio de Energía y Minas. Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros. Resolución Directoral No. 351-2010-MEM/AAM del 27 de octubre de 2010. Considerando tercero.

³⁰⁴ MORAN E., Roberto. *El proyecto minero Conga, Perú: Comentarios al estudio de impacto ambiental (EIA) y temas relacionados*. Preparado para Environmental Defender Law Center. p. 1.

de la aprobación de la explotación. Asimismo, este documento supuso una grave contradicción con lo afirmado por el Ministro de Energía y Minas, Carlos Herrera Descalzi, quien el 21 de noviembre señaló que el EIA “es correcto y tiene el visto bueno del Ministerio del Ambiente” y reveló la ausencia de un proceso de aprobación adecuado llevado en coordinación con los distintos sectores involucrados³⁰⁵. Puede notarse además que las recomendaciones de este informe se centran principalmente en cuestiones ambientales –propias del mandato del MINAM- y solo la recomendación segunda hace referencia a “costos sociales”, aunque lo reduce únicamente a la necesidad de su compensación adecuada.

En similar sentido, el peritaje internacional como evidencia la propia denominación del documento, se refiere al componente hídrico del EIA. El punto más destacado es que plantea la no destrucción de cuatro lagunas, pues las dos que se utilizarían para desmonte pueden ser sustituidas por reservorios. No obstante, se trata de un mecanismo no regulado, sin claridad en cuanto a sus efectos concretos con relación al actuar del Estado y la empresa, puede decirse que se trató más bien de una respuesta improvisada para hacer frente a la crisis política.

En lo que respecta a la *participación* en su realización, según la Tercera Disposición Transitoria del Reglamento de Participación Ciudadana en el Sub Sector Minero, el “Plan de Participación Ciudadana” no considera mecanismos de participación formales de modo previo a la elaboración del EIA. De acuerdo al “Plan de Participación Ciudadana” a ser aplicado en la elaboración del EIA del proyecto Conga, realizado por Knight Piésold Consultores S.A., no se realizaron actividades de “participación ciudadana” en la etapa anterior al EIA con base en esta disposición.³⁰⁶

Con relación a “los mecanismos de participación ciudadana” aplicados durante la elaboración del EIA, de acuerdo a dicho documento, éstos consistieron en los dos “talleres informativos” antes referidos, en los que se presentaron los avances del EIA, sus resultados y la descripción del proyecto, en los entornos urbano y rural, “permitiendo así una mayor difusión de la información entre la población, así como recoger las preocupación de los diferentes sectores de la población”³⁰⁷. Como se evidencia, el objetivo de estas actividades fue el de presentar información y algunas “preocupaciones” de la población. Sin embargo, no sirvieron para recoger información sustantiva y aspectos sociales, culturales, económicos, espirituales a ser considerados en la EIA. El peritaje internacional, al enfocarse únicamente en el componente hídrico, tampoco contó con la participación de las comunidades afectadas por el proyecto.

³⁰⁵ Diario La República, Nota titulada “Informe del MINAM encuentra deficiencias en proyecto Conga y contradice al Gobierno”, 25 de noviembre de 2011. Disponible en: <http://www.larepublica.pe/25-11-2011/informe-del-minam-encuentra-deficiencias-ambientales-en-proyecto-conga>.

³⁰⁶ Knight Piésold Consultores S.A. *Plan de participación del proyecto Conga*. Enero 2010.

³⁰⁷ Knight Piésold Consultores S.A. *Plan de participación del proyecto Conga*. Enero 2010. p. 6.

Por último, en cuanto a la *finalidad* de los EIA, como se advirtió, este busca que sus resultados sean compartidos con las comunidades afectadas para que puedan tomar una decisión informada. Este punto se concatena claramente con el proceso de consulta. No obstante, como se señaló no fueron realizados más que dos “talleres participativos” cuyos resultados –por más preocupantes que era- no fueron considerados para la toma de decisión sino únicamente comunicados.

3.2.3. Beneficios compartidos

El tercer componente supone el establecimiento de mecanismos de participación en los beneficios del proyecto a favor de las comunidades o pueblos afectados por la extracción de recursos naturales o los planes o proyectos de inversión o desarrollo. Según la empresa minera, en la etapa de construcción del proyecto Conga, los principales beneficios estarán asociados al componente socioeconómico: (i) las familias ex propietarias verían incrementados notablemente sus ingresos luego de la venta de sus tierras a MYSRL; (ii) la demanda de empleo se verá incrementada, ya sea por contratos directos realizados por MYSRL para la ejecución de labores mineras o por contratos efectuados con las empresas locales y nacionales ante la necesidad de satisfacer una mayor demanda de servicios por el proyecto; (3) la capacitación en actividades no mineras y mineras no específicas permitirá aumentar los niveles de empleabilidad de los pobladores locales; y (4) el inicio de los proyectos de desarrollo del Plan de Gestión Social generará las bases para una mejora continua de la calidad de vida de la población que comprende dimensiones de productividad, educación y salud³⁰⁸. De otro lado, durante la etapa de operación, en opinión de la empresa, el impacto se generará con el incremento de los presupuestos de los gobiernos local, regional y nacional, por el pago del canon y regalías mineras³⁰⁹.

Al respecto cabe tener en cuenta de modo general que, según ha señalado la CIDH, los Estados tienen la obligación internacional de garantizar la participación de las comunidades indígenas en la determinación de los beneficios que producirán los planes o proyectos propuestos, a través de procedimientos apropiados. Por ello, los Estados deben garantizar que en el marco de los procedimientos de consulta previa “se establezcan los beneficios que serán percibidos por los pueblos indígenas afectados, y las posibles indemnizaciones por los daños ambientales, siempre de conformidad con sus propias prioridades de desarrollo”³¹⁰. En palabras de la Corte Interamericana, la determinación de los beneficiarios “deberá ser hecha en consulta con el pueblo [respectivo] y no unilateralmente por el Estado”³¹¹. En el presente caso, antes de la aprobación del proyecto, no hubo un proceso participativo

³⁰⁸ Minera Yanacocha S.R.L. *Proyecto Conga: Estudio de Impacto Ambiental. Informe final*. Febrero 2010. p. 11-18. Disponible en: <http://www.yanacocha.com.pe/operaciones/proyecto-conga/>.

³⁰⁹ Minera Yanacocha S.R.L. *Proyecto Conga: Estudio de Impacto Ambiental. Informe final*. Febrero 2010. p. 11-18. Disponible en: <http://www.yanacocha.com.pe/operaciones/proyecto-conga/>.

³¹⁰ CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 248.

³¹¹ Corte IDH. *Caso del 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.

para la definición de beneficios razonables que puedan ser compartidos con las comunidades afectadas sino que todas las medidas mencionadas responden a criterios de la empresa misma.

De otro lado, se debe tener en cuenta que, como ha indicado la CIDH, “[n]o debe confundirse la participación en los beneficios de un proyecto con la dotación de servicios sociales básicos que de cualquier modo corresponde proveer al Estado en virtud de sus obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales”³¹². En igual medida, no deben considerarse dentro de los beneficios compartidos en los términos desarrollados por el SIDH, los puestos de trabajo que generaría la construcción o ejecución del proyecto, pues corresponde a una actividad prestacional que claramente debe ser remunerada y más aún, puede suponer la pérdida de patrones tradicionales de subsistencia ligados a su cultura.

El área de influencia directa del proyecto se caracteriza por ser una zona con una población de aproximadamente 2 400 habitantes, con 73.4% en situación de pobreza, y un 27.4% en pobreza extrema. Las características constructivas de las viviendas, son en un 88.6% predominante de adobe; el 97.4% tiene la tierra o arena en la construcción de los pisos; y el 49.3% tiene planchas de calamina o fibra de cemento en sus techos. Sólo un porcentaje menor de las viviendas cuentan con acceso a agua potable, sea a través de conexión dentro de la casa (6.3%) o fuera de la casa (4.1%). En el caso de los servicios higiénicos, solamente el 0.4% de las viviendas cuentan con servicio higiénico conectado a la red pública de desagüe fuera de la vivienda y ninguna se encuentra conectada³¹³.

Esta realidad contrasta con las enormes ganancias que viene generando Yanacocha y evidencia la falta de razonabilidad en los beneficios, si cabe, traídos por sus actividades. Según afirma la empresa, a lo largo de la vida del proyecto Conga, se estima un pago por regalías entre 350 y 360 millones de dólares; y, en el caso del canon minero, se calcula que este pago estará dentro del rango de 500 y 650 millones de dólares³¹⁴. ¿Cuánto de este dinero será en beneficio efectivo de las comunidades? ¿Serán éstas consultadas sobre su uso y se tomarán en cuenta sus necesidades reales? ¿Podrá decirse a la larga que el proyecto Conga traerá beneficios a la zona? Tal cual se ha llevado a cabo la aprobación del proyecto estas preguntas parecen no encontrar respuestas favorables.

En resumen, el Estado peruano no llevó a cabo un proceso de consulta previa, libre e informada para la concesión de exploración y explotación del proyecto Conga. Concretamente, como se advirtió en párrafos precedentes, en marzo de 2004 la DGAAM aprobó la solicitud de aprobación de la “Evaluación Ambiental del Proyecto de Exploración de las Minas Conga”, realizada sin consulta a las comunidades.

³¹² CIDH. *Informe Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009. párr. 3.

³¹³ Minera Yanacocha S.R.L. *Proyecto Conga: Estudio de Impacto Ambiental. Informe final*. Febrero 2010. p. 5-199. Disponible en: <http://www.yanacocha.com.pe/operaciones/proyecto-conga/>.

³¹⁴ Minera Yanacocha S.R.L. *Proyecto Conga: Estudio de Impacto Ambiental. Informe final*. Febrero 2010. p. 11-19. Disponible en: <http://www.yanacocha.com.pe/operaciones/proyecto-conga/>.

Según se hizo notar, en enero de 2004 cuando la DGAAM recibió esta solicitud correspondía iniciar un proceso de consulta y no otorgar la autorización de exploración. En cambio, se trató de un proceso entre la empresa y la autoridad estatal. Una vez decidida la explotación minera, se realizaron ciertos mecanismos de participación que se limitaron a talleres informativos y una audiencia pública, por parte de la propia empresa. Como se explicó en detalle anteriormente, no se realizó un proceso de consulta informado, de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo. A pesar de ello, el 27 de octubre de 2010, la DGAAM otorgó la aprobación del estudio de impacto ambiental del proyecto.

En segundo lugar, se advirtió que ninguna de las tres evaluaciones ambientales relacionadas con el proyecto Conga cumplió con las garantías específicas establecidas por el SIDH como de obligatorio cumplimiento para los Estados. En efecto, (i) fueron realizados por empresas privadas sin fiscalización o supervisión estatal, con lo cual no existe garantía de su independencia y tecnicismo; (ii) el contenido de los EISA se enfocó en el aspecto ambiental sin consideración de los aspectos culturales, económicos, sociales y espirituales de las comunidades de la zona; (iii) en el estudio de exploración y en el peritaje internacional no participaron de modo alguno las comunidades afectadas por el proyecto, mientras que en el correspondiente a la explotación los mecanismos fueron insuficientes; y (iv) con relación a la finalidad de realizarlo, sus resultados no fueron considerados como parte de un proceso de consulta a las comunidades, sino simplemente les fueron comunicados.

En cuanto a la exigencia de beneficios compartidos, se advirtió que el Estado no garantizó la participación de las comunidades en la determinación de los beneficios que produciría el proyecto propuesto, a través de un proceso de consulta, sino que las medidas que se mencionan como beneficios en el EISA de exploración fueron definidas unilateralmente por la empresa misma.

CONCLUSIONES

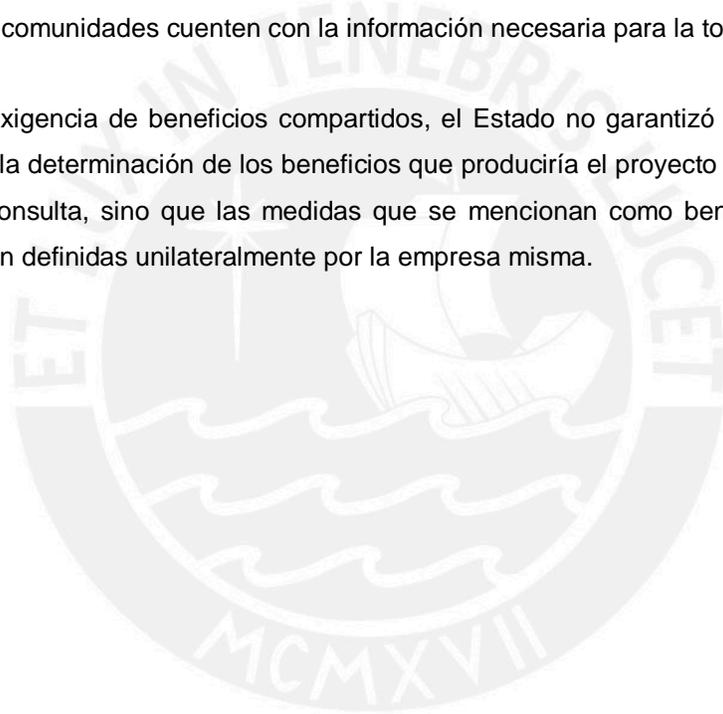
1. La histórica articulación al mercado mundial del Estado peruano como proveedor de materias primas y en especial de minerales, ha determinado la existencia de un marco institucional y jurídico funcional a los intereses de estos sectores económicos. Ello se vio reforzado a partir de las reformas introducidas por el gobierno de Fujimori en los años noventa y se ha ido consolidando a través de los gobiernos sucesivos. Como correlato, se han adoptado medidas regresivas en lo que se refiere a la protección de la propiedad colectiva indígena para favorecer la inversión privada en sus tierras y territorios. En este escenario, la Ley de Consulta Previa de 2011 viene a abrir un nuevo capítulo en la relación Estado-pueblos indígenas, o dicho en otros términos, es la excepción en un ordenamiento que, en general, ha tendido a la regresión en el reconocimiento de derechos indígenas.
2. La empresa Yanacocha no es nueva en Cajamarca. Los incidentes ambientales producidos, reclamos no atendidos y promesas incumplidas determinan la desconfianza de los pobladores de las zonas de influencia de la minera Yanacocha y constituyen el punto del cual debe partirse para comprender una relación empresa-comunidad que no inició con el proyecto Conga, sino que lleva más de veinte años de constantes tensiones y enfrentamientos.
3. El proyecto Conga pretende ser ejecutado en los distritos de Sorochuco y Huasmín de la provincia de Celendín; y en el distrito de La Encañada en la provincia de Cajamarca, en la región de la Jalca cajamarquina. Este proyecto implica la extracción de minerales de dos tajos abiertos, Perol y Chailhuagón, ubicados en la laguna y el bofedal Perol y en la cabecera de cuenca del río Chailhuagón. Los aspectos que se evidencian como más significativos es que el proyecto tendría una duración de casi 20 años; alcanzaría las 19.000 hectáreas de área total (3.000 de influencia directa y 16.000 de influencia indirecta), siendo el doble de área de la ciudad de Cajamarca; habitan en el “área de influencia” 32 comunidades (11 en el área de influencia directa y 21 en el área de influencia indirecta) que se verían afectadas por el impacto en el agua, según el EIA; y supondría la afectación de cuatro lagunas y cinco cabeceras de cuenca.
4. En cuanto al proceso de aprobación, la compañía Yanacocha inició las actividades de exploración del proyecto Conga en 2004, que del 2005 al 2007 se realizó el estudio base ambiental, y que desde el 2008 se inició el desarrollo de ingeniería del proyecto, mientras se continuaba con actividades de perforación durante el 2009. En el 2008 se aprobó el estudio de impacto ambiental semidetallado, el cual pasó por una serie de modificaciones y fue aprobado en octubre de 2010. Previa a la aprobación del proyecto, se realizó una “audiencia pública” en una de las comunidades de la zona de influencia.

5. La información disponible revela la ausencia de un proceso de aprobación coordinado con los distintos sectores involucrados, en especial con el Ministerio de Ambiente; así como que fue seguido con base en normativa que carece de pautas específicas en caso de tratarse de pueblos o comunidades indígenas de manera de hacer efectivo el derecho a la consulta previa, libre e informado. Se puede concluir además que los cuestionamientos en torno al proyecto Conga se han dirigido a las afectaciones medioambientales que podría producir, sin hacerse énfasis en el impacto social del proyecto y mucho menos en la posibilidad de la condición indígena de las comunidades y rondas campesinas afectadas.
6. En el Derecho internacional no existe una definición precisa y cerrada de “pueblos indígenas”, sino que se encuentran criterios o pautas que permiten determinar cuando un grupo humano puede ser considerado “indígena”. A este efecto, el Convenio 169 de la OIT es de singular relevancia, pues contiene los criterios que son comúnmente utilizados, denominados objetivos (continuidad histórica, conexión territorial, y permanencia total o parcial de instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas) y subjetivos (autoidentificación). Independiente de la denominación que reciban o de su reconocimiento formal, lo determinante para el Derecho internacional resulta atender a la presencia de los elementos que hacen que un grupo humano se considere indígena. Con ello se descarta el argumento según el cual basta advertir que los colectivos afectados por el proyecto Conga son comunidades y rondas campesinas y derivar de ello, la eliminación de toda discusión sobre su posible protección bajo la categoría de pueblos indígenas.
7. En el ordenamiento interno peruano, como regla general, ha estado ausente el sujeto “pueblo” y en cambio, la denominación utilizada ha sido la de comunidades campesinas y nativas. No obstante, pueden calificarse como pueblos indígenas aquellas comunidades que reúnan los elementos subjetivos y objetivos. Asimismo, existen normas y pronunciamientos del Estado peruano que equiparan derechos de las comunidades y rondas campesinas a los de pueblos indígenas.
8. La adaptación del ordenamiento interno al reconocimiento internacional del derecho a la consulta, ha generado la incorporación del sujeto “pueblo” como titular de este derecho, lo que ha llevado a dos procesos en tensión. De un lado, en la implementación del derecho a la consulta se ha tendido a adoptar ciertos criterios de identificación restrictivos que tendrían un efecto de dejar fuera a las comunidades y rondas campesinas; y de otro lado, que a partir de dicho reconocimiento de derechos éstas, junto con sus organizaciones nacionales, estarían retomando el concepto de pueblo, reivindicando su identidad indígena y su titularidad del derecho a la consulta.
9. En el caso de las comunidades y rondas campesinas afectadas por el proyecto Conga, se evidencian esfuerzos cada vez más claros por identificarse como indígenas, que manifiestan cierta conciencia

de su descendencia de pueblos anteriores a la existencia del Estado peruano, elemento decisivo de identificación de acuerdo a los instrumentos y órganos internacionales. Existe también información que sugiere que estas comunidades mantienen, aunque de modo parcial, ciertas instituciones propias y distintivas.

10. A pesar de la identificación *prima facie* de estos elementos, fue aprobado un estudio de impacto ambiental en el que están totalmente ajenos los aspectos sociales y culturales de los colectivos afectados. Ello pone en evidencia la necesidad de que el Estado peruano adopte medidas para que en la implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión o para el otorgamiento de concesiones extractivas en territorios indígenas, los órganos estatales involucrados se planteen si estamos frente a una cultura distinta a la predominante que puede ser protegida bajo la categoría de pueblos indígenas.
11. Ahora bien, los órganos del SIDH han desarrollado estándares en materia de protección al derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, partiendo del reconocimiento de la especial relación que tienen con sus territorios y los recursos naturales que en ellos se encuentran. Sobre esta base, se han establecido obligaciones específicas para la implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión o para el otorgamiento de concesiones extractivas en territorios indígenas, consistentes en participación (derecho a la consulta y consentimiento), estudios previos de impacto social y ambiental, y beneficios compartidos. Estas tres salvaguardas se dirigen, en general, a preservar, proteger y garantizar la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales, la cual a su vez garantiza su subsistencia como pueblo.
12. Ante la ausencia de legislación sobre el derecho a la consulta hasta hace poco tiempo, el TC reconoció que se trata de un derecho constitucionalmente protegido, y desarrolló pautas para su aplicación. Igualmente ha establecido que desde la entrada en vigencia del Convenio 169 para el Perú, esto es, desde el 2 de febrero de 1995, devino en obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Ha precisado además que este derecho es exigible con independencia de la ausencia de legislación que lo implemente, lo cual lleva a descartar el argumento consistente en que el derecho es exigible desde la promulgación de la Ley de Consulta Previa.
13. Concretamente en cuanto al proyecto Conga, los actos administrativos que tendrían que haber sido sometidos a un proceso de consulta son la Resolución Directoral No. 085-2004-EM/AAM del 17 de marzo de 2004 de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas que aprobó la exploración y la Resolución Directoral No. 351-2010-MEM-AAM del 27 de octubre de 2010 de la misma entidad que aprobó la explotación.

14. En cuanto al análisis del proyecto bajo los parámetros del SIDH, puede concluirse que los talleres informativos efectuados por la empresa minera Yanacocha con base en normativa no adecuada relativa a participación ciudadana y de acceso a la información, no constituyen propiamente un proceso de consulta; ni cumplieron con las exigencias del sistema interamericano de realizarse de modo previo, informado, de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo.
15. Los estudios de impacto ambiental no cumplieron con los estándares del SIDH en tanto se refirieron a la cuestión ambiental, sin tener en cuenta el impacto del proyecto en el aspecto social, cultural, económico, espiritual de las comunidades afectadas, ni incluyeron su carácter indígena como consideración. Además las comunidades no pudieron participar sustantivamente en su elaboración, fueron realizados por empresas privadas sin supervisión estatal, y no se realizaron con el objetivo de asegurar que las comunidades cuenten con la información necesaria para la toma de decisiones.
16. En cuanto a la exigencia de beneficios compartidos, el Estado no garantizó la participación de las comunidades en la determinación de los beneficios que produciría el proyecto propuesto, a través de un proceso de consulta, sino que las medidas que se mencionan como beneficios en el EISA de exploración fueron definidas unilateralmente por la empresa misma.



BIBLIOGRAFÍA

a) Libros

- Instituto de Defensa Legal, Fundación para el Debido Proceso Legal y Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Seattle. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú*. Fundación para el Debido Proceso Legal. Washington DC: 2010.
- Fundación para el Debido Proceso Legal. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas: la situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Fundación para el Debido Proceso Legal. Washington DC: 2011.
- RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *Balance de las sentencias emitidas por el TC sobre el derecho a la consulta previa: ¿Efectiva protección o pronunciamientos retóricos?* Red Andina de Justicia de Paz y Comunitaria. Septiembre 2011. Disponible en: <http://www.justiciaenlosandes.org/contenido/balance-de-las-sentencias-emitidas-por-el-tc-sobre-el-derecho-la-consulta-previa-¿efectiva>.
- RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *Guía de Interpretación de la Ley de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas (Ley N° 29785) Análisis, comentarios y concordancias*. IDL. Lima 2011.
- ALAYZA MONCLOA, Alejandra. *No pero sí: comunidades y minería: consulta y consentimiento previo, libre e informado en el Perú*. Lima: CooperAccion, 2007.
- VV. AA. Los pueblos indígenas u originarios: a propósito del derecho de consulta previa. En: Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia, Año 4, tomo 39 (Set. 2011). pp. 3-111.
- VV. AA. El derecho a la consulta previa en América Latina: del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas. En: El otro derecho, No. 40 (2009), p. 11-182. Disponible en: <http://ilsa.org.co:81/node/205>.
- Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas. "El derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado. Avances, limitaciones y retos". Informe Regional 2012.

b) Artículos en revistas

- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Derechos de los pueblos indígenas en las decisiones de los asuntos que les afectan*. En: Punto medio: revista peruana de análisis, prevención y gestión de conflictos, Año 4, no. 4 (Oct. 2011). p. 28-40.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. "Integración y complementariedad de los derechos de participación, consulta previa y consentimiento. A propósito de la integración de la Declaración y el Convenio 169 en una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: Álvarez, Natalia et al, eds. *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Hacia un*

mundo intercultural y sostenible. Capítulo 15. Madrid: Los Libros de la Catarata, Serie ensayos UNESCO Etxea. 2009. pp.349-368.

- PEÑA JUMPA, Antonio. *El derecho constitucional a la consulta previa tras los sucesos de Bagua: la aplicación sistemática de la Constitución Política del Perú y el Convenio Internacional 169 de la OIT*. En: *Ius inter gentes*, Año 6, no. 6 (Dic. 2009). p. 129-140.
- VALLENAS, Kantuta, Lucila PAUTRAT y Catty SAMANIEGO. *Análisis de la Ley de Consulta Previa a los pueblos indígenas, y criterios para su implementación en el contexto del debate del proyecto de ley forestal y de fauna silvestre*. Sociedad Peruana de Ecodesarrollo. Disponible en: <http://www.ibcperu.org/doc/isis/13602.pdf>.
- GAMBOA BALBÍN, César Leonidas. *Consulta previa y su contexto nacional: un mejor manejo político sobre los recursos naturales*. En: *Revista Elecciones*, Vol. 10, no. 11 (Ene.-dic. 2011). pp. 119-161.
- GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. *Alcances de la consulta previa en el Convenio 169 y la legislación peruana*. En: *Punto medio: Revista Peruana de Análisis, Prevención y Gestión de Conflictos*, Año 4, no. 4 (Oct. 2011). p. 7-27.
- FORNO, Xenia. *Participación ciudadana, consentimiento y consulta previa a los pueblos indígenas en el sector minero*. En: *Punto medio: Revista Peruana de Análisis, Prevención y Gestión de Conflictos*, Año 4, no. 4 (Oct. 2011). p. 41-43.
- SORIA, Carlos. *La consulta previa a las comunidades indígenas: desarrollo y derechos fundamentales*. En: *Gaceta constitucional*, Tomo 31 (Jul. 2010), p. 39-89.

c) Artículos en diarios

- ZAPATA VELASCO, Antonio. *Consulta previa: dos posturas*. *Diario La República*. 28 de marzo de 2012. Disponible en: <http://www.larepublica.pe/columnistas/sucedio/consulta-previa-dos-posturas-28-03-2012>.
- CHIRIF, Alberto y Frederica BARCLAY. *Ataques y mentiras contra los derechos indígenas*. En: *Servindi*. (Mayo 2009). Iquitos: 2009.
- LA ROSA, Javier y Juan Carlos, RUIZ MOLLEDA. *Derecho a la consulta previa en el Perú: A modo de balance del primer año de Humala*. *Justicia Viva*. 2 de agosto de 2012. Disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=866>.

d) Informes o documentos de trabajo

- CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. OEA/Ser.LV/II. Doc. 56/09. 30 de diciembre de 2009.

- Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT-CEACR). Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Núm. 169). En: Conferencia Internacional del Trabajo, 100ava reunión, 2011, ILC.100/III/1a, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, pp. 860-865.
- OIT-CEACR. Observación Individual 2010, Perú.
- OIT-CEACR. Observación Individual 2009, Perú. En: OIT, 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, pp. 113-124.
- OIT. “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica – una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT”. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.
- ONU. Informe del relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, presentado de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 15/7 del Consejo de Derechos Humanos. Sexagésimo sexto periodo de sesiones, A/66/150, 10 de agosto de 2011.
- COMISEDH. La Ley de Consulta Previa y su Reglamento en el Perú. Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Documento de Trabajo. Lima, 16 de julio de 2012. Disponible en: <http://www.comisedh.org.pe/modulo/upload/1342630241.pdf>.
- Defensoría del Pueblo. El derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Informe de Adjuntía N° 011-2009-DP/AMASPPI-PPI. Lima: 2009. Disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/varios/2009/011-2009-DPAMASPPI-PPI.pdf>.

e) Normas legales

- Ley No 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el C169 OIT, vigente desde los noventa días de su publicación el 7 de septiembre de 2011 (disponible en: http://www.mcultura.gob.pe/sites/default/files/doc/Ley%2029785_LCP_castellano.pdf).
- Reglamento de la Ley No 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el C169 OIT, aprobado por el Decreto Supremo No 001-2012-MC, vigente desde el día siguiente de su publicación el 3 de abril de 2012 (disponible en: <http://www.mcultura.gob.pe/sites/default/files/docs/reglamento-de-la-ley-nro29785.pdf>).
- Directiva 03-2012/MC, Directiva que regula el funcionamiento de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios, aprobada por la Resolución Ministerial 202-2012-MC.
- Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes Libro
- Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

f) Jurisprudencia

- CIDH. Informe de Fondo No. 40/04, Caso 12.053 - *Comunidades indígenas Mayas del distrito de Toledo* (Belice), 12 de octubre de 2004.
- CIDH. Informe de Fondo No. 75/02, Caso 11.140 – *Mary y Carrie Dann* (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002.
- Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.
- Corte IDH. *Caso del 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. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2011.
- Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.
- Tribunal Constitucional. *Sentencia 00026-2009-PI*. Gonzalo Tuanama y otros (Etnia Awajun). 30 de julio de 2009.
- Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia 00028-2009-PI*. Gonzalo Tuanama y otros (Etnia Awajun). 30 de julio de 2009.
- Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia 00022-2009-PI*. Gonzalo Tuanama y otros (Etnia Awajun). 9 de junio de 2010.
- Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia 06316-2008-AA*. AIDSESEP. 11 de noviembre de 2009.
- Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia 00027-2009-PI*. Gonzalo Tuanama y otros (Etnia Awajun). 5 de enero de 2010.
- Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia 05427-2009-PC*. AIDSESEP. 30 de junio de 2010.
- Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia 00023-2009-PI*. Gonzalo Tuanama y otros (Etnia Awajun). 21 de septiembre de 2010.
- Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia 00025-2009-PI*. Gonzalo Tuanama y otros (Etnia Awajun). 17 de marzo de 2011
- Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia 00024-2009-PI*. Gonzalo Tuanama y otros (Etnia Awajun). 26 de julio de 2011.
- Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia 01939-2011-PA*. Procurador Público del Gobierno Regional de Cusco y Alcalde de la Municipalidad Provincial de Espinar (acumuladas). 8 de noviembre de 2011.

g) Ponencias

- COLCHESTER, Marcus y MacKay, FERGUS. *Forjando un espacio de negociación: pueblos indígenas, representación colectiva y el derecho al consentimiento libre, previo e informado*. Forest Peoples Programme. Ponencia presentada ante la Décima conferencia de la Asociación Internacional para el Estudio de la Propiedad Común. Oaxaca, agosto de 2004.
- URTEAGA CROVETO, Patricia. *Fundamentación Jurídica del derecho a la consulta y Consentimiento Libre, Previo e informado en el marco del Convenio 169 de la OIT. El caso de Perú*. Presentado en: Seminario Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas. A los 20 años del Convenio 169 OIT: Balance y Retos, 27-28 de enero de 2009. Lima: Colegio de Abogados de Lima. Disponible en: <http://www.ibcperu.org/doc/isis/11475.pdf>.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *Tomando en serio y superando el derecho de consulta previa: el consentimiento y la participación*. Presentado en: Seminario Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas. A los 20 años del Convenio 169 OIT: Balance y Retos, 27-28 de enero de 2009. Lima: Colegio de Abogados de Lima. Disponible en: <http://www.ibcperu.org/doc/isis/11492.pdf>.

