

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**EL DERECHO AL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO DE LOS
PUEBLOS INDÍGENAS ANTE
PROYECTOS DE “DESARROLLO O INVERSIÓN” EN SUS TERRITORIOS**

Y

BREVE ANÁLISIS DEL ESTADO DE APLICACIÓN E IMPLEMENTACIÓN EN EL PERÚ

Tesis para optar por el Título de Abogado que presenta el Bachiller:

CARLOS JONATHAN ELGUERA ALVAREZ

Asesora:

RAQUEL ZONIA YRIGOYEN FAJARDO

San Miguel, 2016

Just because someone stumbles

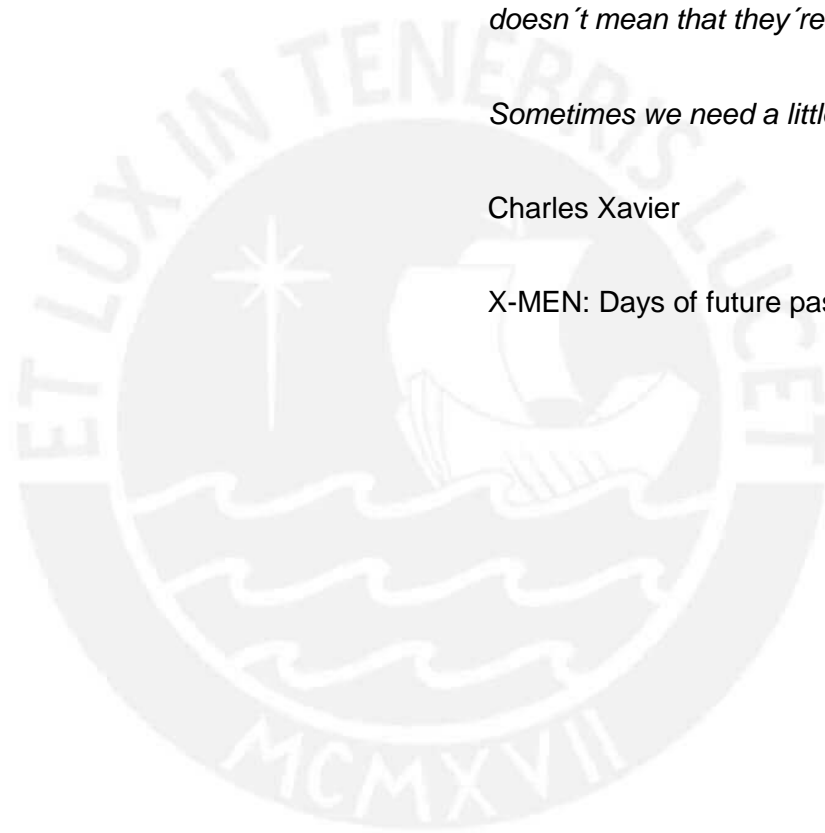
and loses their way

doesn't mean that they're lost forever.

Sometimes we need a little help.

Charles Xavier

X-MEN: Days of future past



"United, we stand. Divided, we fall"

"Doesn't matter what the press says. Doesn't matter what the politicians or the mobs say. Doesn't matter if the whole country decides that something wrong is something right. This nation was founded on one principle above all else: the requirement that we stand up for what we believe, no matter the odds or the consequences. When the mob and the press and the whole world tell you to move, your job is to plant yourself like a tree beside the river of truth, and tell the whole world — "No, you move."

Captain America (Comics) / Sharon Carter (Captain America. Civil War / Movie)

INDICE

SIGLAS Y ACRÓNIMOS	8
AGRADECIMIENTOS	11
INTRODUCCIÓN	12
1. MOTIVACIÓN.....	12
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO.....	16
2.1. <i>Contexto internacional de implementación y aplicación de los derechos de los pueblos indígenas, en específico, del Derecho al Consentimiento Previo, Libre e Informado (DCPLI).</i>	16
2.2. <i>El DCPLI en el contexto peruano</i>	19
2.3. <i>Pregunta de investigación</i>	23
3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	23
4. HIPÓTESIS.....	24
5. PERSPECTIVA METODOLÓGICA.....	24
6. RELEVANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.....	25
6.1. <i>Relevancia jurídica</i>	25
6.2. <i>Relevancia política</i>	26
6.3. <i>Relevancia sociológica</i>	26
6.4. <i>Relevancia histórica</i>	27
6.5. <i>Relevancia económica</i>	28
7. ALCANCES Y LÍMITES.....	29
CAPÍTULO 1. EL DCPLI DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS FRENTE A PROYECTOS DE “DESARROLLO O INVERSIÓN” EN SUS TERRITORIOS: FUNDAMENTO Y FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL	31
1. EL DCPLI DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS FRENTE A PROYECTOS DE “DESARROLLO O INVERSIÓN” EN SUS TERRITORIOS.....	32
1.1. <i>DCPLI</i>	32
1.2. <i>Territorio de un pueblo indígena</i>	35
1.3. <i>Proyecto de “desarrollo o inversión”</i>	39
2. FUNDAMENTO DEL DCPLI: EL DERECHO A LA EXISTENCIA DIGNA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	47
2.1. <i>Existencia de los pueblos indígenas: La supervivencia de los pueblos indígenas y su derecho a la integridad física y cultural</i>	47
2.2. <i>La libre determinación de los pueblos indígenas</i>	54
3. EL DCPLI Y SU RELACIÓN CON OTROS DERECHOS INDÍGENAS.....	60
3.1. <i>EL DCPLI y el derecho a la participación de los pueblos indígenas</i>	60
3.1.1. Participación de los pueblos indígenas en las decisiones estatales susceptibles de afectarles en políticas y programas del Estado.....	61
3.1.2. Participación sin discriminación en los procesos de toma de decisiones.....	63
3.1.3. Participación efectiva y activa en los proyectos de “desarrollo o inversión”.....	67
3.2. <i>EL DCPLI y el derecho a la consulta de los pueblos indígenas</i>	69
3.2.1. Consulta como forma de participación indígena.....	70
3.2.2. Consulta de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, incluyendo proyectos de “desarrollo o inversión”.....	70
3.2.3. Consulta como garantía de protección de la cultura de los pueblos indígenas.....	72
3.3. <i>El DCPLI y el derecho al territorio de los pueblos indígenas</i>	74
3.3.1. El DCPLI como salvaguarda adicional de protección ante la restricción del derecho de territorio por proyectos de “desarrollo e inversión”.....	75
3.3.2. El DCPLI y la prohibición de autorizar proyectos de “desarrollo o inversión” en territorio indígenas no titulados.....	75

4.	OBLIGACIÓN DEL ESTADO FRENTE AL DCPLI: ¿LA EXCEPCIÓN O LA REGLA EN TODO PROCESO DE CONSULTA SOBRE PROYECTOS DE “DESARROLLO O INVERSIÓN”?	77
4.1.	<i>El DCPLI como una obligación excepcional y limitada del Estado en supuestos específicos</i>	77
4.1.1.	Traslado o reubicación de los pueblos indígenas	79
4.1.2.	Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en territorio indígena	80
4.1.3.	Actividades militares en territorios indígenas	80
4.1.4.	Adopción de medidas especiales de salvaguarda de los pueblos indígenas	81
4.1.5.	Planes de “desarrollo o de inversión” (a gran escala) que afecten de manera significativa el territorio de los pueblos indígenas	81
4.1.6.	Medidas que comprometen significativamente las actividades económicas de valor cultural	83
4.1.7.	¿Todos estos supuestos son aplicables a los proyectos de “desarrollo o inversión”?	83
4.2.	<i>El DCPLI como una obligación general y no excepcional del Estado ante todo proyecto de “desarrollo o inversión”</i>	86
5.	FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL QUE RECONOCEN EL DCPLI DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS FRENTE A PROYECTOS DE “DESARROLLO O INVERSIÓN”	88
5.1.	<i>Derecho Internacional</i>	89
5.1.1.	El DCPLI en los tratados internacionales	90
5.1.1.1.	El DCPLI en tratados internacionales que reconocen expresamente los derechos de los pueblos indígenas	91
a.	El CPLI de los pueblos indígenas en el Convenio N° 107 de la OIT (1957)	94
-	Consentimiento para reemplazar valores e instituciones (Art. 4 del Convenio N° 107 de la OIT)	95
-	Consentimiento ante traslados poblaciones (Art. 12 del Convenio N° 107 de la OIT)	96
b.	El CPLI de los pueblos indígenas en el Convenio N° 169 de la OIT (1989)	96
-	Consentimiento ante medidas especiales de salvaguarda de los pueblos indígenas	97
-	Consentimiento como finalidad de los procesos de consulta	98
-	Consentimiento ante traslados poblacionales de los pueblos indígenas	99
5.1.1.2.	El DCPLI en tratados internacionales que interpretados y aplicados por los organismos internacionales han reconocido derechos de los pueblos indígenas	101
a.	El CPLI en Sistemas Regionales de Derechos Humanos	102
b.	El CPLI en el Sistema Universal de Derechos Humanos	103
5.1.1.3.	Relevancia del CPLI en tratados celebrados entre Estados y pueblos indígenas	107
5.1.2.	EL DCPLI como costumbre internacional	113
(i)	Elemento material del DCPLI como costumbre internacional	115
(ii)	Elemento subjetivo o espiritual del DCPLI como costumbre internacional	116
(iii)	El DCPLI como costumbre “sabia” o costumbre “salvaje”	118
(iv)	¿Costumbre general o costumbre regional?	123
5.1.3.	El DCPLI como principio general del Derecho Internacional	124
5.1.4.	El DCPLI en la jurisprudencia internacional	127
5.1.5.	El DCPLI en la doctrina	129
5.1.6.	El DCPLI en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas (DNUDPI)	131
5.2.	<i>Derechos Intrínsecos o inherentes de los pueblos indígenas</i>	135
5.2.1.	América	140
5.2.2.	África	143
5.2.3.	Asia	144
5.2.4.	Oceanía	145
5.2.5.	Europa	145
5.3.	<i>Interpretación de las normas de los derechos de los pueblos indígenas</i>	146
5.3.1.	Principio <i>pro-homine</i> o <i>pro-indígena</i>	146
-	Relevancia del derecho interno en aplicación del principio <i>pro homine</i>	149
5.3.2.	Evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos	150

CAPÍTULO 2. ESTÁNDARES INTERNACIONALES APLICABLES A TODO PROCESO CONSULTIVO MEDIANTE EL CUAL LOS PUEBLOS INDÍGENAS DECIDAN OTORGAR O ABSTENERSE DE OTORGAR SU CPLI ANTE PROYECTOS DE “DESARROLLO E INVERSIÓN” EN SUS TERRITORIOS	153
1. SUJETOS INVOLUCRADOS: RELACIÓN ESTADO Y PUEBLOS INDÍGENAS.....	153
1.1. <i>Sujeto titular: Pueblos indígenas y pueblos tribales.....</i>	153
1.2. <i>Sujeto obligado: Estado.....</i>	159
2. OPORTUNIDAD EN LA QUE EL ESTADO DEBE DE OBTENER EL CPLI DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS .	162
3. MEDIDAS RESPECTO DE LA CUALES EL ESTADO DEBE DE OBTENER EL CPLI DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	166
3.1. <i>Medidas legislativas</i>	166
3.2. <i>Medidas administrativas</i>	167
4. CARACTERÍSTICAS DEL CPLI.....	168
4.1. <i>El consentimiento otorgado por las instituciones representativas de los pueblos indígenas.....</i>	168
4.2. <i>Consentimiento obtenido de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias</i>	171
4.3. <i>Consentimiento previo</i>	173
4.4. <i>Consentimiento libre.....</i>	175
4.5. <i>Consentimiento informado.....</i>	176
4.5.1. <i>Estudios de impacto ambiental, social, cultural y espiritual.....</i>	181
4.5.2. <i>Beneficios razonables y compartidos</i>	186
4.5.3. <i>Indemnización por posibles daños y perjuicios.....</i>	189
5. FORMA DE OBTENER EL CPLI DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	190
5.1. <i>Objetivo y fin del proceso consultivo: Obtener el CPLI.....</i>	191
5.2. <i>Procedimientos apropiados y en respeto a las formas propias de toma de decisiones</i>	192
5.3. <i>Mecanismo o procedimiento consultivo elaborado con la participación, colaboración y coordinación de los pueblos indígenas: “la consulta sobre la consulta”.....</i>	194
5.4. <i>Capacidad técnica y financiera.....</i>	196
5.5. <i>Validez de los acuerdos arribados entre los pueblos indígenas y los Estados.....</i>	196
5.6. <i>Evaluación periódica y mecanismos frente a posibles violaciones de DDHH para proteger la vida e integridad de los pueblos indígenas.....</i>	198
5.7. <i>Situaciones en las cuales los pueblos deciden no otorgar su CPLI sin mediar procesos consultivos</i>	200
5.7.1. <i>“Auto-consultas” o “consultas comunitarias”.....</i>	201
5.7.2. <i>Oposición manifiesta de participar en los procesos consultivos.....</i>	203
6. CONSECUENCIAS JURÍDICAS ANTE EL CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DEL DCPLI.....	203
6.1. <i>Cumplimiento del DCPLI: Ejecución de los acuerdos entre los pueblos indígenas y los Estados.....</i>	203
6.2. <i>Incumplimiento del DCPLI: Consecuencias ante la aprobación de proyectos de “desarrollo o inversión” sin contar con el CPLI de los pueblos indígenas.....</i>	205
6.2.1. <i>CIDH y Corte IDH.....</i>	206
6.2.1.1. <i>“Suspensión”, “Cese” y “Revisión” de proyectos de “desarrollo o inversión” en ejecución</i>	206
6.2.1.2. <i>Diferentes medidas de reparación en torno a proyectos de “desarrollo o inversión” finalizados o cuyas actividades han cesado pero han impactado en el territorio.....</i>	213
- <i>Restitución de las tierras indígenas vendidas a empresas o terceros para la ejecución de proyectos de “desarrollo o inversión”</i>	214
- <i>Rehabilitación del territorio.....</i>	216

-	Indemnización compensatoria por daño material	217
-	Indemnización compensatoria por daño inmaterial	218
-	Extracción de explosivos y reforestación de las áreas afectadas	219
6.2.2.	CEACR – OIT	220
-	“Suspensión” de los proyectos de “desarrollo o inversión”	220

CAPÍTULO 3. RETOS PARA EL RESPETO DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ: IMPLEMENTACIÓN Y APLICACIÓN DEL DCPLI 222

1.	EL DCPLI Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993	223
1.1.	<i>Tratados sobre derechos humanos: El Convenio N° 169 de la OIT</i>	225
1.2.	<i>Acuerdos internacionales sobre derechos humanos: La DNUDPI</i>	227
1.3.	<i>Interpretación de organismos supranacionales y jurisprudencia internacional.</i>	228
2.	EL DCPLI Y LA JURISPRUDENCIA DEL TCP	229
2.1.	<i>El DCPLI y las fuentes del Derecho Internacional en la jurisprudencia del TCP</i>	230
2.1.1.	El Convenio N° 169 de la OIT.....	230
2.1.2.	La DNUDPI.....	233
2.1.3.	La jurisprudencia de la Corte IDH	234
2.1.4.	Doctrina.....	235
2.2.	<i>Reconocimiento y negación de derechos de los pueblos indígenas: Libre determinación, consulta y CPLI</i>	236
2.2.1.	El derecho a la libre determinación.....	236
2.2.2.	El derecho a la consulta y la negación expresa del DCPLI ante proyectos de “desarrollo o inversión” en sus territorios	238
2.3.	<i>Alcances del derecho a la consulta según la jurisprudencia del TCP</i>	243
2.3.1.	Sujeto obligado: Estados y/o ¿empresas?	243
2.3.2.	Sujeto titular: Los pueblos indígenas.....	245
2.3.3.	Medidas que deben de ser consultadas.....	246
2.3.3.1.	Medidas administrativas	247
2.3.3.2.	Medidas legislativas	249
2.3.4.	Características de la consulta.....	260
2.3.5.	Las siete etapas de los procesos de consulta.....	267
2.3.6.	Consecuencias jurídicas del incumplimiento del derecho a la consulta	268
3.	EL DCPLI Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ.....	271
3.1.	<i>Sentencia ACCIÓN POPULAR EXP. N° 3520-2011. LIMA de 26 de abril de 2012....</i>	271
3.2.	<i>Sentencia ACCIÓN POPULAR EXP. N° 2232-2012. LIMA de 23 de mayo de 2013..</i>	273
4.	LEY Y REGLAMENTO DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS.....	276
5.	INAPLICACIÓN DEL DCPLI EN LOS “PROCESOS CONSULTIVOS” DE PROYECTOS DE “DESARROLLO O INVERSIÓN” INICIADOS POR EL PERÚ A PARTIR DE LA LEY Y EL REGLAMENTO DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA	296
5.1.	<i>Sujetos involucrados: Estado, pueblos indígenas y ¿empresas?</i>	298
5.2.	<i>Oportunidad del “proceso consultivo” y medidas a ser consultadas: La irrelevancia del CPLI de los pueblos indígenas para tomar decisiones</i>	299
5.3.	<i>Ausencia de garantías de un “proceso del consultivo” con miras a obtener el CPLI de los pueblos indígenas ante proyectos de “desarrollo o inversión”</i>	305
	CONCLUSIONES	312
	BIBLIOGRAFÍA	318

SIGLAS Y ACRÓNIMOS

ACHPR: African Commission on Human and People's Rights

Art.: Artículo

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos

CADHP: Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos

CAJ: Comisión Andina de Juristas

CARE: Central Asháninka del Río Ene

CEACR: Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo

CEDAW: Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer

CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe

CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIJ: Corte Internacional de Justicia

Comité CERD: Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

Comité DDHH: Comité de Derechos Humanos

Comité DESC: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Convenio N° 107 de la OIT: Convenio N° 107 sobre poblaciones indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo

Convenio N° 169 de la OIT: Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo

Corte ADHP: Corte Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CPLI: Consentimiento previo, libre e informado

CPJI: Corte Permanente de Justicia Internacional

CSJP: Corte Suprema de Justicia del Perú

CUNARC-P: Central Única de Rondas Campesinas del Perú

DAR: Derecho, Ambiente y Recursos Naturales

DCPLI: Derecho al consentimiento previo, libre e informado

DDHH: Derechos Humanos

DEILEDI: Diplomatura de Estudio Internacional en Litigio Estratégico en Derechos Indígenas

DIH: Derecho Internacional Humanitario

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

DPLF: Due Process of Law Foundation

ECOSOC: Consejo Económico y Social de la ONU

EISAs: Estudio previo de impacto social y ambiental

EMRIP: Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas de la ONU/
United Nations Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples

FENAP: Federación de la Nacionalidad Achuar del Perú

GNUD: Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo

IIDS / ILS: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad / *International Institute on Law and Society*

MINEM: Ministerio de Energía y Minas del Perú

OEA: Organización de Estados Americanos

OIT: Organización Internacional del Trabajo

ONU: Organización de las Naciones Unidas

PACTO DE UNIDAD: Pacto de Unidad de Organizaciones Nacionales Indígenas del Perú

PDADPI: Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

PUCP: Pontificia Universidad Católica del Perú

SADHP: Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos

SEDH: Sistema Europeo de Derechos Humanos

SER: Asociación Servicios Educativos Rurales

SERVINDI: Servicios de Comunicación Intercultural

SIDH: Sistema Interamericano de Derechos Humanos

SUDH: Sistema Universal de Derechos Humanos

TCP: Tribunal Constitucional del Perú

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

UNEP: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente

UNPFII: Foro permanente para las cuestiones indígenas de la ONU / *United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues*

UNSRIP: Relator Especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas / *United Nations Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples*

VMI: Viceministerio de Interculturalidad



AGRADECIMIENTOS

A mi mamá y abuela por todo. Estoy infinitamente agradecido por todo su apoyo en todos los aspectos.

A Kevin. Siendo mi hermano menor, tengo mucho que admirar en ti.

A mi tía Sissy. Si no me hubieras apoyado en mis estudios, es probable que hoy no estaría presentando esta investigación.

A Mirva Aranda. Cuando empecé a practicar en la Comisión Andina de Juristas (CAJ), fuiste tú quien me enseñó cómo darle sentido a la carrera de Derecho.

A Raquel Yrigoyen. Contigo he aprendido y sigo aprendiendo sobre los pueblos indígenas desde el Derecho y desde diversas áreas del conocimiento. Eres lo que profesionalmente yo quisiera ser algún día.

A Juana Payaba. Me enseñaste a ser firme y luchar por las generaciones futuras.

Al Instituto Internacional de Derecho y Sociedad (IIDS) y a todo el equipo que lo conforma. He aprendido demasiado en la institución. Además, de no haberme dado las facilidades, no hubiera sido posible acabar esta investigación.

A la Dra. Elvira Mendez. Sus recomendaciones y consejos como profesora informante me impulsaron a que dé lo mejor de mí para esta investigación.

A los pueblos indígenas con los que he podido trabajar todos estos años. Espero que esta tesis brinde soporte jurídico a sus demandas.

A “Los Muchachos”. Amigos y hermanos unidos en esta vida.

Lo logramos “pokemon”!

INTRODUCCIÓN

1. Motivación

Como estudiante de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), y a partir de mi experiencia en la Comisión Andina de Juristas (CAJ) y el Instituto Internacional de Derecho y Sociedad (IIDS), tuve la oportunidad de conocer diversos problemas que afectan a los pueblos indígenas en la Región. Pude constatar que tales problemas se deben, entre otros, a la presencia de terceros no autorizados en territorios indígenas y a la imposición de concesiones o autorizaciones para proyectos de “desarrollo o inversión” en sus territorios. Me consternó mucho los problemas que viven los pueblos indígenas y los profundos impactos sociales, culturales y económicos que son forzados a enfrentar a raíz de tales proyectos. Muchos de los cuales ponen en riesgo su propia existencia.

Mi primera experiencia de trabajo fue con los pueblos Kandozi y Shapra que viven en el distrito del Pastaza en la provincia del Datem del Marañón en la región de Loreto¹. A raíz de actividades extractivas en el lote 144, creado y otorgado sin consulta ni consentimiento sobre el territorio de ambos pueblos, terceras personas entraron portando una serie de enfermedades que los Kandozi y Shapra no pudieron controlar, mucho menos prever, con sus tratamientos médicos tradicionales. Las postas médicas estatales existentes en las comunidades no han podido hacer frente a tales enfermedades.

Producto de ello, el 90% de los miembros de tales pueblos viene sufriendo de la enfermedad de Hepatitis B². Enfermedad incurable que puede llevar a los pueblos a la

¹ Tuve la oportunidad de participar por un semestre como alumno de la Clínica Jurídica de Interés Público de la Facultad de Derecho de la PUCP. El profesor a cargo del curso fue el Antonio Peña Jumpa. Apoyamos en la redacción de algunas acciones legales que fueron posteriormente impulsadas por el profesor.

² Para mayor información sobre la relación entre actividad extractiva, presencia de terceros y la epidemia del Hepatitis B, véase: GARCÍA HIERRO, Pedro y Alexandre SURRALLÉS (2009). *Antropología de un derecho. Libre determinación territorial de los pueblos indígenas como derecho humano*. Copenhague:

extinción de no recibir un tratamiento integral y urgente. Hoy, a pesar de las constantes denuncias³, el Estado no ha tomado medidas efectivas al respecto. El lote petrolero sigue existiendo y se espera que continúe operando⁴.

Mi segunda experiencia de trabajo fue con la Comunidad Nativa “Tres Islas” de Madre de Dios, la cual está compuesta por familias descendientes de los pueblos Shipibo y Es’Eja⁵. La comunidad ganó una demanda ante el Tribunal Constitucional del Perú (TCP), quien ordenó que se respeten sus derechos a la libre determinación, autonomía y a la propiedad territorial⁶ frente a la presencia de terceros no autorizados, entre transportistas, mineros y taladores ilegales. Explícitamente, el TCP ordenó que “cesen los actos de violación del territorio de la propiedad comunal y de autonomía de la Comunidad Nativa Tres Islas [...]”⁷.

Hoy, no obstante lo logrado, la sentencia no se cumple en su totalidad. Situación que ha llevado a que continúen aproximadamente 150 concesiones mineras no consentidas

IWGIA, pg. 97, 114, 129 y 162. Disponible en: http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0284_antroplogia_de_un_derecho.pdf (Consulta: 21 de mayo de 2015). Y, para mayor información sobre la situación del pueblo Candoshi, véase: SURRALLÉS, Alexandre (2007). *Los Candoshi*. En: Guía etnográfica del Alta Amazonia. Volumen 6. Lima: IFEA & Smithsonian.

³ SERVINDI (2011) “Perú: Pueblo Kandozi denuncia que actividades en Lote 144 afectará lago Rimachi”. Disponible en: <http://www.servindi.org/actualidad/51678>, (2010) “Perú: “La muerte lenta de los Kandozi” del Datem del Marañón”. Disponible en: <https://servindi.lamula.pe/2010/12/27/la-muerte-lenta-de-los-kandozi-del-datem-del-maranon/Servindi/>, (2010) “Perú: El exterminio de los Kandozi y los Shapra por la hepatitis B y la indiferencia pública”. Disponible en: <http://servindi.org/actualidad/24237>, (2011) “Perú: Los Kandozi, entre la Hepatitis B y la concesión petrolera”. Disponible en: <http://servindi.org/actualidad/52578>, y (2010) “Perú: La hepatitis B en pueblos Shapra y Kandozi sigue en aumento”. Disponible en: <http://servindi.org/actualidad/28926>. (Consulta: 14 de noviembre de 2013).

⁴ EL COMERCIO (2016). “Karooon ve gran potencial de petróleo en el lote 144”. *El Comercio*. Lima, 1 de febrero de 2016. Disponible en: <http://www.imacorpmediosdigitales.com/PRENSA/2016/FEBRERO/PERUPETRO/01-02-2016%20PERUPETRO/PERUPETRO/EL%20COMERCIO%20DIA%201%208%20KAROON%20VE%20GRA%20POTENCIAL%20DE%20PETROLEO%20EN%20ELLOTE%20144%2001-02-2016.jpg> (Consulta: 5 de marzo de 2016)

⁵ TCP. EXP. N° 01126-2011-HC/TC. MADRE DE DIOS. JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE. Sentencia: 11 de setiembre de 2012, ANTECEDENTES. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01126-2011-HC.html> (Consulta: 5 de mayo de 2015).

El litigio estratégico que sigue la Comunidad cuenta con el apoyo integral del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad (IIDS).

⁶ TCP. EXP. N° 01126-2011-HC/TC. MADRE DE DIOS. JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE. Óp. Cit., párr. 13-26, 32-36 y 40-46.

⁷ TCP. EXP. N° 01126-2011-HC/TC. MADRE DE DIOS. JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE. Óp. Cit. Punto Resolutivo Tres

sobre el territorio de la comunidad; que los miembros de la comunidad, en especial mujeres y niños/as, tengan niveles elevados de mercurio producto de las actividades mineras ilegales; que no puedan consumir el pescado de sus ríos por estar contaminado; y que el territorio se haya degradado considerablemente, entre otros impactos⁸.

Recientemente, trabajo con el Pueblo Achuar del Pastaza que tiene a la Federación de la Nacionalidad Achuar del Perú (FENAP) como su órgano de representación⁹. FENAP ha iniciado un litigio estratégico para lograr el reconocimiento de su personalidad jurídica como “pueblo o nacionalidad indígena” a diferencia de otros casos en los que los sujetos indígenas buscan reconocerse en “comunidades nativas”, lo que termina fragmentando los territorios de los grupos étnicos¹⁰. La FENAP también demanda la titulación de su territorio integral, incluyendo la propiedad sobre los recursos naturales que hay en sus territorios (bosques, aguas, aguajales, etc.), y no como “comunidades nativas” con títulos de propiedad, caso en el cual los bosques son dados en “cesión en uso”¹¹. Asimismo, el

⁸ Véase también: ELGUERA ALVAREZ, Carlos J. (2015) “La comunidad nativa “Tres Islas” de Madre de Dios y la lucha por su libre determinación”. Artículo publicado en el portal de Enfoque Derecho el 5 de junio de 2015. Disponible en: <http://enfoquederecho.com/la-comunidad-nativa-tres-islas-de-madre-de-dios-y-la-lucha-por-su-libre-determinacion/> (Consulta: 7 de junio de 2015) y MENDOZA, Luis Enrique y Claudia CISNEROS (2015). “Comunidad nativa Tres Islas: Una sentencia histórica pero insuficiente”. Artículo publicado en el portal Sophimania el 3 de junio de 2015. Disponible en: http://www.sophimania.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=24379%3Acomunidad-nativa-tres-islas-sentencia-historica-pero-insuficiente&catid=173%3Apueblo-indigenas&Itemid=725 (Consulta: 7 de junio de 2015)

⁹ El litigio estratégico del Pueblo Achuar cuenta con el apoyo integral del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad (IIDS).

¹⁰ Para mayor información sobre la fragmentación de territorios de grupos étnicos por la constitución de “comunidades nativas”, véase: BARCLAY, Frederica y Fernando SANTOS (1980) “La conformación de las comunidades Amuesha”. En: *Amazonía Peruana*. Vol. III, N° 5, Lima, pp. 43-74; y CAMINO, Alejandro (1985). “Antropología amazónica: una visión retrospectiva”. En: Rodríguez Pastor, Humberto (comp.), *La Antropología en el Perú*. Lima: CONCYTEC, pp. 133- 142

¹¹ Para un mayor análisis sobre este tema, véase: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2015) “Diez retos para la agenda indígena del 2015. Primer Reto. Titulación del territorio ancestral integral, como propiedad originaria, incluyendo los bosques y recursos naturales”. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad Disponible en: <http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Publicaciones/ABC-4-DERECHO-PROPIEDAD-2015.pdf> (Consulta: 8 de octubre de 2015)

Pueblo Achuar demanda la nulidad del establecimiento de cualquier lote petrolero, en específico el Lote N° 64, creado al interior de su territorio, sin su consentimiento¹².

Estos casos reflejan la situación de miles de pueblos indígenas en cuyos territorios los Estados han impuesto proyectos de “desarrollo o inversión” a expensas de su consentimiento previo, libre e informado (CPLI). También, resaltan las acciones de resistencia que los pueblos indígenas toman para hacerles frente. Entre estas, los pueblos indígenas se valen de acciones legales que todo Estado de Derecho les ofrece. Basan sus demandas en su derecho a existir en dignidad y a controlar sus destinos.

Al trabajar con los pueblos indígenas, me llamó mucho la atención cómo los Estados no tienen la voluntad política para respetar y garantizar los derechos de los pueblos indígenas. Peor aún, me sorprendió cómo, con el objetivo de justificar sus acciones u omisiones, los funcionarios del Estado brindan argumentos sin sustento jurídico alguno.

Esta investigación busca cumplir con un objetivo personal que he venido reafirmando y que he puesto a prueba constantemente. Quiero luchar, desde el Derecho, contra las injusticias históricas que sufren los pueblos indígenas, y bajo ese horizonte, dar respaldo jurídico a las demandas de los pueblos indígenas.

¹² SERVINDI (2014) “Los Achuar: primer pueblo indígena que demanda titulación integral de su territorio”. Nota publicada el 18 de octubre de 2014. Disponible en: <http://servindi.org/actualidad/115781> y ALERTANET IIDS (2015). Federación de la Nacionalidad Achuar del Perú - FENAP presenta histórica demanda contra el Estado Peruano. Publicada el 9 de abril de 2015. Disponible en: <https://alertanetiids.lamula.pe/2015/04/09/federacion-de-la-nacionalidad-achuar-del-peru-fenap-presenta-demanda-historica-contra-estado-peruano/alertanet/> (Consulta: 7 de junio de 2015)

2. Planteamiento del problema jurídico

2.1. Contexto internacional de implementación y aplicación de los derechos de los pueblos indígenas, en específico, del Derecho al Consentimiento Previo, Libre e Informado (DCPLI)

En términos generales, todos los Relatores de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante UNSRRIP por sus siglas en inglés)¹³ se han pronunciado sobre el deficiente nivel de implementación y aplicación de los derechos de los pueblos indígenas de parte de los Estados en todo el mundo.

En el 2006, Rodolfo Stavenhagen señaló que existía una “brecha de implementación” entre los derechos indígenas reconocidos por el Derecho Internacional y el derecho interno, y que la aplicación interna de los derechos indígenas enfrenta grandes obstáculos¹⁴. En el 2013, James Anaya resaltó la vigencia de “marcos regulatorios deficientes” aún existentes en el derecho interno de los Estados¹⁵. Lo que ha ocasionado que los derechos de los pueblos indígenas no estén suficientemente protegidos, o totalmente desprotegidos, frente a los proyectos de “desarrollo o inversión”¹⁶. Y, en el

¹³ Hasta la fecha, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU ha designado a tres Relatores de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas: Rodolfo Stavenhagen, James Anaya y Victoria Taulí.

La resolución 15/14 de 2010 y resolución 24/9 de 2013 del Consejo de Derechos Humanos autoriza y solicita al mandato de Relatora Especial a que "examine las formas de superar los obstáculos existentes para la plena y eficaz protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, de conformidad con su mandato, e individualizar, intercambiar y promover prácticas óptimas." Adicionalmente, el Consejo solicita a la Relatora Especial a que "reúna, solicite, reciba e intercambie información y comunicaciones de todas las fuentes pertinentes, incluidos los gobiernos, los indígenas y sus comunidades y organizaciones, sobre las violaciones denunciadas de sus derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas" y "formule recomendaciones y propuestas sobre las medidas y actividades adecuadas para evitar y reparar las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas." Disponible en: <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/es/mandato-onu> (Consulta: 5 de diciembre de 2015)

¹⁴ ONU (2006) *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Las cuestiones indígenas. Los Derechos Humanos y las cuestiones indígenas*. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. 62º período de sesiones. Tema 15 del programa provisional. E/CN.4/2006/78. 16 de febrero de 2006, párr. 5

¹⁵ ONU (2013). *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. 24º período de sesiones. Tema 3 de agenda. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. A/HRC/24/41. 1 de julio de 2013, párr. 45

¹⁶ *Ibidem*

2014, Victoria Taulí indicó que “aún cuando las autoridades públicas conocen las normas internacionales, se necesita mayor orientación sobre la manera de aplicarlas”¹⁷.

En un reciente estudio regional, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) determinó que estas brechas de implementación y aplicación “se tornan más notorias [...] en lo que atañe al derecho de consulta, al consentimiento libre, previo e informado, y a la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas”¹⁸. En efecto, esta brecha es más grande si analizamos la poca relevancia que le dan los Estados al CPLI de los pueblos indígenas ante proyectos de “desarrollo o inversión” susceptibles de afectarles en sus territorios. Ello se visibiliza en todas las Audiencias Temáticas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en las cuales los pueblos indígenas han denunciado un problema estructural regional en torno al otorgamiento de concesiones, autorizaciones y permisos para proyectos de “desarrollo o inversión” sin cumplir con el derecho a la consulta y el CPLI de los pueblos indígenas¹⁹. Problema estructural que, en su mayoría de veces, busca ser validado y legitimado por un marco jurídico interno expedido para favorecer proyectos de “desarrollo o inversión” en perjuicio de los derechos de los pueblos indígenas²⁰.

¹⁷ ONU (2014) *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Victoria Tauli Corpuz. Asamblea General. Consejo De Derechos Humanos. 27° periodo de sesiones. Tema 3 de la agenda. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho a la desarrollo. A/HRC/27/52, 11 de agosto de 2014, párr. 19

¹⁸ CEPAL (2014) *Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*. Santiago de Chile, p. 13

¹⁹ Véase *inter alia*: CIDH (2010) *Audiencia sobre la Situación de derechos humanos de las comunidades afectadas por las actividades de la industria minera en la región andina*, 140° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 29 de octubre de 2010; (2010) *Audiencia Dificultades legales para el reconocimiento y titulación de tierras indígenas en Guatemala*, 140° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 25 de octubre de 2010; (2011) *Audiencia Derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas y afro descendientes en la región andina*, 141° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 29 de marzo de 2011; y (2012) *Audiencia sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Argentina*, 144° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 23 de marzo de 2012.

²⁰ Véase *inter alia*: CIDH (2014) *Audiencia sobre Derecho a la consulta previa de pueblos indígenas en Chile*. 150° Período Ordinario de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 27 de marzo de 2014; (2012) *Audiencia sobre Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú*, 146° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 1 de noviembre de 2012; (2012) *Audiencia sobre Situación del Pueblo Achuar de Pastaza, Perú*, 146° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 1 de noviembre de 2012; (2009) *Audiencia Derecho a la consulta de los pueblos indígenas de Perú*. 137° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 3 de

No cabe duda que en la región americana existen marcos jurídicos internos que no se ha adaptado ni revisado a la luz del Derecho Internacional vigente. Mucho menos se ha expedido la legislación interna necesaria y compatible con el desarrollo del Derecho Internacional en torno a la relevancia del CPLI de los pueblos indígenas frente a proyectos de “desarrollo o inversión”²¹. Por el contrario, aún persisten, y se siguen expidiendo, marcos jurídicos que “justifican” la imposición de proyectos de “desarrollo o inversión” en territorios indígenas a costa de la voluntad legítima de los pueblos.

Dicha situación ha llevado a una serie de conflictos en toda la región, los cuales han terminado con una gran cantidad de heridos y muertos, atribuibles a las fuerzas del orden o terceros, ante la inacción o aquiescencia del Estado. Y, peor aún, en muchos casos, tales hechos han quedado, y continúan, en la total impunidad.

A nivel regional, no es posible identificar casos satisfactorios o buenas prácticas en las que los Estados hayan aplicado los derechos indígenas a cabalidad, obteniéndose el CPLI de los pueblos indígenas antes que los Estados procedan a autorizar proyectos de “desarrollo o inversión” en sus territorios²². Incluso, en Estados refundados con nuevas Constituciones que reconocen su carácter plurinacional, como el Ecuador, no existen experiencias en las que el CPLI de los pueblos indígenas se haya obtenido

noviembre de 2009; (2011) *Audiencia Derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas y afro descendientes en la región andina*, 141° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 29 de marzo de 2011 (De acuerdo a los peticionarios, ésta audiencia se dio en seguimiento a la Audiencia Situación de derechos al territorio y al autogobierno de los pueblos indígenas en la región amazónica que fue celebrada el 27 de octubre de 2011 en el marco del 143° Período de Sesiones); y (2014) *Audiencia Derecho de los pueblos indígenas a la personalidad jurídica y a la propiedad en Perú*, 153° Período Ordinario de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 31 de octubre de 2014.

²¹ CIDH (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15. 31 de diciembre 2015, párr. 173. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf> (Consulta: 15 de abril de 2016)

²² Due Process of Law Foundation (DPLF) indica que ninguno de los procesos de implementación del derecho a la consulta emprendido en la región ha estado exento de críticas. En: DPLF (2015). *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*. Washington D.C.: DPLF, p. 58. Disponible en: http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_consulta_previa_2015_web-2.pdf (Consulta: 10 de marzo de 2016)

debidamente²³. En ese contexto, la CIDH ha afirmado que “existe en la región un problema estructural consistente en el otorgamiento de concesiones autorizaciones y permisos de toda índole sin cumplir con el derecho a la consulta y en su caso, el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas”²⁴.

2.2. El DCPLI en el contexto peruano

En el Perú existe un debate jurídico, político y social sobre la relevancia del CPLI de los pueblos indígenas para que el Estado pueda autorizar un proyecto de “desarrollo o inversión” en territorios indígenas.

Por un lado, el Estado peruano y las empresas interesadas indican que no es un requisito indispensable y afirman que los pueblos indígenas son titulares del derecho a la consulta pero ello no implica un “derecho de veto”²⁵. Por ejemplo, Patricia Balbuena, como viceministra de Interculturalidad del Perú, ha indicado en sendas declaraciones públicas referidas al proceso “consultivo” del lote 192 (ex lote 1AB), que la “consulta previa no es

²³ CIDH (2014) *Audiencia Situación de derechos humanos de los pueblos indígenas en Ecuador*. 153° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 27 de octubre de 2014; y (2013) *Audiencia Derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Ecuador*. 149° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 28 de octubre de 2013.

²⁴ CIDH (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. Óp. Cit., párr. 174

²⁵ En el 2014, la Viceministra de Interculturalidad del Perú indicó expresamente ante la CIDH que “El derecho a la consulta no implica derecho de veto” (CIDH. *Audiencia Temática Derecho de los pueblos indígenas a la personalidad jurídica y a la propiedad en Perú*. 153° Período Ordinario de Sesiones, 31 de octubre de 2014. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=2xvezZxUic&feature=youtu.be>). También, la Viceministra de Interculturalidad del Perú declaró ante el Diario El Comercio (19 de agosto de 2014) que: “Lo que se requiere es poner un piso parejo de información, porque hay personas que entienden que la consulta es veto, cuando no se trata de eso”. (Disponible en: <http://elcomercio.pe/economia/peru/consulta-previa-mineria-iniciara-2015-noticia-1750844>).

Véase *inter alia*: GUZMÁN-BARRÓN, César (2011). *Participación ciudadana y consulta desde la legislación peruana en el sector minero*. Tesis (Mag.)—Pontificia Universidad Católica del Perú. Escuela de Graduados. Mención: Humanidades.

El Dr. Iván Lanegra, Adjunto para el Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo, indicó que la consulta no podía ser entendida como un “derecho a veto” de los pueblos indígenas, tal como consta de la nota del diario La República del 23 de junio de 2010. (Disponible en: <http://www.larepublica.pe/23-06-2010/defensoria-consulta-previa-no-puede-entenderse-como-derecho-veto>)

La Dra. Alicia Abanto, Jefa del Programa de Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo, se ha pronunciado en el mismo sentido que el Tribunal Constitucional, afirmando que el derecho a la consulta no es derecho a veto, tal como da cuenta la Agencia Peruana de Noticias, Andina el 20 de agosto de 2011 . (Disponible en: http://www.andina.com.pe/Espanol/Noticia.aspx?id=J8SttFt9SQY%3D#.U_vsK_I5Oul) (Todas las fuentes electrónicas han sido consultadas: 5 de mayo de 2015)

igual consentimiento, (...) ni es igual al veto²⁶. Con esta afirmación, entiende que, si bien los pueblos indígenas deben de ser consultados, su consentimiento no es un requisito sin el cual el Estado no pueda tomar una decisión. En la práctica, solo será relevante cuando el pueblo indígena acepte o esté de acuerdo con lo que proponga el Estado. En caso de oponerse, su CPLI no es válido, relevante ni necesario.

Por otro lado, los pueblos indígenas y sus organizaciones representativas indican que no se debe tomar una decisión sobre sus destinos sin contar con su CPLI²⁷. Y, que los pueblos indígenas tienen derecho a controlar efectivamente sus territorios, determinar qué actividades pueden realizarse y a vivir con dignidad.

En ese contexto, el interés y prioridad del Estado por explotar los recursos naturales ha llevado a que los proyectos de “desarrollo o inversión” sean impuestos en los territorios de los pueblos indígenas sin contar con su CPLI. Tales pueblos, al adoptar diversas formas de resistencia, se ven obligados a enfrentarse al Estado. Éste, al hacer un uso excesivo de la fuerza pública, genera una situación de violencia innecesaria contra los pueblos indígenas, para asegurar la viabilidad de los mencionados proyectos.

Por ejemplo, el saldo de la represión estatal de los reclamos indígenas contra el inconsulto Megaproyecto Minero Conga en Cajamarca, es de cinco campesinos muertos, entre ellos un menor de edad, y unas doscientas personas lesionadas por las fuerzas del

²⁶ CANAL N (2015). Entrevista de la Viceministra de Interculturalidad en el Programa la Hora N sobre el lote 192 y el proceso de consulta iniciado. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=hl7xiyHQa4> desde el minuto 4 en adelante (Consulta: 4 de setiembre de 2015)

²⁷ PACTO DE UNIDAD DE ORGANIZACIONES NACIONALES INDÍGENAS DEL PERÚ (2014). Propuestas y demandas de los pueblos indígenas u originarios del Perú organizados en el Pacto de Unidad. Puntos 8 y 9. “8. Exigimos el respeto y garantía del derecho a la participación y representación de los pueblos originarios en la institucionalidad del Estado, y en todo el ciclo de la formulación, aplicación y evaluación de las políticas, planes y programas que nos conciernen; así como del derecho de consulta y consentimiento previo, libre e informado.” y “9. Exigimos la nulidad de las concesiones otorgadas dentro de nuestros territorios sin consulta ni consentimiento de los pueblos originarios y que pone en riesgo nuestra vida y existencia”. Fecha. 9 de agosto de 2014. Disponible en: <http://pactodeunidadperu.org/?p=7567> (Consulta: 2 de agosto de 2015)

orden en las provincias de Celendín, Cajamarca y Bambamarca²⁸. Muertes y lesiones que se encuentran al día de hoy en la total impunidad. En el 2014, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de líderes y lideresas ronderas que vienen resistiendo. Sin embargo, a la fecha, el Estado no ha tomado ninguna medida efectiva y extraordinaria de protección a favor de tales beneficiarios, como la familia Chaupe²⁹. Por el contrario, la represión hacia todos ellos ha continuado y se ha agravado.

Jurídicamente, el TCP ha reconocido el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y ha realizado una interpretación sobre su contenido constitucional. En todas aquellas oportunidades en que se ha referido a ese derecho, el TCP ha indicado que la consulta no implica que los pueblos indígenas tengan “derecho de veto” o “derecho de impedir o vetar” las medidas que el Estado finalmente quiera autorizar, especialmente en lo relacionado a proyectos de “desarrollo o inversión”.

La Sentencia del EXP. N° 00022-2009-PI/TC emitida el 9 de junio de 2010 es el primer caso en que el TCP señaló que no existe el denominado “derecho de veto” de los pueblos indígenas. En ese caso, el TCP indicó expresamente que “el derecho de consulta no implica un derecho de veto de los pueblos indígenas”³⁰. Posteriores sentencias, como la Sentencia del EXP. N° 5427-2009-PC/TC emitida el 30 de junio de 2010³¹, la Sentencia

²⁸ Véase al respecto: CIDH (2012). *CIDH expresa su preocupación por agresiones ocurridas en el Departamento de Cajamarca, Perú*. Comunicado de prensa del 6 de julio de 2012. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/080.asp> (Consultado: 5 de julio de 2013)

²⁹ Para un breve análisis sobre el nivel de cumplimiento de la medida cautelar a favor de la familia Chaupe del Perú, véase: ELGUERA ALVAREZ, Carlos J. (2015) “La familia Chaupe como beneficiaria de las medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. Publicado en el Portal Enfoque Derecho el 10 de febrero de 2015. Disponible en: <http://enfoquederecho.com/la-familia-chaupe-como-beneficiaria-de-las-medidas-cautelares-de-la-comision-interamericana-de-derechos-humanos/> (Consulta: 8 de agosto de 2015)

³⁰ TCP. EXP. N° 00022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Sentencia: 9 de junio de 2010, párr. 24, 25, 37 y 40. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html> (Consulta: 5 de mayo de 2015).

³¹ TCP. EXP. N° 05427-2009-PC/TC. LIMA. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA (AIDSESP), Sentencia: 30 de junio de 2010, párr. 60. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05427-2009-AC.html> (Consulta: 5 de mayo de 2015).

del EXP. N° 6316-2008-PA/TC emitida el 11 de noviembre de 2009³², la Sentencia del EXP. N° 0025-2009-PI/TC emitida el 17 de marzo de 2011³³, y la Sentencia del EXP. N° 0024-2009-PI/TC emitida el 26 de julio de 2011³⁴ han fallado en el mismo sentido.

Estas sentencias han consolidado una línea jurisprudencial³⁵ o doctrina constitucional³⁶ del TCP que se basa en la negación de la existencia del denominado

³² TCP. EXP. N° 06316-2008-PA/TC. LORETO. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA (AIDSESP), Sentencia: 11 de noviembre de 2009, párr. 22. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06316-2008-AA.html> (Consulta: 5 de mayo de 2015).

³³ TCP. EXP. N° 00025-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y OCHO MIL NOVENTA Y NUEVE CIUDADANOS, Sentencia: 17 de marzo de 2011, párr. 21. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00025-2009-AI.html> (Consulta: 5 de mayo de).

³⁴ TCP. EXP. N° 00024-2009-PI. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y SEIS MIL DOSCIENTOS VEINTISEIS CIUDADANOS, Sentencia: 26 de julio de 2011, párr. 5. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00024-2009-AI.html> (Consulta: 5 de mayo de 2015).

Incluso, en un fundamento de voto de esta misma sentencia, los entonces magistrados Juan Vergara Gotelli y Fernando Calle Hayen consideraban reiterativo que el TCP se pronuncie sobre el contenido del derecho a la consulta –que no contempla en su contenido constitucional el derecho al veto–, pues ya existía jurisprudencia al respecto, refiriéndose a la sentencia del EXP. N° 0022-2009-PI/TC. En concreto, ellos indicaron lo siguiente: “2. (...) Asimismo en la STC N° 0022-2009-PI/TC, conocido como el caso TUANAMA I, no solo se reafirmó lo expresado en su jurisprudencia por el Tribunal, sino que estableció una serie de características y principios que configuran el proceso de consulta, entre los que se encuentran: a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) el objetivo de alcanzar un acuerdo, d) la transparencia, y e) la implementación previa del proceso de consulta (fundamentos 26-36). De igual forma se delimita el contenido del derecho de consulta explicitando de un lado i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta, y iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos a realizar la consulta (fundamentos 37-40). En tal sentido encontramos que este Colegiado ya ha expresado su posición respecto del derecho de consulta, razón por la que consideramos que es reiterativo volver a expresar tales fundamentos, esencialmente cuando –caso presente– la decisión es desestimatoria (improcedencia). Por ende entendemos como impertinente expresar nuevamente los alcances del derecho de consulta, no obstante que la sentencia refiere algunas determinaciones o precisiones del Decreto Legislativo N° 994, puesto que todo esto ha sido ya tratado en la jurisprudencia de este Colegiado”.

³⁵ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2013) “Curso 8. Litigio Estratégico para una defensa integral”. Material de la Diplomatura de Estudio Internacional en Litigio Estratégico en Derechos Indígenas. Lima: PUCP e IIDS. Clase presencial dictada el sábado 9 de marzo de 2013 en el campus PUCP.

³⁶ La doctrina constitucional ha sido definida por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia del EXP. N° 4853-2004-AA/TC, fundamento jurídico 15: “Por doctrina constitucional debe entenderse en este punto: a) las interpretaciones de la Constitución realizadas por este Colegiado, en el marco de su actuación a través de los procesos, sea de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales; b) las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad. En este caso, conforme lo establece el artículo VI del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, una ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal, no puede ser inaplicada por los jueces en ejercicio del control difuso, a menos, claro está, que el Tribunal sólo se haya pronunciado por su constitucionalidad formal; c) las proscipciones interpretativas, esto es las ‘anulaciones’ de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución. Se trata en este supuesto de las sentencias interpretativas, es decir las que establecen que determinado sentido interpretativo de una disposición legislativa resulta contrario a la Constitución, por lo que no debe ser usado por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional que les corresponde”. Fuente: TCP. EXP. N° 04853-2004-PA/TC. LA LIBERTAD. DIRECCIÓN REGIONAL DE PESQUERÍA DE LA LIBERTAD. Sentencia: 19 de abril de 2007. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04853-2004-AA.html>. (Consulta: 5 de mayo de 2015)

La doctrina jurisprudencial constituye fuente de derecho interno y vincula a todos los poderes del Estado, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia del EXP. N° 3741-2004-AA/TC,

“derecho de impedir o vetar” las medidas estatales. Esta negación de la existencia del derecho de oponerse o vetar se traduce, a su vez, en la negación de la obligación estatal de obtener el CPLI de los pueblos indígenas antes de tomar una decisión respecto de proyectos de “desarrollo o inversión”.

2.3. Pregunta de investigación

Este contexto internacional y nacional me llevado a formularme la siguiente pregunta de investigación:

- ¿Tiene el Estado peruano la obligación de obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas para poder autorizar proyectos de “desarrollo o inversión” en sus territorios?

3. Objetivos de la investigación

Los objetivos de esta investigación son:

1. Precisar el contenido, fundamento y fuentes del DCPLI según el Derecho Internacional.
2. Desarrollar los estándares internacionales que regulan cómo los Estados deben de obtener el CPLI de los pueblos indígenas, así como las garantías propias de todo proceso de consulta.

fundamento jurídico 42: “Las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. Asimismo, conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N° 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo”. Fuente: TCP. EXP. N° 3741-2004-AA/TC. LIMA. RAMÓN HERNANDO SALAZAR YARLENQUE. Sentencia: 14 de noviembre de 2005. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA.html> (Consulta: 5 de mayo de 2015 a las 14:00 horas)

3. Establecer si la implementación normativa y los “procesos de consulta” iniciados por el Estado peruano respetan y garantizan el DCPLI a la luz del Derecho Internacional y los estándares internacionales.

4. Hipótesis

De acuerdo al Derecho Internacional y los estándares internacionales en la materia³⁷, los pueblos indígenas tienen el derecho al consentimiento previo, libre e informado (DCPLI), lo que implica que el Perú tiene la obligación de obtener el consentimiento previo, libre e informado (CPLI) de los pueblos indígenas frente a proyectos de “desarrollo o inversión” en sus territorios; en caso contrario, la realización de tales proyectos sin el consentimiento previo, libre e informado (CPLI) acarreará la responsabilidad internacional del Estado.

5. Perspectiva metodológica

El trabajo tiene una perspectiva dogmática y empírica del derecho, basada en casos de pueblos indígenas a nivel mundial y, en específico, del Perú. Utilizaré bibliografía especializada en derechos de los pueblos indígenas, Derecho Internacional, Derecho

³⁷ No existe una definición normativa de qué se entiende por “estándar” o “estándar internacional” pese a su constante referencia en el Derecho Internacional, en especial, en la jurisprudencia de la Corte IDH. Elizabeth Salmón y Cristina Blanco hacen referencia al significado gramatical de estándar de la Real Academia Española que lo define como “lo que sirve como tipo, modelo, patrón, nivel o referencia”. También, ambas sostienen que “un estándar marca una pauta constante y consistente o bien una interpretación que por no haberse descartado, a pesar de que no sea objeto de un número importante de pronunciamientos, termina generando una «referencia» en función de su propio contenido”. Respecto de la jurisprudencia de la Corte IDH, añaden que “los estándares constituyen un paradigma interpretativo ineludible para el cumplimiento efectivo de las obligaciones internacionales y un mecanismo de enriquecimiento permanente que los tribunales internacionales aportan al contenido esencial de los derechos humanos”. En: SALMÓN, Elizabeth y Cristina BLANCO (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: IDEHPUCP, p. 20 y 21. Disponible en: http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/derecho_al_debido_proceso_en_jurisprudencia_de_corte_interamericana_ddhh.pdf. (Consulta: 5 de mayo de 2015)

Por su parte, Manuel Quinche, refiriéndose a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sostiene que los estándares “son usados tanto como pautas de comportamiento de los Estados Partes en la Convención, como criterios de evaluación del mismo comportamiento y como reglas jurídicas, cuyo contenido implica el establecimiento de obligaciones concretas a cargo de los Estados, cuya inobservancia acarrea consecuencias en materia de responsabilidad internacional”. En: QUINCHE RAMIREZ, Manuel (2009). *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, citado en: MINCU (2016). *Los estándares de aplicación del derecho a la consulta previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Lima: Ministerio de Cultural del Perú, p. 9

Internacional de los Derechos Humanos, así como en derecho comparado. Igualmente, recurriré al análisis de las fuentes del Derecho Internacional como tratados, costumbres, principios generales, jurisprudencia y doctrina internacional, entre otras. Me valdré del método de investigación exegético para un estudio de las distintas fuentes del derecho internacional aplicables a la materia. Y, haré especial énfasis en los trabajos preparatorios, la práctica y *opinio juris* de los Estados para interpretar o identificar las normas internacionales.

Asimismo, utilizaré el método sociológico en tanto el sustento de la tesis también se basa en la reflexión del contexto mundial, la nueva relación entre los Estados y los pueblos indígenas en el Derecho Internacional, y en la necesidad de adecuar las instituciones del derecho en general, y del Derecho Internacional en particular, a las exigencias de la realidad y el Derecho.

6. Relevancia de la investigación

6.1. Relevancia jurídica

La presente investigación busca aportar al debate sobre DCPLI de los pueblos indígenas. Un campo de investigación que, al día de hoy, continúa siendo conflictivo y controvertido para algunos. De ahí la necesidad de hacer una análisis a la luz del Derecho Internacional aplicable.

A la fecha, existen investigaciones que han abordado el DCPLI de los pueblos indígenas de manera inicial. Destacan las investigaciones de Bartolomé Clavero, Rodolfo Stavenhagen, James Anaya, Raquel Yrigoyen, entre otros. Tales investigaciones

representan trabajos iniciales sobre el tema, los cuales recojo y complemento en esta tesis³⁸.

6.2. Relevancia política

Esta investigación constituye un aporte tanto a los pueblos indígenas como a los funcionarios del Estado. A los primeros, en tanto recoge los principales argumentos para fundamentar y sostener sus demandas. Y, a los segundos, ya que refleja el marco jurídico internacional al cual se encuentran obligado el Estado y que deben de cumplir.

La relevancia política radica en que el Perú es conocido como el único Estado que cuenta con una legislación interna sobre del derecho a la consulta aparentemente compatible con el Derecho Internacional³⁹. Lo que volvería al Perú en un modelo a seguir para otros Estados que también están implementando el derecho a la consulta en sus ordenamientos internos, y que buscan aplicar la consulta para casos concretos. De no visibilizar las incompatibilidades, corremos el riesgo que las violaciones a los derechos de los pueblos indígenas continúen y persistan bajo un aparente marco de legalidad.

6.3. Relevancia sociológica

Esta investigación busca prever y evitar que los contextos de conflictividad social continúen generándose. Sustenta que el CPLI de los pueblos indígenas ante los proyectos de “desarrollo o inversión” es requisito indispensable, no solo por razones

³⁸ Por ejemplo, Raquel Yrigoyen ha analizado el derecho al consentimiento desde el Convenio N° 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, y algunas sentencias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Véase *inter alia*: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2009). “De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento”. En: *Revista El otro derecho*, N° 40, Bogotá: ILSA, pp. 11-53.

³⁹ Instancias internacionales, como la CIDH, han felicitado al Estado peruano por la implementación de la ley del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. Véase: CIDH (2011) *CIDH saluda promulgación de ley de consulta previa en Perú*. Comunicado de prensa del 12 de septiembre de 2011. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/099.asp> (Consulta: 7 de agosto de 2015)

De hecho, antes de la emisión de la Ley del Derecho a la Consulta Previa del Perú, Venezuela ya contaba con una la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de Venezuela de 2005 en la cual desarrollada el derecho a la consulta y consentimiento de los pueblos indígenas.

jurídicas, sino también, por razones sociales. Con ello, busca aportar al análisis sociológico de los conflictos existentes.

Muchos de los conflictos, denominados socio-ambientales, existentes en el mundo se deben a la presencia de empresas que buscan ejecutar proyectos de “desarrollo o inversión”, autorizados por el Estado, en territorios indígenas. Tales proyectos se ejecutan sin contar con el CPLI de los pueblos indígenas afectados. Ello lleva a que tales pueblos opten por acciones de resistencia ante lo que los propios pueblos consideran como injusto o violatorio de sus derechos. Frente a esas situaciones, el Estado, a través de sus diferentes instancias, impulsa acciones de “diálogo” con el objetivo de mantener los proyectos y hacerlos viables a toda costa. En el peor escenario, el Estado hace uso de la fuerza pública con el objetivo práctico de imponer los proyectos en contra de la voluntad de los pueblos indígenas afectados. Esto se refleja, por ejemplo, en el caso, ya comentado, del Megaproyecto Minero Conga en Perú⁴⁰.

6.4. Relevancia histórica

Las diferentes políticas históricas aplicadas a los pueblos indígenas desde la época colonial con la colonización y sometimiento de tales pueblos, así como la conquista de sus territorios, se basan en la negación de su derecho a la libre determinación como pueblos. Negación que sustentó, y sustenta, el despojo de sus territorios indígenas hasta la fecha⁴¹.

⁴⁰ Situación similar ocurre en la Región, como en las rondas petroleras del Ecuador. Véase: BBC (2012). “La pugna por el petróleo de la Amazonía”. 5 de diciembre 2012. Disponible en: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2012/12/121205_ecuador_correa_indigenas_petroleo_igc (Consulta: 5 de abril de 2014)

Incluso en otros continentes, como en los sucesos de la intervención de los Territorios del Norte en Australia. Véase: CREATIVE SPIRITS (2006). “Northern Territory Emergency Response (NTER) – The Intervention”. Politics & Media. August 2006. Available in: <http://www.creativespirits.info/aboriginalculture/politics/northern-territory-emergency-response-intervention> (Consulta: 5 de abril de 2015)

⁴¹ Para un análisis detallado de las políticas aplicadas a los pueblos indígenas a lo largo de la historia en las Américas, véase: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2006) “Hitos del reconocimiento del pluralismo

En ese contexto histórico de invasión, esta investigación sirve para brindar soporte jurídico y académico a la resistencia histórica de los pueblos indígenas que demandan que sus modelos de desarrollo y formas de vida sean respetados en ejercicio de su autonomía y libre determinación.

6.5. Relevancia económica

En el Perú, diversas instituciones públicas y privadas sostienen que los proyectos de “desarrollo o inversión” generan una serie de ingresos considerables a la economía peruana. Tales ingresos permitirían que la economía peruana se mantenga, pudiendo el Estado establecer programas o planes para que todas las personas puedan ser “incluidas” en el “desarrollo” del país. Esta idea es la que se repite constantemente en los discursos políticos y económicos para justificar y legitimar la imposición de los proyectos “desarrollo o inversión”⁴².

Sin lugar a dudas, el CPLI lleva a replantear cómo los proyectos se vienen ejecutando en la actualidad, y, sobretodo, cómo la economía podría verse afectada para evitar que el Estado incumpla con una obligación internacional.

jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el Constitucionalismo Andino”. En: BERRAONDO, Mikel (Coordinador) *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, pp. 537-567. También, véase: CHUECAS CABRERA, Adda. *El derecho de los pueblos indígenas y comunidades en el Contexto Histórico del Perú*. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CD62A7B22B15803A05257BCD00771534/\\$FILE/Derecho_de_los_pueblos_ind%C3%ADgenas_y_comunidades.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CD62A7B22B15803A05257BCD00771534/$FILE/Derecho_de_los_pueblos_ind%C3%ADgenas_y_comunidades.pdf) (Consulta: 5 de mayo de 2015)

Raquel Yrigoyen identifica tres ciclos históricos de continua invasión de los territorios indígenas los cuales relaciona con tres ciclos de resistencia indígena. El primer ciclo se da en la Época Colonial; el segundo, en la Época Republicana; y el tercero, actualmente. En todos ellos, Raquel Yrigoyen identifica una continua historia de despojo territorial indígena que, en este último ciclo, desde el Consenso de Washington en 1989, se materializa en la imposición de proyectos de “desarrollo o inversión” en territorios indígenas en abierta contradicción de los modelos de desarrollo o formas de vida propias. Véase: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2016). “Los ciclos históricos de invasión de los territorios indígenas”. *ALERTANET. Litigio estratégico y formación en derechos indígenas*. Lima, Año 1, N° 1, pp. 25-33.

⁴² MINEM (2010). *Minería Peruana: Contribución al Desarrollo Económico y Social*. Lima: MINEM. Disponible en: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Mineria/PUBLICACIONES/LIBROS/CONTRIBUCION2.pdf> (Consultado: 8 de marzo de 2016)

7. Alcances y límites

En esta tesis, recojo los pronunciamientos y decisiones de todas las fuentes del Derecho Internacional. Considero, además, las demandas mundiales de los pueblos indígenas que exigen que su CPLI sea obtenido en casos de proyectos de “desarrollo o inversión” en sus territorios. Lo que prueba que el consentimiento es propio de los derechos de los intrínsecos de tales pueblos. Busco analizar si el DCPLI se encuentra en diferentes fuentes del Derecho Internacional (tratados, costumbre internacional en formación, principios generales del derecho, jurisprudencia y doctrina). Finalmente, analizo las disposiciones del derecho interno peruano a la luz de lo desarrollado desde el Derecho Internacional.

A lo largo de la investigación hago uso del entrecomillado con el objetivo de destacar que todo lo referido al DCPLI ha sido reconocido expresamente y reiteradamente por diversas fuentes del Derecho Internacional. Con ello, busco visibilizar que no existe controversia en torno al contenido, fuente y fundamentos del DCPLI.

Si bien la presente investigación aborda problemas reales en casos concretos sobre pueblos indígenas específicos, no está orientada a realizar una etnografía sobre tales pueblos indígenas frente a la violación de sus derechos en esos casos. La investigación busca recoger, a partir de casos relevantes y paradigmáticos que aborden el tema del CPLI, las demandas de los pueblos indígenas y lo señalado por los organismos nacionales e internacionales que tuvieron que resolver en función de tales demandas. Por ello, no busca analizar ni comentar, a profundidad, el contexto y realidad de cada Estado que sea mencionado.

Si bien esta investigación toma como punto de partida lo señalado por el SIDH en materia de pueblos indígenas, no se limita al mismo. La investigación utiliza y hace

referencia constante, a diversos instrumentos internacionales, y a pronunciamientos de otros sistemas de protección, tales como el Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH), el Sistema Africano de Derechos Humanos (SADH) y el Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH).

En el caso del Perú, la investigación busca contrastar el derecho interno a la luz del Derecho Internacional en materia de pueblos indígenas. No busca realizar un trabajo de campo en casos específicos de los pueblos indígenas de Perú. Solo busca analizar la normativa, jurisprudencia y política estatal en casos específicos, identificando los retos existentes para el cumplimiento de las obligaciones internacionales en la materia.

En el caso de los “procesos consultivos” iniciados por el Estado peruano sobre proyectos de “desarrollo o inversión”, la presente investigación busca realizar un análisis preliminar de los mismos a partir de los documentos e informes públicos del Estado⁴³. No busca hacer un análisis detallado de los “procesos”, en tanto no tuve oportunidad de participar en ellos. Tampoco esta investigación recoge con detalle las apreciaciones y demandas que los pueblos indígenas hayan tenido sobre tales “procesos”.

⁴³ Esta investigación utiliza el “Acta de Consulta” (que según el art. 14 de la Ley N° 29785 de 2011 “Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)” recoge las opiniones expresadas en los procesos de diálogo y todos los actos y ocurrencias realizadas durante su desarrollo) y el “Informe de Consulta” (que según el art. 25 del Decreto Supremo N° 001-2012-MC “Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)” recoge lo siguiente: a) La propuesta de medida que se puso a consulta, b) El plan de consulta, c) Desarrollo del proceso, d) Acta de Consulta, y e) Decisión adoptada, de ser el caso, de todos los “procesos consultivos” realizados a la fecha por el Perú.

CAPÍTULO 1. EL DCPLI DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS FRENTE A PROYECTOS DE “DESARROLLO O INVERSIÓN” EN SUS TERRITORIOS: FUNDAMENTO Y FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

El Derecho Internacional reconoce la existencia del DCPLI de los pueblos indígenas frente a proyectos de “desarrollo o inversión” en sus territorios. Este derecho tiene su fundamento último en el derecho a la *existencia digna* de todo pueblo indígena.

En el supuesto de la presente investigación, el DCPLI debe ser entendido como parte del derecho de participación de los pueblos indígenas y, por ende, íntimamente ligado con el derecho a la consulta. Pues, es en el marco de los procesos consultivos, como forma de participación indígena, que los Estados tienen la obligación de obtener el CPLI de estos pueblos para poder autorizar los proyectos de “desarrollo o inversión” en sus territorios.

Esta obligación estatal no obliga a los pueblos indígenas a otorgar su CPLI. Tampoco, implica que dicho consentimiento sea irrelevante para el Estado ante la negativa de los pueblos indígenas de otorgarlo. Por el contrario, el DCPLI plantea que los pueblos indígenas tienen la potestad de otorgar o abstenerse de otorgar su CPLI ante tales proyectos.

En el caso que los pueblos indígenas decidan no otorgar su CPLI, los Estados no pueden autorizar los proyectos de “desarrollo o inversión” en sus territorios. De hacerlo, en contradicción a lo decidido por tales pueblos, los proyectos autorizados por los Estados no serán válidos y generarán la responsabilidad internacional del Estado por la violación a los derechos de los pueblos indígenas.

En el supuesto que los pueblos indígenas decidan otorgar su CPLI, habiéndose cumplido las garantías del caso, para autorizar determinado proyecto, estableciendo o no

condiciones para ello, los Estados están en la obligación de garantizar, en todo momento, la vida e integridad física y cultural de tales pueblos. Ello implica que, aún en el supuesto que los pueblos indígenas hayan consentido un proyecto de “desarrollo o inversión” en sus territorios, los Estados están en la obligación de no ejecutar, o continuar ejecutando, el proyecto si es que existe la certeza que pondrá en riesgo la existencia misma de los pueblos indígenas en cuestión. Analicemos a detalle lo señalado.

1. El DCPLI de los pueblos indígenas frente a proyectos de “desarrollo o inversión” en sus territorios

Para efectos de esta investigación resulta importante partir de la definición de tres conceptos importantes. Esto es, qué entendemos por DCPLI, proyectos de “desarrollo o inversión” y territorio de los pueblos indígenas.

1.1. DCPLI

La CIDH indica que el DCPLI es “una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos humanos esenciales, en relación con la ejecución de planes de desarrollo o inversión que afecten al contenido básico de dichos derechos”⁴⁴. En esa línea, como indica Raquel Yrigoyen, el DCPLI es un “derecho reforzado” de carácter específico que constituye un requisito adicional al ejercicio de otros derechos (como el derecho de participación o derecho de consulta) para que el Estado pueda tomar una decisión, cuando la materia en cuestión puede afectar derechos fundamentales de los pueblos indígenas y poner en riesgo su integridad⁴⁵.

⁴⁴ CIDH (2010). *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.LV/II. Doc. 56/09. 30 de diciembre 2009, párr. 333. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf> (Consulta: 15 de julio de 2015)

⁴⁵ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel (2011). “El derecho a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento”. En: APARICIO WILHELMI, Marco (ed.) *Los derechos de los pueblos*

El Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas de la ONU (en adelante EMRIP por sus siglas en inglés)⁴⁶ indica que “[e]l consentimiento libre, previo e informado significa que los Estados tienen la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en relación con las decisiones que revistan una importancia fundamental para sus derechos, supervivencia, dignidad y bienestar”⁴⁷. Para el EMRIP, “la obligación de que el Estado obtenga el consentimiento libre, previo e informado afirma la prerrogativa de los pueblos indígenas de denegar su consentimiento y [, en caso lo decidan,] de establecer las condiciones para darlo”⁴⁸.

En el caso específico de proyectos de “desarrollo o inversión”, la Corte IDH, en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, se refirió al DCPLI como el derecho de los pueblos indígenas de “otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado respecto de proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio”⁴⁹. Bajo ese mandato, para la CIDH, el CPLI opera como una forma de controlar las actividades que se busquen realizar en los territorios indígenas. Ello implica que lo

indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina. Barcelona: Icaria editorial, p. 123

⁴⁶ El Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue creado en 2007 por el Consejo de Derechos Humanos, el principal órgano de derechos humanos de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 6/36 como un órgano subsidiario del Consejo. Tiene como mandato proporcionar asesoría temática al Consejo, en forma de estudios e investigación, sobre los derechos de los pueblos indígenas de la manera y la forma solicitada por el Consejo. El Mecanismo de Expertos puede también presentar propuestas al Consejo para que éste las examine y apruebe. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/IPeoples/EMRIP/Pages/EMRIPIndex.aspx> (Consulta: 8 de marzo de 2016) En el siguiente enlace se puede acceder a la Resolución 6/36: http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/resolutions/A_HRC_RES_6_36.pdf (Consulta: 8 de marzo de 2016)

⁴⁷ ONU (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*. Informe del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Consejo de Derechos Humanos. Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Cuarto período de sesiones. 11 a 15 de julio de 2011. Tema 3 del programa provisional. Estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, A/HRC/EMRIP/2011/2, 26 de mayo de 2011, ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párr. 27

⁴⁸ ONU (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*. Informe del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Óp. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párrs. 24 y 26.

⁴⁹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 172, párr. 214. 8. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf (Consulta: 15 de mayo de 2015)

pueblos indígenas decidan si aceptan o no, hasta qué punto, y bajo qué circunstancias, que los proyectos de “desarrollo o inversión” se realicen en sus territorios⁵⁰.

De acuerdo al Foro Permanente para las cuestiones indígenas de la ONU (UNPFII por sus siglas en inglés)⁵¹, “debe interpretarse que el consentimiento a cualquier acuerdo significa que los pueblos indígenas lo han entendido razonablemente”⁵². En caso el consentimiento de los pueblos indígenas haya sido otorgado sin dicho entendimiento, el acuerdo resulta nulo y carente de valor, dado que el CPLI se encontraría viciado. Como indica el EMRIP, el incumplimiento de las características del CPLI exigidas por el Derecho Internacional “puede llevar a dejar sin efecto todo supuesto acuerdo dado por los pueblos indígenas”⁵³.

¿Derecho de “veto”? El DCPLI ha sido erróneamente llamado “derecho de veto”, categoría jurídica que no es reconocida en el Derecho Internacional para los pueblos indígenas. Lo que ha causado que la discusión se torne hacia el uso o no de dicha categoría. Situación que termina estigmatizando a los pueblos indígenas quienes aparecen como opositores al “desarrollo” o como sujetos que “vetan” proyectos de “desarrollo o inversión” en sus territorios sin ninguna justificación o motivo.

⁵⁰ CIDH (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. Óp. Cit., párr. 168

⁵¹ El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas sirve de órgano asesor del Consejo Económico y Social (ECOSOC), con el mandato de examinar las cuestiones indígenas en el contexto de las atribuciones del ECOSOC relativas al desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humanos. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/sesiones-del-foro-permanente.html>. El Foro fue establecido mediante Resolución de ECOSOC 2000/22. (Consulta: 5 de mayo de 2015)

⁵² ONU (2005). *Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas*. (Nueva York, 17 a 19 de enero de 2005), Consejo Económico y Social. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Cuarto periodo de sesiones, Nueva York, 16 a 27 de mayo de 2005, Tema 4 del programa provisional. Prioridades y temas actuales, E/C.19/2005/3. 17 de febrero de 2005, párr. 48.

⁵³ ONU (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*. Informe del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Óp. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párr. 25

Este estigma impuesto a los pueblos indígenas fue abordado por el UNSRRIP, quien indicó lo siguiente:

“El Relator Especial lamenta que en muchas situaciones el **debate** sobre el deber de celebrar consultas y el principio conexo del consentimiento libre, previo e informado se haya planteado **en torno a si los pueblos indígenas tienen o no un poder de veto que pueden esgrimir para detener los proyectos de desarrollo**. El Relator Especial considera que plantear de esa manera el debate **no se ajusta al espíritu ni al carácter de los principios de consulta y consentimiento** según se han desarrollado en las normas internacionales de derechos humanos y se han incorporado en la Declaración”⁵⁴. [Resaltado nuestro]

1.2. Territorio de un pueblo indígena

El territorio es base fundamental de la vida e integridad de los pueblos indígenas. Como resalta la Corte IDH, en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, “los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica”⁵⁵. En el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, la Corte IDH resaltó esta estrecha relación entre los pueblos indígenas y sus territorios indicando que la misma debe ser “reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida, espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras”⁵⁶.

Considerando esa especial relación, el art. 13.1 del Convenio N° 169 de la OIT establece que “gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y

⁵⁴ ONU (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. 12° período de sesiones. Tema 3 de la agenda. Promoción y Protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 48.

⁵⁵ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 79, párr. 149. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf (Consulta: 5 de marzo de 2015)

⁵⁶ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Sentencia 17 de junio de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 125, párr. 131. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf (Consulta: 6 de julio de 2015); y *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Óp. Cit., párr. 149

valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”.

El Derecho Internacional plantea un concepto amplio de territorio de los pueblos indígenas⁵⁷. Según el art. 13.2 del Convenio N° 169 de la OIT, el término tierra incluye el concepto de territorio y hábitat. Dicho artículo indica que los pueblos indígenas tienen derecho a su territorio, lo que incluye “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera”.

En esa línea, la Corte IDH, al hacer referencia al término “territorio” en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, indicó que abarca a “la totalidad de tierra y recursos que los Saramaka han utilizado tradicionalmente”⁵⁸. La Corte IDH distinguió entre tierra y territorio indicando que “el territorio Saramaka [como un todo] pertenece de manera colectiva a los miembros del pueblo Saramaka, mientras que las tierras dentro de ese territorio están divididas entre los doce clanes Saramaka [en función de su derecho consuetudinario]”⁵⁹.

En ese mismo caso, la Corte IDH analizó el art. 41 de la Ley de Gestión Forestal de 1992 de Surinam que limitaba la protección del territorio solo a las aldeas, los asentamientos y las parcelas agrícolas del Pueblo Saramaka, y sin considerar el territorio como un todo en su conjunto. Para la Corte IDH, “[e]sta disposición limita[ba], en forma inadecuada, el alcance del “respeto” al derecho al territorio de los miembros del pueblo Saramaka a, únicamente, sus “aldeas, asentamientos y parcelas agrícolas”⁶⁰. Y, no tenía

⁵⁷ CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Óp. Cit., párr. 40

⁵⁸ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Óp. Cit., Nota de pie de página número 63

⁵⁹ *Ibidem*

⁶⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 114.

“en cuenta la relación que (...) los pueblos indígenas y tribales tienen con el territorio en su conjunto y no sólo con sus aldeas, asentamientos y parcelas agrícolas”⁶¹.

Para la Corte IDH, el territorio incluye, además, la titularidad de los recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son vitales para su supervivencia como pueblos. A nivel de la Corte IDH, en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, la Corte IDH sostuvo que los “pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo”⁶². A partir de ello, la Corte IDH consideró que “los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 [de la CADH que reconoce el derecho de propiedad] son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo”⁶³.

Si bien el concepto de “recurso natural” es propio del derecho occidental, y un concepto que no es propio del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, resulta gráfica para efectos de esta investigación la definición que maneja la CIDH sobre el mismo. Esta instancia internacional entiende por recursos naturales lo siguiente:

⁶¹ *Ibidem*

⁶² Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 121. Véase además: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Óp. Cit., párr. 137, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 146, párr. 118. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf (Consulta: 6 de abril de 2015)

⁶³ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Óp. Cit., párr. 124 y 137; y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, Óp. Cit., párr. 118 y 121.

“41. Los recursos naturales son sustancias que existen naturalmente en la Tierra. Los recursos naturales son valiosos para la manufactura de productos, la satisfacción de necesidades o comodidades humanas, y la provisión de servicios ecosistémicos que mantienen la salud de la biosfera. Los recursos naturales incluyen el aire, la tierra, el agua, el gas natural, el carbón, el petróleo e hidrocarburos, los minerales, la madera, el humus, la fauna, la flora, los bosques y la vida silvestre. Los recursos naturales renovables son aquellos que se reproducen o renuevan, e incluyen la vida animal, las plantas, los árboles, el agua y el viento. Los recursos no renovables son irremplazables una vez han sido extraídos del agua o de la tierra, e incluyen el oro, la plata, los combustibles fósiles, los diamantes, el gas natural, el cobre y otros minerales”⁶⁴.

Esta titularidad de los pueblos indígenas sobre sus territorios y recursos naturales contempla también la potestad de decidir sobre los mismos. La Corte IDH se ha pronunciado en ese sentido. En el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, la Corte IDH indicó que los pueblos indígenas tienen “el derecho de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa”⁶⁵. Y, en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador y Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, la Corte IDH señaló que los Estados deben garantizar el derecho de los pueblos indígenas al “control y uso de su territorio y recursos naturales”⁶⁶. Por ello, el Estado debe de tomar las medidas necesarias a fin de que los pueblos puedan “administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal”⁶⁷.

⁶⁴ CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Op. Cit., párr. 41

⁶⁵ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Op. Cit., párr. 115.

⁶⁶ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Fondo y Reparaciones. Serie C No. 245, párr. 146. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf (Consulta: 30 de julio de 2015); y *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 304, párr.172. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf (Consulta: 15 de marzo de 2016)

⁶⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Op. Cit., párrs. 194.c) y 214.7. Véase también: *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 185, párrs. 46, 48 y 50. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_esp.pdf (Consulta: 9 de marzo de 2014)

1.3. Proyecto de “desarrollo o inversión”

Para efectos de esta investigación, tomaremos la definición que nos proporciona el SIDH. En el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, la Corte IDH utiliza los términos “plan o proyecto de desarrollo o inversión” para referirse a todo plan o proyecto de desarrollo, inversión, exploración o extracción⁶⁸. De acuerdo a la Corte IDH, “[a]l utilizar el término (plan [o proyecto] de desarrollo o inversión) la Corte supone cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio (...) [del pueblo indígena], en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras”⁶⁹.

De acuerdo a la CIDH, no es posible ni conveniente presentar una definición cerrada de proyectos de “desarrollo o inversión”, dada la gran diversidad de proyectos advertidos⁷⁰. Por ejemplo, bajo esta categoría, la CIDH se ha referido, en términos generales, “aquellos [planes o proyectos] que están destinados al aumento o mejora de la infraestructura productiva o de servicios públicos, incluyendo la construcción de vías de transporte y comunicación de personas, mercancías, bienes y servicios (p. ej. la construcción de oleoductos); la construcción de represas o la construcción de infraestructuras educativas, sanitarias o militares, entre otros; así como la extracción de recursos naturales”⁷¹. Especialmente, la CIDH ha indicado que se refiere a “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

⁶⁸ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 129

⁶⁹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 129 y nota al pie página número 124; y CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 220

⁷⁰ CIDH (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, Óp. Cit., párr. 186

⁷¹ CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 221

territorios y los ecosistemas que allí se encuentran, especialmente cuando la fragilidad ecológica de sus territorios coincide con su debilidad demográfica”⁷².

Asimismo, la Corte IDH, en el *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, se ha referido al caso de “reservas naturales privadas” que interfieren con el uso y goce de los territorios indígenas⁷³. En ese caso, la Corte IDH analizó la situación de dicha reserva utilizando el mismo marco jurídico aplicable a proyectos de “desarrollo o inversión”⁷⁴.

Incluso, en el Informe de Fondo del Caso de la *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros (Honduras)*, la CIDH se ha referido, bajo la categoría de proyectos de “desarrollo o inversión”, a proyectos turísticos, creación de áreas protegidas, y todo lo que estos proyectos involucran, como la venta de tierras comunitarias⁷⁵. Cuando el caso llegó a la Corte IDH, este tribunal señaló que los proyectos turísticos ni el área protegida habían sido sometidas a un proceso de consulta⁷⁶.

Para la Corte IDH, los proyectos de “desarrollo o inversión” tienen esa potencialidad de afectar la integridad de los territorios indígenas. Potencialidad que, en la práctica, se

⁷² CIDH (1999). *Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, párr. 33-35.

⁷³ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 214, párr. 157. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf (Consulta: 5 de abril de 2015)

“2.3. Sobre el decreto que declara parte del área reclamada como área silvestre protegida. [...] 157. Al respecto, la Corte considera que a fin de garantizar el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros de la Comunidad, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan o decisión que afecte sus tierras tradicionales y que pueda conllevar restricciones en el uso, goce y disfrute de dichas tierras, para así evitar que ello implique una denegación de su subsistencia como pueblo indígena. Ello es cónsono con las disposiciones del Convenio No. 169 de la OIT, del cual Paraguay es Estado parte”.

⁷⁴ *Ibidem*

⁷⁵ CIDH. *Informe N° 76/12. Caso 12.548. Fondo. Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros. Honduras*. 7 de noviembre de 2012, párr. 262. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12.548FondoEsp.pdf> (Consulta: 21 de mayo de 2015); y CIDH (2010) *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 222

⁷⁶ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Triunfo de La Cruz y sus miembros Vs. Honduras*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 305, párr. 167 y 170. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf (Consulta: 5 de marzo de 2016)

ha materializado en todos los proyectos impuestos en territorios indígenas, impactando en la vida e integridad de los pueblos indígenas. Por ello, la Corte IDH, en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, *Caso Comunidad Garífuna de Triunfo de La Cruz y sus miembros Vs. Honduras*, y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, ha entendido que los proyectos de “desarrollo o inversión” representan una medida estatal que restringe efectivamente el territorio de los pueblos indígenas⁷⁷.

Los proyectos de “desarrollo o inversión” producen una serie de impactos en las formas vida de los pueblos indígenas a través de la modificación de sus hábitats y territorios, generando cambios sociales en los pueblos, en su mayoría irreversibles, que no son comprendidos por los Estados. Impactos que, muchas veces, ni los pueblos indígenas ni las mismas autoridades estatales pueden controlar o prever en su totalidad, amenazando la propia existencia de tales pueblos⁷⁸.

De acuerdo al UNSRRIP, la historia ha demostrado que todos los proyectos de “desarrollo o inversión” impuestos a los pueblos indígenas tienen un “carácter invasivo”⁷⁹ y que no han traído el mejoramiento de sus condiciones de vida⁸⁰, sino, por el contrario, su

⁷⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs Surinam*, Óp. Cit., párr. 124-132; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Óp. Cit., párr. 156; *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr. 215 en adelante; *Caso Comunidad Garífuna de Triunfo de La Cruz y sus miembros Vs. Honduras*. Óp. Cit., párr. 154 en adelante; y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 309, párr. 201 en adelante. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf (Consulta: 5 de marzo de 2016)

⁷⁸ ONU (2003). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la Resolución N° 2002/65 de la Comisión*. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. 59° período de sesiones. Tema 15 del programa provisional. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, párr. 7

⁷⁹ ONU (2013). *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*. Óp. Cit., párr. 28

⁸⁰ Basta escuchar las constantes denuncias de los pueblos indígenas en las Audiencia Públicas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por los impactos de los proyectos de “desarrollo” sobre sus territorios. Por ejemplo, véase: CIDH (2014). *Audiencia Situación de derechos humanos de os pueblos indígenas en Ecuador*. 153° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 27 de octubre de 2014; (2014). *Audiencia sobre Situación de derechos humanos de los pueblos indígenas en Nicaragua*. 150° Período

empeoramiento y, en el peor de los casos, la extinción de los pueblos. Dicha imposición ha sido calificada por el EMRIP como “intervenciones verticales del Estado”, las cuales, en muchos casos, representa “la causa básica de la desposesión de tierras, los conflictos étnicos, las violaciones de los derechos humanos, los desplazamientos y la pérdida de medios de subsistencia sostenibles”⁸¹.

Esta imposición de proyectos genera una serie de múltiples violaciones de derechos humanos individuales y colectivos. Por ejemplo, la CIDH ha concluido que se viola el derecho a vivir dignamente cuando los proyectos causan contaminación ambiental, generan efectos nocivos sobre las actividades de subsistencia y afectan la salud de los pueblos indígenas⁸². Igualmente, ha indicado que proyectos mineros, madereros y petroleros impuestos han generado “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”⁸³.

Ordinario de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 25 de marzo de 2014; (2013). *Audiencia sobre Denuncias de ocupación de los territorios de los pueblos indígenas en Costa Rica*, 147° Periodo de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 16 de marzo de 2013; entre otras.

⁸¹ ONU (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*. Informe del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Óp. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párr. 15

⁸² CIDH (2007). *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 250. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Bolivia2007sp/Bolivia07indice.sp.htm> (Consulta: 5 de mayo 2015)

⁸³ CIDH (2009). *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 158. Disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/CAP%20V%20BOLIVIA.Seguimiento.pdf> (Consulta: 15 de abril de 2014).

Asimismo, todos los impactos de los proyectos de “desarrollo o inversión” que han sido de conocimiento de la CIDH fueron publicados en el Informe *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo* de 2015.

Lo señalado cobra especial relevancia en el caso de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y/o contacto inicial⁸⁴ por las diversas vulnerabilidades que les afectan. Por ejemplo, en el caso de los pueblos indígenas Tagaeri-Taromerani en aislamiento voluntario del Ecuador, cuya vida e integridad está en peligro por la intrusión de terceros, con autorización o aquiescencia del Estado, en sus territorios ancestrales (calificados como “zonas intangibles”)⁸⁵, o el caso de los pueblos ayoreos totobiesgosode en aislamiento voluntario del Paraguay afectados por la deforestación de sus territorios ancestrales⁸⁶.

⁸⁴ Véase *inter alia*: CIDH (1997). *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador. Capítulo IX. Asuntos de derechos humanos de especial relevancia para los habitantes indígenas del País*. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 abril 1997; (2009). *Audiencia Situación de las comunidades indígenas afectadas por el proyecto Iniciativa para la Integración de Infraestructura Sudamericana (IIRSA)*, 137° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 2 de noviembre de 2009; (2011). *Audiencia Situación de los pueblos en aislamiento voluntario en la Región Amazónica y el Gran Chaco*, 141° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 25 de marzo de 2011; (2012). *Audiencia Situación de derechos humanos de las personas afectadas por las industrias extractivas en las Américas*, 144° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 28 de marzo de 2012; y (2012). *Audiencia Pueblos indígenas en aislamiento voluntario en Sudamérica*, 146° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 4 de noviembre de 2012.

⁸⁵ OIT (2014) *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)* Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe III (Parte 1A). Informe general y observaciones referidas a ciertos países. Conferencia Internacional del Trabajo, 103° reunión, 2014. Ginebra, p. 609.

De acuerdo a la CIDH: “El 10 de mayo de 2006, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de los pueblos indígenas Tagaeri y Taromenani que habitan en la selva amazónica ecuatoriana situada en la zona fronteriza con el Perú y se encuentran en situación de aislamiento voluntario u “ocultos”. La información disponible indica que miembros del grupo Taromenani habrían sido asesinados el 26 de abril de 2006 en el sector del Cononaco (río Chiripuno) en el contexto de represalias ligadas a la tala ilegal de madera que en el Parque Yasuní y la invasión del territorio indígena. En vista de los antecedentes del asunto la CIDH solicitó al Estado ecuatoriano la adopción de las medidas necesarias para proteger de la presencia de terceros en el territorio en el que habitan los beneficiarios”. En: CIDH. *Medida Cautelar a favor de los Pueblos Indígenas Tagaeri y Taromenani (Ecuador)*. 10 de mayo de 2006.

⁸⁶ OIT (2015). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)* Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe III (Parte 1A). Informe general y observaciones referidas a ciertos países. Conferencia Internacional del Trabajo, 104° reunión, 2015. Ginebra, p. 548.

De acuerdo a la CIDH: “El 3 de febrero de 2016, la CIDH decidió solicitar la adopción de medidas cautelares a favor de los derechos del Pueblo Ayoreo Totobiesgosode de Paraguay, especialmente de las comunidades que se encuentran en aislamiento voluntario, conocidos como los Jonoine-Urasade. Según la solicitud, actualmente se están presentando ingresos de terceras personas al territorio reconocido a favor de Pueblo Ayoreo Totobiesgosode y se desarrollan actividades de deforestación, lo cual podría generar daños a su vida e integridad personal en el marco de su supervivencia física y cultural como pueblo indígena. Tras analizar los alegatos de hecho y de derecho presentado por las partes, la Comisión considera que la información presentada demuestra, en principio, que las comunidades en aislamiento voluntario del Pueblo Ayoreo Totobiesgosode se encuentran en una situación de gravedad y urgencia, puesto que sus derechos a la vida e integridad personal están amenazados y en grave riesgo. En consecuencia, de acuerdo con el Artículo 25 del Reglamento de la CIDH, la Comisión requirió al Estado de Paraguay que adoptara las medidas necesarias para proteger a las comunidades en aislamiento voluntario Jonoine-Urasade del Pueblo Indígena Ayoreo Totobiesgosode, por medio de la protección de su territorio ancestral, incluyendo acciones para evitar contactos no deseados y el ingreso de terceros. Asimismo, la CIDH solicitó a Paraguay que evite la

¿Existe alguna diferencia relevante con los mega-proyectos de "desarrollo o inversión" o proyectos a gran escala? De acuerdo al UNSRRIP, estamos frente a un mega-proyecto de "desarrollo o inversión" si tomamos en cuenta sus características, impactos y objetivos.

El UNSRRIP indica lo siguiente:

"Por **"gran proyecto de desarrollo"** se entiende un proceso de inversión de capital público y/o privado, nacional o internacional para la creación o la mejora de la infraestructura física de una región determinada, la **transformación** a largo plazo de las actividades productivas con los **correspondientes cambios** en el uso de la tierra y los derechos de propiedad sobre la misma, la explotación en **gran escala** de los recursos naturales incluidos los recursos del subsuelo, la construcción de centros urbanos, fábricas, instalaciones mineras, centrales energéticas, refinerías, complejos turísticos, instalaciones portuarias, bases militares y empresas similares. El **objetivo** de dichos proyectos puede variar, desde el fomento del desarrollo económico hasta el control de las inundaciones, la generación de energía eléctrica y otros recursos energéticos, la mejora de las redes de transporte, la promoción de las exportaciones con el fin de obtener divisas, la creación de nuevos asentamientos, la garantía de la seguridad nacional, y la creación de oportunidades de empleo e ingresos para la población local⁸⁷. [Resaltado nuestro]

La CIDH ha identificado dos criterios que deben ser tomados en cuenta para calificar el proyecto como de "gran escala". Estos son la magnitud o dimensión del proyecto y el impacto humano y social de la actividad teniendo en cuenta las circunstancias particulares del pueblo indígena afectado⁸⁸. Respecto al primer criterio, la CIDH ha indicado que debe de considerarse el volumen, la intensidad, el tipo de material producido o comercializado, la materia extraída o removida, y la intensidad ambiental⁸⁹. Como indica la CIDH, "tal intensidad puede ser definida en términos de su ecotoxicidad, generación de

deforestación en el territorio reconocido a favor del Pueblo Ayoreo Totobiegosode; que cree un mecanismo para proteger y evitar el ingreso de terceros en su territorio; y que cree protocolos específicos de protección ante avistamiento o contacto no deseados, sobre la base de los estándares internacionales aplicables; entre otros puntos". En: CIDH. *Asunto comunidades en aislamiento voluntario del Pueblo Ayoreo Totobiegosode respecto de Paraguay*. 3 de febrero de 2016. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2016/MC54-13-Es.pdf> (Consulta: 5 de abril de 2016)

⁸⁷ ONU (2003). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la Resolución N° 2002/65 de la Comisión*. Óp. Cit., párr. 6.

La Corte IDH utilizó este informe del UNSRRIP en el Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam para referirse a los proyectos a gran escala, en los cuales es necesario que los Estados obtengan el consentimiento libre, previo e informado. Véase en: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 135

⁸⁸ CIDH (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, Óp. Cit., párr. 188

⁸⁹ CIDH (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, Óp. Cit., párr. 189

contaminantes, uso de sustancias tóxicas, empleo de explosivos, efectos negativos sobre especies en riesgo o endémicas, emisión de gases invernadero, entre otros⁹⁰. Respecto al segundo criterio, la CIDH ha indicado que se refiere a tener en consideración la naturaleza de los derechos en juego y la gravedad de los múltiples impactos advertidos⁹¹. En este punto, la CIDH considera que debe ocupar un lugar central “las afectaciones que puedan producirse al derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, a través de una concepción del mismo acorde con los estándares interamericanos”⁹².

No obstante lo anterior, consideramos que la diferenciación entre proyectos de “desarrollo o inversión”, a gran escala o no, resulta irrelevante. Sea cual sea el tipo de proyecto, el mismo va generar impactos en los pueblos indígenas y modificaciones en sus formas de vida, y eso es lo que debe de tenerse en consideración. Todos los proyectos de “desarrollo o inversión” impactarán en los pueblos indígenas y restringirán el uso y goce de sus territorios. Así, lo ha demostrado la historia de imposición de los Estados hacia los pueblos indígenas. Limitarse a analizar el tipo de proyecto desvía la atención de los derechos en juego y de los mismos pueblos como titulares del derecho.

Además, salvo claras excepciones⁹³, resulta difícil determinar *prima facie* el nivel de impacto que un proyecto de “desarrollo o inversión” vaya a tener en un pueblo indígena, sea o no sea de “gran escala”. Sobre todo, porque son los propios pueblos quienes deberán indicar, en el marco de los procesos consultivos, cuáles serían esos impactos, en

⁹⁰ *Ibidem*

⁹¹ CIDH (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, Óp. Cit., párr. 190

⁹² *Ibidem*

⁹³ La CIDH ha indicado que hay proyectos que sin lugar a dudas son a “gran escala”. Entre éstos, la CIDH se ha referido a “grandes explotaciones mineras, petroleras o de gas”, “los grandes tajos propios de la mega minería, que implica la remoción de altas cantidades de materia por año y la afectación de una amplia superficie”, “otro ejemplo lo constituyen las represas que supongan la inundación permanente parcial o total de las tierras y territorios”, “aquellos que impliquen impactos significativos en los sitios sagrados”, etc. La CIDH ha considerado que el ordenamiento interno de los Estado al momento de calificar a un proyecto como de “gran de escala” puede ser utilizado como referente, aunque ha enfatizado que de ningún modo puede ser considerado como determinante. En: CIDH (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, Óp. Cit., párr. 187

tanto ellos los vivirían. Además, será en el marco de esos procesos que el Estado deberá realizar Estudios de Impacto con participación de los pueblos indígenas. Por eso, al inicio de un proceso consultivo no podría descartarse de plano que un proyecto no sea a “gran escala” o no vaya a serlo en un futuro, considerando los criterios antes señalados. También, consideremos que los impactos de un proyecto van cambiando conforme se va ejecutando el mismo, lo que puede generar nuevos impactos que ni el Estado ni los pueblos previeron inicialmente.

Un argumento usado para mantener esta diferenciación entre proyectos a “gran escala” de aquellos que no lo son gira en torno a la relevancia de la obtención del CPLI de los pueblos indígenas para que los proyectos sean autorizados. Aquí tenemos dos enfoques. En el primero, de acuerdo a la CIDH y la Corte IDH, el CPLI es obligatorio, excepcionalmente, ante proyectos a “gran escala” en los que la supervivencia de los pueblos indígenas esté en juego o cuando tengan un impacto significativo en los territorios indígenas. Mientras que, en el segundo, también de acuerdo a la CIDH y a la Corte IDH, el CPLI es requerido, como regla, en todos los proyectos, sean o no a “gran escala”. De estos dos enfoques, el último es el que comparten el UNSRRIP, el UNPFII, el EMRIP, el Comité de Derechos Humanos (Comité DDHH), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Comité CERD) y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP). Analizaremos con mayor detalle estos enfoques y el pronunciamiento de estos organismos más adelante.

Por ahora, consideramos que, en base a lo ya señalado y a la aplicación del principio *pro homine*, está vigente la obligatoriedad del CPLI de los pueblos indígenas ante todos los proyectos de “desarrollo o inversión” en sus territorios. Sería irresponsable que los Estados esperen a que el pueblo indígena pueda verse impactado en su supervivencia

para, recién ahí, reconocerles el DCPLI. Recordemos además que lo que este derecho busca es que los pueblos indígenas puedan decidir sobre sus destinos en el marco de su derecho a la libre determinación. Decisión que se les ha sido negada a lo largo de la historia, e incluso hasta la actualidad.

2. Fundamento del DCPLI: El derecho a la existencia digna de los pueblos indígenas

El DCPLI de los pueblos indígenas se funda en el derecho de tales pueblos a una *existencia digna*⁹⁴. Este derecho se puede descomponer en dos derechos: (i) a existir (derecho a la vida e integridad física y cultural), entendido por la Corte IDH como “supervivencia”, y (ii) a la libre determinación de los pueblos indígenas. Raquel Yrigoyen señala que la libre determinación es lo que hace que la existencia de los pueblos sea digna, esto es, que se desarrolle con autonomía, según la cultura, deseos y visión de buen vivir de los pueblos⁹⁵.

2.1. Existencia de los pueblos indígenas: La supervivencia de los pueblos indígenas y su derecho a la integridad física y cultural

La supervivencia de los pueblos indígenas está sumamente relacionada al respeto y garantía de su integridad física y cultural como pueblos, cuya protección depende del

⁹⁴ Véase: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2011). “El derecho a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento”. Óp. Cit., pp. 103 – 146.

También, el UNSRRIP ha identificado esta conexión entre existencia (integridad física y cultural) y libre determinación de los pueblos indígenas. Por ejemplo, refiriéndose al derecho de participación y consulta, el UNSRRIP ha indicado que forman parte de “un gran número de derechos humanos aceptados universalmente, entre ellos el derecho a la integridad cultural, el derecho a la igualdad y el derecho a la propiedad [...]. De manera más fundamental, ese deber deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular. [...] En consonancia con esos principios, el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas y que estos puedan prosperar como comunidades distintas en las tierras en que, por su cultura, están arraigados”. En: ONU (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya. Óp. Cit., párr. 41.

⁹⁵ Véase: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2011). “El derecho a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento”. Óp. Cit., pp. 103 – 146.

respecto y garantía de su territorio. Recordemos que, según la Corte IDH, existe una “estrecha vinculación del territorio con las tradiciones, costumbres, lenguas, artes, rituales, conocimientos y otros aspectos de la identidad de los pueblos indígenas”⁹⁶. Es “[e]n función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, [...] [que] las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por [...] las comunidades [...] indígenas”⁹⁷. De ahí que resulta lógico que la CIDH indique que “las decisiones en torno al territorio [indígena] sean tomadas por el propio pueblo indígena [...], de modo que se garantice no solo su supervivencia física y cultural, sino también su propia concepción de desarrollo y la continuidad de su cosmovisión, modo de vida tradicional, identidad cultural, estructura social y sistema económico”⁹⁸.

En el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, la Corte IDH señaló que la frase “supervivencia como una comunidad tribal [o indígena]” debe ser entendida como la capacidad del Pueblo Saramaka de “preservar, proteger y garantizar la relación especial que [ellos] tienen con su territorio”⁹⁹, de tal forma que puedan “continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas [...]”¹⁰⁰. Por tanto, para la Corte IDH, el término “supervivencia” significa, en este contexto, mucho más que supervivencia física¹⁰¹. En los mismos términos, para la CIDH, “el término ‘supervivencia’ no se refiere solamente a la obligación del Estado de garantizar el derecho a la vida de las víctimas, sino también a la obligación de adoptar

⁹⁶ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Óp. Cit., párr. 212

⁹⁷ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Óp. Cit., párr. 154.

⁹⁸ CIDH (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, Óp. Cit., párr. 161

⁹⁹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 91 y 129.

¹⁰⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr.121.

¹⁰¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Óp. Cit., párr. 37.

todas las medidas adecuadas para garantizar la relación continua del pueblo [indígena] con su territorio y su cultura”¹⁰².

La forma en la que los pueblos indígenas se relacionen con su territorio varía de pueblo en pueblo, e incluso varía o se mantiene de generación en generación. Por eso, la CIDH ha indicado que al momento de interpretar el término “supervivencia” no debe de tenerse una concepción estática de las formas de vida o cultura de los pueblos indígenas¹⁰³. Por ello, los Estados deben de otorgar una deferencia razonable al entendimiento propio que tengan los pueblos indígenas sobre aquellas¹⁰⁴.

¿Qué obligaciones específicas establece el Derecho Internacional en relación a este derecho? De acuerdo al art. 2.1 del Convenio N° 169 de la OIT, el Estado está en la obligación de “garantizar el respeto de (...) [la] integridad [de los pueblos indígenas]”. El art. 5.b del Convenio N° 169 de la OIT precisa que “deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos”. Para cumplir con ello, los Estados, de acuerdo al art. 2.2.b) del Convenio N° 169 de la OIT, deberán tomar medidas “que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones”. El art. 4.1 del Convenio N° 169 de la OIT indica que “[d]eberán tomarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”. De acuerdo al art. 4.2 del Convenio N° 169 de la OIT, “[t]ales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados”.

¹⁰² Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Óp. Cit., párr. 29.

¹⁰³ CIDH (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, Óp. Cit., párr. 166

¹⁰⁴ *Ibídem*

En esa línea, el art. 8 de la DNUDPI señala que “[l]os Estados [deben] establecer (...) mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de: (...) [t]odo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica”. Precisa que los “pueblos (...) indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura”. Asimismo, el art. 7.2 de la DNUDPI reconoce que los “pueblos indígenas tienen el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, (...)”.

En las Américas, el art. XII.1 del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (PDADPI) señala que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural, tangible e intangible, incluyendo el histórico y ancestral, así como a la protección, preservación, mantenimiento y desarrollo de dicho patrimonio cultural para su continuidad colectiva y la de sus miembros, y para transmitirlo a las generaciones futuras”¹⁰⁵.

En términos generales, la Corte IDH, en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, señaló que los Estados tienen la obligación de no generar condiciones que impidan o dificulten el acceso a una vida digna¹⁰⁶. De acuerdo al Estado de Colombia, como corolario del derecho a una vida o existencia digna, la Corte IDH, en diversos casos, ha sido enfática en que “los Estados tienen la obligación de garantizar condiciones mínimas de vida y de abstenerse de tomar medidas que sean susceptibles de crear

¹⁰⁵ Este artículo fue aprobado el 20 de enero de 2011 – Décimo tercera reunión de Negociaciones por la búsqueda de Consensos Artículo XII, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, Grupo de trabajo encargado de elaborar el proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, OEA/Ser.K/XVI, GT/DADIN/doc.334/08 rev. 6 corr. 1, 20 marzo 2011. Décimo tercera reunión de negociaciones para la búsqueda de consensos, Estados Unidos, Washington D.C. – del 18 al 20 de enero de 2011. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN-doc_334-08_rev7.pdf y http://www.oas.org/es/sla/ddi/pueblos_indigenas_apoyo_elaboracion_proyecto_declaracion.asp (Consulta: 30 de julio de 2015)

¹⁰⁶ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axe Vs. Paraguay*, Óp. Cit., párr. 161

condiciones que dificulten el acceso a una existencia digna, por medio de la adopción de medidas positivas y concretas destinadas a este fin”¹⁰⁷. Ello es correcto, sobre todo si consideramos, por ejemplo, que la Corte IDH, a fin de analizar si un Estado había incurrido en una violación al derecho a la vida de un pueblo indígena, debía establecer:

“163. (...) si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del *corpus juris* internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT”¹⁰⁸.

En el caso de proyectos de “desarrollo o inversión” en territorios indígenas, la CIDH ha reafirmado que toda restricción del derecho al territorio, y todos los actos administrativos y legislativos que este abarque, “no [deben] afect[ar] la supervivencia del pueblo indígena o tribal correspondiente de conformidad con sus modos ancestrales de vida”¹⁰⁹. En términos de la Corte IDH, un “factor crucial a considerar es también si la restricción [del territorio] implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”¹¹⁰.

Por ejemplo, en el *Caso Comunidad Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, la Corte IDH determinó que el reclamo referente a la violación de la integridad cultural estaba

¹⁰⁷ ESTADO DE COLOMBIA. *Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la República de Colombia relativa a la interpretación de los artículos 1.1, 4.1 y 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José, Costa Rica. Marzo de 2016, párr. 100. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_14_03_16_esp.pdf (Consulta: 19 de mayo de 2016)

¹⁰⁸ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axe Vs. Paraguay*, Óp. Cit., párr. 163

¹⁰⁹ CIDH. *Informe N° 76/12. Caso 12.548. Fondo. Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros*, Óp. Cit., párr. 254.

¹¹⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Óp. Cit., párr. 128; y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Óp. Cit., párr. 156.

supeditado al análisis de las violaciones de los arts. 4 (derecho a la vida) y 21 (derecho a la propiedad colectiva) de la CADH¹¹¹. La Corte IDH sostuvo que producto de la no restitución del territorio tradicional, “han sufrido diversas afectaciones a su identidad cultural que se producen primordialmente por la falta de su territorio propio y los recursos naturales que ahí se encuentran”¹¹². No obstante, a pesar de no haber sido declarado la violación del art. 5.1 (derecho a la integridad) de la CADH por las afectaciones a la integridad cultural de la comunidad, la Corte IDH determinó que el pesar que los miembros de la Comunidad sienten por la falta de restitución de sus tierras tradicionales, la pérdida paulatina de su cultura, las condiciones de vida miserables que padecen y el estado general de abandono en la que se encuentran generan sufrimientos que necesariamente afectan la integridad psíquica y moral de todos los miembros de la Comunidad¹¹³.

También, en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, la Corte IDH indicó que “[a] desconocerse el derecho ancestral de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría[n] estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”¹¹⁴. Pues, de acuerdo a la Corte IDH, el goce y ejercicio efectivos del derecho al

¹¹¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Óp. Cit., párr. 242

¹¹² Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Óp. Cit., párr. 182 y párr. 171-182 y 261-264

¹¹³ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Óp. Cit., párr. 244 “En el presente caso, varias de las presuntas víctimas que declararon ante la Corte expresaron el pesar que ellas y los miembros de la Comunidad sienten por la falta de restitución de sus tierras tradicionales, la pérdida paulatina de su cultura y la larga espera que han debido soportar en el transcurso del ineficiente procedimiento administrativo. Adicionalmente, las condiciones de vida miserables que padecen los miembros de la Comunidad, la muerte de varios de sus miembros y el estado general de abandono en la que se encuentran generan sufrimientos que necesariamente afectan la integridad psíquica y moral de todos los miembros de la Comunidad. Todo ello constituye una violación del artículo 5.1 de la Convención, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek”.

¹¹⁴ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 147. Véase asimismo: ONU (2007). *Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen*. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. Sexto Período de sesiones. Tema 3 del programa. Promoción y Protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, A/HRC/6/15, 15 de noviembre de 2007, párr. 43.

territorio “garantiza que (...) las comunidades indígenas conserven su patrimonio”¹¹⁵, debiendo los Estados deben respetar esa especial relación con su territorio para garantizar su supervivencia social, cultural y económica¹¹⁶.

Basándose en la protección del derecho a la integridad física y cultural de los pueblos indígenas, la Corte IDH, en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, reconoció que existe un derecho de los pueblos indígenas a “otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado [al Estado], respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio”¹¹⁷. Ello como salvaguardia para garantizar su “supervivencia” como pueblos indígenas¹¹⁸, y en tanto los Estados deben de “respetar la especial relación que (...) tienen con su territorio en una forma que garantice su supervivencia social, cultural y económica”¹¹⁹.

Así, en casos de proyectos de “desarrollo o inversión”, el CPLI opera para garantizar que la especial relación de los pueblos indígenas y sus territorios continúe y perdure, y, por ende, que el pueblo siga viviendo con dignidad¹²⁰. Por ello, resulta claro que los

¹¹⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Óp. Cit., párr. 146. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Óp. Cit., párr. 91; y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Óp. Cit., párr. 212

¹¹⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Óp. Cit., párr. 91; y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Óp. Cit., párr. 212

¹¹⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 194. d y párr. 214. 8

¹¹⁸ La Corte IDH enfatizó en la Sentencia del *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam* que la frase “supervivencia como una comunidad tribal” debe ser entendida como la capacidad de los Saramaka de “preservar, proteger y garantizar la relación especial que [ellos] tienen con su territorio”, de tal forma que puedan “continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas [...]”. Fuente: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 121. En base a ello, en la Sentencia Interpretativa del mismo caso, la Corte IDH indicó que: “Por tanto, el término “supervivencia” significa, en este contexto, mucho más que supervivencia física”. Fuente: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Óp. Cit., párr. 37.

¹¹⁹ Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., Puntos Resolutivos 5, 7 y 9, y párrs. 81, 86, 90, 91, 103, 120-123, 126-129, 139-141, 146, 148, 155, 157, 158, 194(a), 194(c) y 194(e). También, véase: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Óp. Cit., párrs. 148-149, y 151; 148-149, y 151; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, Óp. Cit., párrs. 118-121, y *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Óp. Cit., párrs. 124, 131, 135 y 154.

¹²⁰ En la nota de pie de página número 19 de la Sentencia Interpretativa del *Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, la Corte IDH cita el caso *Länsman y otros vs. Finlandia* ante el Comité de Derechos Humanos e indica que: “(permitiendo que los Estados lleven a cabo actividades de desarrollo que limiten los derechos de una minoría cultural, siempre y cuando dicha actividad no extinga por completo el modo de vida del pueblo

Estados están prohibidos de aprobar cualquier proyecto que atente contra la existencia del pueblo indígena y que signifique una denegación de sus tradiciones y costumbres, y por ende, de su cultura¹²¹.

Al respecto, Raquel Yrigoyen indica que bajo ninguna circunstancia el Estado tiene autorización para tomar medidas que puedan llevar al genocidio o la destrucción cultural del pueblo indígena¹²². Esto significa que el Estado no puede menoscabar ni la integridad física¹²³ (existencia, territorio, seguridad alimentaria, etc.) mucho menos la integridad cultural¹²⁴ (identidad, instituciones propias y costumbres)¹²⁵ de los pueblos indígenas.

2.2. La libre determinación de los pueblos indígenas

De acuerdo al EMRIP, la libre determinación es un “derecho inherente fundamental” de los pueblos indígenas¹²⁶. La libre determinación de los pueblos indígenas responde, según el UNSRRIP, “a las aspiraciones de los pueblos indígenas de todo el mundo de determinar su propio destino en condiciones de igualdad y de participar efectivamente en los procesos de adopción de decisiones que los afecten [lo que] tiene por objeto poner fin

indígena)”. Fuente: Comité DDHH. *Länsman y otros vs. Finlandia* (quincuagésima segunda sesión, 1994), Comunicación No. 511/1992, CCPR/C/52/D/511/1994, 8 de noviembre de 1994, párr. 9.4.

¹²¹ CIDH (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, Óp. Cit., párr. 160.

La CIDH indica que los Estados no deben aprobar proyectos que puedan amenazar la supervivencia física o cultural del grupo.

¹²² YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2011). “El derecho a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento”, Óp. Cit., pp. 103 – 146.

¹²³ Raquel Yrigoyen considera que la privación del territorio o las posibilidades de acceder a recursos naturales para alimentarse pueden constituir una amenaza a la integridad física de los pueblos indígenas. En: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2011). Óp. Cit., pp. 103 – 146.

¹²⁴ Raquel Yrigoyen precisa que si bien hay una indesligable relación entre la integridad física y cultural, la protección de la integridad cultural alude a la identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, sus instituciones y formas de vida de los pueblos indígenas, las cuales se pueden ver afectadas por traslados, migración, actividades extractivas o de infraestructura en sus territorios. En: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2011). Óp. Cit., 103 – 146.

¹²⁵ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2011). Óp. Cit., pp. 103 – 146.

¹²⁶ ONU (2012). *Informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, con especial atención a las industrias extractivas*. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. 21° período de sesiones. Tema 5 de la agenda. Órganos y mecanismos de derechos humanos, A/HRC/21/55, 16 de agosto de 2012, párr. 9

al modelo histórico de exclusión”¹²⁷. En 1986, el Informe Martínez Cobo, elaborado en el marco del Grupo de Trabajo de la Subcomisión de la ONU para la Prevención de la Discriminación y la Protección a las Minorías, señaló que “la autodeterminación, en sus muchas formas, es (...) una precondition para que los pueblos indígenas puedan ser capaces de gozar de sus derechos fundamentales y determinar su futuro, preservando, desarrollando y traspasando su identidad étnica específica a futuras generaciones”¹²⁸.

Este derecho se encuentra reconocido expresamente en el art. 3 de la DNUDPI, el cual indica que, en virtud de este derecho, “determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. En su art. 4, la DNUDPI añade que los pueblos indígenas, “en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas”.

James Anaya señala que existe un “derecho universal” de los pueblos a la libre determinación que ha sido reconocido a los pueblos indígenas¹²⁹. Por ello, el art. 2 de la DNUDPI establece expresamente que “los pueblos (...) indígenas son iguales a todos los demás pueblos (...)”. Los pueblos indígenas al tener igual dignidad que el resto de pueblos tienen también el derecho, en su libre determinación, de decidir sobre sus propios

¹²⁷ ONU (2011). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas*. Asamblea de las Naciones Unidas. Sexagésimo sexto período de sesiones. Tema 66 del programa provisional. Derechos de los pueblos indígenas, A/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 79

¹²⁸ ONU (1986) *Informe Martínez Cobo: Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. Conclusiones, propuestas y recomendaciones*. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add 4. Citado en: APARICIO WILHELM, Marco (2006). “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación”. En: BERRAONDO, Mikel (Coordinador). *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, p. 408

¹²⁹ ANAYA, James (2010). “El Derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración”. En: CHARTERS, Claire y STAVENHAGEN, Rodolfo. *El desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*. Copenhague: IWGIA. 2010, p.195

asuntos y de contar con los recursos necesarios para poder vivir con dignidad. Así, un pueblo indígena vivirá con dignidad en tanto pueda vivir en su libre determinación.

En esa misma línea, el Comité DESC ha señalado que el art. 1 común a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU de 1966, que reconocen el derecho a la libre determinación de los pueblos, resulta aplicable a los pueblos indígenas¹³⁰. El Comité DDHH también se ha basado en el derecho a la libre determinación, reconocido en el art. 1 común de los Pactos, para reconocer derechos de los pueblos indígenas, tales como su derecho a la participación en los procesos de toma de decisiones¹³¹. Tales afirmaciones se ven reforzadas por el EMRIP, el cual indica que los derechos de participación, consulta y CPLI de los pueblos indígenas se fundamentan y emanan en el derecho a la libre determinación reconocido en el art. 3 de la DNUDPI, el mismo que es un reflejo del art. 1 común a los dos pactos internacionales de derechos humanos de 1966¹³².

Ahora bien, James Anaya señala que afirmar el derecho a libre determinación como un derecho humano trae implicancias muy importantes¹³³. Así, en primer lugar, se trata de un derecho inherente a todos los humanos, aunque en su forma colectiva como pueblos. En segundo lugar, es un derecho aplicable universalmente, y por igual, a todos los

¹³⁰ Comité DESC (2003). *Consideración de Informes presentados por Estados Partes bajo los artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones Finales sobre la Federación Rusa (Trigésimo primera sesión)*. 12 de diciembre de 2003. Ver además: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Óp. Cit., párr. 93

¹³¹ Comité DDHH (1999). *Observaciones del Comité de Derechos Humanos: Mexico*. 27/07/1999. CCPR/C/79/Add.109 (*Concluding Observations/Comments*). Comité Derechos Humanos. 66° período de sesiones. Examen de los Informes presentados por los Estados Partes en virtud del Artículo 40 del Pacto, 27 de julio de 1999, párr. 19. Disponible en: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.79.Add.109.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.79.Add.109.Sp?Opendocument) ; *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Norway*. 01/11/1999. CCPR/C/79/Add.112. (*Concluding Observations/Comments*). Human Rights Committee. Sixty-seventh session. Consideration of Reports submitted by the States Parties under Article 40 of the Covenant. 1 november 1999, párr. 17. Disponible en: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/82272dbf8e4d44c480256820005dd784?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/82272dbf8e4d44c480256820005dd784?Opendocument). Véase también Informes de Comité DDHH con códigos CCPR/CO/69/AUS y CCPR/CO/74/SWE. (Todas las fuentes fueron consultadas el 5 de mayo de 2015)

¹³² ONU (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*. Informe del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Óp. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párr. 3

¹³³ ANAYA, James (2010). "El Derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración". Óp. Cit., p.197

segmentos de la humanidad y a todos los pueblos. Finalmente, se trata de un derecho que debe entenderse como parte y en el marco de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y no aisladas de ellas.¹³⁴

Tradicionalmente, el derecho a la libre determinación ha sido entendido desde un enfoque secesionista, como si su ejercicio llevará en todo momento y bajo toda circunstancia a la conformación de nuevos Estados. Bajo esa mirada se pierde de vista que el contenido esencial de ese derecho no es sino la facultad que tienen todos los pueblos de controlar sus propios destinos en condiciones de libertad e igualdad. El contenido esencial de la libre determinación no es la conformación de nuevos Estados. La libre determinación de los pueblos puede ejercerse al interior de los Estados tal como ocurre con los pueblos indígenas en todo el mundo. Algunos autores han denominado esta manifestación como libre determinación “interna”.¹³⁵

La libre determinación rompe con la ideología de la minoridad indígena, bajo la cual los pueblos indígenas eran considerados menores de edad – incapaces de controlar sus destinos - pertenecientes a una cultura *atrasada* y *detenida* en el tiempo. En efecto, este derecho replantea la relación Estado y pueblos indígenas, en la cual el derecho a la libre determinación se fundamenta en el principio del igual valor de todas las culturas y pueblos, con igual capacidad para elegir a sus autoridades y determinar libremente sus formas de vida y modelos de desarrollo, sin considerar ninguna cultura, forma de vida o modelo de desarrollo superior a otra.¹³⁶ En otras palabras, los pueblos indígenas pueden determinar, mantener y controlar, en condiciones de igualdad y libertad, sus propias

¹³⁴ *Ibíd.*

¹³⁵ SHELTON, Dinah (2011). “Self-Determination in Regional Human Rights Law: From Kosovo to Cameroon”. Legal Studies Research Paper N° 53. The George Washington University Law School. Washington D.C., p. 20. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1793335> ; CASSESE, Antonio (1996). *Self-determination of peoples. A legal reappraisal*. England: Cambridge University Press, p. 102

¹³⁶ Premisa recogida de Raquel Yrigoyen Fajardo a lo largo de las clases de Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público: Sección de Litigio Estratégico en Derechos Indígenas. Raquel Yrigoyen dicta en la Clínica desde el 2011 hasta la fecha.

instituciones (como elegir sus autoridades comunales e impartir justicia) y formas de vida, y buscar su propio desarrollo económico, social y cultural.

La expresión más concreta y plena del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas se da cuando se ejerce en relación con sus territorios, especialmente frente a los proyectos de “desarrollo o inversión”¹³⁷. En ese contexto, este derecho a la libre determinación, de acuerdo al EMRIP, “supone la obligación de los Estados de obtener su consentimiento libre, previo e informado, y el derecho de esos pueblos no solo a participar en los procesos de adopción de decisiones, sino también a determinar sus resultados”¹³⁸. Así, el CPLI de los pueblos indígenas es parte integrante de su libre determinación¹³⁹ y “sienta el cimiento para lograr que los pueblos indígenas tengan la última palabra en la adopción de decisiones externas sobre cuestiones que los afectan”¹⁴⁰. Por ejemplo, en diversos casos que involucran proyectos de “desarrollo o inversión”, como el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, la Corte IDH se ha valido de este derecho para fundamentar los derechos indígenas, y, en específico del DCPLI¹⁴¹.

Otras fuentes, como el Convenio N° 169 de la OIT, se refieren a algunas de las manifestaciones de este derecho, las cuales se encuentran recogidas en el quinto considerando del preámbulo y en el art. 7 del Convenio N° 169 de la OIT. El quinto considerando reconoce “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y

¹³⁷ ONU (2012). *Informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, con especial atención a las industrias extractivas*. Óp. Cit., párr. 9

¹³⁸ ONU (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*. Informe del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Óp. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párr. 22 y 33.

¹³⁹ ONU (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*. Informe del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Óp. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párr. 21

¹⁴⁰ ONU (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*. Informe del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Óp. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párr. 20

¹⁴¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Óp. Cit., párr. 93, 95 y 159

fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”. El art. 7 establece que los pueblos indígenas “deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencia, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propios desarrollo económico, social y cultural”.

En esa línea, una manifestación adicional del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas es que todas las medidas estatales, incluyendo los proyectos de “desarrollo o inversión”, deben de priorizar el mejoramiento de la condiciones de vida de tales pueblos. Tanto el Convenio N° 169 de la OIT como la DNUPI establecen ese mandato. El art. 7.2 del Convenio N° 169 de la OIT señala “[e]l mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan”. Y, “[l]os proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento”. La DNUPI, en su art. 21, establece que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social”. Por ello, según dicho artículo, los Estados deben de adoptar “medidas eficaces y, cuando proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales”, prestando “particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas”.

Por todo lo anterior, como indica el EMRIP, la libre determinación debe ser entendida como “un proceso constante que garantiza la continuidad de la participación de los pueblos indígenas en los procesos de decisión y en el control sobre su propio destino”¹⁴², representando un “mecanismo esencial para garantizar el respeto de los derechos de esos pueblos”¹⁴³.

3. EL DCPLI y su relación con otros derechos indígenas

En el contexto de proyecto de “desarrollo o inversión”, el DCPLI se encuentra íntimamente relacionado con otros derechos indígenas. En tanto los pueblos indígenas tienen una amplia gama de derechos que no acabaríamos de desarrollar en esta investigación, consideramos importante detenernos a analizar su relación con tres de esos derechos: El derecho a la participación, el derecho a la consulta y el derecho al territorio.

3.1. EL DCPLI y el derecho a la participación de los pueblos indígenas

Si bien el DCPLI cuenta con un contenido propio y distinto a otros derechos, el mismo comparte similares garantías con el derecho a la participación de los pueblos indígenas. Ello, en tanto el DCPLI es una forma específica de ejercer el derecho a la participación indígena. Estas garantías también resultan aplicables al derecho a la consulta, el cual también es una forma específica de participación indígena.

¹⁴² ONU (2010). *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*. Informe del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Consejo de Derechos Humanos. Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Tercer período de sesiones. 12 a 16 de julio de 2010. A/HRC/EMRIP/2010/2, 17 de mayo de 2010, párr. 31

¹⁴³ ONU (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*. Informe del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Óp. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párr. 22

3.1.1. Participación de los pueblos indígenas en las decisiones estatales susceptibles de afectarles en políticas y programas del Estado

El derecho a la participación indígena se encuentra reconocido en diversas fuentes del Derecho Internacional, especialmente en el Convenio N° 169 de la OIT y la DNUDPI. También, la jurisprudencia de la Corte IDH se ha referido a este derecho, entre otras fuentes del Derecho Internacional.

De acuerdo al art. 6.1.b del Convenio N° 169 de la OIT, la participación de los pueblos indígenas debe cumplir con determinadas características, tales como ser “libre”, “en la misma medida que otros sectores de la población”, y “en todos los niveles de adopción de decisiones a niveles de instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernen”. El art. 5 de la DNUDPI precisa que la participación de los pueblos indígenas es “potestativa”. Y, el art. 18 de la misma establece que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”. La Corte IDH ha indicado en el *Caso YATAMA Vs. Nicaragua* que la participación política – reconocida en el art. 23 de la CADH - incluye el derecho de los pueblos indígenas a “participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos [...] desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización”¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Corte IDH. *Caso YATAMA Vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 225. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf

Considerando lo indicado en el art. 7.1 del Convenio N° 169 de la OIT¹⁴⁵ y el art. 23 de la DNUDPI¹⁴⁶, el derecho a la participación consiste en la intervención de los pueblos en todas las fases de ciclo de elaboración, aplicación y evaluación de políticas y programas de desarrollo nacional o regional que les puedan afectar¹⁴⁷. Esto es, en todo el ciclo de la política y programa, y no solo antes de autorizar la política o programa, como sería en el caso del derecho a la consulta¹⁴⁸.

La participación de los pueblos indígenas busca que a través de su intervención se logre que en las políticas, programas o proyectos estatales estén plasmados las prioridades de desarrollo de tales pueblos, como lo establece el art. 7 del Convenio N° 169 de la OIT y el art. 23 de la DNUDPI. Así, la participación de los pueblos indígenas en los proyectos de “desarrollo o inversión” permite que los Estados conozcan los planteamientos de los pueblos indígenas y, por ende, que prioricen el mejoramiento de la vida de los pueblos indígenas, como manda el art. 7.2 del Convenio N° 169 de la OIT¹⁴⁹; y que, además, no se afecte la integridad de los pueblos indígenas, como ordena el art. 5.b) del Convenio N° 169 de la OIT¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Convenio N° 169 de la OIT. Art. 7.1. “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

¹⁴⁶ DNUDPI. Art. 23. “Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernen y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones”.

¹⁴⁷ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2011). “El derecho a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento”, *Óp. Cit.*, p. 117-120

¹⁴⁸ *Ibídem*

¹⁴⁹ Convenio N° 169 de la OIT. Art. 7.2. “El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento”.

¹⁵⁰ Convenio N° 169 de la OIT. Art. 5.b). “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: (...) b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos, (...)”

El derecho a la participación de los pueblos indígenas se relaciona a su vez con otros derechos y sirve como marco de protección de los mismos. En esa línea, el EMRIP ha indicado que, “[e]l derecho a adoptar decisiones [de los pueblos indígenas], y la participación en las decisiones que los afectan, son elementos necesarios para que los pueblos indígenas puedan proteger, entre otras cosas, sus culturas, incluidos sus idiomas, y sus tierras, territorios y recursos”¹⁵¹.

3.1.2. Participación sin discriminación en los procesos de toma de decisiones

Una cuestión importante es que la participación de los pueblos indígenas en los procesos decisorios debe ser sin discriminación (con un enfoque en mujeres, ancianos, personas con discapacidad, jóvenes, niños y niñas). En efecto, el Estado debe respetar y garantizar la participación en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna.

El art. 3.1 del Convenio N° 169 de la OIT señala que “[l]os pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación”. Y, precisa que “[l]as disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos”. El art. 2 de la DNUDPI indica que “[l]os pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas”. Y, los arts. 21.2 y 22.1 de la DNUDPI señalan que se “prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas”. Especialmente, el art. 22.2 de la DNUDPI establece que “[l]os Estados adoptarán medidas, conjuntamente con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de

¹⁵¹ ONU (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*. Informe del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Óp. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párr. 11.

protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación”. Tanto el UNSRRIP como la CIDH han recordado que se debe tener presente que las obligaciones que establece la DNUDPI, “incluida la eliminación de todas las formas de discriminación y violencia contra los niños y las mujeres indígenas¹⁵².

En el caso específico de proyectos de “desarrollo o inversión”, la CIDH ha indicado que “el derecho a la participación en los procesos decisorios que puedan afectar los territorios ancestrales corresponde a los miembros individuales de dichos pueblos, y a los pueblos como un todo”¹⁵³. En los *Casos Mary y Carrie Dann (EEUU)* y *Comunidades Mayas de la Provincia de Toledo (Belice)*, la CIDH ha indicado que toda decisión “se base en un proceso de consentimiento previamente informado de parte de la comunidad indígena en su conjunto”¹⁵⁴. Y, [e]llo exige, como mínimo, que todos los miembros de la comunidad sean plena y precisamente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y cuenten con una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente”¹⁵⁵. Basándose en los *Casos Mary y Carrie Dann (EEUU)* y *Comunidades Mayas de la Provincia de Toledo (Belice)*, la CIDH indicó que:

“El requisito de participación plena de los pueblos indígenas y tribales en la determinación, por las autoridades administrativas, de sus derechos o intereses de propiedad territoriales, se desconoce cuando hay miembros de tales pueblos que no han tenido la oportunidad de jugar un rol pleno o efectivo en la selección, autorización o instrucción de quienes actúan a nombre del pueblo frente a las autoridades ; cuando las reclamaciones correspondientes son promovidas por una determinada banda, clan o segmento del pueblo correspondiente, sin mandato aparente de las demás bandas, clanes o segmentos del mismo ; o cuando no se desarrollan consultas apropiadas entre los miembros de todo el pueblo al momento de adoptar decisiones sustanciales sobre dichos derechos o intereses, en particular cuando

¹⁵² ONU (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, Óp. Cit., párr. 52 y 69.

¹⁵³ CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 286

¹⁵⁴ CIDH. *Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)*, 27 de diciembre de 2002, párr. 140. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/EEUU.11140.htm> (Consulta: 5 de junio de 2015); e *Informe No. 40/04, Caso 12.053. Comunidades indígenas mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, 12 de octubre de 2004, párr. 142. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Belize.12053.htm> (Consulta: 5 de junio de 2015)

¹⁵⁵ *Ibidem*

dichas decisiones conllevan la extinción de los derechos sobre los territorios ancestrales”¹⁵⁶.

En el caso específico de las mujeres, el art. 7 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) señala que “[l]os Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizando, en igualdad de condiciones con los hombres el derecho a (...)” determinadas formas de participación¹⁵⁷. En el ámbito regional, el art. 6 de la Convención de “Belem do Pará” indica que “[e]l derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”. Y, el art. 9 de la misma Convención indica que “los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, (...)” al momento de adoptar las medidas necesarias para cumplir con dicho tratado internacional. En cuestiones específicas relacionadas a la protección del medio ambiente, el párr. 13 del Convenio sobre Diversidad Biológica reconoce “la función decisiva que desempeña la mujer en la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica” y afirma “la

¹⁵⁶ CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 286

¹⁵⁷ CEDAW. Art. 7: “a) Votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas; b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales; c) Participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país”.

necesidad de la plena participación de la mujer en todos los niveles de la formulación y ejecución de políticas encaminadas a la conservación de la diversidad biológica”¹⁵⁸.

En ese marco, el EMRIP ha constatado que “[e]n muchas sociedades indígenas, las mujeres siguen desempeñando importantes funciones decisorias, respecto, por ejemplo, de los actos culturales y ceremoniales, donde se produce la interacción, el aprendizaje y la transferencia de conocimientos entre generaciones”¹⁵⁹. También, ha identificado el impacto de la colonización en los pueblos indígenas, y, en especial, en las mujeres que los integran, quienes “suelen tropezar con enormes obstáculos para participar en la adopción de decisiones”¹⁶⁰.

Por ejemplo, de acuerdo al EMRIP, en América del Norte antes de la colonización, “las mujeres desempeñaban un papel mucho más destacado en la adopción de decisiones, pero el reconocimiento que dieron los colonizadores a las funciones masculinas contribuyó a una percepción del dominio masculino que a la postre se perpetuó”¹⁶¹. Y, entre los Kadazan en Malasia, anteriormente, “la bobohizano sacerdotisa formaba parte activa del consejo de ancianos”¹⁶².

Por tal motivo, el EMRIP ha indicado que “los Estados, las organizaciones internacionales, los pueblos indígenas y otras entidades decisorias deben facilitar la participación de las mujeres indígenas en sus actividades e incrementar sus posibilidades

¹⁵⁸ ONU (2010). *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones.*, Óp. Cit., párr. 59

¹⁵⁹ ONU (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, Óp. Cit., párr. 37

¹⁶⁰ ONU (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*. Informe del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Óp. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párr. 31

¹⁶¹ ONU (2010). *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones.*, Óp. Cit., párr. 59

¹⁶² *Ibidem.*

de vencer las dificultades que se oponen a su participación en la toma de decisiones”¹⁶³. Del mismo modo, aunque la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing no se refiere explícitamente a la participación de las mujeres indígenas, la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer ha exhortado a la participación de las mujeres indígenas tanto en la Plataforma de Beijing como en los Objetivos de Desarrollo del Milenio¹⁶⁴. En ese mismo sentido, el UNPFII ha instado “a los Estados a que velen por que las preocupaciones y las prioridades de las mujeres indígenas se tengan debidamente en cuenta, realizando la capacidad de las mujeres indígenas para la adopción de decisiones y la participación política”, debiendo participar en los procesos consultivos¹⁶⁵.

3.1.3. Participación efectiva y activa en los proyectos de “desarrollo o inversión”

Ante proyectos de “desarrollo o inversión”, los Estados deben de garantizar la participación efectiva y activa de los pueblos indígenas respetando los puntos de vista, intereses y prioridades de desarrollo de los pueblos indígenas al máximo posible. En términos específicos, el art. 15.1 del Convenio N° 169 de la OIT establece que los pueblos

¹⁶³ ONU (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*. Informe del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Óp. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párr. 31

¹⁶⁴ ONU (2004). *Report of the Secretary General. Review of the implementation of the Beijing Platform for Action and the outcome documents of the special session of the General Assembly entitled “Women 2000: gender equality, development and peace for the twenty-first century”*, E/CN.6/2005/2, 6 december 2004, párrs. 572 a 595; y ONU (2010). *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones.*, Óp. Cit., párr. 13

¹⁶⁵ ONU (2004). *Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Informe sobre el tercer período de sesiones (10 a 21 de mayo de 2004)*. Consejo Económico y Social. Documentos Oficiales, 2004, Suplemento No. 23. E/C.19/2004/23, párr. 14 y 57. Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/unpfiidocuments/Indigenous_women_UNPFII_session_3_ES.pdf

Véase también: ONU (2009). *Análisis preparado por la secretaria del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas: las mujeres indígenas*. Consejo Económico y Social. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Octavo período de sesiones. Nueva York, 18 a 29 de mayo de 2009. Tema 3 b) del programa provisional. Aplicación de las recomendaciones del Foro Permanente: las mujeres indígenas. E/C.19/2009/8, 4 de marzo de 2009. Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/unpfiidocuments/E_C_19_2009_8_es.pdf; y FORO INTERNACIONAL DE MUJERES INDÍGENAS (2009). *Análisis y seguimiento de las recomendaciones sobre mujeres indígenas del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas*. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Octavo período de sesiones. Nueva York, 18 al 29 de mayo de 2009. Tema 3.b del programa provisional. E/C.19/2009/CRP. 15

indígenas tienen derecho a “participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”. Recordemos además que el art. 7.1 del Convenio N° 169 de la OIT establece que los pueblos indígenas tienen “derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”.

Por ejemplo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (CEACR), en el caso del Territorio Indígena y Parque Nacional Isoboro Sécore (TIPNIS) de Bolivia afectado por la construcción de una carretera, y ante la oposición del Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu por falta de una consulta respectiva, señaló, en el 2014, que los mecanismos de consulta a reglamentarse e implementarse deben de asegurar la “efectiva participación de los pueblos indígenas en las decisiones susceptibles de afectarles directamente”¹⁶⁶. Asimismo, al analizar las propuestas normativas en Chile sobre derechos indígenas, la CEACR, en el 2014, indicó que “el Convenio [169 de la OIT] se refiere a una participación activa de los pueblos indígenas que incluya la presentación de iniciativas y propuestas de medidas, programas y actividades que construyan su desarrollo y que los lleven a decidir sobre sus prioridades”¹⁶⁷.

Del mismo modo, al referirse al proyecto de construcción de una planta de cemento sobre territorio maya, la CEACR, en el 2015, también recordó a Guatemala que dicho proyecto, para que sea acorde al Convenio N° 169 de la OIT, debe “tener en cuenta los

¹⁶⁶ OIT (2014). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)* Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe III (Parte 1A). Informe general y observaciones referidas a ciertos países. Conferencia Internacional del Trabajo, 103° reunión, 2014. Ginebra. p. 603

¹⁶⁷ OIT (2014). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)* Óp. Cit., p. 605

intereses y prioridades de las comunidades mayas kaqchikeles afectadas, y que no haga efectos nocivos para la salud, la cultura y los bienes de dichas comunidades”¹⁶⁸. Y, como lo indicó en el caso de la tierra indígena Raposa Serra do Sol (Estado de Roraima) de Brasil afectada por la construcción de una usina hidroeléctrica en el río Cotingo, tales “puntos de vista, prioridades e intereses” deben ser “tenidos en cuenta al momento de adoptar decisiones” sobre determinado proyecto.

3.2. EL DCPLI y el derecho a la consulta de los pueblos indígenas

El DCPLI y el derecho a la consulta se encuentran íntimamente ligados. Como indica el EMRIP, los elementos de los procesos de consulta y para el CPLI son similares¹⁶⁹. Recordemos que será en el marco de procesos consultivos que los Estados deberán obtener el CPLI para autorizar proyectos de “desarrollo o inversión”.

En palabras del EMRIP, ello sienta “el cimiento para lograr que los pueblos indígenas tengan la última palabra en la adopción de decisiones externas sobre cuestiones que los afecten”¹⁷⁰. En esa línea, de acuerdo a la CIDH, un “elemento constitutivo de la negociación y el diálogo entre las autoridades y los pueblos indígenas en el marco de los procedimientos de consulta, es que la finalidad de estos procedimientos debe ser alcanzar un acuerdo y el consentimiento informado de los pueblos indígenas”¹⁷¹.

¹⁶⁸ OIT (2015). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)* Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe III (Parte 1A). Informe general y observaciones referidas a ciertos países. Conferencia Internacional del Trabajo, 104° reunión, 2015. Ginebra. p. 545

¹⁶⁹ ONU (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*. Informe del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Óp. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párr. 21

¹⁷⁰ ONU (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*. Informe del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Óp. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párr. 20

¹⁷¹ CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 323.

3.2.1. Consulta como forma de participación indígena

En el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, la Corte IDH afirmó que la consulta es una forma de participación de los pueblos indígenas, debiendo los Estados garantizar la “participación efectiva” de los pueblos en los proyectos de “desarrollo o inversión”¹⁷². En concreto, la Corte IDH indicó que “tiene el deber de consultar, activamente, con [ellos] (...), según sus costumbres y tradiciones”¹⁷³. Del mismo modo, la CIDH también ha indicado que el derecho a la consulta se encuentra sumamente ligado al derecho a la participación política consagrado en el art. 23 de la CADH¹⁷⁴. Derecho ya desarrollado al abordar el derecho de participación.

3.2.2. Consulta de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, incluyendo proyectos de “desarrollo o inversión”

El derecho a la consulta está consagrado expresamente en el Convenio N° 169 de la OIT y la DNUDPI. De acuerdo a estos instrumentos internacionales, el Estado está obligado a consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, sea de manera positiva o negativa.

El art. 6.1.a) del Convenio N° 169 de la OIT establece que los Estados deben de “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. El art. 15.2 del Convenio N° 169 de la OIT del mismo instrumento se pone en el caso de la posible

¹⁷² Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 147

¹⁷³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Óp. Cit., párr. 129 y 133.

¹⁷⁴ CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 274

afectación de los recursos naturales en territorios indígenas. Este artículo indica que “[e]n caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”.

En el mismo sentido se ha pronunciado la CIDH en el Informe de Fondo del *Caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz (Honduras)* elevado a la Corte IDH. En ese caso, la CIDH afirmó que existe “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”¹⁷⁵.

Respecto a la DNUDPI, el art. 19 indica que “[l]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”. En lo que se refiere a proyectos de “desarrollo o inversión”, el art. 32.2 indica que “[l]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

¹⁷⁵ CIDH. *Informe N° 76/12. Caso 12.548. Fondo. Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros. Honduras*. Óp. Cit., párr. 251.

La Corte IDH, en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, ha indicado que estamos ante una obligación de los Estados de “garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización”¹⁷⁶. En esa línea, la CIDH también ha indicado que “debe protegerse la cultura [de los pueblos indígenas] como forma de vida”, debiendo los Estados “adoptar las medidas necesarias para proteger la identidad” de los pueblos indígenas, “lo que incluye el derecho de los pueblos indígenas (...) a su libre determinación, el derecho a ser consultados respecto a las decisiones que pudieran afectarlos, el respeto de sus tradiciones y costumbres, y el derecho a la propiedad y posesión de sus tierras ancestrales, entre otros”¹⁷⁷.

3.2.3. Consulta como garantía de protección de la cultura de los pueblos indígenas

Tanto la Corte IDH como el Comité DDHH entienden que la consulta opera como un mecanismo que permita a los pueblos indígenas proteger sus culturas frente a la intervención de terceros.

La Corte IDH entiende por cultura de los pueblos indígenas a aquella “forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, 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”¹⁷⁸. En esa línea, dicho tribunal considera que el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas es “un derecho

¹⁷⁶ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Óp. Cit., párr. 217 y 159.

¹⁷⁷ CIDH (2009). *Democracia y derechos humanos en Venezuela*. OEA/Ser.L/V/II Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1050. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Venezuela2009sp/VE09.indice.sp.htm> (Consulta: 5 de abril de 2015)

¹⁷⁸ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Óp. Cit., párr. 135; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Óp. Cit., párr. 118; *Caso del Pueblo de Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 120; y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Óp. Cit., párr. 174.

fundamental y de naturaleza colectiva (...) que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática”¹⁷⁹.

En el *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, la Corte IDH señaló que el derecho a la consulta “está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural”¹⁸⁰. Así, en el caso, la Corte IDH determinó que “la falta de consulta al Pueblo Sarayaku afectó su identidad cultural, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implica una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir, produciendo naturalmente gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos”¹⁸¹.

De acuerdo al Comité DDHH, “[l]a cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas”¹⁸². Así, en el caso *Angela Poma Poma (Perú)*, el Comité de DDHH señaló que “[e]s[t]e derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley, [para cuyo] (...) goce (...) [se] puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan”¹⁸³. Por ello, frente a una intervención del Estado que pueda afectar tales actividades, como un proyecto de “desarrollo o inversión” resulta necesario que se proceda con la consulta respectiva.

¹⁷⁹ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Óp. Cit., párr. 217

¹⁸⁰ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Óp. Cit., párr. 159.

¹⁸¹ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Óp. Cit., párr. 220

¹⁸² Comité DDHH. *Comunicación N° 1457/2006, Ángela Poma Poma Vs. Perú*. Dictamen emitido el 27 de marzo de 2009, párr. 7.2. Véase también: ONU (2012) . *Informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, con especial atención a las industrias extractivas*, Óp. Cit., párr. 16

¹⁸³ *Ibidem*

3.3. El DCPLI y el derecho al territorio de los pueblos indígenas

Recientemente, la Corte IDH, en el *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, reiteró la jurisprudencia constante en materia de territorio de los pueblos indígenas. En ese caso, la Corte IDH destacó que “debido a la conexión intrínseca que los [...] pueblos indígenas [...] tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre este es necesaria para garantizar su supervivencia”¹⁸⁴. Considerando esa especial conexión, la Corte IDH ha reconocido una serie de garantías específicas de protección de los territorios indígenas.

En el *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá*, la Corte IDH sintetizó su jurisprudencia e indicó que la posesión tradicional de los pueblos indígenas sobre sus territorios tiene efectos equivalentes a título de pleno dominio que otorga el Estado¹⁸⁵. Esa sola posesión tradicional otorga a los pueblos indígenas la potestad de exigir el reconocimiento oficial de propiedad. Esto es, su delimitación, demarcación, saneamiento, titulación y registro en propiedad de sus territorios¹⁸⁶.

Considerando que la Corte IDH entiende que los pueblos indígenas son los “propietarios originarios” de su territorio, ha establecido una serie de salvaguardas para dicha propiedad originaria del territorio, las mismas que involucran al DCPLI.

¹⁸⁴ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr. 167

¹⁸⁵ Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá*. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 284, párr. 117. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_284_esp.pdf (Consulta: 15 de abril de 2016)

La Corte IDH cita las siguientes sentencias: *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Sentencia de 15 de junio de 2005. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 124, párr. 209. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf (Consulta: 15 de abril de 2016); *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Óp. Cit., párr. 151 y 153, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Óp. Cit., párr. 109

¹⁸⁶ *Ibidem*

3.3.1. El DCPLI como salvaguarda adicional de protección ante la restricción del derecho de territorio por proyectos de “desarrollo e inversión”

La Corte IDH, en el Caso del *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, ha entendido que el DCPLI opera como una salvaguarda de protección adicional al momento que los Estados busquen restringir el derecho al territorio de los pueblos indígenas ante proyectos de “desarrollo o inversión”¹⁸⁷.

Por ello, la Corte IDH ha sostenido que las restricciones generales a la propiedad privada individual también se aplican a la propiedad originaria de los pueblos indígenas¹⁸⁸. Así, los Estados podrán “restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”¹⁸⁹. Sin embargo, en casos de territorios indígenas, la Corte IDH ha señalado que los Estados tienen, además, la obligación de consultar y obtener el CPLI de los pueblos indígenas¹⁹⁰. Ello, en tanto, existe esta especial relación entre los pueblos indígenas y sus territorios, la cual es vital para su supervivencia.

3.3.2. El DCPLI y la prohibición de autorizar proyectos de “desarrollo o inversión” en territorio indígenas no titulados

Los Estados tienen la obligación de no autorizar proyectos de “desarrollo o inversión” sin que el territorio indígena se encuentre previamente delimitado, demarcado, titulado y registrado; o cuando se cuente con un acuerdo y el CPLI del pueblo indígena sobre el asunto, también de manera previa.

¹⁸⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 134-137

¹⁸⁸ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 127; y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Óp. Cit., párr. 156

¹⁸⁹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Óp. Cit., párr. 127; y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Óp. Cit., párr. 156

¹⁹⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 134

En el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, la Corte IDH indicó que el Estado debe de “[a]bstenerse de otorgar o considerar el otorgamiento de cualquiera concesión para el aprovechamiento de recursos naturales en las tierras usadas y ocupadas por Awas Tingni, hasta que la cuestión de la tenencia de la tierra que afecta a Awas Tingni haya sido resuelta, o que se haya llegado a un acuerdo específico entre el Estado y la Comunidad sobre el asunto”¹⁹¹. Preciso que los Estados deben de “abstenerse realizar, hasta tanto no se efectúe esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, (...)”¹⁹².

Otro pronunciamiento similar es el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. En ese caso, la Corte IDH indicó que “[h]asta tanto no se lleve a cabo dicha delimitación, demarcación u otorgamiento de título colectivo respecto del territorio (...), (...) [el Estado] debe abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho (...) [el] pueblo Saramaka, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo”¹⁹³.

¹⁹¹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Óp. Cit., párr.158.2

¹⁹² Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Óp. Cit., párr. 173.4. Véase además un caso reciente en el que la Corte IDH reafirma este mandato: *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr. 172

¹⁹³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 194. A)

4. Obligación del Estado frente al DCPLI: ¿La excepción o la regla en todo proceso de consulta sobre proyectos de “desarrollo o inversión”?

En el Derecho Internacional existen dos enfoques en torno a la obligatoriedad de obtener el DCPLI de los pueblos indígenas. En el primer enfoque, el DCPLI implica una obligación excepcional y limitada de los Estados en supuestos específicos, dentro del cual se encuentran los proyectos de “desarrollo o inversión” (por ejemplo, aquellos a gran escala). Mientras que, en el segundo, el DCPLI contiene una obligación general y no excepcional del Estado ante todo proyecto de “desarrollo o inversión”. En ese último enfoque, el DCPLI es considerado como la “regla general”, y no la excepción, a todo proyecto de “desarrollo o inversión” que busque realizarse en territorio indígena. Veamos.

4.1. El DCPLI como una obligación excepcional y limitada del Estado en supuestos específicos

Bajo este enfoque, el DCPLI se presenta como un supuesto excepcional a la regla general, que sería la no obligatoriedad del Estado de obtener el CPLI de los pueblos indígenas en los procesos de consulta¹⁹⁴. Así, el CPLI aparece como un objetivo de los procesos consultivos, mas no, como un requisito indispensable sin el cual el Estado no pueda tomar una decisión. El CPLI será obligatorio solo en determinados supuestos.

Así, la CIDH entiende que existe un deber de los Estados de disponer mecanismos idóneos y eficaces a fin de consultar y obtener el CPLI de los pueblos indígenas acuerdo a las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas, antes de emprender actividades

¹⁹⁴ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2011). “El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento”. Op. Cit., pp. 123-124.

Véase también: IIDS (2011). *Principios mínimos para la aplicación de los derechos de participación, consulta previa y consentimiento, previo, libre e informado*. Lima, Noviembre 2011. Disponible en: http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Documentos/PRINCIPIOS-MINIMOS_IIDS.pdf (Consulta: 24 de junio de 2012); y SALMÓN, Elizabeth (coord.), Renata BREGAGLIO, Diego OCAMPO y Jean Franco OLIVERA (2012). *La consulta previa, libre e informada en el Perú. La inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos*. Lima: KAS e IDEHPUCP, 2012, p. 58 en adelante.

que impacten sus derechos, sobre todo sus derechos territoriales¹⁹⁵. Sin embargo, dicho CPLI será obligatorio solo en supuestos excepcionales. Al respecto, el UNSRRIP sostiene que “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”¹⁹⁶.

La CIDH, analizando el Derecho Internacional, sostiene que en el Derecho Internacional existen determinados supuestos específicos en los cuales los Estados deben de obtener el CPLI de los pueblos indígenas como requisito para que pueda tomar una decisión susceptible de afectar los derechos de los pueblos indígenas. De acuerdo a la CIDH, “el desarrollo de los estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, incluyendo aquellos fijados por el sistema interamericano, hace posible identificar una serie de circunstancias donde la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas es obligatoria”¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Véase *inter alia*: CIDH (1997). *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*. Óp. Cit., Conclusiones del Capítulo IX. Asuntos de derechos humanos de especial relevancia para los habitantes indígenas del país y Conclusiones del Capítulo VIII; (1990). *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102. Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1990, Capítulo X. Recomendación No. 4.; *Informe de fondo No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)*, Óp. Cit., párr. 140; *Informe de fondo No. 40/04, Caso 12.053. Comunidades indígenas mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, Óp. Cit., párr. 142; (2009). *Acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, Óp. Cit., Capítulo IV. Derechos de los pueblos indígenas y comunidades campesinas, párr. 248; y (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Óp. Cit., Capítulo IX., pp. 108 – 127.

¹⁹⁶ ONU (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*. Óp. Cit., párr. 47.

¹⁹⁷ CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 334

Veamos tales supuestos específicos. No haremos un análisis de las fuentes respectivas que los consagran, el cual reservamos para el apartado correspondiente a las fuentes del Derecho Internacional.

4.1.1. Traslado o reubicación de los pueblos indígenas

Este supuesto se encuentra recogido en el art. 16.2 del Convenio 169 de la OIT y el art. 10 de la DNUDPI. Ambos artículos indican expresamente lo siguiente:

Convenio N° 169 de la OIT.

Art. 16.2. “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 deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. (...)” [Resaltado nuestro]

DNUDPI.

Art. 10. “Los pueblos indígenas no serán **desplazados** por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado **sin el consentimiento libre, previo e informado** de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso”. [Resaltado nuestro]

Al respecto, la CIDH, siguiendo al UNSRRIP¹⁹⁸, ha indicado lo siguiente:

“La primera de estas situaciones, identificada por el Relator Especial de Naciones Unidas, es la de los planes o proyectos de desarrollo o inversión que impliquen el desplazamiento de los pueblos o comunidades indígenas de sus territorios tradicionales, es decir, su reubicación permanente. El requisito del consentimiento en estos casos se establece en el artículo 10 de la Declaración de Naciones Unidas: “Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios, No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento previo, libre 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”¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Véase: ONU (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya. Óp. Cit., párr. 47

¹⁹⁹ CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 334. 1

4.1.2. Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en territorio indígena

Este supuesto se encuentra recogido en el art. 29.2 de la DNUDPI. Dicho artículo indica expresamente lo siguiente:

DNUDPI

Art. 29.2. “Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.

La CIDH, siguiendo lo indicado por el UNSRRIP²⁰⁰, también recoge este supuesto e indica lo siguiente:

“Otro caso en el que, como apunta el Relator Especial, resulta exigible el consentimiento de los pueblos indígenas, es el de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas, según dispone el artículo 29 de la Declaración de Naciones Unidas”²⁰¹.

4.1.3. Actividades militares en territorios indígenas

Este supuesto se encuentra recogido en el art. 30.1 de la DNUDPI. Este artículo señala expresamente lo siguiente:

DNUDPI.

Art. 30.1. “No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.

Al respecto, la CIDH ha precisado que bajo ninguna circunstancia “debe justificarse la presencia militar en territorios indígenas solo para garantizar la viabilidad de planes y

²⁰⁰ Véase: ONU (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya. Óp. Cit., párr. 47

²⁰¹ CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 334.1

proyectos de extracción, explotación o desarrollo que no han sido consultados ni cuentan con el consentimiento de los pueblos indígenas”²⁰².

4.1.4. Adopción de medidas especiales de salvaguarda de los pueblos indígenas

Este supuesto se encuentra consagrado en el art. 4.1 y 2 del Convenio 169 de la OIT²⁰³, el cual señala expresamente lo siguiente:

Convenio N° 169 de la OIT

Art. 4.- “1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados. (...)”

4.1.5. Planes de “desarrollo o de inversión” (a gran escala) que afecten de manera significativa el territorio de los pueblos indígenas

Tanto la CIDH como la Corte IDH, recogiendo lo establecido en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, han indicado que el consentimiento de los pueblos indígenas es indispensable ante planes de “desarrollo o inversión” que afecten de manera significativa el territorio de los pueblos indígenas.

La Corte IDH se ha referido tanto al supuesto de proyectos de “gran escala” que tengan un impacto significativo en el territorio de los pueblos indígenas²⁰⁴, como aquellos

²⁰² CIDH (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, Óp. Cit., párr. 193

²⁰³ Este supuesto de CPLI es sustentado por Raquel Z. Yrigoyen Fajardo. Véase *inter alia*: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2011). “El derecho a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento”. Óp. Cit., pp. 103 – 146.

²⁰⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 134. La Corte IDH indica lo siguiente: “134. Asimismo, la Corte considera que, cuando se **trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto** dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre “consulta” y “consentimiento” en este contexto requiere de mayor análisis”. [Resaltado nuestro]

que no siendo de “gran escala”, afectan tales territorios²⁰⁵. En ambos casos, la Corte IDH ha indicado que el consentimiento de los pueblos indígenas es requisito indispensable para que tales proyectos puedan ser aprobados en tanto tienen un impacto significativo en los pueblos indígenas. Por su parte, la CIDH, recogiendo el mismo caso, ha señalado la siguiente:

“El consentimiento de los pueblos indígenas también se requiere, según la Corte Interamericana en el caso *Saramaka*, en los casos en que la ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos naturales privaría a los pueblos indígenas de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia²⁰⁶.”

Esta decisión de la Corte IDH también ha sido recogida por la CADHP en el Caso *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya*, refiriéndose a la obligación de obtener el CPLI ante todo tipo de proyecto de “desarrollo o inversión” que tengan un impacto significativo en los pueblos indígenas²⁰⁷. Expresamente, dicha Comisión ha indicado lo siguiente:

“291. Additionally, the African Commission is of the view that any development or investment projects that would have a major impact within the Endorois territory, the State has a duty not only to consult with the community, **but also to obtain their free, prior, and informed consent, according to their customs and traditions**”. [Resaltado nuestro]

²⁰⁵ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 214. La Corte IDH indica lo siguiente: “214 (...) 8. El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, **respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio**, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaran a cabo, en los términos de los párrafos 129 a 140, 143, 155, 158 y 194(d) de esta Sentencia.” [Resaltado nuestro]

²⁰⁶ CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 334. 2

²⁰⁷ CADHP. Communication 276 / 2003 – *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya*, 27th Activity Report of the ACHPR. 46th Ordinary Session of the African Commission on Human and Peoples’ Rights held from 11 – 25 November 2009, párrs. 2, 132 – 135, 226, 274, 280, 290, 291, 293, 296 y 297.

Véase también: SHELTON, Dinah (2011). “Self-determination in Regional Human Rights Law: From Kosovo to Cameroon”. Óp. Cit., p. 35.

4.1.6. Medidas que comprometen significativamente las actividades económicas de valor cultural

Este supuesto ha sido desarrollado por el Comité DDHH en el *Caso Ángela Poma Poma (Perú)*. En dicho caso, el Comité indicó lo siguiente:

“7.6. El Comité considera que la permisibilidad de las medidas que comprometen **significativamente las actividades económicas de valor cultural** de una minoría o comunidad indígena o interfieren en ellas, guarda relación con el hecho de que los miembros de esa comunidad hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a esas medidas y de que sigan beneficiándose de su economía tradicional. **El Comité considera que la participación en el proceso de decisión debe ser efectiva, por lo que no es suficiente la mera consulta sino que se requiere el consentimiento libre, previo e informado de los miembros de la comunidad.** Además, las medidas deben respetar el principio de proporcionalidad, de manera que no pongan en peligro la propia subsistencia de la comunidad y de sus miembros.”²⁰⁸ [Resaltado nuestro]

4.1.7. ¿Todos estos supuestos son aplicables a los proyectos de “desarrollo o inversión”?

La respuesta es Sí. Analizando con detalle los supuestos específicos de este enfoque, en los cuales el CPLI es requisito obligatorio de manera excepcional, podemos observar que todos ellos resultan aplicables a los contextos de los proyectos de “desarrollo o inversión” de diversa índole. Veamos.

Traslado poblacional. La experiencia americana demuestra que los proyectos de “desarrollo o inversión” pueden conllevar el traslado poblacional de los pueblos indígenas fuera de sus territorios, o de una parte del mismo. Tengamos en cuenta que, por lo general, estos proyectos requieren grandes extensiones de tierra para poder construir la infraestructura necesaria y tener diversos tipos de maquinarias para ser ejecutados. Sea el tipo de proyecto que sea, necesitará ubicarse en el territorio del pueblo indígena. Situación que ha llevado al traslado forzado de los pueblos indígenas, sea por una

²⁰⁸ Comité DDHH. *Comunicación N° 1457/2006, Ángela Poma Poma Vs. Perú*. Óp. Cit., párr. 7.6

cuestión de facto o por el uso de mecanismos legales para lograrlo (imposición de servidumbres o compra masiva de tierras, etc.).

Casos bajo este supuesto pueden ser observados en Colombia. En ese país, la CIDH ha visibilizado cómo diversos proyectos de “desarrollo o inversión” han llevado al traslado poblacional forzado de los pueblos indígenas creando una situación de riesgo a la existencia de tales pueblos²⁰⁹. También, en Perú, encontramos el proyecto de la Hidroeléctrica Inambari que implicaría el desplazamiento de la población ubicada en el área del embalse y de las obras del proyecto²¹⁰, afectando a las comunidades asháninkas que forman parte de la Central Asháninka del Río Ene (CARE).

Almacenamiento de materiales peligrosos. Estos proyectos, también, han implicado el almacenamiento de este tipo de materiales en territorios indígenas. Por ejemplo, en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, el Estado permitió que se enterrara pentolita en el territorio del pueblo indígena con miras a ubicar los yacimientos de petróleo²¹¹. Este método de ubicación del petróleo, mediante el uso de explosivos, es usado en diversos Estados que autorizan proyectos petroleros. En el caso peruano, por ejemplo, tenemos el caso de las sísmicas que se realizan en el marco del proyecto petrolero del Lote 76, el cual se superpone al territorio del pueblo Harakmbut²¹².

Actividades militares. Asimismo, estos proyectos han llevado a que los Estados se valgan de las fuerzas armadas para “asegurar” que los mismos se ejecuten, lo que ha

²⁰⁹ Véase: CIDH (2013). *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/13, 31 de diciembre de 2013. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf> (Consulta: 4 de abril de 2016)

²¹⁰ DAR, SER y CARE (2011). *Cartilla informativa. El Acuerdo Energético. Perú – Brasil. Los casos Inambari y Pakitzapango*, p. 12. Disponible en: <http://www.vigilamazonia.com/uploads/files/6e661f8ff472873834ac0fc8af578c27.pdf> (Consulta: 5 de mayo de 2015).

²¹¹ Véase: Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Óp. Cit.

²¹² Véase *inter alia*: SERVINDI (2009). “Perú: El lote 76, Hunt Oil y la R.C. Amaraikare: Una historia de corrupción y violación de derechos”. 29 de octubre de 2009. Disponible en: <http://www.servindi.org/actualidad/18359> (Consulta: 5 de mayo de 2015)

conllevado la “militarización” de los territorios indígenas. En algunos casos, las fuerzas del orden operan permanentemente mediante convenios con las empresas ejecutoras de los proyectos de “desarrollo” como ocurre, por ejemplo, en el caso del Megaproyecto Minero Conga en Cajamarca-Perú²¹³. En otros casos, las fuerzas armadas entran a los territorios indígenas por una cuestión de facto por determinados periodos de tiempo para proteger las actividades de las empresas ejecutoras de las acciones de resistencia de los pueblos indígenas.

Medidas especiales de salvaguarda. En el caso de este tipo de medidas, la imposición de los proyectos de “desarrollo o inversión” parte de que los Estados asumen qué es “lo mejor” para el “desarrollo” de los pueblos indígena, y consideran que esos proyectos les traerán “desarrollo”. Sin embargo, en ese marco, los Estados dan amplia libertad a las empresas ejecutoras determinar qué beneficios podrían entregar a los pueblos indígenas en el marco de sus políticas de responsabilidad social empresarial. En muchos casos, las empresas pasan a reemplazar a los Estados al brindar servicios de educación, salud y trabajo, por ejemplo. Por ello, dado que los proyectos de “desarrollo o inversión” deben de enfocarse en el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos indígenas, corresponde que los pueblos consientan y evalúen si efectivamente dicho proyecto mejorará sus condiciones; o, en todo caso, establezcan las condiciones para que así sea, si así lo desean.

Actividades económicas de valor cultural. Y, finalmente, los proyectos de “desarrollo o inversión” comprometen significativamente las actividades económicas de valor cultural. Por ejemplo, en el caso de *Angela Poma Poma (Perú)*, un proyecto de

²¹³ Véase *inter alia*: GESTIÓN (2015). “Gobierno prohibirá a policías y militares brindar servicios de seguridad privada”. 17 de marzo de 2015. Disponible en: <http://gestion.pe/politica/gobierno-prohibira-policias-y-militares-brindar-servicios-seguridad-privada-2126422> (Consulta: 5 de mayo de 2015)

irrigación que modificó el cauce de un río cuyas aguas servían para el riego de las cosechas de una comunidad aymara²¹⁴.

4.2. El DCPLI como una obligación general y no excepcional del Estado ante todo proyecto de “desarrollo o inversión”

Considerando el actual desarrollo del Derecho Internacional, la obligatoriedad del DCLPI no se limita a tales supuestos específicos excepcionales, sino que, en el caso de proyectos de “desarrollo o inversión”, el DCLPI es considerado como la regla y no la excepción para que los Estados puedan autorizarlos.

Prueba de este nuevo desarrollo del Derecho Internacional es que el UNSRRIP en el 2013 indicó expresamente que la “regla general” es que los proyectos de “desarrollo o inversión” dentro de los territorios indígenas cuenten con el CPLI de los pueblos indígenas²¹⁵. En esa línea, la CIDH también ha indicado reiteradamente que “toda decisión que pueda afectar, modificar, reducir o extinguir los derechos de propiedad indígena” debe de contar con el CPLI de los pueblos indígenas²¹⁶. Ello dado que estos proyectos impactarán en los pueblos indígenas sea en mayor o menor medida.

También, el EMRIP señala que “el principio del consentimiento libre, previo e informado ha de interpretarse en el contexto del derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, ya que constituye un componente integral de ese derecho”²¹⁷. De este

²¹⁴ Véase *inter alia*: Comité DDHH. *Comunicación N° 1457/2006, Angela Poma Poma Vs. Perú*. Óp. Cit.

²¹⁵ ONU (2013). *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*, Óp. Cit., párr. 27 – 30

El UNSRRIP se refiere a “industrias extractivas” que se encuentran cubiertas bajo la categoría de proyectos de “desarrollo o inversión”. Al respecto, véase el apartado de categorías operativas de la presente investigación.

²¹⁶ CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 281; *Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)*, Óp. Cit., párr. 140; e *Informe No. 40/04, Caso 12.053. Comunidades indígenas mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, Óp. Cit., párr. 142

²¹⁷ ONU (2011). *Informe definitivo del Estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones. Informe del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Asamblea General. Óp. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párr. 21

modo, en términos generales, el Comité CERD, mediante su Recomendación General N° 23 (1997), basándose en el derecho a la libre determinación, estableció que “no se adopte decisión alguna directamente relacionada con (...) [los] derechos e intereses [de los pueblos indígenas] sin (...) [el] consentimiento informado [de los pueblos indígenas]”²¹⁸.

En otras palabras, los pueblos indígenas tienen el derecho de otorgar o no otorgar su consentimiento ante proyectos de “desarrollo o inversión” como manifestación de su autonomía y libre determinación para controlar su propio modelo de desarrollo. Dicho derecho obliga al Estado a respetarlo y a no tomar decisión alguna que no cuente con el CPLI de los pueblos indígenas, sobre todo ante proyectos de “desarrollo o inversión”.

Todo lo anterior nos lleva a reinterpretar lo señalado por la Corte IDH en el Caso del *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, en el sentido que el CPLI de los pueblos indígenas ante proyectos de “desarrollo o inversión” ya no sería la excepción, sino la regla. Para el Derecho Internacional ya no se puede hablar de un proceso de consulta ante proyectos de “desarrollo o inversión” en el cual el CPLI de los pueblos indígenas sea simplemente una finalidad o un requisito excepcional. Los Estados ya no pueden tomar decisiones sin el CPLI o acuerdos válidos de los pueblos.

En ese marco, existen supuestos específicos, como los ya desarrollados, en los que el Derecho Internacional ya ha identificado que como mínimo que se debe de obtener el CPLI de los pueblos indígenas, y en los cuales no existe controversia que los Estados deben de obtenerlo para poder tomar un decisión.

De esta forma, obtener el CPLI sería la regla y no la excepción en casos de proyectos de “desarrollo o inversión” en territorios indígenas. Afirmar lo contrario, sería vulnerar o

²¹⁸ Comité CERD (1997). *Recomendación General N° 23 relativa a los derechos de los pueblos indígenas*, 18 de agosto de 1997, párr. 4.d.

amenazar el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y su integridad física y cultural. Estos últimos fundamentos del DCPLI.

5. Fuentes del Derecho Internacional que reconocen el DCPLI de los pueblos indígenas frente a proyectos de “desarrollo o inversión”

Diversas fuentes del Derecho Internacional reconocen el DCPLI, otorgándole diversos alcances y pronunciándose sobre diversos supuestos. En materia de Derechos Humanos, tales fuentes se relacionan entre sí debiéndose regir e interpretar bajo el principio *pro homine* y considerando la evolución del desarrollo experimentado en la materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De este modo, entendiendo todas las fuentes en su conjunto llegamos al *corpus iuris* que define las obligaciones internacionales de los Estados en torno a los derechos de los pueblos indígenas²¹⁹, y en específico, al DCPLI.

Considerando que, en casos de proyectos de “desarrollo o inversión”, el DCPLI se encuentra sumamente ligado al derecho a la consulta y participación de los pueblos

²¹⁹ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr. 168. En ese caso, la Corte IDH se refirió a un *corpus iuris* de protección de los derechos de propiedad indígena. En la nota de pie de página 206, la Corte IDH se refirió a “otros instrumentos y decisiones internacionales”, tales como el Convenio N° 169 de la OIT, la DUNDPI, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, leyes internas, decisiones internacionales y otros instrumentos. Al referirse a decisiones internacionales, la Corte IDH citó *inter alia* a lo decidido por el UNPFII, el Comité de DDHH, el Comité CERD, la UNSRRIP, la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la CIDH, y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas.

También, véase: Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Triunfo de La Cruz y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr.103; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentado. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos*. Serie A No. 18, párr. 120. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Óp. Cit., párr. 127 y 128, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Óp. Cit., párr. 164 y *Caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs Panamá*, Óp. Cit., párr. 118 y 142; y CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 6

En la Opinión Consultiva OC-16/99 sobre El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, la Corte IDH indicó que: “El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Véase en: Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos*. Serie A No. 16, párr. 117 y 119. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf (Consulta: 5 de mayo de 2015)

indígenas, también haré referencia a las respectivas fuentes que reconocen tales derechos, en tanto correspondan. La relación entre los derechos de participación, consulta y consentimiento de los pueblos indígenas se visibiliza en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. En ese caso, la Corte IDH señaló que los pueblos indígenas deben de tener una “participación efectiva” de acuerdo a “sus costumbres y tradiciones”, en relación a todo “plan de desarrollo o inversión” que se lleve a cabo dentro de su territorio²²⁰. Al garantizar dicha participación efectiva, la Corte IDH precisó que el Estado “tiene el deber de consultar activamente” con dicho pueblo²²¹. Respecto del DCPLI, la Corte IDH indicó que existe el derecho de los pueblos indígenas a “otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado [al Estado], respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio”²²². Ello como medida de salvaguarda para “respetar la especial relación que los (...) pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica”²²³.

5.1. Derecho Internacional

Las fuentes del Derecho Internacional son las que han desarrollado con mayor profundidad y detalle los derechos de los pueblos indígenas. Esta fuentes constituyen referente imprescindible para la defensa y protección de sus derechos en todas las regiones. De hecho, es gracias a los avances del Derecho Internacional que los pueblos indígenas han encontrado soporte jurídico para sus demandas y reivindicaciones históricas ante los Estados en los cuales viven.

²²⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Óp. Cit., párr. 129

²²¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Óp. Cit., párr. 133

²²² Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 194. d y párr. 214. 8

²²³ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Óp. Cit., párrs. 148-149, y 151; 148-149, y 151; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, Óp. Cit., párrs. 118-121, y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Óp. Cit., párrs. 124, 131, 135 y 154

De acuerdo al art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), las fuentes del Derecho Internacional son los tratados internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del derecho, la jurisprudencia internacional y la doctrina²²⁴. Como indica Carrillo Salcedo, el mencionado artículo recoge las fuentes incuestionables del Derecho Internacional pero bajo ninguna forma se limita solo a las fuentes señaladas en dicho artículo²²⁵.

Por el contrario, existen otras fuentes del Derecho Internacional como los actos de las organizaciones internacionales, los actos unilaterales de los Estados y los actos de las Organizaciones Internacionales, entre otras que resultan relevantes. Para esta investigación, nos limitaremos a las fuentes expresamente señaladas en el art. 38 del Estatuto de la CIJ. Con ello, no negamos el valor y relevancia que las otras fuentes del Derecho Internacional tengan para la defensa y protección de los pueblos indígenas.

5.1.1. El DCPLI en los tratados internacionales

El art. 38 .1 del Estatuto de la CIJ reconoce como fuente del Derecho Internacional a las “convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes”. Este artículo hace referencia expresa a Estados litigantes, en tanto, la CIJ se pronunciará sobre controversias entre

²²⁴ Estatuto de la CIJ. Art. 38: “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo conviniere.”

²²⁵ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (1992). *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*. Madrid: Tecnos, p. 86; y SALMÓN, Elizabeth. *Curso Derecho Internacional Público*. Textos Universitarios PUCP. Derecho. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, p. 176

Estados. La categoría “convenciones internacionales” es sinónimo de “tratados internacionales”.

El art. 2.1.a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entiende por “tratado” al “acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera sea su denominación particular”²²⁶. Si bien la Convención de Viena solo regule los tratados celebrados entre Estados, el art. 3 del mismo instrumento internacional señala que ello no afectará el “valor jurídico” de los “acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional o entre esos otros sujetos de derecho internacional, ni a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito”²²⁷. En esa línea, Pastor Ridruejo afirma que la Convención de Viena no cubre todo el Derecho Internacional de Tratados²²⁸. Por ejemplo, no regula los acuerdos o tratados entre Estados y pueblos indígenas celebrados en siglos pasados ni hace referencia sobre la validez o vigencia de esos tratados.

Para efectos de esta investigación, clasificaremos el reconocimiento convencional del DCPLI de los pueblos indígenas en tres tipos de tratados: (i) los tratados internacionales que reconocen expresamente los derechos de los pueblos indígenas, (ii) los tratados internacionales que interpretados y aplicados por los organismos internacionales competentes han reconocido y desarrollado derechos de los pueblos indígenas, y (iii) los tratados celebrados entre Estados y pueblos indígenas.

5.1.1.1. *El DCPLI en tratados internacionales que reconocen expresamente los derechos de los pueblos indígenas*

²²⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Art. 2.1.a). Términos empleados.

²²⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Art. 3. Acuerdos internacionales no comprendidos en el ámbito de la presente Convención

²²⁸ PASTOR RIDRUEJO, José. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Duodécima edición. Madrid: Tecnos, 2008, p. 86

Los derechos de los pueblos indígenas se encuentran reconocidos expresamente en el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, tratado que reemplazó al Convenio N° 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales de 1957. Este último aún vigente en algunos Estados.

Ambos convenios son tratados multilaterales de derechos humanos de aplicación directa en los Estados que los han ratificado. En el caso del Convenio N° 169, los organismos internacionales²²⁹ y los Estados que lo han ratificado²³⁰ entienden que es de aplicación directa. Y, en el caso del Convenio N° 107 de la OIT, también se entiende que es aplicación directa para los Estados que lo han ratificado²³¹. Ello en consonancia con el principio *pacta sunt servanda* establecido en el art. 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados²³².

Actualmente, el Convenio N° 107 de la OIT sigue vigente para 17 Estados que aún no han ratificado el Convenio N° 169 de la OIT²³³, mientras que, el Convenio N° 169 de la OIT se encuentra vigente en 22 Estados que lo han ratificado²³⁴. Estos tratados son los únicos que reconocen expresamente una amplia gama de derechos a los pueblos indígenas, aunque bajo distintos enfoques. También, ambos tratados responden a una preocupación e interés particular de la OIT sobre la situación de los pueblos indígenas

²²⁹ Véase *inter alia*: CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 12 y Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Óp. Cit.

²³⁰ Véase *inter alia*: Jurisprudencia de los tribunales constitucionales de Colombia, Guatemala, y Perú, por ejemplo.

²³¹ Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá*, Óp. Cit., párr. 116

²³² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Art. 26

²³³ Angola, Bangladesh, Belgium, Cuba, Dominican Republic, Egypt, El Salvador, Ghana, Guinea-Bissau, Haití, India, Iraq, Malawi, Pakistan, Panamá, Syrian Arab Republic, Tunisia. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312252:NO

²³⁴ Argentina, Estado Plurinacional de Bolivia, Brasil, República Centro Africana, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, Fiji, Guatemala, Países Bajos, México, Nepal, Holanda, Nicaragua, Noruega, Paraguay, Perú, España, República Bolivariana de Venezuela. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314:NO

que data desde 1920 aproximadamente, pero en distintos momentos históricos²³⁵. Recordemos que el interés de la OIT por los pueblos indígenas se originó en el intento de superar las condiciones de discriminación laboral en la que dichos pueblos vivían y viven al día de hoy²³⁶.

Por un lado, el Convenio N° 107 de la OIT entiende los derechos de los pueblos indígenas dentro de un modelo integrador en el marco de un proceso de “modernización” de los pueblos indígenas²³⁷. Por otro lado, el Convenio N° 169 de la OIT se enmarca en un modelo que respeta las aspiraciones de los pueblos indígenas²³⁸, deseos²³⁹ y prioridades de desarrollo²⁴⁰. En términos generales, la OIT distingue ambos convenios en los siguientes tres aspectos:

Cuadro 1. Diferencias entre el Convenio N° 107 de la OIT y el Convenio N° 169 de la OIT²⁴¹

	Convenio N° 107 de la OIT	Convenio N° 169 de la OIT
Postura política e ideológica	Los pueblos indígenas y tribales eran sociedades temporarias destinadas a desaparecer con la “modernización”	Los pueblos indígenas constituyen sociedades permanentes.
Sujetos reconocidos	Poblaciones indígenas y tribales	Pueblos indígenas y tribales
Modelo de relacionamiento	Fomenta la integración.	Reconoce y respeta la

²³⁵ OIT (2013). *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)*. Programa para promover el Convenio núm. 169 (PRO 169). Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Ginebra: OIT, p. xi

²³⁶ *Ibidem*

²³⁷ OIT (2013). *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)*. Op. Cit., p. 4

²³⁸ Convenio N° 169 de la OIT. Quinto párrafo del preámbulo “Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;”

²³⁹ Convenio N° 169 de la OIT. Art. 4.” 1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. 2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados (...).”

²⁴⁰ Convenio N° 169 de la OIT. Art. 7 “1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. (...)”

²⁴¹ Elaboración propia en base a información de: Convenios núm. 107 y 169: diferencias principales. Disponible en: <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang-es/index.htm> (Consulta: 24 de julio de 2015)

entre el Estado y los pueblos indígenas y tribales		diversidad étnica y cultural, así como las aspiraciones, deseos y prioridades de desarrollo de los pueblos indígenas.
--	--	---

Elaboración propia

Tanto el Convenio N° 107 como el Convenio N° 169 de la OIT reconocen el derecho al CPLI de los pueblos indígenas y la relevancia del mismo para la toma de decisiones del Estado. No obstante, dicho reconocimiento se hace bajo distintos enfoques y en diversos supuestos.

a. El CPLI de los pueblos indígenas en el Convenio N° 107 de la OIT (1957)

El Convenio N° 107 de la OIT significó la primera vez que un tratado internacional regulaba las relaciones entre los Estados y los pueblos indígenas que viven en sus fronteras, bajo un enfoque integracionista imperante en el discurso de “desarrollo” de ese momento²⁴². Para 1989, este tratado había sido ratificado por 27 Estados. Mismo año que la OIT cerró la posibilidad ratificarlo y lo reemplazó por el Convenio N° 169 de la OIT (1989). El Consejo de Administración de la OIT convocó a una Comisión de Expertos en 1986, la cual concluyó que el “enfoque integracionista del Convenio estaba obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno”²⁴³. Ello dio lugar a que el Convenio N° 107 de la OIT sea revisado entre los años 1988 y 1989.

Si bien el Convenio N° 107 está vigente en algunos Estados, si analizamos las observaciones del CEACR sobre el cumplimiento de dicho Convenio en aquellos Estados, vemos que las mismas se centran en aquellas obligaciones compatibles con el Convenio N° 169 de la OIT, dejando de lado el proyecto “integrador”. Entre esas obligaciones tenemos el deber de colaborar y garantizar la participación de los pueblos (Arts. 2 y 5 del

²⁴² Con información de: Convenios núm. 107 y 169: diferencias principales. Disponible en: <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang--es/index.htm> (Revisado el 24 de julio de 2015 a las 15:00 horas)

²⁴³ OIT (2013). *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)*. Óp. Cit., p. 4

Convenio 107 de la OIT). En el caso de Bangladesh, por ejemplo, la CEACR solicitó al Estado en el 2014 que, al adoptar y aplicar la política nacional de los pueblos indígenas, “garantice la adecuada colaboración y participación de las comunidades indígenas y sus representantes interesados en el diseño y la aplicación de las medidas que los afectan”²⁴⁴.

Incluso, la CEACR fomenta que los Estados ratifiquen el Convenio N° 169 de la OIT. Así lo ha hecho, por ejemplo, en el caso de El Salvador en el 2015, cuyo Ministerio de Trabajo y Previsión Social ya contaba con un informe favorable a la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT²⁴⁵. O, en el caso de Bangladesh, que viene recibiendo asistencia técnica de la OIT con el objetivo de que ratifique el Convenio N° 169 de la OIT²⁴⁶.

El Convenio N° 107 de la OIT se refiere explícitamente al CPLI en sus arts. 4 y 12. El primero referido a la protección de los valores e instituciones de los pueblos indígenas; y, el segundo, referido a la protección de tales pueblos frente a traslados poblacionales.

- Consentimiento para reemplazar valores e instituciones (Art. 4 del Convenio N° 107 de la OIT)

El art. 4 indica que las medidas de integración que disponga el Estado deben tener en consideración el peligro en el que se pueda poner a los valores e instituciones de las poblaciones indígenas. Ese mandato de protección no aplicaría en el caso que tales valores e instituciones de las poblaciones indígenas puedan ser reemplazados adecuadamente y se cuente con el consentimiento de tales poblaciones para ello. No existen observaciones de la CEACR que nos permitan analizar cómo se ha venido aplicando esta disposición.

²⁴⁴ OIT (2014). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)* Óp. Cit., p. 601

²⁴⁵ OIT (2015). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)* Óp. Cit., p. 543

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 602

Convenio N° 107 de la OIT.

Art. 4. “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio relativas a la integración de las poblaciones en cuestión se deberá:

(a) tomar debidamente en consideración los valores culturales y religiosos y las formas de control social propias de dichas poblaciones, así como la naturaleza de los problemas que se les plantean, tanto colectiva como individualmente, cuando se hallan expuestas a cambios de orden social y económico;

(b) tener presente el peligro que puede resultar del quebrantamiento de los valores y de las instituciones de dichas poblaciones, a menos que puedan ser reemplazados adecuadamente y con el consentimiento de los grupos interesados; (...)”

- Consentimiento ante traslados poblaciones (Art. 12 del Convenio N° 107 de la OIT)

El art. 12 del Convenio 107 de la OIT establece que los traslados de las poblaciones indígenas no deberán realizarse; y, establece dos excepciones a dicha regla. La primera es que solo podrá realizarse dicho traslado si se cuenta con el libre consentimiento de las poblaciones indígenas. La segunda es que los traslados poblacionales indígenas estén establecidos en la legislación interna a razón de la seguridad nacional, el desarrollo económico del país o la salud de dichas poblaciones. No existen observaciones de la CEACR que nos permitan identificar cómo se ha venido aplicando esta disposición.

Convenio N° 107 de la OIT.

Art. 12. “1. No deberá trasladarse a las poblaciones en cuestión de sus territorios habituales sin su libre consentimiento, salvo por razones previstas por la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país o a la salud de dichas poblaciones. (...)”

b. El CPLI de los pueblos indígenas en el Convenio N° 169 de la OIT (1989)

El Convenio N° 169 de la OIT descarta el enfoque integracionista del Convenio N° 107 de la OIT; y, establece como uno de sus pilares los derechos de participación y consulta de los pueblos indígenas frente a medidas estatales susceptibles de afectarles. Estos derechos han sido dotados de contenido por los constantes informes y recomendaciones que la OIT ha dado para casos y situaciones concretas en los Estados Parte de dicho tratado.

En ese tratado, el consentimiento de los pueblos indígenas es mencionado expresamente en los arts. 6 y 16. En el caso del art. 4 del Convenio N° 169 de la OIT, si bien no recoge expresamente el término consentimiento, su redacción da entender que los deseos de tales pueblos indígenas equivaldrían al mismo, en tanto manifestación de voluntad fundada en tales deseos. Analicemos los artículos 4, 6 y 16 del Convenio N° 169 de la OIT.

- Consentimiento ante medidas especiales de salvaguarda de los pueblos indígenas

El art. 4 indica que cuando el Estado tenga que adoptar medidas especiales de salvaguarda a favor de los pueblos indígenas, la adopción de las mismas no deberá ser contraria al consentimiento expreso de tales pueblos²⁴⁷. Esto significa que tales medidas que no deben ir en contra de los deseos expresados por los pueblos indígenas en ejercicio de su libre determinación²⁴⁸.

Un ejemplo que recoge Yrigoyen sobre la relevancia del consentimiento en el caso de medidas de protección está relacionado con las Escuelas Residenciales para Indígenas en el Canadá. Ella indica que históricamente los Estados han adoptado medidas para, supuestamente, favorecer “el progreso cultural” de los pueblos y se han traducido en hechos de asimilación forzosa e incluso genocidio²⁴⁹. Así por ejemplo, está el caso de niños y niñas indígenas trasladados de sus comunidades a escuelas lejos de sus pueblos o familias indígenas, para “integrarlos a la civilización”²⁵⁰. Como indica la CIDH, el legado del sistema de escuelas residenciales continúa teniendo serias consecuencias para generaciones de pueblos indígenas que lo sobrevivieron, en relación con el desarraigo

²⁴⁷ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2011). “El derecho a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento”, Óp. Cit., pp. 103 – 146.

²⁴⁸ *Ibíd*em

²⁴⁹ *Ibíd*em

²⁵⁰ *Ibíd*em

social, la desintegración de familias y comunidades, y el trauma de las y los ex estudiantes²⁵¹.

Convenio N° 169 de la OIT

Art. 4. “1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados. (...)”.

- Consentimiento como finalidad de los procesos de consulta

El art. 6 establece la obligación general de consultar a los pueblos indígenas frente a toda medida legislativa o administrativa susceptible de afectarles directamente²⁵², la obligación de garantizar la participación de los pueblos indígenas en todas las instancias con poder de decisión en las políticas o programas que le conciernen, y la obligación de establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de los pueblos indígenas ya sea otorgándoles los recursos necesarios para ello. El art. 6 también establece, en su segundo inciso, que las consultas a los pueblos indígenas deben hacerse “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

Respecto del derecho a la consulta, y solo considerando a la OIT, esta organización entiende que el acuerdo o el consentimiento con los pueblos indígenas no serían un objetivo obligatorio a lograr sino una finalidad que debe guiar el actuar del Estado en todo proceso consultivo²⁵³. En esa línea, la CEACR indicó, a partir de una revisión de los trabajos preparatorios del Convenio N° 169 de la OIT, que “(...) la declaración realizada

²⁵¹ CIDH (2014). *Informe Mujeres indígenas desaparecidas, asesinadas en Columbia Británica, Canadá*. OEA/Ser.L/V/II, 21 de diciembre de 2014, párr. 75 Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mujeres-indigenas-BC-Canada-es.pdf> (Consulta: 5 de mayo de 2015)

²⁵² En el Convenio N° 169 de la OIT, también encontramos la obligación de consultar a los pueblos indígenas en los artículos 7, 15, 17, 27y 28.

²⁵³ OIT (2011). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)*. Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe III (Parte 1 A). Informe General y observaciones referidas a ciertos países. Conferencia Internacional del Trabajo, 100° Reunión, 2011, p. 865.

por un representante de la Oficina durante la segunda discusión respecto a que al elaborar el texto del párrafo 2 la Oficina «no quiso sugerir que las consultas referidas deberían resultar en la obtención de una acuerdo o el consentimiento de lo que se consulta, sino que quiso expresar un objetivo para las consultas»²⁵⁴. Este análisis no considera el desarrollo actual del Derecho Internacional en la materia, el cual no limita al consentimiento como un objetivo de las consultas, sino como un requisito indispensable en el caso de proyectos de “desarrollo o inversión”.

Convenio N° 169 de la OIT

Art. 6. “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

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

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

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

- Consentimiento ante traslados poblacionales de los pueblos indígenas

El art. 16 establece, como regla general, que los pueblos indígenas no serán trasladados ni reubicados; y, establece dos excepciones a esa regla. La primera es que se cuente con el consentimiento de los pueblos indígena dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Y, solo cuando ese consentimiento no pueda ser obtenido, deberán realizarse procedimientos adecuados establecidos mediante legislación interna y en los cuales los pueblos indígenas estén debidamente representados. No obstante la práctica de la CEACR de la OIT nunca ha vuelto a pronunciarse sobre esta segunda

²⁵⁴ OIT (2011). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)*, Óp. Cit., p. 862.

excepción. Como indica Raquel Yrigoyen, ésta excepción ha decaído en una inaplicación práctica²⁵⁵.

Convenio N° 169 de la OIT

Art. 16. “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 deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. (...)”

Esta última afirmación se ve reflejada en la última Observación General de la CEACR de 2010 publicada en el 2011. En ella, el CEACR reconoce que el art. 16 “expresa a una formulación muy precisa del consentimiento”²⁵⁶. Y, sin referirse a la segunda excepción del art. 16.2 del Convenio N° 169 de la OIT, la CEACR indica que se requiere “el «consentimiento», dado libremente y con pleno conocimiento de causa de los pueblos indígenas cuando la reubicación de las tierras que ocupan se considere necesaria como una medida excepcional”²⁵⁷. De este modo, la CEACR concluye que “[s]e debe contar con el consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa, de los pueblos indígenas y tribales, cuando, excepcionalmente se considere necesario el traslado de esos pueblos de las tierras que ocupan y su reubicación (artículo 16, 2)).”²⁵⁸

En esa línea, los Estados que han recurrido al art. 16 del Convenio N° 169 de la OIT consideran que el traslado poblacional de un pueblo indígena, como medida excepcional, solo será posible previo consentimiento de ese pueblo. Por ejemplo, en el 2014, Costa Rica, al pronunciarse sobre el proyecto hidroeléctrico El Diquis que afecta los pueblos

²⁵⁵ YRIGROYEN FAJARDO, Raquel Z. (2011). *“El derecho a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento*, Óp. Cit., pp. 103 – 146.

²⁵⁶ OIT (2011). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)*, Óp. Cit., p. 862

²⁵⁷ *Ibíd.*, p 863

²⁵⁸ *Ibíd.*, p 864

indígenas Teribe y Cabécar, indicó que respetará el art. 16 del Convenio N° 169 de la OIT que establece la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas antes de proceder con su traslado²⁵⁹.

Asimismo, en el 2015, la CEACR al analizar el cumplimiento del art. 16.4 del Convenio N° 169 de la OIT en el caso el Paraguay, tomó nota con interés la resolución N° 023/013, de fecha 14 de enero de 2013, por la cual se reconoce el daño sufrido por el pueblo mbaya guaraní de los departamentos de Itapúa, Caazapá y Misiones por la construcción de la hidroeléctrica Yaciretá y recomendó que se haga lugar a la solicitud de reparación e indemnización que plantea la comunidad indígena al Estado paraguayo. Así también, existe la resolución N° 120/013, de fecha 5 de febrero de 2013, donde Paraguay reconoce la deuda histórica del Estado paraguayo con las comunidades indígenas ava guaraní paranaenses, afectadas por la construcción de la hidroeléctrica de Itaipú y la procedencia de los reclamos por daños y perjuicios²⁶⁰. En esta última resolución, Paraguay reconoció que no debió trasladar a las comunidades guaraní sin su consentimiento para construir la hidroeléctrica de Itaipú, lo que ha provocado “daños irreparables a las comunidades indígenas Avá Guaraní Paranenses”²⁶¹.

5.1.1.2. El DCPLI en tratados internacionales que interpretados y aplicados por los organismos internacionales han reconocido derechos de los pueblos indígenas

Existen tratados internacionales que si bien no se refieren expresamente a derechos de los pueblos indígenas, los organismos internacionales competentes que vigilan y

²⁵⁹ OIT (2014). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)*, Óp. Cit., p. 607 y 608

²⁶⁰ OIT (2015). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)*, Óp. Cit., p. 547 y 548

²⁶¹ Además del art. 16 del Convenio N° 169 de la OIT, esta resolución se basa en el artículo 12.2. del Convenio 107 de la OIT que establece la que no se deberá realizar el traslado poblacional salvo determinadas excepciones. La resolución está disponible en el siguiente enlace: http://www.conapi.org.py/documentos/28/resolucion_a_favor_de_los_ava_paranaenses_2.pdf (Consulta: 4 de julio de 2015)

monitorean su cumplimiento han interpretado y aplicado las disposiciones de tales tratados reconociendo y desarrollando derechos de los pueblos indígenas. Así, estos organismos internacionales han reconocido el derecho al territorio, derecho a la participación, derecho a la consulta y el DCPLI de los pueblos indígenas, entre otros.

a. El CPLI en Sistemas Regionales de Derechos Humanos

A nivel de los sistemas regionales de derechos humanos, la Corte IDH, desde el *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Twigni Vs. Nicaragua*, ha interpretado el art. 21 de la CADH²⁶² (derecho al uso y goce de los bienes) para reconocer el derecho de los pueblos indígenas a sus territorios y recursos naturales. Como salvaguardas de protección del territorio ante proyectos de “desarrollo o inversión”, la Corte IDH ha reconocido el derecho a la participación, consulta y obtención del CPLI de los pueblos indígenas. El reconocimiento de estos derechos ha venido acompañando de ciertas salvaguardas adicionales desarrolladas por primera vez en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*²⁶³, y reiteradas en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, *Caso Comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz Vs. Honduras*, *Caso Comunidad Garífuna Punta Piedra Vs. Honduras*, y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*.

²⁶² CADH. Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada. “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

²⁶³ Por ejemplo, en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, la Corte IDH, de manera enunciativa, señaló que la consulta debe realizarse “al menos acerca de los siguientes seis asuntos”: “1. el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo sobre el territorio del pueblo Saramaka; 2. el proceso de otorgamiento a los miembros del pueblo Saramaka del reconocimiento legal de su 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 para reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka al territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado; 4. el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas u otras requeridas para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres; 5. en relación con los estudios previos de impacto ambiental y social; y 6. en relación con cualquier restricción propuesta a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de los planes de desarrollo o inversión propuestos dentro de, o que afecten, el territorio Saramaka”. En: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Óp. Cit., párr. 16; *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Óp. Cit., párr. 194(c); y CIDH (2010). *Informe Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Óp. Cit., p. 279

El *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam* aborda la situación de un pueblo tribal llamado Saramaka en cuyo territorio el Estado había otorgado concesiones auríferas y forestales. La Corte IDH determinó que Surinam debió cumplir con tres salvaguardas con el objetivo de garantizar la “supervivencia” del Pueblo Saramaka cuando se autoricen proyectos de “desarrollo e inversión”. Estas tres salvaguardas son (i) Garantizar la participación efectiva del pueblo, que incluía el derecho a ser consultado, y la obligación del Estado de obtener el consentimiento del pueblo indígena, (ii) Otorgar al pueblo beneficios razonables de las actividades que se realicen en su territorio, y (iii) Realizar estudios de impacto de carácter social y ambiental, antes de otorgar la concesión, a cargo de entidades independientes y técnicamente capaces supervisadas por el Estado²⁶⁴. En este caso, la Corte IDH reconoció expresamente que existe el derecho de los pueblos indígenas de otorgar o abstenerse de otorgar su CPLI frente a proyectos de “desarrollo o inversión” en sus territorios²⁶⁵. Dicho reconocimiento no ha sido descartado, de forma expresa y motivada, hasta la fecha por la jurisprudencia de la Corte IDH.

En el marco del Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos (SADHP), la CADHP, en el *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya*, interpretó artículos de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos reconociendo el derecho al territorio de los pueblos indígenas y las salvaguardas de protección desarrolladas por la Corte IDH en el *Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam*²⁶⁶.

b. El CPLI en el Sistema Universal de Derechos Humanos

²⁶⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 129.

²⁶⁵ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 214.8

²⁶⁶ CADHP. *Communication 276 / 2003 – Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya*, Óp. Cit.

A nivel del SUDH, el Comité DDHH también ha reconocido los derechos de participación, consulta y CPLI de los pueblos indígenas ante proyectos de “desarrollo o inversión” a partir de una interpretación del art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)²⁶⁷. En las observaciones al Perú de 2013, el Comité DDHH indicó que el Estado debe asegurarse que “todas las comunidades indígenas afectadas participen en los procesos de consulta y de que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta”²⁶⁸. Para este Comité, el goce de los derechos culturales “puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan”²⁶⁹. Y, en lo que se refiere al derecho a la consulta, el Comité DDHH ha indicado que “[l]a ausencia de consultas significativas con las comunidades indígenas interesadas respecto de las medidas que puedan afectarlas constituye normalmente una negación de sus derechos culturales consagrados en el artículo 27”²⁷⁰.

En lo que se refiere al CPLI, el Comité DDHH, en el caso *Ángela Poma Poma (Perú)* reconoció ese derecho frente a proyectos de “desarrollo o inversión” a partir de una interpretación del art. 27 del PIDCP. En ese caso, el Comité DDHH indicó que el consentimiento de los pueblos indígenas es indispensable frente a “medidas que comprometen significativamente las actividades económicas de valor cultural”. Dicho Comité añadió también en su Observación a Perú del 2013, que, el Estado “debe velar también por que se obtenga el consentimiento libre, previo e informado, de las

²⁶⁷ PIDCP. Artículo 27.- “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

²⁶⁸ Comité DDHH (2013). *Observaciones finales sobre el quinto informe periódico del Perú, aprobadas por el Comité en su 107º período de sesiones* (11 a 28 de marzo de 2013), CCPR/C/PER/CO/5, 29 de abril de 2013, párr. 24.

²⁶⁹ Comité de DDHH (1994). *Comentario General N° 23: Artículo 27 (Derechos de las Minorías)*, Adoptado en la 15th Sesión del Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 8 de abril de 1994, párr. 7

²⁷⁰ Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento N° 40(A/50/40), vol. II, anexo X, secc. I, párr. 9, apartado 6.

comunidades indígenas antes de que se adopte cualquier medida que ponga en peligro sus actividades económicas de importancia cultural o interfiera sustancialmente en ellas”²⁷¹.

En marco del Comité DESC, éste ha indicado que el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos, resulta aplicable a los pueblos indígenas²⁷². Y, en sus observaciones a los Estados Parte, basándose en ese derecho, este Comité ha exhortado que los Estados respeten los derechos de participación, consulta y consentimiento de los pueblos indígenas en base a dicho artículo.

En las observaciones a Colombia de 2001, por ejemplo, el Comité DESC también indicó que debe de garantizar la “efectiva participación de los pueblos indígenas en la adopción de las decisiones que les afectan (...) [, instándoles] a celebrar consultas con los pueblos indígenas interesados y a recabar su consentimiento antes de la realización de proyectos de explotación de la madera o de los recursos mineros y antes de la realización de cualquier política que les afecte, de conformidad con el Convenio N° 169 de la OIT”²⁷³.

En el 2004, en las observaciones a Ecuador, el Comité DESC exhortó “encarecidamente al Estado Parte a que garantice la participación de la población

²⁷¹ Comité DDHH (2013). Observaciones finales sobre el quinto informe periódico del Perú, aprobadas por el Comité en su 107º período de sesiones (11 a 28 de marzo de 2013), Óp. Cit., párr. 24.

²⁷² Comité DESC (2003). *Consideración de Informes presentados por Estados Partes bajo los Artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones Finales sobre la Federación Rusa (trigésimo primera sesión)*, Óp. Cit., párr. 11, en el cual el Comité expresó preocupación por la “situación precaria de las comunidades indígenas en el Estado Parte, las cuales afectan su derecho a la auto-determinación según el artículo 1 del Pacto”. Citado en Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 93.

PIDESC y PIDCP. Art. 1 común.- “1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural (...)”.

²⁷³ Comité DESC (2001). *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a Colombia*. Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. 27º período de sesiones. 12 a 30 de noviembre de 2001, E/C.12/1/Add.74, 6 de diciembre de 2001 párr. 33.

indígena en las decisiones que afecten a su vida”²⁷⁴. Y, en el 2003, en las observaciones a Brasil, indicó que el consentimiento de los pueblos indígenas se “(...) debería recabar (...) antes de llevar a cabo proyectos de explotación de la madera y de los minerales del suelo o del subsuelo o de emprender cualquier política oficial que los afecte, de conformidad con el Convenio N° 169 de la OIT”²⁷⁵.

Asimismo, en su Observación General N° 21 del 2010 “Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, el Comité DESC resaltó que “[l]os Estados partes deben respetar también el principio del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en todos los aspectos concernientes al ámbito de aplicación de sus derechos específicos”²⁷⁶. Como fundamento referencial de dicho mando, el Comité DESC se remitió al apartado a) del párrafo 1 del artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT y al artículo 19 de la DNUDPI²⁷⁷.

Otro Comité, como el Comité CERD ha interpretado la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial a la situación específica de los pueblos indígenas en la Recomendación General N° 23 de 1997 denominada “Los derechos de los pueblos indígenas”²⁷⁸. En dicha Recomendación, el Comité CERD indicó que los Estados deben de garantizar que los pueblos indígenas “gocen de derechos

²⁷⁴ Comité DESC (2004). *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ecuador*. Examen de los Informes presentados por los Estado Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 32° período de sesiones., 26 de abril a 14 de mayo de 2004, E/C.12/1/Add.100, 7 de junio de 2004, párr. 35.

²⁷⁵ Comité DESC (2003). *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Brasil*. Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 30° período de sesiones. 5 a 23 de mayo de 2003, E/C.12/1/Add.87, 26 de junio de 2003, párr. 58.

²⁷⁶ Comité CERD (2010). *Observación general N° 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a)*, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/21, 17 de mayo de 2010, párr. 37

²⁷⁷ Comité CERD (2010). *Observación general N° 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a)*, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/21, 17 de mayo de 2010, nota de pie de página N° 37 del párr. 37

²⁷⁸ Comité CERD (1997). *Recomendación General N° 23 relativa a los derechos de los pueblos indígenas*, Óp. Cit., párr. 1

iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado”²⁷⁹. En las observaciones a los Estados Partes, el Comité CERD ha utilizado esta recomendación para sustentar la obligación de consultar y el derecho al consentimiento de los pueblos indígenas frente a proyectos de “desarrollo o inversión”²⁸⁰.

También, este Comité ha exhortado que los Estados “reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos”²⁸¹. Y, “[u]nicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios”²⁸².

5.1.1.3. Relevancia del CPLI en tratados celebrados entre Estados y pueblos indígenas

A lo largo de la historia, los ahora Estados han celebrado tratados con pueblos indígenas que no pudieron ser sometidos durante la Época Colonial²⁸³. Por ejemplo, el

²⁷⁹ Comité CERD (1997). *Recomendación General N° 23 relativa a los derechos de los pueblos indígenas*, Óp. Cit., párr. 4 d)

²⁸⁰ Comité CERD (2003). *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Ecuador*. Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Comité para la eliminación de la Discriminación Racial. 62° período de sesiones. 3 a 21 de marzo de 2003, CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16

²⁸¹ Comité CERD (1997). *Recomendación General N° 23 relativa a los derechos de los pueblos indígenas*, Óp. Cit., párr. 5

²⁸² *Ibíd*em

²⁸³ Véase para el caso de América: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2006). “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el Constitucionalismo Andino”, Óp. Cit., pp. 537-567.

pueblo indígena Mapuche, el cual ni siquiera pudo ser conquistado por el Imperio Incaico²⁸⁴. Estos tratados fueron firmados, aproximadamente, desde el Siglo XV hasta el Siglo XIX. De acuerdo a Miguel Alfonso Martínez, Relator Especial de la ONU encargado del “Estudio sobre los tratados, convenios, y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas”²⁸⁵, estos tratados por “su naturaleza intrínseca, su forma y contenido dejaban bien claro que las partes indígenas y no indígenas se atribuían unas a otras (de forma explícita o implícita) la condición de entidades soberanas de conformidad con el derecho internacional no indígena del momento”²⁸⁶. Por ende, con la capacidad de celebrar tratados regidos por el Derecho Internacional en esas épocas.

No obstante, existen distintas posturas sobre la validez de los tratados celebrados entre Estados y pueblos indígenas. Julio Barberis, por ejemplo, indica que, para determinar su validez en el Derecho Internacional, hay que considerar la época en la que tuvo lugar el acuerdo, el pueblo con quién fue concertado y sus modalidades²⁸⁷. Por su parte, Rousseau considera que no pueden ser calificados como tratados aquellos acuerdos con “poblaciones no civilizadas” o con “tribus indígenas”²⁸⁸.

²⁸⁴ *Ibidem*

²⁸⁵ El Estudio abarcó casos procedentes de los Estados Unidos y Canadá (haudenosaunee, mikmaq, las llamadas cinco tribus civilizadas, shoshone, lakota, los firmantes indígenas del Tratado N° Seis, os cree de la Bahía James [de Quebec], las naciones indígenas de la Columbia Británica y California, y los cree del Lubikon), el Pacífico (Maorí, Hawaii, Polinesia Francesa), América Latina (Kuna yala, mapuche, yanomami, maya), aborígenes insulares de Australia, el Gobierno Autónomo de Groenlandia, y algunos casos africanos y asiáticos (Brimania/Myanmar, el papel de las compañías concesionarias europeas en Asia meridional y África occidental, los san de Botswana, los ainu de Japón y las poblaciones indígenas de Siberia). Véase: ONU (1999). *Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas*. Informe final presentado por el Sr. Miguel Alfonso Martínez, Relator Especial. Los derechos humanos de las poblaciones indígenas. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías. 51° período de sesiones. Tema 7 del Programa provisional, E/CN.4/Sub.2/1999/20, 22 de junio de 1999, párr. 36

²⁸⁶ ONU (1999). *Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas*, Óp. Cit., párr. 186

²⁸⁷ BARBERIS, Julio (1994). *Formación del Derecho Internacional*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, pp. 33-34. Citado en: NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO MOYANO (2003). *Derecho Internacional Público. Tomo I: Introducción y fuentes*. Lima: PUCP. Fondo Editorial: IDEI, p. 139

²⁸⁸ ROUSSEAU, Charles (1966). *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Ariel, p. 23 Citado en: NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO MOYANO (2003). *Derecho Internacional Público. Tomo I: Introducción y fuentes*. Óp. Cit., p.139.

Miguel Alfonso Martínez indica que dicha controversia existe debido al “proceso de domesticación de la cuestión indígena” iniciado unilateralmente por los Estados en el siglo XIX²⁸⁹. Esta domesticación es definida como “el proceso por el que todos los problemas [indígenas] se sacan de la esfera del derecho internacional y se ponen directamente bajo la competencia exclusiva de la jurisdicción interna de los Estados no indígenas”²⁹⁰. Ello incluyó, pero no se limitó, a los tratados celebrados entre Estados y pueblos indígenas.

Por su parte, la CIJ se ha pronunciado sobre la validez de los tratados celebrados entre Estados y los pueblos indígenas en aquellas épocas. En la *Opinión Consultiva en el Caso del Sahara Occidental*, la CIJ reconoció que “los acuerdos de cesión de territorio celebrados por los jefes de pueblos originarios tenían efectos en el Derecho Internacional”²⁹¹. Por ende, resultaban plenamente válidos. Asimismo, Novak y García-Corrochano destacan la *Sentencia Arbitral entre Brasil y Gran Bretaña* (6/06/1904) y el *Asunto Delagoa entre Portugal y Gran Bretaña* (24/08/1875)²⁹². En esos casos, Brasil y Portugal “fundaron su derecho basándose en convenios suscritos con jefes indígenas”²⁹³. Según Novak y García-Corrochano, ello confirmaría “la tendencia marcada por la jurisprudencia internacional sobre la validez de tales acuerdos”²⁹⁴.

Actualmente, la DNUDPI sostiene además que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos celebrados entre los pueblos indígenas y los Estados son fuente de derechos de los pueblos indígenas que los Estados tienen el deber de respetar, promover,

²⁸⁹ ONU (1999). *Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas*, Óp. Cit., párr. 192

²⁹⁰ ONU (1999). *Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas*, Óp. Cit., párr. 192

²⁹¹ NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO MOYANO (2003). *Derecho Internacional Público. Tomo I: Introducción y fuentes*. Óp. Cit., p.139 y CIJ. *Caso relativo al Sahara Occidental*. Opinión consultiva de 16 de octubre de 1975, párr. 80

²⁹² NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO MOYANO (2003). *Derecho Internacional Público. Tomo I: Introducción y fuentes*. Óp. Cit., p. 139

²⁹³ *Ibidem*

²⁹⁴ *ibídem*

reconocer, observar y aplicar. Así lo precisa en el octavo, décimo cuarto y décimo quinto considerando de su preámbulo; y en el artículo 37.

DNUDPI

Considerandos del preámbulo

Octavo. “Consciente también de la urgente necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados”,

Décimo cuarto. “Considerando que los derechos afirmados en los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre los Estados y los pueblos indígenas son, en algunas situaciones, asuntos de preocupación, interés y responsabilidad internacional, y tienen carácter internacional”,

Décimo quinto. “Considerando también que los tratados, acuerdos y demás arreglos constructivos, y las relaciones que éstos representan, sirven de base para el fortalecimiento de la asociación entre los pueblos indígenas y los Estados”.

Art. 37. “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos, y otros arreglos constructivos.

2. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos de los pueblos indígenas que figuren en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos”.

Este mandato de la validez de los tratados o acuerdos celebrados entre Estados y pueblos indígenas implica reconocer la relevancia que los Estados le daban al consentimiento de los pueblos indígenas para celebrarlos. De acuerdo a Miguel Alfonso Martínez, “[m]erece destacarse que ciertos Estados tenían enorme interés por concertar esos tratados u otros instrumentos internacionales de carácter contractual que requiriesen el consentimiento de los participantes”²⁹⁵. Añade que “[e]l origen de este interés (interés directo para la parte no indígena) estaba muy claro [ya que buscaba] [l]egitimizar (mediante el consentimiento de los autóctonos soberanos del territorio en cuestión) todo derecho (real o supuesto) con el que pudieran oponerse a demandas formuladas por otras potencias coloniales con miras a adquirir el control de estos territorios”²⁹⁶. Y, para lograr

²⁹⁵ ONU (1999). *Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas*, Op. Cit., párr. 187

²⁹⁶ *Ibidem*

ello, “el instrumento ideal de acuerdo con el derecho internacional de la época era el tratado”²⁹⁷.

Si bien debemos afirmar que los tratados fueron usados como una forma de despojo territorial de los pueblos indígenas soberanos, no podemos negar que, como indica el EMRIP, “varios tratados entre Estados y pueblos indígenas afirman el principio del consentimiento de los pueblos indígenas como puntual de la relación convencional entre los Estados y los pueblos indígenas”²⁹⁸. Por ejemplo, en Canadá, los Tratados N° 6, 7 y 8 contienen disposiciones específicas sobre el consentimiento de los pueblos indígenas. Así el párrafo 3 del Tratado N° 6 de 1876 establece que “... y considerando que dichos Comisionados de Su Majestad han notificado e informado a dichos indios que es el deseo de Su Majestad abrir dicho predio a la colonización, la inmigración y otros fines... y obtener al respecto el consentimiento de sus súbditos indios que lo habitan”²⁹⁹.

Otro tema a analizar en este punto se relaciona con la subjetividad internacional que los pueblos indígenas ostentarían como nuevos sujetos del Derecho Internacional Contemporáneo. En el Derecho Internacional Clásico se consideraba que los únicos sujetos del Derecho Internacional eran los Estados como sujetos plenarios y primarios del Derecho Internacional. En efecto, ello se refleja en lo señalado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el Caso Lotus cuando señala que el Derecho Internacional “rige las relaciones entre Estados independientes (...) Las reglas jurídicas que obligan a los Estados proceden de la voluntad de éstos, voluntad manifestada en los tratados o en los usos generalmente aceptados como consagrados principios de Derecho”³⁰⁰. De acuerdo a Carrillo Salcedo, ello se debía a una visión voluntarista del Derecho

²⁹⁷ ONU (1999). *Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas*, Óp. Cit., párr. 189

²⁹⁸ ONU (2010). *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*. Óp. Cit., párr. 40

²⁹⁹ ONU (2010). *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*. Óp. Cit., nota de pie de página 24

³⁰⁰ CPJI. *Caso Lotus*. Sentencia de 7 de setiembre de 1927. En: CPJI. Seria A, núme. 10, p. 18.

internacional en la cual los Estados eran simultáneamente creadores y sujetos de las normas de Derecho internacional³⁰¹. De dicha premisa parte la teoría del desdoblamiento funcional de Scelle³⁰².

Posteriormente, la CIJ en su Opinión Consultiva sobre la reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas (1949) reconoció la existencia de otros sujetos de Derecho Internacional distintos a los Estados, tales como las Organizaciones Internacionales. Expresamente, la CIJ señaló lo siguiente: “En un sistema jurídico, los sujetos de Derecho no son necesariamente idénticos en cuanto a la naturaleza o a la extensión de sus derechos, y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad”³⁰³. Si bien la ONU no se ha pronunciado sobre la subjetividad internacional de los pueblos indígenas, ello no implica que los pueblos indígenas carezcan de dicha subjetividad internacional.

Por un lado, la subjetividad jurídica internacional significa ser titular de derechos y/o obligaciones conferidas por normas jurídicas internacionales³⁰⁴. De este modo, los pueblos indígenas serán sujetos de Derecho Internacional, en tanto tienen derechos reconocidos en tratados internacionales, como por ejemplo en el Convenio N° 169 de la OIT.

Cabe añadir que, como ha indicado la CIJ³⁰⁵, la subjetividad internacional no depende de la cantidad de derechos y obligaciones. Incluso, la capacidad jurídica internacional no es la misma en todos los sujetos de Derecho Internacional, pudiendo no todos los sujetos

³⁰¹ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (1997). “Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law”, En: *European Journal of International Law*, Vol. 8 (1997), N° 4, p. 583.

³⁰² *Ibidem*.

³⁰³ CIJ. *Opinión Consultiva sobre la reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*. Opinión consultiva de 11 de abril de 1949, p. 178.

³⁰⁴ DIEZ DE VELASCO, Manuel (2007). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 16° ed. Madrid: Tecnos, p. 270-274

³⁰⁵ CIJ. *Opinión Consultiva sobre la reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*. Opinión consultiva de 11 de abril de 1949, p. 178.

tener la misma capacidad internacional. Al respecto no cabe duda que el Estado, en comparación a la Organizaciones Internacionales, los individuos o los pueblos indígenas, sigue teniendo la capacidad jurídica plena en el Derecho Internacional.

Por otro lado, cierto sector de la doctrina equipara la subjetividad jurídica con capacidad jurídica, en cuyo caso habrá que analizar una doble exigencia para identificar si se es un sujeto de derecho: (i) sea un sujeto con aptitud para hacer valer un derecho ante instancias internacionales (legitimación activa) y (ii) sea una sujeto con aptitud para ser responsable por la violación de una norma internacional (legitimación pasiva)³⁰⁶.

Un ejemplo práctico de la doble exigencia (subjetividad = capacidad) se puede presentar en el individuo como nuevo sujeto de Derecho Internacional. En efecto, el individuo puede demandar a los Estados ante instancias internacionales (legitimación activa) y puede ser sujeto a responsabilidad penal internacional por la comisión de crímenes internacionales ante un tribunal penal internacional (legitimación pasiva). Bajo ese análisis, los pueblos indígenas también pueden demandar ante instancias internacionales (legitimación activa) y también podrían, al menos en teoría, ser sujeto de responsabilidad penal internacional (legitimación pasiva).

5.1.2. EL DCPLI como costumbre internacional

El art. 38.1.b del Estatuto de la CIJ establece como fuente del Derecho Internacional a la costumbre internacional describiéndola como “prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”. De acuerdo a Pastor Ridruejo y Carrillo Salcedo, este artículo establece los dos elementos que integran la costumbre internacional: (i) el elemento material, referido al uso constante y uniforme de la práctica; y (ii) el elemento espiritual o subjetivo, que es la *opinio iuris* u *opinio iuris sive necessitatis*, entendida como la

³⁰⁶ *Ibidem*

convicción de la obligación jurídica de la práctica³⁰⁷. En efecto, la CIJ, en el *Caso relativo a la Plataforma Continental del Mar del Norte*³⁰⁸ y el *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*³⁰⁹, determinó que la práctica y la *opinio iuris* son los elementos esenciales de la costumbre internacional³¹⁰.

En lo que se refiere a la naturaleza consuetudinaria del DCPLI, en el laudo del caso *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al Vs. United States of America* ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el tribunal arbitral analizó la posible existencia de una norma consuetudinaria que obligue a los Estados a realizar un proceso consultivo con los pueblos indígenas frente a medidas que les puedan afectar, como proyectos de “desarrollo o inversión”. Uno de los árbitros, James Anaya, determinó que dicha norma consuetudinaria, en efecto, existía³¹¹. De hecho, James Anaya ya había sostenido lo mismo en un informe emitido en el 2008 en su calidad de UNSRRIP. En ese año, él indicó, además, que algunas de las provisiones de la DNUDPI de 2007 eran consideradas normas consuetudinarias³¹², las mismas que reconocen el DCPI.

³⁰⁷ PASTOR RIDRUEJO, José (2008). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Óp. Cit., p. 69 y CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (1996). *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*. Madrid: Tecnos, p. 93

³⁰⁸ CIJ. *Caso relativo a la Plataforma Continental del Mar del Norte*, 3 de junio de 1985, párr. 27. La CIJ al referirse a la costumbre indicó que sus elementos son: “la práctica efectiva y en la *opinio iuris* de los Estados”.

³⁰⁹ CIJ. *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 27 de junio de 1986, párr. 183. La CIJ al referirse a la costumbre indicó que sus elementos son: “examinar la práctica y la *opinio iuris* de los Estados”

³¹⁰ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (1996). *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*. Óp. Cit., p. 96

³¹¹ CIADI. *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. vs. United States of America*. Laudo del 12 de enero de 2011, párr. 210.

³¹² ONU (2008). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya*. Consejo de Derechos Humanos. Noveno período de sesiones. Tema 3 de la agenda. Promoción y Protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, A/HRC/9/9, 11 de agosto de 2008, párr. 41.

Véase también: ANAYA, James y Siegfried WIESSNER, “OP-ED: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Towards Re-empowerment”, *Jurist* (3 de octubre de 2007). Disponible en: <http://www.jurist.org/forum/2007/10/un-declaration-on-rights-of-indigenous.php> (Consulta: 5 de mayo de 2015)

Si bien, en el laudo arbitral mencionado, James Anaya no profundiza sobre los alcances del DCPLI, resulta relevante que haya considerado el carácter consuetudinario del DCPLI en la DNUDPI en un informe anterior. Ello es sumamente importante, ya que la DNUDPI recoge expresamente la obligatoriedad del Estado de obtener el CPLI de los pueblos indígenas en los procesos de consulta antes de tomar una decisión, sobre todo cuando se trate de proyectos de “desarrollo o inversión”.

La CIDH también ha planteado la naturaleza consuetudinaria de algunos derechos indígenas. No se ha pronunciado expresamente sobre el DCPLI pero sí ha sostenido que “existe una norma de derecho internacional consuetudinario mediante la cual se afirman los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales”³¹³. Considerando el impacto de los proyectos de “desarrollo o inversión” en los territorios de los pueblos indígenas, es posible también sostener que el DCPLI también tenga esa naturaleza consuetudinaria en tanto salvaguarda de protección de los derechos territoriales de los pueblos indígenas.

(i) Elemento material del DCPLI como costumbre internacional

. “El profesor James Anaya, actual RE, viene abogando por un entendimiento de la DDPI en cuya virtud buena parte de sus disposiciones, o al menos las más relevantes, recogen normas de derecho consuetudinario de los derechos humanos en relación con las personas y los pueblos indígenas”. Véase: CLAVERO, Bartolomé (2009). “Cometido del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas a la Luz del Valor Vinculante y con Vistas a la Mayor Eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En: UNPFII. *International expert group meeting on the role of the United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues in the implementation of article 42 of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 14-16 January, 2009, New York, PFI/2009/EGM1/4, párr. 13

La DNUDPI estipula obligaciones específicas de los Estados en relación con la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones, que incluyen la obtención de su consentimiento libre, previo e informado, la celebración de consultas y la cooperación con los pueblos indígenas, y la adopción de medidas conjuntas. Véase: Arts. 3 a 5, 10 a 12, 14, 15, 17 a 19, 22, 23, 26 a 28, 30 a 32, 36, 38, 40, y 41.

³¹³ CIDH. Alegatos ante la Corte IDH en el caso *Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Óp. Cit., párr. 140(d); y CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, párr. 18

La CIJ, en el *Caso relativo al Derecho de Asilo*, señaló que la práctica debe ser “uniforme” y “constante”³¹⁴. En el caso del DCPLI, respecto de la práctica estatal necesaria para calificar como costumbre internacional, James Anaya ha indicado que, en efecto, aquella existe. Él sostiene que “en la medida en que [las disposiciones de la DNUDPI] tienen conexión con una pauta de práctica internacional y estatal continuada, algunos aspectos de las disposiciones de la Declaración también pueden considerarse que reflejan las normas del derecho internacional consuetudinario”³¹⁵.

En específico, respecto del DCPLI, James Anaya ha precisado que éste viene “ganando cada vez más aceptación en la práctica”³¹⁶. En esa línea, Bartolomé Clavero considera que “frente al concepto tradicional de derecho internacional consuetudinario, la (...) [DNUDPI] puede contener normas de este carácter vinculante incluso contrarias a la práctica habitual de los Estados porque, conforme a lo visto, éstos no son los únicos actores en el campo del derecho internacional de los derechos humanos”³¹⁷. Además, recordemos que, siguiendo el *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, no se requiere una práctica rigurosa y absolutamente uniforme sino tan sólo una “práctica general”³¹⁸.

(ii) Elemento subjetivo o espiritual del DCPLI como costumbre internacional

³¹⁴ CIJ. *Caso relativo al Derecho de Asilo*, 20 de noviembre de 1950, p. 14. Citado en CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (1996). *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*. Óp. Cit., p. 94

³¹⁵ ONU (2008). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya*. Óp. Cit., párr. 41

³¹⁶ ONU (2013). *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*. Óp. Cit., párr. 26.

El Relator Especial ya ha prestado una atención considerable al examen de los contornos de este principio y su relación con el deber de los Estados de consultar a los pueblos indígenas sobre las decisiones que les afectan. Véase, por ejemplo, A/HRC/12/34, párrs. 36 a 57, y A/HRC/21/47, párrs. 47 a 53 y 62 a 71.

³¹⁷ CLAVERO, Bartolomé (2009). *Cometido del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas a la Luz del Valor Vinculante y con Vistas a la Mayor Eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Óp. Cit., párr. 13

³¹⁸ PASTOR RIDRUEJO, José (2008). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Óp. Cit., p. 70

La CPJI se refirió por primera vez a este elemento en el *Caso Lotus*³¹⁹. Este elemento es entendido por la CIJ, en los *Casos de la plataforma continental del Mar del Norte*, como “la convicción de que esta práctica se ha convertido en obligatoria por la existencia de una regla de derecho”³²⁰. Carrillo Salcedo sostiene que “[l]o esencial es que, en cada momento histórico, sólo es Derecho consuetudinario internacional aquel conjunto de normas que exprese un consenso general de los Estados, y no lo que algunos Estados reivindicquen como Derecho”³²¹.

No se trata de un pacto tácito, sino más bien, como indica Carrillo Salcedo, basándose en las sentencia de 25 de julio de 1974 de los *Caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías (Reino Unido de Gran Bretaña contra Islandia y República Federal de Alemania contra Islandia)*, la costumbre debe ser caracterizada como “cristalización de un consenso general de los Estados respecto de una determinada pauta de comportamiento que se impone como Derecho objetivo”³²².

En lo que se refiere al DCPLI, de acuerdo a James Anaya, “[l]a Declaración de las Naciones Unidas pone de manifiesto el consenso internacional que existe en relación con los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas en un modo que es congruente con las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT y que las enriquece, así como con otras disposiciones, incluidas las interpretaciones hechas respecto de otros instrumentos de derechos humanos por los organismos y mecanismos internacionales”³²³. De acuerdo a James Anaya, “[c]omo la expresión más autorizada de ese consenso, la Declaración establece un marco de acción para la protección y aplicación plenas de esos

³¹⁹ CPJI. *Caso Lotus*. Sentencia de 7 de setiembre de 1927. En: CPJI. Seria A, núme. 10, p. 28

³²⁰ CIJ. *Casos de la plataforma continental del Mar del Norte*, 20 de febrero de 1969, párr. 77. Citado y traducido en: SALMÓN, Elizabeth (2014). *Curso Derecho Internacional Público*. Óp. Cit., p. 241.

³²¹ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (1996). *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*. Óp. Cit., p. 97

³²² CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (1996). *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*. Óp. Cit., p. 98 y 99

³²³ ONU (2008). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, S. James Anaya. Óp. Cit., párr. 43

derechos”³²⁴. Incluso, él añade que “[e]n cualquier caso, como resolución aprobada por la Asamblea General con los votos de una mayoría abrumadora de Estados Miembros, la Declaración representa un compromiso asumido por las Naciones Unidas y sus Estados Miembros dentro del marco de obligaciones establecido por la Carta de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos humanos de modo no discriminatorio”³²⁵.

En el mismo sentido se ha pronunciado el EMRIP. Este mecanismo ha indicado que “[l]a Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, como expresión normativa del consenso internacional existente sobre los derechos individuales y colectivos de los indígenas que es compatible con la normativa internacional de derechos humanos vigente, ofrece un marco de acción que tiene como objetivo la plena protección y realización de los derechos de los pueblos indígenas, incluido su derecho a participar en la adopción de decisiones”³²⁶.

(iii) El DCPLI como costumbre “sabia” o costumbre “salvaje”

De acuerdo a Michelle Reyes, Dupuy distingue entre dos tipos de formación de la costumbre internacional³²⁷: costumbre “sabia” (*coutume sage*) y costumbre “salvaje” (*coutume sauvage*). Por un lado, la costumbre “sabia” refleja el enfoque tradicional de formación de costumbre, mientras que la costumbre “salvaje”, responde a un nuevo proceso de producción normativa.

³²⁴ *Ibidem*

³²⁵ ONU (2008). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, S. James Anaya. Óp. Cit., párr. 41

³²⁶ ONU (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, Óp. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párr. 4

³²⁷ DUPUY, René Jean (1974). “Coutume sage et coutume sauvage”. En: VV. AA., *Mélanges offerts á Charles Rousseau: la communauté internationale*. París: Pedone, p. 75 y 76; REYES MILK, Michelle (2009). *El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad frente a comisión de crímenes internacionales*. Tesis para obtener el grado de licenciada en Derecho. Lima, p. 357; y SALMÓN, Elizabeth (2014). *Curso Derecho Internacional Público*. Óp. Cit., p. 236

En la costumbre “sabia”, el elemento material va anteceder al elemento espiritual. De acuerdo a Ngyem, Dailler y Pellet, la repetición de los precedentes en el tiempo dará paso al nacimiento del sentimiento de obligación³²⁸. Y, de acuerdo a Millán, será determinante para la formación de una regla consuetudinaria la conducta de un Estado, de buena fe, así como las expectativas que dicha conducta ha despertado en otros Estados³²⁹.

En la costumbre “salvaje”, como indica Michelle Reyes, el proceso de producción normativa se adelanta a casos concretos, a diferencia de lo que sucede en el enfoque tradicional de formación de la costumbre³³⁰. De acuerdo a Ngyem, Dailler y Pellet, en este tipo de costumbre tenemos una *opinio iuris* que antecede a la puesta en práctica de la misma³³¹. De acuerdo a Pastor Ridruejo, en el Derecho Internacional Contemporáneo, “como consecuencia de las modificaciones que ha experimentado la sociedad internacional, ha aumentado la importancia de tal elemento espiritual, al tiempo que han disminuido las exigencia en cuanto a la antigüedad de la práctica o elemento material”³³². De acuerdo a Millán Moro, esto implica que surgen normas formuladas de manera abstracta, general y prospectiva, en función de situaciones que pueden ocurrir, por lo que el proceso de construcción normativa se adelanta a casos concretos³³³.

De acuerdo a Michelle Reyes, a diferencia de la costumbre “sabia”, la costumbre “salvaje” no responde a un proceso de creación espontánea del Derecho. Ella indica que

³²⁸ NGUYEN, Quoc D’Hin, Patrick DAILLER y Alain PELLET (2002). *Droit International Public* (6 ed.) Paris: LGDJ, p. 328 Citado en: REYES MILK, Michelle (2009). *El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad frente a comisión de crímenes internacionales*. Óp. Cit., p. 351

³²⁹ MILLÁN MORO, Lucía (1990). *La opinio iuris en el Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Editorial Centro de Estudio Ramón Areces, p. 83. Citada en: REYES MILK, Michelle (2009). *El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad frente a comisión de crímenes internacionales*. Óp. Cit., p. 349

³³⁰ REYES MILK, Michelle (2009). *El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad frente a comisión de crímenes internacionales*. Óp. Cit., p. 361-365

³³¹ NGUYEN, Quoc D’Hin, Patrick DAILLER y Alain PELLET (2002). *Droit International Public* (6 ed.) Óp. Cit., p. 328

³³² PASTOR RIDRUEJO, José (2008). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Óp. Cit., p. 73

³³³ MILLÁN MORO, Lucia (1990). *La opinio iuris en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Óp. Cit., p. 79

“[e]ste nuevo proceso de producción normativa, a diferencia de la *coutume sage*, es un proceso institucionalizado que se ha llevado a cabo dentro de las principales organizaciones internacionales, principalmente, dentro del sistema de Naciones Unidas”³³⁴, teniendo en cuenta el ritmo cambiante de la sociedad internacional y del Derecho Internacional, así como los nuevos factores que influyen en ellos³³⁵.

Siguiendo este proceso de creación, Michelle Reyes, también, sostiene que un aporte importante para la elaboración de normas consuetudinarias proviene de la importante actividad de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Comisión de Derecho Internacional, las conferencias codificadoras, la toma de posición de un grupo de Estados y los tribunales internacionales, entre otros³³⁶.

La Asamblea General de la ONU, de acuerdo a Michelle Reyes, es el órgano más democrático de las Naciones Unidas que reúne a todos los Estados miembros y recoge la opinión de todos de ellos, “lo que permite rescatar opiniones universales en determinadas materias, fenómeno esencial para la elaboración de una *communis opinio iuris*”³³⁷. De acuerdo a Nguyen, Dailier y Pellet, las resoluciones emanadas de las organizaciones internacionales no necesariamente crean normas consuetudinarias por sí mismas, debiendo estar acompañadas por una práctica posterior de los Estados para la configuración de la misma³³⁸. El valor de dicho actos radica en el impulso que le dan a la creación de normas consuetudinarias. Por ejemplo, ella señala que normas consuetudinarias creadas bajo esta modalidad – costumbre “salvaje” - están compuestas

³³⁴ REYES MILK, Michelle (2009). El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad frente a comisión de crímenes internacionales. Óp. Cit., p. 361-365

³³⁵ *Ibíd*em

³³⁶ *Ibíd*em

³³⁷ *Ibíd*em

³³⁸ NGUYEM, Quoc D’Hin, Patrick DAILLER y Alain PELLET (2002). *Droit International Public* (6 ed.) Óp. Cit., p. 323 Citados en: REYES MILK, Michelle (2009). *El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad frente a comisión de crímenes internacionales*. Óp. Cit., p. 354

por una *opinio iuris* que ha sido formulada en resoluciones de la Asamblea General de la ONU³³⁹.

En lo que se refiere al DCPLI, como costumbre “sabia”, resulta difícil encontrar una práctica estatal que se realice bajo la consideración de que están obligados de obtener el CPLI de los pueblos indígenas. Sin embargo, como costumbre “salvaje”, el DCPLI de los pueblos indígenas cuenta, como vimos, con la *opinio iuris* que es uno de los elementos de la costumbre internacional, la cual se ve reflejada en la DNUDPI. En lo que se refiere al elemento material, vemos que está ganando mayor aplicación práctica. De este modo, bajo esas consideraciones, podemos afirmar que el derecho al consentimiento, como norma consuetudinaria, se encuentra en proceso de formación.

Este proceso de formación de la costumbre puede verse impulsado por las decisiones de los tribunales internacionales. Ello, en la medida que las distintas decisiones de tribunales internacionales contribuyen a la formación de una norma consuetudinaria, “sea porque pueden dar pie al surgimiento del elemento material de la misma (a una práctica posterior por parte de los Estados), o porque dichas decisiones se adoptan en torno a creencias que pueden formar la base de una *opinio iuris* presente o que gradualmente comienza a aparecer”³⁴⁰. Al respecto, Henckaerts, refiriéndose al estudio de las normas consuetudinarias del DIH, señala lo siguiente:

“Aunque las decisiones de los tribunales internacionales son fuentes subsidiarias de derecho internacional, no constituyen prácticas de los Estados, puesto que dichas instancias, a diferencia de los tribunales nacionales, no son órganos estatales. No obstante, sus decisiones se han incluido en el estudio, porque el fallo de un tribunal internacional en el sentido de que existe una norma de derecho internacional

³³⁹ Entre éstas tenemos el desarrollo de la Resolución 1514 (XV) del 14 de diciembre de 1960 (Declaración sobre la independencia a los países y pueblos coloniales) y el párrafo 1 de la Resolución 2625 (XXV) del 24 de octubre de 1970 (Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas). Véase: REYES MILK, Michelle (2009). *El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad frente a comisión de crímenes internacionales*. Óp. Cit., p. 361-365

³⁴⁰ REYES MILK, Michelle (2009). *El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad frente a comisión de crímenes internacionales*. Óp. Cit., p. 353

consuetudinario constituye una prueba convincente al respecto. Además, debido al valor jurisprudencial de sus decisiones, los tribunales internacionales pueden contribuir a la aparición de normas de derecho internacional consuetudinario, influenciando así la práctica subsiguiente de los Estados y las organizaciones internacionales”³⁴¹.

De este modo, vemos como las decisiones de tribunales internacionales pueden contribuir a la formación de una costumbre internacional³⁴². Esta aproximación, si bien no responde al enfoque tradicional de formación de una costumbre internacional, según Meron, se presenta como una solución factible para la determinación de normas consuetudinarias ante la ausencia de un verdadero órgano legislativo internacional³⁴³. En el caso del DCPLI, las decisiones dadas en el marco de los Sistemas de Protección sin lugar a dudas pueden impulsar a consolidar el DCPLI como una norma de carácter consuetudinario, tal es el caso de la sentencia de la Corte IDH en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam* y el caso de la decisión de la CADHP en el *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya*.

A nivel regional, la afirmación anterior se ve fortalecida con lo señalado por la Corte IDH en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. En ese caso, la Corte IDH identificó un consenso regional de los Estados, en base a decisiones de tribunales internos, sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, y la obligatoriedad del mismo³⁴⁴, sin embargo, no hondó en el contenido del DCPLI ante supuestos de casos de proyectos de “desarrollo o inversión”.

³⁴¹ HENCKAERTS, Jean-Marie (2005). “Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados”. En: *International Review of the Red Cross*. Volumen 87. Número 857, marzo de 2005, p. 8.

En el mismo sentido, véase SHAW, Malcolm (2003). *International Law* (5ta Edición) Cambridge: Cambridge University Press, p. 65

³⁴² REYES MILK, Michelle (2009). *El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad frente a comisión de crímenes internacionales*, Óp. Cit., p. 353

³⁴³ MERON, Theodor (1989). *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 113. Citado en: REYES MILK, Michelle (2009). *El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad frente a comisión de crímenes internacionales*, Óp. Cit.

³⁴⁴ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Óp. Cit., párr. 164

No obstante, siguiendo la misma metodología que uso la Corte IDH en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, podemos encontrar que algunas decisiones de tribunales internos de Estados en la región están empezando a referirse al reconocimiento del DCPLI utilizando el pronunciamiento de la Corte IDH en el *Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, entre otras fuentes del Derecho Internacional. Así vemos como la Corte IDH viene influyendo a los Estados en lo que respecta al DCPLI ante proyectos de “desarrollo o inversión”, tal es el caso, por ejemplo, de Perú³⁴⁵, Colombia³⁴⁶ y Bolivia³⁴⁷. Futuros pronunciamientos internos de estos Estados, o de otros, permitirán fortalecer un consenso regional en torno a la relevancia del CPLI en los proyectos de “desarrollo o inversión”, más allá del consenso ya identificado en torno al derecho a la consulta en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*.

(iv) ¿Costumbre general o costumbre regional?

En lo que se refiere a las clases de costumbres, el Derecho Internacional distingue entre costumbres generales y particulares. Entre éstas últimas, tenemos a la costumbre regional y la costumbre bilateral. De acuerdo a Salmón, la costumbre regional involucra la participación de Estados en una región en particular o área geográfica y únicamente se aplica a ellos, mientras que la bilateral involucra a dos Estados³⁴⁸.

En lo que se refiere al DCPLI, considerando los apartados ya desarrollados es posible afirmar que el DCPLI puede estar configurándose en una norma consuetudinaria tanto de

³⁴⁵ En su momento, el TCP emitió la siguiente sentencia: TCP. EXP. N° 03343-2007-PA/TC. LIMA. JAIME HANS BUSTAMANTE JOHNSON. Sentencia: 19 de febrero de 2009. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html> (Consulta: 5 de mayo de 2015)

³⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-376 de 2012, párr. 25 y II. Consideraciones y Fundamento, párr. 8. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-376-12.htm>; y CIDH (2013). *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, Óp. Cit., párr. 839. También véase: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-769 de 2009. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/T-769-09.htm> y Sentencia T-129 de 2011. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm>

³⁴⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Sentencia N° 2003/2010-R de 25 de octubre 2010. Punto III.5

³⁴⁸ SALMÓN, Elizabeth (2014). *Curso Derecho Internacional Público*. Óp. Cit., p. 239

carácter general como regional. Sería de carácter general, en tanto la Asamblea General de la ONU ha aprobado la DNUDPI, como una *opini3n iuris* existente en torno al DCPLI; y ser3a de car3cter regional, en tanto tenemos el *Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam* de la Corte IDH que reconoce y desarrolla el DCPLI, y decisiones de tribunales internos de algunos Estados de la Regi3n que recogen lo desarrollado por la Corte IDH en ese caso.

5.1.3. El DCPLI como principio general del Derecho Internacional

El art. 38.1.c del Estatuto de la CIJ reconoce a los “principios generales del derecho por las naciones civilizadas” como fuente del Derecho Internacional. La CIJ y la CPJI se han referido a esta fuente bajo diversas denominaciones: “principios generales del derecho”, “principios bien conocidos”, “principios bien establecido o generalmente conocidos”, entre otros³⁴⁹. Esta fuente se caracteriza por ser aut3noma³⁵⁰; principal³⁵¹; distinta de los tratados y la costumbre internacional y de car3cter subsidiario a estas dos³⁵².

Los principios generales del derecho son distintos de los tratados, en tanto no dependen de un v3nculo convencional para su existencia³⁵³. Tambi3n, difieren de la costumbre internacional, en tanto no dependen de la pr3ctica ni del respeto efectivo de los

³⁴⁹ NOVAK, Fabi3n y Luis GARC3A-CORROCHANO MOYANO (2003). *Derecho Internacional P3blico. Tomo I: Introducci3n y fuentes*. 3p. Cit., p. 346. El autor se3ala que las denominaciones fueron citadas por HALAJCZUK, Bohdan y Mar3a MOYA DOMINGUEZ (1978). *Derecho Internacional P3blico*. Bueno Aires: Editar, p. 48

³⁵⁰ VERDROSS, Alfred von. “Les principes g3n3raux du droit dans la jurisprudence internationale”. En: RCADI. 1935-II, T.52, p. 203, y MELLO, Celso. *Curso de Direito Internacional P3blico*. R3o de Janeiro: Renovar, t.l., p. 254. Citados en: NOVAK, Fabi3n y Luis GARC3A-CORROCHANO MOYANO (2003). *Derecho Internacional P3blico. Tomo I: Introducci3n y fuentes*. 3p. Cit., p. 358 y 359

³⁵¹ PASTOR RIDRUEJO, Jos3 (1973). *La Fundamentaci3n del Derecho de Gentes y la Jurisprudencia Internacional*. En: Anuario IHLADI. n3 4, p. 1413.

³⁵² V3ase Opini3n disidente del Juez Anzilotti en la sentencia de la CPJI. en el Asunto de la factor3a de Chorzow (16/12/1927). De acuerdo a Fabian Novak, en dicho caso “el juez consider3 la posibilidad de recurrir a los principios generales del Derecho solo a falta de convenios y de costumbres”. Citado en: NOVAK, Fabi3n y Luis GARC3A-CORROCHANO MOYANO (2003). *Derecho Internacional P3blico. Tomo I: Introducci3n y fuentes*. 3p. Cit., p. 361.

³⁵³ CIJ. *Reservas a la Convenci3n para la Prevenci3n y Sanci3n del Delito de Genocidio*. Opini3n consultiva, 28 de mayo de 1951, p. 23. Citado en: SALM3N, Elizabeth (2014). *Curso Derecho Internacional P3blico*. 3p. Cit., p. 245.

Estados³⁵⁴. Elizabeth Salmón señala que “la práctica les da mayor fuerza, pero no es condición para su existencia”³⁵⁵. De acuerdo a Dupuy, esta fuente hace referencia tanto a los principios generales del derecho que surgen del derecho interno de los Estados como a aquellos principios generales propios del Derecho Internacional³⁵⁶. Incluso, pueden existir coincidencias entre ambos tipos de principios.

La Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, a partir de un análisis del derecho interno de los Estados miembros de la OEA³⁵⁷, afirmó que el derecho a la consulta no solo se encuentra en una fuente convencional, como el Convenio N° 169 de la OIT, sino que también se trata de un “principio general del Derecho Internacional”³⁵⁸. Asimismo, en el *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, la Corte IDH señaló que “los Estados deben de cumplir [con consultar a los pueblos indígenas], independientemente de que esté regulada expresamente en su legislación”³⁵⁹. De este modo, se entiende que la obligación de consultar será de obligatorio cumplimiento para los Estados independientemente que hayan ratificado, o no, el Convenio N° 169 de la OIT.

Respecto del DCPLI, el UNSRRIP reconoce que dicho derecho califica como “principio del Derecho Internacional”³⁶⁰. De acuerdo al UNSRRIP, “la Declaración se refiere a

³⁵⁴ SALMÓN, Elizabeth (2014). *Curso Derecho Internacional Público*. Óp. Cit., p. 248 y 249

³⁵⁵ SALMÓN, Elizabeth (2014). *Curso Derecho Internacional Público*. Óp. Cit., p. 249

³⁵⁶ DUPUY, Pierre-Marie (2002). *L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public*. En: RCDAI 297. Leiden-Boton: Brill-Nijhoff., p. 180

³⁵⁷ La Corte IDH ha indicado: “223. Al respecto, ya en el *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, la Corte verificó que diversos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, entre ellos Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela, a través de su normatividad interna, así como otros países a través de sus más altos tribunales de justicia, tales como: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Perú, Venezuela, han incorporado la obligación de consultar previamente con las comunidades indígenas sobre cualquier medida administrativa o legislativa que los afecte directamente”. Véase en: Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr. 223.

³⁵⁸ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Óp. Cit., párr. 164

³⁵⁹ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr. 222

³⁶⁰ ONU (2013). *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*. Óp. Cit., párr. 26

obligaciones preexistentes de los Estados en relación con los derechos humanos, como ha demostrado la labor de los órganos de las Naciones Unidas establecidos en virtud de tratados y otros mecanismos de derechos humanos, y por lo tanto puede considerarse que encarna en determinado grado los principios generales del derecho internacional”³⁶¹.

En esa misma línea, el EMRIP indica que “el principio de participación en la adopción de decisiones también tiene una relación clara con el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, en particular el derecho a la autonomía o el autogobierno, y con la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas en los asuntos que puedan afectarlos, sobre la base del principio del consentimiento libre, previo e informado”³⁶². Este principio de participación, que se relaciona a su vez con los principios de consulta y consentimiento, se fundamenta también en las sendas disposiciones sobre la materia que contiene el Convenio N° 169 de la OIT³⁶³ y la misma DNUDPI. Esta última con más de 20 disposiciones sobre la participación, consulta y consentimiento de los pueblos indígenas³⁶⁴. Esta situación pone de relieve que en la normativa internacional de derechos humanos el derecho de los pueblos indígenas a la participación, al igual que la consulta y el CPLI, se encuentra recogido como principio del Derecho Internacional.

³⁶¹ ONU (2008). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, S. James Anaya, Óp. Cit., párr. 41

³⁶² ONU (2010). *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, Óp. Cit., párr. 5

³⁶³ Convenio N° 169 contiene diversas disposiciones que afirman el derecho de los pueblos indígenas a la participación: a) El derecho a la participación (arts. 2, 5 a 7, 15, 22 y 23); b) El derecho a ser consultado (arts. 6, 15, 17, 22, 27 y 28); c) La obligación del Estado de cooperar con los pueblos indígenas (arts. 7, 20, 22, 25, 27 y 33); d) El derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades (art. 7); e) La obligación de abstenerse de adoptar medidas contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos indígenas (art. 4); f) La obligación de buscar el acuerdo o el consentimiento de los pueblos indígenas (art. 6); g) La obligación de buscar el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas (art. 16); h) El derecho de los pueblos indígenas a ejercer el control sobre su propio desarrollo (art. 7); i) El derecho de los pueblos indígenas a la representación efectiva (arts. 6 y 16). En: ONU (2010). *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*. Óp. Cit., párr. 26

³⁶⁴ ONU (2010). *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*. Óp. Cit., párr. 8. El EMRIP indica a) el derecho a la libre determinación; b) el derecho a la autonomía o el autogobierno; c) el derecho de los pueblos indígenas "a participar"; d) su "derecho a participar activamente"; e) el deber de los Estados de "obtener su consentimiento libre, previo e informado"; f) el deber de buscar un "acuerdo libre" con los pueblos indígenas; g) la obligación de "consultar y cooperar" con los pueblos indígenas; h) el deber de adoptar medidas "conjuntamente" con los pueblos indígenas; e i) la obligación de "respetar debidamente las costumbres" de los pueblos indígenas.

5.1.4. El DCPLI en la jurisprudencia internacional.

Según el art. 38.1.d del Estatuto de la CIJ, bajo la categoría de “decisiones judiciales, “la jurisprudencia internacional califica como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. De acuerdo a Pastor Ridruejo, el vocablo “jurisprudencia” hace referencia al “conjunto de reglas jurídicas que se desprenden de las decisiones judiciales”³⁶⁵. Él también recoge las posiciones de los profesores Giraud y Scelle, quienes, al igual que él, consideran que la jurisprudencia es una fuente autónoma³⁶⁶, planteando una posición distinta a la convencional del Estatuto de la CIJ.

Las funciones que cumple la jurisprudencia en el ordenamiento internacional son sumamente importantes. Díez de Velasco señala que la función de la jurisprudencia internacional es doble: como elemento de interpretación y como medio de prueba de una norma de Derecho Internacional³⁶⁷. Siendo esta última, la función que recoge el artículo 38 del Estatuto de la CIJ³⁶⁸. El juez Álvarez, en su opinión individual en el *Asunto del Estrecho de Corfú*, sostuvo una tercera función. Esta es la de formación y transformación del Derecho Internacional³⁶⁹.

Existe vasta jurisprudencia internacional que reconoce y desarrolla los derechos de los pueblos indígenas. En especial, aquella proveniente de la Corte IDH, principal tribunal internacional regional de derechos humanos que se ha pronunciado sobre casos de proyectos de “desarrollo e inversión” que los Estados imponen a los pueblos indígenas.

³⁶⁵ PASTOR RIDRUEJO, José (2008). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Óp. Cit., p. 82. Véase también: NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO MOYANO (2003). *Derecho Internacional Público. Tomo I: Introducción y fuentes*. Óp. Cit., p. 451.

³⁶⁶ PASTOR RIDRUEJO, José (2008). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Óp. Cit., p. 82 y 83. Véase también: NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO MOYANO (2003). *Derecho Internacional Público. Tomo I: Introducción y fuentes*. Óp. Cit., p. 451

³⁶⁷ DIEZ DE VELASCO, Manuel (1996). *Manual de Instituciones de Derecho Internacional Público*. T.I.. Madrid: Tecnos, p. 96; y NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO MOYANO (2003). *Derecho Internacional Público. Tomo I: Introducción y fuentes*. Óp. Cit., p.457

³⁶⁸ NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO MOYANO (2003). *Derecho Internacional Público. Tomo I: Introducción y fuentes*. Óp. Cit., p. 458

³⁶⁹ Véase Opinión individual en el asunto del Estrecho de Corfú. C.I.J. Recueil, 1949, p. 40. Citado por PASTOR RIDRUEJO, José (2008). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Óp. Cit., p. 89

Otros tribunales regionales, como el TEDH o la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Corte ADHP), no cuentan aún con pronunciamiento de fondo sobre los derechos de los pueblos indígenas ante proyectos de “desarrollo o inversión”.

En concreto, la Corte IDH ha reconocido los derechos de participación, consulta y CPLI de los pueblos indígenas ante proyectos de “desarrollo o inversión” en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*³⁷⁰. La Corte IDH indicó, en el punto resolutivo de la sentencia, que “(e)l Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se lleven a cabo”³⁷¹.

Además, la Corte IDH señaló, por ejemplo, que “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”³⁷². La Corte IDH entendió que “adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su

³⁷⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Óp. Cit., párr. 16. Ver también: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Óp. Cit., párr. 194(c); y CIDH (2010). *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Óp. Cit., p. 279

³⁷¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., Punto Resolutivo 214. 8

³⁷² Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 134

territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones”³⁷³.

5.1.5. El DCPLI en la doctrina

El artículo 38.1 d) del Estatuto de la CIJ establece, también, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho a la “doctrina”. Este artículo se refiere específicamente a “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho”. Al referirse a la misma, la CIJ y la CPJI han utilizado diversas categorías, tales como “opiniones de los autores”³⁷⁴ o simplemente “doctrina”³⁷⁵. Para Novak y García-Corrochano, la doctrina es “la actividad académico-científica de interpretación y sistematización por medio de la cual puede clarificarse el verdadero alcance y el contenido de las normas jurídicas internacionales”³⁷⁶.

Pastor Ridruejo sostiene que la doctrina de los publicistas, “aún no siendo fuente autónoma del Derecho Internacional, contribuye a su formación y aplicación y en ese sentido desempeña un papel nada desdeñable”³⁷⁷. En efecto, de acuerdo a Novak y García-Corrochano, basándose en lo indicado por el juez Gray en el *Asunto Paquete Habana* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos, la doctrina “no se limita a

³⁷³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 137

³⁷⁴ CIJ. *Caso Nottebohm*, sentencia del 6 de abril de 1955, p. 23; y PASTOR RIDRUEJO, José (1986). *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Editorial Tecnos, p. 151. Citados en: NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO MOYANO (2003). *Derecho Internacional Público. Tomo I: Introducción y fuentes*. Óp. Cit., p.443.

³⁷⁵ CPJI. *Caso Lotus*. Sentencia de 7 de setiembre de 1927. En: CPJI. Seria A, núme. 10, p. 4 y 31

³⁷⁶ NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO MOYANO (2003). *Derecho Internacional Público. Tomo I: Introducción y fuentes*. Óp. Cit., p.439

³⁷⁷ PASTOR RIDRUEJO, José (2008). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Óp. Cit., p. 156

suministrar la prueba de cuál es el derecho o cómo debe ser interpretado correctamente, sino también abre nuevas posibilidades para transformar ese derecho”³⁷⁸.

En lo que se refiere a derechos de los pueblos indígenas, existe doctrina que ha venido impulsando el reconocimiento de derechos de tales pueblos. Así, cabe destacar, por ejemplo, a Rodolfo Stavenhagen³⁷⁹, James Anaya³⁸⁰, Bartolomé Clavero³⁸¹, y Raquel Yrigoyen³⁸². Todos ellos han desarrollado los derechos de los pueblos indígenas frente a los proyectos de “desarrollo o inversión” en sus territorios, incluso mucho antes que fuentes convencionales o decisiones internacionales se hayan pronunciado sobre los mismos. Ellos han reconocido y desarrollado diversos alcances del DCPLI de los pueblos indígenas que recojo en esta investigación.

Un ejemplo de su aporte al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas se presenta en diversos casos ante la Corte IDH, en los cuales dicho tribunal consideró lo planteado por tales expertos independientes. El más importante, sin lugar a dudas, es el aporte de Rodolfo Stavenhagen en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam* ante la Corte IDH. En ese caso, dicho tribunal recogió lo señalado por Rodolfo Stavenhagen sobre la relevancia del DCPLI frente a proyectos de “desarrollo o inversión”³⁸³.

³⁷⁸ NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO MOYANO (2003). *Derecho Internacional Público. Tomo I: Introducción y fuentes*. Óp. Cit., p. 444.

³⁷⁹ Por ejemplo, Rodolfo Stavenhagen, en calidad de UNSRRIP, es citado por la Corte IDH para fundamentar su sentencia en los siguientes casos: *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam* y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*.

³⁸⁰ Por ejemplo, James Anaya, en calidad de UNSRRIP, fue invitado por la CIDH para sustentar los alcances del derecho a la consulta en una audiencia ante la Corte IDH en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*.

³⁸¹ Bartolomé Clavero se ha desempeñado como vicepresidente del UNPFII.

³⁸² Raquel Yrigoyen ha impulsado diversos programas de implementación del Convenio N° 169 de la OIT en la Región Andina y ha sido consultora de diversos organismos internacionales que velan por el cumplimiento de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas.

³⁸³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 134-136

5.1.6. El DCPLI en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas (DNUDPI)

El UNPFII, y en específico el entonces vicepresidente Bartolomé Clavero, sostiene que la DNUPI es una declaración vinculante para los Estados Parte de la ONU. Se trataría de una declaración *sui generis* distinta a cualquier otro tipo de declaración emitida por la Asamblea de la ONU³⁸⁴. Esta postura se basa en el texto literal del art. 42 de la DNUDPI, que indica que todos los Estados “promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia”. De acuerdo al UNPFII:

“Si bien la Declaración no era vinculante en el sentido, o el grado, en que lo era un tratado, en cambio era vinculante por su carácter y los Estados podían quedar obligados conforme al derecho internacional por vías distintas de la ratificación de tratados. La Declaración era una norma de derechos humanos que no creaba derechos nuevos o especiales sino que ampliaba derechos humanos fundamentales de aplicación universal y los situaba en el contexto cultural, económico, político y social de los pueblos indígenas”³⁸⁵.

Sin embargo, algunos sostienen que la DNUPI no resulta vinculante por sí misma puesto que se trata de una Declaración establecida en una resolución de la Asamblea de la ONU³⁸⁶. Frente a dicha postura, Clavero considera que a lo largo de la historia “ninguna declaración de derechos humanos se ha presentado jamás a sí misma como privada de

³⁸⁴ CLAVERO, Bartolomé. Nota sobre el alcance del mandato contenido en el artículo 42 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el mejor modo de satisfacerlo por parte del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Documento presentado en: Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Séptima Sesión, Nueva York, 21 de abril al 2 de mayo de 2007, E/C.19/2008/CRP. 6, 26 de marzo de 2008, párr. 16

³⁸⁵ UNPFII. *Informe de la reunión del grupo internacional de expertos sobre el papel del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas en la aplicación del artículo 42 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Octavo período de sesiones. Nueva York, 18 a 29 de mayo de 2009. Tema 4 a) del programa provisional. Derechos humanos: aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, E/C.19/2009/2, 4 de febrero de 2009, párr. 17

³⁸⁶ GNUD (2008). *Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas. Febrero de 2008*, p. 10. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/UNDG-Directrices_pueblos_indigenas.pdf (Consulta: 5 de mayo de 2015)

fuerza normativa³⁸⁷. Él toma como ejemplo los casos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, y la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales³⁸⁸. Por eso, él sustenta que contraponer tratados vinculantes y declaraciones no vinculantes transmite el mensaje equivocado de que las declaraciones carecen de fuerza normativa³⁸⁹.

James Anaya señala que más allá de la discusión de la vinculatoriedad de la DNUDPI, no se puede negar que dicho instrumento consagra derechos ya reconocidos en otras fuentes internacionales claramente vinculantes como los tratados, la costumbre internacional y los principios generales del Derecho Internacional³⁹⁰. En todo caso, James Anaya señala que, sobre la base del principio *pro-homine*, la DNUDPI debe ser usada para interpretar y dotar de contenido derechos reconocidos en otras fuentes del Derecho Internacional³⁹¹.

La DNUDPI contiene diversas disposiciones que exigen el CPLI de los pueblos indígenas para determinadas decisiones que les conciernen. La importancia del consentimiento para el ejercicio efectivo de los derechos enunciados en la DNUDPI se

³⁸⁷ CLAVERO, Bartolomé. *Cometido del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas a la Luz del Valor Vinculante y con Vistas a la Mayor Eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Óp. Cit., párr. 2

³⁸⁸ CLAVERO, Bartolomé (2009). "Cometido del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas a la Luz del Valor Vinculante y con Vistas a la Mayor Eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Óp. Cit., párr. 6, 7 y 8

³⁸⁹ CLAVERO, Bartolomé (2009). "Cometido del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas a la Luz del Valor Vinculante y con Vistas a la Mayor Eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Óp. Cit., párr. 2

Por ejemplo, a nivel de la Región Americana, la Corte IDH ha reconocido expresamente que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre constituye una fuente de obligaciones internacionales. Véase: Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, solicitada por el Gobierno de la República de Colombia. Serie A No. 10, párr. 43-45. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf (Consulta: 10 de agosto de 2015)

³⁹⁰ ANAYA, James (2012). "Curso Derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento". Dictado en: Diplomatura de Estudio Internacional en pueblos indígenas, desarrollo, participación y consulta previa. Lima: PUCP e IIDS. Clase presencial dictada en marzo 2012 en el campus PUCP.

³⁹¹ *Ibidem*

refleja en el hecho de que seis de sus artículos prevén exigencias explícitas de dicho consentimiento.

Entre las disposiciones que recogen el DCPLI tenemos, el art. 10 que establece que no se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados. El art. 11 que establece la obligación de los Estados de proporcionar reparación por medio de mecanismos eficaces cuando se haya privado de bienes a dichos pueblos sin ese consentimiento. El art. 19 obliga a los Estados a celebrar consultas con los pueblos indígenas a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten. El párrafo 2 del art. 29 establece que los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni se eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado. Y, el art. 32 establece, en términos más generales, que los Estados deberán celebrar consultas con los pueblos indígenas a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras, territorios o recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

De acuerdo al EMRIP, la DNUDPI “exige que se obtenga el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en las cuestiones que revistan una importancia fundamental para sus derechos, supervivencia, dignidad y bienestar”³⁹². De este modo, el EMRIP indica que “[a] evaluar si un asunto es importante para los pueblos indígenas interesados han de tenerse en cuenta factores tales como el punto de vista y las prioridades de esos pueblos indígenas, y la índole del asunto o de la actividad

³⁹² ONU (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*. Óp. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párr. 23

propuesta y la repercusión que puede tener en los pueblos indígenas afectados, tomando en consideración, entre otras cosas, los efectos acumulativos de las injerencias o actividades anteriores y las desigualdades históricas sufridas por los pueblos indígenas en cuestión”³⁹³.

Asimismo, el EMRIP destaca cómo la DNUDPI establece garantías más protectoras que las reconocidas en el Convenio N° 169 de la OIT. Por ejemplo, el EMRIP señala que “[e]l artículo 10 de la Declaración, partiendo del derecho a la libre determinación, prohíbe el desplazamiento forzoso de los pueblos indígenas de sus tierras o territorios[;] (..) [e]n contraste, el artículo 16, párrafo 2, del Convenio N° 169 de la OIT contiene procedimientos que permiten la reubicación por la fuerza como medida excepcional, sin el consentimiento de los pueblos indígenas interesados”³⁹⁴. Incluso, el EMRIP indica que, a diferencia del Convenio N° 169 de la OIT, la DNUDPI exige expresamente que se obtenga el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en algunas otras situaciones, como las que se enuncian en los artículos 11, párrafo 2, 19, 28, párrafo 1, 29, párrafo 2, y 32, párrafo 2³⁹⁵.

Aquí cabe precisar que si bien el párrafo 1 del art. 30 de la DNUDPI no hace referencia explícita al consentimiento de los pueblos indígenas, sí establece que “[n]o se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado”. De acuerdo a Raquel Yrigoyen, este artículo también establece un supuesto específico y

³⁹³ *Ibíd*em

³⁹⁴ *Ibíd*em

³⁹⁵ *Ibíd*em

adicional en el que se deberá obtener el consentimiento de los pueblos indígenas³⁹⁶. Ello en tanto no se presente las excepciones en él mencionadas.

5.2. Derechos Intrínsecos o inherentes de los pueblos indígenas

Los derechos intrínsecos o inherentes están reconocidos tanto en el derecho interno de los Estados, en especial en sus Constituciones, y el Derecho Internacional³⁹⁷. Son derechos que provienen inherentes a la dignidad humana, y por ende, universales y anteriores al Estado³⁹⁸, tal como indica el art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos³⁹⁹. Artículo que si bien hace una referencia explícita a derechos individuales, al haber elaborado bajo una perspectiva iusnaturalista permite también justificar los derechos colectivos⁴⁰⁰.

Al respecto, Raquel Yrigoyen considera que se puede sostener que “es inherente a la dignidad humana que todos los pueblos y culturas sean consideradas en igual dignidad”. Con ello, ella afirma que “todos los pueblos tienen el derecho inmanente de existir y autodeterminarse, o definir su destino”. Al igual que ella, consideramos que “[l]a idea del derechos de todos los pueblos de existir en igual dignidad se vuelve, incluso, la condición para el ejercicio pleno de los derechos individuales, porque ningún individuo podrá

³⁹⁶ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2011). “El derecho a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento”, *Óp. Cit.*, pp. 103 – 146.

³⁹⁷ *Ibidem*

³⁹⁸ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2007). *Diagnóstico sobre Litigio Estratégico en Derechos Humanos en Guatemala*. Guatemala: Fundación Soros, Capítulo I, p. 4-6

³⁹⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Art. 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

⁴⁰⁰ Raquel Yrigoyen indica que “[i]nicialmente, iusnaturalismo se centró en la inmanencia de los derechos individuales, al punto que en un momento histórico se llegó a identificar los derechos humanos con los derechos individuales, y más propiamente con los derechos del hombre y del ciudadano. La inicial versión restringida de derechos relativos a los hombres libres, se amplió hacia una versión más comprensiva, hacia todos los seres humanos, pero igualmente individualista”. Véase: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2007). *Diagnóstico sobre Litigio Estratégico en Derechos Humanos en Guatemala*, *Óp. Cit.*, p. 7

autodeterminarse si es parte de un pueblo bajo condiciones de colonialismo, esclavismo, apartheid u otras formas de sometimiento”⁴⁰¹.

Volviendo al marco normativo, la DNUDPI reconoce a los derechos intrínsecos o inherentes como fuente de los derechos de los pueblos indígenas sus derechos intrínsecos. Esto es, aquellos que derivan de su propia existencia y forma de ser.

DNUDPI

Séptimo considerando del preámbulo. “Reconociendo la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos”. [Resaltado nuestro]

De acuerdo a Raquel Yrigoyen, los derechos intrínsecos o inherentes se fundan en la sola existencia y dignidad de los pueblos indígenas, y en la autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas⁴⁰². Así, indica que por el solo hecho de existir como pueblos (con una historia y sus propias estructuras de organización), tienen derecho a su forma de vida, a su territorio y recursos para la reproducción de su vida material así como a los medios de reproducción de su vida cultural⁴⁰³. La DNUDPI, en su art. 43, también considera lo mismo al señalar que los derechos reconocidos en ella son las normas mínimas para la supervivencia y dignidad de los pueblos indígenas.

DNUDPI

Art. 43.- “Los derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen **las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad** y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo”. [Resaltado nuestro]

¿Cómo conocer los derechos intrínsecos de los indígenas? Raquel Yrigoyen señala que los derechos intrínsecos son de conocimiento de los propios pueblos, por lo que su

⁴⁰¹ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2007). *Diagnóstico sobre Litigio Estratégico en Derechos Humanos en Guatemala*, Óp. Cit., p. 5

⁴⁰² YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z (2013). “Curso 8. Litigio Estratégico para una defensa integral, Óp. Cit.

⁴⁰³ *Ibíd*em

incorporación exige un proceso de participación, consulta y diálogo intercultural⁴⁰⁴. Para efectos de la presente investigación, consideramos que conocer las demandas indígenas en torno a proyectos de “desarrollo e inversión” nos permitirá visibilizar que ellos consideran el DCPLI como un derecho inherente y que les es propio. Pues, como indica el EMRIP, los pueblos indígenas consideran que el CPLI es “una exigencia, un requisito previo y una manifestación del ejercicio de su derecho a la libre determinación, definido en la normativa internacional de derechos humanos”⁴⁰⁵.

Además, conviene recordar que la Corte IDH ha recogido las demandas, visiones y derecho propio de los pueblos indígenas en diversas sentencias para determinar la responsabilidad internacional de los Estados. Por ejemplo, en el *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, la Corte IDH se valió de los testimonios de los ancianos para fundamentar el derecho al territorio ancestral de esa comunidad.

Los pueblos indígenas de todo el mundo demandan que los Estados obtengan su CPLI en proyectos de “desarrollo o inversión” susceptibles de afectarles. Estas demandas han llegado bajo diversos mecanismos y ante diversas instancias internacionales con el objetivo de ser escuchadas. Tal es el caso, por ejemplo, de la Comunidad Nativa “Tres Islas” de Madre de Dios⁴⁰⁶, cuya ex presidenta, la Sra. Juana Payaba, participó ante la CIDH en una Audiencia Temática sobre “Derecho de los pueblos indígenas a la personalidad jurídica y a la propiedad en Perú” en el 2014. En esa oportunidad, ella indicó lo siguiente:

⁴⁰⁴ *Ibidem*

⁴⁰⁵ ONU (2010). *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, Óp. Cit., párr. 34

⁴⁰⁶ La Comunidad Nativa “Tres Islas” de Madre de Dios está compuesta por descendientes de los pueblos indígenas Shipibo y Ese’ija. Es la primera comunidad en entablar un litigio estratégico para la defensa de sus derechos y lograr que el Tribunal Constitucional del Perú reconozca, en una sentencia a su favor, el derecho a la autonomía, libre determinación y propiedad territorial de los pueblos indígenas. Véase: TCP. EXP. N° 01126-2011-HC/TC. MADRE DE DIOS. JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE, Óp. Cit., párr. 20 en adelante.

“Que se considere el consentimiento [de los pueblos indígenas antes de otorgar concesiones mineras]”. “Es como decir, yo quiero o no quiero [ese proyecto de “desarrollo o inversión”]” “Eso me da entender a mi como pueblo indígena que si yo quiero voy, si yo no quiero, no voy”⁴⁰⁷.

Las palabras de la ex presidenta son contundentes. Las mismas reflejan las constantes demandas de los pueblos indígenas hacia los Estados con miras a que respeten sus decisiones, prioridades, intereses y deseos. Que les pidan su autorización antes de ingresar a sus territorios; y, que ningún proyecto de “inversión o desarrollo” se realice en sus territorios sin su CPLI. Ir en contra de dicho consentimiento ha llevado a que la Comunidad Nativa “Tres Islas”, de la cual es miembro la Sra. Juana, esté afectada por más de 140 concesiones mineras no consentidas por la comunidad ni fiscalizadas por el Estado. El uso de metales pesados, como el mercurio, en las actividades mineras ilegales ha llevado a que se degrade su territorio y se altere sus formas de vida y de toma de decisiones⁴⁰⁸.

Como precisó la Sra. Juana Payaba, los pueblos indígenas quieren decidir si quieren, o no, los proyectos de “desarrollo o inversión”, y son ellos quienes quieren decidir si están dispuestos a aceptar, y hasta qué punto, los impactos en sus formas de vida y desarrollo, y modificaciones en sus hábitats y territorios. Los pueblos indígenas reclaman la potestad de decidir y controlar sus propios territorios y destinos, y velar por el bienestar de sus futuras generaciones. En esa línea, Juana Payaba indica que los pueblos indígenas son conscientes de la responsabilidad que tienen para con sus ancestros, que les dejaron su

⁴⁰⁷ CIDH (2014). *Audiencia Derecho de los pueblos indígenas a la personalidad jurídica y a la propiedad en Perú*, Óp. Cit.

En la audiencia participaron el Estado de Perú, el Instituto Internacional de Derecho y Sociedad (IIDS), la Comunidad Campesina San Juan de Cañaris, la Comunidad Nativa “Tres Islas” de Madre de Dios, y el Pueblo Originario o Nacionalidad Achuar del Perú, representado en la Federación de la Nacionalidad Achuar del Perú (FENAP).

⁴⁰⁸ Véase: ELGUERA ALVAREZ, Carlos J. (2015). “La comunidad nativa “Tres Islas” de Madre de Dios y la lucha por su libre determinación”, Óp. Cit.

territorio, y para con sus hijos e hijas, a quienes les tienen que dejar el territorio en el que actualmente viven⁴⁰⁹.

En efecto, ante la presencia de terceros que extraen recursos naturales y destruyen las formas de vida de los pueblos indígenas, una demanda central de los mismos es su derecho a decidir su modelo de vida y desarrollo. En todos los casos, los pueblos indígenas han denunciado que los Estados hayan tomado decisiones sobre sus territorios, vidas y modelos de desarrollo sin su CPLI. Los pueblos denuncian que los Estados no les consultan ni obtienen su CPLI antes de tomar decisiones en torno a proyectos de “desarrollo o inversión”⁴¹⁰.

Como indicamos, estos reclamos han llegado hasta instancias internacionales, lo que nos permite identificarlas y recogerlas en el marco de casos específicos de litigio en todo el mundo. En todo el mundo, los pueblos indígenas están luchando cada vez más para mantener el control sobre sus territorios ante la creciente invasión de sus territorios por proyectos de “desarrollo o inversión” aprobados sin su CPLI, a expensas de que, como indica el EMRIP, “afectan drásticamente sus derechos”⁴¹¹.

Veamos la demanda de los pueblos indígenas en los cinco continentes. Daremos especial atención a las demandas en la Región Americana, en tanto existen más casos

⁴⁰⁹ Visión de la Sra. Juana Payaba, ex presidenta de la Comunidad Nativa “Tres Islas”, que rescaté a partir de las incontables contables conversaciones que hemos tenido a lo largo del litigio estratégico en defensa de los derechos de la Comunidad Nativa “Tres Islas” de Madre de Dios.

⁴¹⁰ Véase *inter alia*: CIDH (2010). *Audiencia Situación de derechos humanos de las comunidades afectadas por las actividades de la industria minera en la región andina*, Óp. Cit.; (2010) *Audiencia Dificultades legales para el reconocimiento y titulación de tierras indígenas en Guatemala*, Óp. Cit.; (2010) *Audiencia Medida Cautelara MC 260/07 – Comunidades del pueblo maya Sipakapense y Mam, Guatemala*, 140° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 25 de octubre de 2010; (2011) *Audiencia Derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas y afro descendientes en la región andina*, 141° Período de Sesiones, Washington D.C.:CIDH, 29 de marzo de 2011; y (2012) *Audiencia sobre Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Argentina*, 144° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 23 de marzo de 2012.

⁴¹¹ ONU (2010). *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*. Óp. Cit., párr. 87

sobre el tema de investigación. Ello no niega ni menoscaba las demandas indígenas no visibilizadas en el resto de continentes.

5.2.1. América

A nivel del SIDH existen una serie de casos en los cuales los pueblos indígenas alegaron que los Estados fallaron en obtener su consentimiento para autorizar proyectos de “desarrollo o inversión”: En 1998, llegó a la Corte IDH el caso de la comunidad indígena Awas Tingni de la Costa Atlántica de Nicaragua. Esta comunidad demandó al Estado por la violación de su derecho al territorio reconocido en el art. 21 de la CADH debido el otorgamiento de una concesión a la compañía Sol del Caribe S.A. (SOLCARSA) para realizar en el territorio de la comunidad proyectos de “desarrollo o inversión” como la construcción de carreteras y explotación de madera. La CIDH precisó que dicha concesión se otorgó “sin el consentimiento del legítimo propietario de tal territorio: la comunidad indígena Awas Twigni”⁴¹².

En ese mismo año, las comunidades indígenas Mayas del distrito de Toledo demandaron al Estado de Belice ante la CIDH por la vulneración de su derecho al territorio reconocido en Art. XXIII de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (DADH). La CIDH señaló que el otorgamiento de concesiones madereras a las compañías Toledo Atlantic International, Ltd. y Atlantic Industries, Ltd., y concesiones petroleras a la compañía AB Energy, Inc. (posteriormente dividida en US Capital Ltd. e Island Oil Ltd.) en las tierras mayas se dio “sin ninguna consideración por los derechos de éstos en sus tierras, sin el consentimiento de los mayas y sin ninguna indemnización o atenuación de los efectos adversos causados por dicha explotación”⁴¹³.

⁴¹² CIDH. *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República de Nicaragua. Caso de la Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) de Awas Tingni*, 4 de junio de 1998, párr. 8.

⁴¹³ CIDH. *Informe N° 40/04. Caso 12.053. Fondo. Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo*. Belice, Óp. Cit., párr. 50

En el 2000, el pueblo Saramaka demandó al Estado de Suriname por la violación de su derecho al territorio frente al otorgamiento de concesiones a terceros para actividades madereras y petroleras dentro del territorio Saramaka. El pueblo Saramaka denunció que “el Estado no consultó previamente al pueblo afectado en relación con esas actividades, ni obtuvo su consentimiento libre e informado”⁴¹⁴.

En el 2003, el pueblo indígena Kichwa de Sarayaku demandó al Estado de Ecuador por la violación de su derecho al territorio debido al contrato de participación que autorizó la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el bloque No. 23 de la Región Amazónica, entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR) y el consorcio conformado por la CGC y la Petrolera Ecuador San Jorge S.A.⁴¹⁵. El bloque N° 23 abarcaba un 65% del territorio ancestral del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku⁴¹⁶. El pueblo Kichwa de Sarayaku alegó, entre otras cosas, que “el Estado no solo firmó el contrato con la petrolera sin consultar y lograr el consentimiento de la comunidad, sino también permitió y apoyó (mediante la “militarización del territorio”) la incursión ilegal de la compañía CGC en el territorio, a pesar del repetido rechazo de la comunidad”⁴¹⁷.

Otros pueblos indígenas de la región americana han presentado denuncias similares ante el sistema interamericano relacionadas al derecho al consentimiento frente a proyectos de “desarrollo o inversión” como los Pueblos Indígenas Kaliña y Lokono en Suriname afectados por el impacto de concesiones mineras (2007)⁴¹⁸, las comunidades indígenas Ngöbe en el Valle del Río Changuinola en Panamá afectados por un proyecto

⁴¹⁴ CIDH. *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de los 12 Clanes Saramaka (Caso 12.338) contra la República de Surinam*. 23 de junio de 2006, párr. 107 y párr. 111. Asimismo, véase CIDH, *Informe de Admisibilidad y Méritos No. 09/06 sobre el Caso de los Doce Clanes Saramaka*; 2 de marzo de 2006; Apéndice 1; párr. 219.

⁴¹⁵ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Óp. Cit., párr. 63 y 64

⁴¹⁶ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Óp. cit., párr. 65

⁴¹⁷ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Óp. cit., párr. 127

⁴¹⁸ CIDH. *Informe N° 76/07. Petición 198-07. Admisibilidad. Los pueblos Kalina y Lokono*. 15 de octubre de 2007, pp. 1 – 5.

hidroeléctrico (2009)⁴¹⁹, y la comunidad indígena Maho en Suriname (2013)⁴²⁰ afectada por concesiones y permisos a terceros para explotar las tierras, territorios, y recursos naturales ocupados y utilizados tradicionalmente por la Comunidad, entre otros casos.

A nivel de la OIT, ésta ha recibido una serie de reclamaciones sobre violaciones al Convenio N° 169 de la OIT cometidas por Estados Parte. Una de ellas, por ejemplo, es la reclamación, que atendió la OIT en el 2001, sobre la situación de pueblos indígenas en Colombia afectados por la construcción de la represa hidroeléctrica Urrá, en específico sobre la situación del pueblo indígena Embera-Katío del Alto Sinú. En el caso, los pueblos indígenas “alega[ron] que la empresa no obtuvo el consentimiento de varias comunidades indígenas para la ejecución del plan de traslado y reubicación porque dichas comunidades no concordaron con la evaluación de los terrenos y de las mejoras que les correspondían”⁴²¹.

Asimismo, en el 2013, la OIT, al analizar proyectos de implementación de Paraguay sobre el derecho a la consulta, tomó en consideración información de parte de líderes indígenas de dicho Estado que manifestaban “que existen irregularidades que vulneran el derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado reconocido por el Convenio núm. 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”⁴²².

⁴¹⁹ CIDH. *Informe No. 75/09. Petición 286-08*. Admisibilidad. 5 de agosto de 2009, pp. 1 - 5

⁴²⁰ CIDH. *Informe No. 9/13. Petición 1621-09*. Admisibilidad. 19 de marzo de 2013, pp. 1 – 5.

⁴²¹ OIT (2001). RECLAMACIÓN (artículo 24) - COLOMBIA - C169 – 2001. *Central Unitaria de Trabajadores (CUT), Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS) Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)*, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) y la Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS). Decisión, párr. 19

⁴²² OIT (2015). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)*, Óp. Cit., p. 547

5.2.2. África

En el SADHP, la comunidad indígena Endorois demandó a Kenia ante la CADHP en el 2003 por la violación de sus derechos territoriales a raíz de la construcción de una Reserva dentro de su territorio. Lo que generó el traslado forzoso fuera de su territorio ancestral ubicado alrededor del área del Lago Bogoria en la Provincia de Valle Rift. La CADHP determinó que la Reserva fue construida por el Estado sin haber consultado ni obtenido el consentimiento de dicha comunidad y sin haberle otorgado una adecuada y efectiva compensación⁴²³.

En 1996, se presentó ante la CADHP el caso del pueblo indígena Ogoni en Nigeria, cuyo territorio terminó contaminado a raíz de actividades de petrolíferas no autorizadas ni consentidas por el pueblo⁴²⁴. Tampoco, existieron medidas de mitigación o indemnización de los pueblos afectados.

En el 2011, el UNSRRIP recibió comunicaciones sobre la situación de los pueblos indígenas del Valle del Río Omo en Etiopía. Las comunidades bodi, daasanach, kara, muri, kwegu y nyangatom⁴²⁵ serían directamente afectadas por la construcción del proyecto Hidroeléctrico Gibe III, entre otros programas de desarrollo del Estado. Las comunicaciones indicaban que el Estado violó una serie de derechos de tales pueblos producto de dicha construcción. Para el UNSRRIP, “the Government has failed to obtain

⁴²³ CADHP. *Communication 276 / 2003 – Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya*, Óp. Cit., párrs. 2, 132 – 135, 226, 274, 280, 290, 291, 293, 296 y 297.

⁴²⁴ CADHP. *Communication 155/96. The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights / Nigeria*. Done at the 30th Ordinary Session, held in Banjul, The Gambia from 13th to 27th October 2001.

⁴²⁵ MCKENNA, Ed. (2013). “África: Central hidroeléctrica en Etiopía arrasa con medios de vida indígenas”. 21 de noviembre de 2013. Disponible en: <http://servindi.org/actualidad/96552>. (Consulta: 5 de mayo de 2015)

the consent of affected indigenous groups prior to resettlement and the lack of services provided at resettlement sites”⁴²⁶.

En el 2013, la Corte ADHP otorgó medidas provisionales a favor de la Comunidad Ogiek del Bosque Mau, su territorio ancestral, quienes estaban siendo desalojados, por un orden del gobierno de Kenya, fuera de su bosque sin contar con su consentimiento y en contra de su voluntad⁴²⁷. Los solicitantes indicaron que dicho desalojo traería consecuencias irremediables en la Comunidad Ogiek, tales como la destrucción de los medios de supervivencia y formas de vida, cultura, religión e identidad⁴²⁸.

5.2.3. Asia

El UNSRRIP elaboró un informe sobre la situación de los pueblos indígenas en Asia a partir de información que recibió de los pueblos indígenas de dicho continente. En este informe, el Relator dio cuenta de la relevancia del consentimiento de los pueblos indígenas frente a proyectos de “desarrollo o inversión”. Indicó que “[the] consultation and consent procedures are often highly abbreviated processes and, in some jurisdictions, the imposition of bureaucratic rules and time frames incompatible with indigenous decision-making processes have rendered consultation and consent procedures largely ineffective. Further, even where agreements have been reached, the agreements are said to provide inadequate protection for indigenous peoples’ underlying substantive rights, especially rights to lands and resources”⁴²⁹.

⁴²⁶ ONU (2013). *Communications report of Special Procedures. The Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples*. 20 February 2013, ETH 5/2012 Ethiopia, A/HRC/22/67, Human Rights Council, p. 126. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-67_EFS.pdf Véase también: UNSRRIP. Comunicación hacia el gobierno de Etiopía. 22 de octubre de 2012. Disponible en: [https://spdb.ohchr.org/hrdb/22nd/public - AL_Ethiopia_22.10.12_\(5.2012\).pdf](https://spdb.ohchr.org/hrdb/22nd/public - AL_Ethiopia_22.10.12_(5.2012).pdf)

⁴²⁷ Corte ADHP. *Order of provisional measures in ter matter of African Commission on Human and People’s Rights V. The Republic of Kenya*. Application N° 006/2012. March 13th 2013, pp. 1 – 8.

⁴²⁸ *Ibídem*

⁴²⁹ ONU (2013). *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya, Addendum, Consultation on the situation of indigenous peoples in Asia*. Human Rights Council.. Twenty-fourth

5.2.4. Oceanía

En el SUDH, tenemos el caso el pueblo indígena maorí que demandó a Nueva Zelanda en el 2000 por la violación de sus derechos culturales como grupo étnico, en virtud del art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El fundamento de dicha demanda ante el Comité DDHH se basó en “la necesidad de obtener el consentimiento de un grupo minoritario”⁴³⁰ en caso se extinga o abrogue los derechos de propiedad del pueblo.

5.2.5. Europa

El SEDH plantea una serie de retos para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas en dicha región. No por ello, los pueblos indígenas han dejado de demandar el control efectivo de sus territorios para lograr que ningún tercero no autorizado entre a sus territorios sin su consentimiento.

Así, en el caso de *Handölsdalen Sami Village and others Vs. Sweden*, cinco comunidades Sami reclamaron, frente a terceros no indígenas, su derecho a pastorear durante el invierno (winter grazing) como parte de su derecho a la posesión ancestral de sus territorios, actividad que es de vital importancia para la subsistencia de dicho pueblo⁴³¹.

session. Agenda item 3. Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development, A/HRC/24/41/Add. 3, 31 July 2013, párr. 19

⁴³⁰ Comité DDHH. *Comunicación N° 547/1993 : New Zealand*. 15/11/2000. CCPR/C/70/D/547/1993. Convention Abbreviation: CCPR 70º período de sesiones 16 de octubre - 3 de noviembre de 2000, párr. 8.4

⁴³¹ En el caso, terceros no indígenas que alegaban ser propietarios de dichos territorios indicaron que, en base a las pruebas presentadas, los Sami no tenían una posesión ancestral y por ende no tenían derecho a que el mismo sea tutelado. El caso se judicializó a nivel interno y llegó a las instancias correspondientes. En última instancia, Suecia indicó que no se había demostrado la posesión inmemorial de los territorios que reclamaban las comunidades Sami. En la decisión de admisibilidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), este indicó que el art. 1 del Protocolo N° 01 a la Convención Europea de Derechos Humanos no protege el derecho a la posesión de las cinco comunidades Sami en tanto el mencionado derecho era inexistente según los tribunales internos de Suecia. Fuente: TEDH. *Decision as to the Admissibility of Application N° 39013/04 by HANDÖLSDALEN SAMI VILLAGE and Others against Sweden*, 17 February 2009, párr. 45 - 56

En ese caso, el TEDH no consideró que la posesión ancestral de los territorios indígenas no debe ser declarado como tal por el derecho interno del Estado. Esa posesión ancestral deriva de la sola existencia de

5.3. Interpretación de las normas de los derechos de los pueblos indígenas

Como indicamos al inicio de este capítulo existen dos principios que resultan relevantes para efectos de entender de manera conjunta todas las normas del Derecho Internacional que reconocen el DCPLI. Estos dos principios son el principio *pro-homine* o *pro-indígena* y la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

5.3.1. Principio *pro-homine* o *pro-indígena*.

Este principio demanda preferir la norma o interpretación normativa más favorable y que garantice un mayor nivel de protección al derecho en cuestión. En este caso, la protección más alta del DCPLI de los pueblos indígenas. A nivel de la región americana, la Corte IDH ha afirmado que “(...) el equilibrio de la interpretación se obtiene orientandola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, (...)”⁴³².

El principio *pro-homine* se encuentra reconocido en el art. 5.2 del PIDCP y en el art. 29 de la CADH⁴³³. El art. 35 del Convenio N° 169 de OIT consagra también dicho principio. Raquel Yrigoyen considera que dicho artículo consagra el principio *pro-*

los pueblos indígenas y de la especial relación que tienen con sus territorios como medio de subsistencia y reproducción cultura.

⁴³² Corte IDH. *Asunto de Viviana Gallardo y otras*. Decisión del 13 de noviembre de 1981, párr. 16. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_101_81_esp.pdf (Consulta: 5 de mayo de 2015) ; *Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Serie A No. 3, párr. 26. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_03_esp.pdf (Consulta: 5 de mayo de 2015). Citados en MEDINA, Cecilia (1996). “El Derecho Internacional de los Derechos humanos”. En: MEDINA, Cecilia y MERA, Jorge (editores). *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*. Santiago: Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, p. 80. Referencia realizada en: NOVAK, Fabián y Elizabeth SALMÓN (2000). *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*. Lima: IDEI y Fondo Editorial PUCP, p. 80

⁴³³ CADH. Artículo 29.- “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

*indígena*⁴³⁴, en tanto se refiere al supuesto específico de los pueblos indígenas. Literalmente, el artículo en mención señala que “[l]a aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbre o acuerdos nacionales”. En virtud de ese artículo, de acuerdo a Raquel Yrigoyen, se deben aplicar las normas (ya sean internacional o nacionales), costumbres, recomendaciones, laudos o acuerdos nacionales que otorguen más derechos y ventajas a los pueblos indígenas⁴³⁵. De manera similar, el art. 45 de la DNUDPI señala que “nada de lo contenido en la (...) Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos que los pueblos indígenas tienen en la actualidad o puedan adquirir en el futuro”.

En nivel de la jurisprudencia internacional, la Corte IDH ha reafirmado en el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, en base a lo establecido en el art. 29 de la CADH⁴³⁶, que “tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención – que[da] prohib[ida] una interpretación restrictiva de los derechos – (...)”⁴³⁷.

En dicho caso, la Corte IDH consideró el reconocimiento constitucional del derecho a la propiedad indígena en Nicaragua. Esto es, el derecho interno de un Estado que reconocía expresamente derechos territoriales a los pueblos indígenas. Y, así reconoció que el art. 21 de la CADH “protege el derecho a la propiedad en un sentido que

⁴³⁴ Término que utiliza Raquel Yrigoyen en: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2009). *El Convenio Núm. 169 de la OIT y su aplicación en Perú*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, p.5

Convenio N° 169 de la OIT. Art. 35. “La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales”.

⁴³⁵ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2009). *El Convenio Núm. 169 de la OIT y su aplicación en Perú*. Óp. Cit., p. 5

⁴³⁶ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Óp. Cit., párr. 147

⁴³⁷ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Óp. Cit., párr. 148

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 Nicaragua⁴³⁸.

También, la Corte IDH ha interpretado el art. 21 de la CADH a la luz del Convenio N° 169 de la OIT de 1989. Así se lo ha hecho en los Casos *Comunidad Indígena Yakye Axe Vs. Paraguay*, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay* y *Comunidad Indígena Xakmok KaxeK Vs. Paraguay*, por ejemplo. En la que respecta a la DNUDPI de 2007, la Corte IDH ha interpretado el art. 21 de la CADH a la luz de dicha declaración en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*⁴³⁹ y en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*⁴⁴⁰.

Esta interpretación favorable, a la luz de la DNUDPI y el Convenio N° 169 de la OIT, no se ha limitado a derechos territoriales, sino que se ha extendido a diversos derechos de los pueblos indígenas. Por ejemplo, en el *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, la Corte IDH se reconoció el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas reconocidos en los instrumentos internacionales mencionados. Y, en el *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*, la Corte IDH se refirió a la DNUDPI para pronunciarse sobre el derecho de los pueblos indígenas a vivir libres de toda forma de discriminación⁴⁴¹.

Un caso importante de aplicación e interpretación de la norma más favorable sobre los derechos de los pueblos indígenas es el *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá* de 2014. En dicha caso,

⁴³⁸ *Ibidem*.

⁴³⁹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Óp. Cit., párr. 131

⁴⁴⁰ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Óp. Cit., párr. 215 y notas de pie de página n° 218, 237, 242, 248 y 265

⁴⁴¹ Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 279, Nota de pie página 218. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf (Consulta: 5 de mayo de 2015)

la Corte IDH no consideró relevantes, ni aplicó, disposiciones del Convenio N° 107 de la OIT, que se encontraba vigente para el Estado de Panamá. Por el contrario, solo rescató del mencionado instrumento las disposiciones que resultaban relevantes para la protección de los pueblos indígenas a la luz del actual desarrollo del Derecho Internacional⁴⁴². Recordemos que el enfoque que utiliza el Convenio N° 107 es integracionista y por ende contrario al Convenio N° 169 de la OIT, la DNUDPI y la jurisprudencia de la Corte IDH.

- *Relevancia del derecho interno en aplicación del principio pro homine*

En este punto, las fuentes del derecho interno de los Estados también resultan relevantes para el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas. La CIDH ha indicado que debe tomarse en cuenta el sistema jurídico en su conjunto que reconoce determinado derecho. Estado incluye tanto el reconocimiento que tanto el Derecho Internacional como el derecho interno hacen de determinado derecho, ello en tanto, el derecho interno reconozca o desarrolle de mejor manera un derecho determinado con miras a garantizar una mejor protección del mismo. En virtud del art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, nunca el derecho interno deberá ser usado para justificar el incumplimiento de una norma internacional, ni mucho menos, para restringir el contenido de una norma internacional.

Por ejemplo, la CIDH ha afirmado que “el derecho de propiedad consagrado en la CADH no puede interpretarse aisladamente, sino que debe hacerse tomando en cuenta el conjunto del sistema jurídico en el que opera, considerando tanto el derecho nacional

⁴⁴² Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá*, Op. Cit., párr. 116.

¹¹⁶. Con respecto a las obligaciones internacionales, el Tribunal nota que el Convenio OIT N° 107, ratificado por Panamá el 4 de junio de 1971, establece en su artículo 11 que: “[s]e deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones [indígenas, tribales y semi-tribales] sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas”.

como el internacional, en virtud del artículo 29 de la Convención⁴⁴³. Bajo ese fundamento, por ejemplo, la Corte IDH ha utilizado el derecho interno de los Estados, para interpretar el artículo 21 de la CADH, en tanto reconozca y desarrolle con un carácter más garantista el derecho a la propiedad indígena⁴⁴⁴.

También, como vimos, la Corte IDH ha recurrido al derecho interno de los Estados para establecer un consenso regional en torno a derechos de los pueblos indígenas. Así lo ha hecho respecto del derecho a la consulta en el *Caso Pueblo Indígena Sarayaku Vs. Ecuador*⁴⁴⁵, y respecto de la obligación de titular los territorios de los pueblos indígenas en el *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Embera de Bayanó Vs. Panamá*⁴⁴⁶, por ejemplo. De este modo, el derecho interno nos ayuda a determinar una *opinio juris* en torno a determinados temas que resultan relevantes para la presente investigación.

5.3.2. Evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En el caso del DCPLI, corresponde interpretar todas las normas correspondientes a la luz de la situación actual del Derecho Internacional. Recordemos que existe una evolución dinámica de los diferentes instrumentos internacionales que reconocen derechos humanos.

De acuerdo a la Corte IDH, ello “(...) [ejerce] un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular

⁴⁴³ CIDH. *Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa vs. Paraguay*. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Óp. Cit., párr. 120(a).

⁴⁴⁴ La Corte IDH también ha utilizado el derecho interno para reconocer mayores derechos a los pueblos indígenas en los siguientes casos: *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay* y *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá*, entre otros.

⁴⁴⁵ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Sarayaku Vs. Ecuador*, Óp. Cit., párr. 164

⁴⁴⁶ Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Embera de Bayanó Vs. Panamá*, Óp. Cit., párr. 118

las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones”⁴⁴⁷. En esa línea, la Corte IDH ha indicado que “(...) debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”⁴⁴⁸. También ha indicado que “(...) tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales”⁴⁴⁹.

En su momento, la Corte IDH utilizó dicha argumentación para interpretar la CADH de 1969 a la luz del Convenio N° 169 de la OIT de 1989. Por ejemplo, en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axe Vs. Paraguay*, la Corte IDH utilizó el Convenio N° 169 de la OIT de 1989 para dotar de contenido los derechos territoriales de los pueblos indígenas. En ese caso, la Corte IDH indicó que “(...) al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintitos a la Convención Americana, tales como el Convenio No. 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”⁴⁵⁰. Asimismo, la Corte IDH indicó que “[e]l Convenio No. 169 de la OIT contiene diversas disposiciones que guardan relación con el derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas que se examina en este caso,

⁴⁴⁷ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, Óp. Cit., párr. 120, y *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, Óp. Cit., párr. 115.

⁴⁴⁸ *Ibíd*em

⁴⁴⁹ Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Óp. Cit., párr. 114.

⁴⁵⁰ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axe Vs. Paraguay*, Óp. Cit., párr. 127

disposiciones que pueden ilustrar sobre el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención Americana⁴⁵¹.



⁴⁵¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axe Vs. Paraguay*, Óp. Cit., párr. 130

CAPÍTULO 2. ESTÁNDARES INTERNACIONALES APLICABLES A TODO PROCESO CONSULTIVO MEDIANTE EL CUAL LOS PUEBLOS INDÍGENAS DECIDAN OTORGAR O ABSTENERSE DE OTORGAR SU CPLI ANTE PROYECTOS DE “DESARROLLO E INVERSION” EN SUS TERRITORIOS

Como indica el EMRIP, los procedimientos de consulta y CPLI comparten similares “requisitos”⁴⁵², no obstante, el Derecho Internacional reconoce que el DCPLI cuenta con un contenido propio fundado en la libre determinación de los pueblos como componente integral⁴⁵³. Este es, el derecho de los pueblos indígenas, y no del Estado, de decidir, en autonomía, sobre sus destinos, desarrollo y formas de vida. Dicho derecho se ve materializado, en esta investigación, en el derecho de los pueblos indígenas de otorgar o abstenerse de otorgar su CPLI ante proyectos de “desarrollo o inversión” en sus territorios.

Analicemos con detalle los estándares internacionales aplicables a los procesos consultivos a luz del DCPLI de los pueblos indígenas.

1. Sujetos involucrados: Relación Estado y pueblos indígenas

1.1. Sujeto titular: Pueblos indígenas y pueblos tribales

El Derecho Internacional usa las categorías de “pueblos indígenas” y “pueblos tribales”, a las cuales les reconoce los mismos derechos⁴⁵⁴. Por ello, en la presente investigación nos referimos a la categoría jurídica de “pueblos indígenas”, entendiendo que tienen los mismos derechos que los “pueblos tribales”, y que se refiere a los mismos.

⁴⁵² ONU (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, Óp. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones., párr. 21

⁴⁵³ *Ibídem*

⁴⁵⁴ Véase *inter alia*: Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit.; y *Caso Comunidad Garífuna de Triunfo de La Cruz y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit.

No existe una definición universal para tales categorías, y la principal posición es que no resulta necesario contar con una para efectos de protección de los derechos de tales pueblos⁴⁵⁵. Como advierte la CIDH, “[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”⁴⁵⁶. El Derecho Internacional sí reconoce la existencia de “criterios de identificación” para dar con los colectivos humanos cubiertos bajo tales categorías. Así, el art. 1 del Convenio N° 169 de la OIT establece los criterios de identificación para “pueblos indígenas” y “pueblos tribales”, a quienes se les aplicará las disposiciones de dicho tratado internacional.

Tanto en los “pueblos indígenas” como en los “pueblos tribales”, la autoidentificación de tales colectivos humanos será de vital importancia para reconocerlos como tales. Así lo indica el art. 2.2 del Convenio N° 169 de la OIT que 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 (...) Convenio”. Asimismo, el art. 33.1 de la DNUDPI señala que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”.

Tanto la CIDH como la Corte IDH han resaltado la autoidentificación del pueblo como criterio fundamental⁴⁵⁷. La CIDH ha indicado que el “criterio de autoidentificación es el principal para determinar la condición de indígena, tanto individual como colectivamente

⁴⁵⁵ GNUD (2008). *Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas*, Óp. Cit., p. 8.; CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 25; y OIT (2009). *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.

⁴⁵⁶ CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 25.

⁴⁵⁷ Véase *inter alia*: Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr. 51-57 y 82-89 y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras*, óp. Cit., párr. 19-23 y 46-52.

en tanto pueblos”⁴⁵⁸. Igualmente, la Corte IDH, en el *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay* ha afirmado lo siguiente:

“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 identifique”⁴⁵⁹.

De acuerdo al art. 1.1.b del Convenio N° 169 de la OIT, calificarán como “pueblos indígenas” aquellos colectivos que se auto identifican como descendientes “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 “conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”, resultando irrelevante la situación jurídica de tales colectivos. De acuerdo al art. 1.1.a. del Convenio N° 169 de la OIT, calificarán como “pueblos tribales” aquellos colectivos “cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”.

Un ejemplo de aplicación de los criterios de identificación del art. 1 del Convenio 169 de la OIT se presenta en los casos de Surinam y Ecuador ante la Corte IDH. El caso de Surinam presenta un supuesto de aplicación implícita de tales criterios, mientras que, en el caso de Ecuador, estamos ante un supuesto de aplicación explícita de los mismos.

La Corte IDH, en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, indicó que la jurisprudencia desarrollada respecto de los “pueblos indígenas” también resulta aplicable a los “pueblos tribales”. En específico, la Corte IDH señaló que “se debe considerar a los

⁴⁵⁸ CIDH (2007). *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, óp. Cit., párr. 216; y (2010) *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, óp. Cit., párr. 24-31

⁴⁵⁹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, óp. Cit., párr. 37.

miembros del pueblo Saramaka como una comunidad tribal y que la jurisprudencia de la Corte respecto del derecho de propiedad de los pueblos indígenas también es aplicable a los pueblos tribales dado que comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo”⁴⁶⁰. En ese caso, la Corte IDH utilizó los criterios de identificación del art. 1 del Convenio N° 169, pero sin citarlos. Ello se debería a que Surinam no es Estado Parte de dicho tratado internacional.

Y, en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, la Corte IDH recurrió expresamente a los criterios del art. 1 de Convenio N° 169 de la OIT para indicar que los derechos en él reconocidos se aplican tanto a “pueblos indígenas” como “pueblos tribales”⁴⁶¹. De hecho, la Corte IDH hizo referencia a los criterios de identificación de los “pueblos tribales”, pese a que no era necesario hacerlo. Ello, en tanto era claro que, en ese caso, estábamos frente a un “pueblo indígena”.

La importancia de haber hecho referencia a los criterios de los “pueblos tribales” radica en que ahora tales criterios forman parte expresamente de la jurisprudencia de la Corte IDH. Asimismo, con esa referencia la Corte IDH refuerza lo señalado en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam* en el sentido de considerar que los “pueblos indígenas” y “pueblos tribales” gozan de los mismos derechos.

La CEACR ha indicado que los sujetos titulares de los derechos indígenas no se limitan a los que ya ha identificado el derecho interno de los Estados, sino que, además, abarca a todos aquellos otros sujetos que cumplan con los criterios de identificación del

⁴⁶⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 86.

⁴⁶¹ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Óp. Cit., párr. 163.

“163. El Convenio N° 169 de la OIT se aplica, *inter alia*, a “los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”, y (...)”.

art. 1 del Convenio N° 169 de la OIT. Por ejemplo, en el caso del Estado de Fiji, la CEACR indicó que la titularidad de los derechos territoriales recae tanto en los pueblos indígenas iTaukei y rotumanos reconocidos en el preámbulo de la Constitución de dicho Estado como en otros grupos que abarque el Convenio N° 169 de la OIT⁴⁶².

Otro ejemplo, es el caso del Estado de Perú. Este Estado ha reconocido oficialmente ante la CEACR que las categorías de “comunidades campesinas” y “comunidades nativas” se encuentran cubiertas por la categoría de “pueblos indígenas” del Convenio N° 169 de la OIT. La CEACR, después de analizar la información brindada por el Estado de Perú, indicó lo siguiente:

“La Comisión toma nota que el Gobierno informa que el reglamento de la ley número 28945, Ley del Instituto Nacional de Pueblos Andinos, señala en su artículo 2 las definiciones que abarcarían a los pueblos andinos, pueblos amazónicos y pueblos afroperuanos. La Comisión 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 que confirma anteriores memorias de Gobierno y comentarios de la Comisión en el sentido que las comunidades indígena están cubiertas por el Convenio independientemente de su denominación”⁴⁶³.

Asimismo, la CEACR destacó que la categoría de “pueblo” engloba a la categoría “comunidad”, siendo la primera más amplia que la segunda:

“La Comisión reitera que el concepto de pueblo es más amplio que el de comunidad y la 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 Convenio”⁴⁶⁴.

⁴⁶² OIT (2015). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución, Óp. Cit., p. 544*

⁴⁶³ OIT (2009). *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (1989) núm 169 – Perú (ratificación: 1994), publicación: 2009, párr. tercero. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:2296554,102805,Per%C3%BA,2008 (Consulta: 5 de mayo de 2015)*

⁴⁶⁴ OIT (2009). *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (1989) núm 169 – Perú (ratificación: 1994), Óp. Cit., párr. cuarto.*

Asimismo, no resulta necesario que los pueblos indígenas estén registrados o reconocidos por el Estado para ser titulares y ejercer sus derechos. Al respecto, en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, la Corte IDH indicó que:

“82. (...) 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 apareja, 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 Estado”⁴⁶⁵.

Del mismo modo, la Corte IDH también ha indicado en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam* que:

“El hecho que algunos miembros individuales del pueblo Saramaka vivan fuera del territorio tradicional Saramaka y en un modo que difiere de otros Saramakas que viven dentro del territorio tradicional y de conformidad con las costumbres Saramaka no afecta la distinción de este grupo tribal ni tampoco el uso y goce comunal de su propiedad. (...) Además, la falta de identificación individual respecto de las tradiciones y leyes Saramaka por parte de algunos miembros de la comunidad no puede utilizarse como un pretexto para denegar al pueblo Saramaka el derecho a la personalidad jurídica”⁴⁶⁶.

De acuerdo al Convenio N° 169 de la OIT, el Estado tiene el deber de consultar a los “pueblos indígenas” y “pueblos tribales” susceptibles de verse afectados directamente por la medida estatal propuesta. Son estos pueblos, como sujetos colectivos, los titulares de los derechos reconocidos en ese instrumento internacional. Así, en el *Caso Pueblo Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, la Corte IDH reconoció que el Derecho Internacional reconoce a los pueblos como “sujetos colectivos” del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros⁴⁶⁷. Incluso, de acuerdo a la CEACR, los Estados no solo deben consultar a los pueblos que puedan verse afectados directamente, sino también, a

⁴⁶⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Óp. Cit., párr. 82

⁴⁶⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 164.

⁴⁶⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Óp. Cit., párr. 231.

aquellos que puedan verse afectados de forma indirecta.⁴⁶⁸ Por ejemplo, cuando determinado pueblo no se encuentra asentado en el territorio donde se va a llevar a cabo la exploración o explotación de los recursos naturales, pero que sí utiliza ese territorio de alguna u otra manera.

1.2. Sujeto obligado: Estado

Corresponde a los Estados⁴⁶⁹, y no las empresas o cualquier tercero, cumplir con su obligación de consultar a los pueblos indígenas. Tanto el Convenio N° 169 de la OIT como la DNUDPI no demandan la participación de las empresas o de terceros ajenos al Estado a cumplir con este derecho. No existe mención alguna a ellas.

De acuerdo a la CIDH, “la realización de los procesos de consulta es una responsabilidad del Estado, y no de otras partes, tales como la empresa que busca obtener la concesión o el contratado de inversión”⁴⁷⁰. También, el UNSRRIP ha indicado que el “deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas interesados antes de realizar las actividades que los afecten, no es un deber que pueda eludirse delegándolo a una empresa privada u otra entidad”⁴⁷¹. La CEACR, en su Observación General del 2011 al Convenio N° 169 de la OIT, ha indicado que, en relación con la autoridad responsable de las consultas, “los artículos 2 y 6 [del Convenio N° 169 de la OIT] establecen la responsabilidad de los gobiernos”⁴⁷².

⁴⁶⁸ OIT (2008). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)* Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe III (Parte 1A) Informe general y observaciones referidas a ciertos países. Conferencia Internacional del Trabajo, 97° reunión, 2008, Ginebra, p.757

⁴⁶⁹ El Convenio 169 de la OIT usa el término “los gobiernos”. Sin embargo, son los Estados como sujetos de derecho internacional quienes tienen el deber de cumplir con las obligaciones contenidas en todo tratado ratificado en el que son Estado Parte.

⁴⁷⁰ CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 291.

⁴⁷¹ ONU (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*. Óp. Cit., párr. 54-55, y 72. Citado en: CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 291 y nota de pie de página N° 689

⁴⁷² OIT (2011). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)*, Óp. Cit., p. 865.

No obstante, tal como refleja la Corte IDH en el Caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, los Estados confunden los procesos de “socialización” y “entendimiento”, que realizan las empresas privadas o terceros con los pueblos indígenas sobre proyectos determinados, con los procesos de consulta que deben de ser realizados por los Estados. Al respecto, la Corte IDH, en el mencionado caso, ha señalado que “es necesario enfatizar que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta.”⁴⁷³

La intromisión de las empresas o la delegación a terceros del cumplimiento de la consulta, atentaría contra el principio de buena fe, propio de todo proceso consultivo. Recordemos que la CIDH ha indicado que “los actores corporativos son, por definición, entidades no imparciales que buscan generar ganancias”⁴⁷⁴. Tal como ha señalado el UNSRRIP para el caso del proyecto hidroeléctrico El Diquis en Costa Rica, al momento de iniciarse la consulta ni el Estado ni los pueblos indígenas deben de tener por seguro que el proyecto necesariamente vaya a realizarse. Ello, dado que la decisión final de realizar o no el proyecto debe estar sujeta al resultado de la consulta obtenido mediante un diálogo intercultural de buena fe en el que se busque el consenso y el acomodo de los intereses legítimos de las partes⁴⁷⁵.

El Convenio N° 169 de la OIT usa el término “los gobiernos”. Sin embargo, son los Estados como sujetos de derecho internacional quienes tienen el deber de cumplir con las obligaciones contenidas en todo tratado ratificado en el que son Estado Parte.

⁴⁷³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Óp. Cit., párr. 187. Asimismo véase: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Óp. Cit., párrs. 102, 129 y 131; e ONU (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*. Óp. Cit., párr. 53 a 55.

⁴⁷⁴ CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr.291.

⁴⁷⁵ ONU (2011). *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. Consejo de Derechos Humanos. Adición: La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquis en Costa Rica*. Consejo de Derechos Humanos. 18° periodo de sesiones. Tema 3 del programa

Asimismo, la CEACR y la Corte IDH han indicado que corresponde a los Estados demostrar que efectivamente se realizó la consulta con los pueblos indígenas. Esto significa que la carga de la prueba recae en los Estados, debiendo demostrar que cumplieron con cada una de sus obligaciones internacionales en la materia. La Corte IDH, en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, determinó que Ecuador no “había realizado debidamente un proceso de consulta previa”⁴⁷⁶, resaltó 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”⁴⁷⁷.

Otros ejemplos. La CEACR, al analizar la situación del pueblo raizal del archipiélago de San Andrés, Santa Catalina y Providencia a raíz del fallo de la CIJ sobre el conflicto territorial con Nicaragua, indicó que correspondía al Estado de Colombia demostrar que se realizaron las consultas con dicho pueblo toda vez que se han visto afectados en su pesca artesanal al no poder ingresar a sus zonas marítimas tradicionales⁴⁷⁸. En dicho caso, Colombia había alegado que sí había realizado las consultas necesarias con dicho pueblo. Sin embargo, el pueblo raizal cuestionó que las mismas se hayan realizado. Y, en el caso de Guatemala, la CEACR también le solicitó al Estado que pruebe si efectivamente se habían realizado consultas en las actividades de explotación de los recursos de la mina Marlín en San Miguel Ixtahuacán (departamento de San Marcos) y la explotación del níquel y de otros minerales en el territorio del pueblo maya Q’eqchi, en el

provisional. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. A/HRC/18/35/Add.8, 11 de julio de 2011, párr.16

⁴⁷⁶ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Óp. Cit., párr. 189

⁴⁷⁷ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Óp. Cit., párr. 179. Véase también: Corte IDH. *Comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras*, óp. Cit., párr. 163

⁴⁷⁸ OIT (2015). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)*, Óp. Cit., p. 541 y 542

municipio de El Estor (departamento de Izábal)⁴⁷⁹.

2. Oportunidad en la que el Estado debe de obtener el CPLI de los pueblos indígenas

Los Estados se encuentran obligados a consultar a los pueblos indígenas antes de adoptar toda medida administrativa (como concesiones, lotizaciones o licitaciones) o legislativa (como proyectos, leyes, tratados, decretos, ordenanzas, etc.) y en general, antes de todo tipo de medida, plan, programa o proyecto de “desarrollo o inversión” susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. Así lo indican los arts. 6 y 15 del Convenio N° 169 de la OIT y los arts. 19 y 32 de la DNUDPI, entre otras fuentes.

El EMRIP ha indicado que la consulta debe realizarse “cuando el Estado esté considerando adoptar decisiones o medidas que en teoría puedan afectar a la sociedad en general pero que ciertamente afecten a los pueblos indígenas; [y] en particular en los casos en que las decisiones puedan repercutir de forma desproporcionada en los pueblos indígenas”⁴⁸⁰. Ello, coincide con el UNSRRIP, quien ha señalado que “(...) el deber de celebrar consultas con [los pueblos indígenas] se plantea siempre que estén en juego sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales”⁴⁸¹. También, el UNSRRIP ha indicado que la consulta “es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad”⁴⁸².

⁴⁷⁹ OIT (2015). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)*, Óp. Cit., p. 545

⁴⁸⁰ ONU (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, Óp. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párr.16

⁴⁸¹ ONU (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya. Óp. Cit., párr. 44.

⁴⁸² “Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas.”, En: ONU (2009).

Asimismo, el EMRIP indica que los pueblos indígenas deben ser consultados “siempre que se esté estudiando la posibilidad de adoptar una medida o decisión que afecte específicamente a los pueblos indígenas (por ejemplo, a sus tierras o medios de subsistencia)”⁴⁸³. Del mismo modo, la CIDH ha afirmado que el Estado debe garantizar que “los pueblos indígenas sean consultados sobre los temas susceptibles de afectarlos”⁴⁸⁴, sobre todo ante decisiones relativas a cualquier medida que afecte sus territorios⁴⁸⁵, tomando en consideración la especial relación entre los pueblos indígenas y sus territorios y recursos naturales⁴⁸⁶.

Frente a proyectos de “desarrollo o inversión”, la Corte IDH ha sustentado, desde el *Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, que la consulta “debe realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación del proyecto o la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes”⁴⁸⁷. En el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, la Corte IDH indicó que “los procesos de participación y consulta previa deben llevarse a cabo de buena fe en todas las etapas preparatorias y de planificación de cualquier proyecto de esa naturaleza”⁴⁸⁸. Tanto en ese caso como en el *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras*, la Corte IDH indicó que la participación y consulta se debe garantizar “en todas las fases de planeación e implementación de un proyecto o medida que pueda afectar el territorio” de un pueblo indígena “u otros derechos

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Óp. Cit., párr. 43

⁴⁸³ ONU (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, Óp. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párr.16

⁴⁸⁴ CIDH (2009). *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, Óp. Cit., párr. 158.

⁴⁸⁵ CIDH (2009). *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, Óp. Cit., párr. 1058.

⁴⁸⁶ CIDH (2009). *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, Óp. Cit., párr. 1071.

⁴⁸⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr 133; *Caso Pueblo Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Óp. Cit., párr. 167 y *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr. 160

⁴⁸⁸ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Óp. Cit., párr. 300.

esenciales para su supervivencia como pueblo”⁴⁸⁹.

Por ejemplo, en el *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, la Corte IDH analizó cómo la legislación minera había implementado el derecho a la consulta en Honduras a la luz de lo desarrollado. La Corte IDH determinó que dicha legislación supeditaba la realización de la consulta únicamente a la “fase inmediatamente anterior a la autorización de la explotación minera”⁴⁹⁰ y “carec[ía] de la precisión necesaria de los estándares analizados sobre el derecho a la consulta”⁴⁹¹. Ello debido a que no indicaba referencia alguna a que la consulta debía realizarse “desde las primeras etapas del proyecto”⁴⁹².

Recientemente, la Corte IDH, en el *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, ha señalado expresamente que la consulta también es una “garantía que se actualiza de manera previa a la ejecución de acciones que podrían afectar de manera relevante los intereses de los pueblos indígenas y tribales, tales como la etapas de exploración y explotación o extracción”⁴⁹³. En ese caso, si bien la Corte IDH no tenía competencia para pronunciarse sobre la falta de consulta de la concesión otorgada en 1958, indicó que sí podía verificar si se cumplió con la consulta en las etapas del proyecto sobre las que sí tenía competencia. En ese caso, indicó que “la garantía de participación efectiva debió llevarse a cabo de manera previa al inicio de la extracción o explotación minera lo que ocurrió en el presente caso”⁴⁹⁴.

Los jueces Humberto Antonio Sierra Porto y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot señalaron, por ejemplo, que un “proyecto minero está conformado por distintas etapas, entre ellas la de exploración y de factibilidad, de construcción y explotación y la de cierre

⁴⁸⁹ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Óp. Cit., párr. 167; y *Caso Comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr. 160

⁴⁹⁰ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Punta Piedra Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr. 222

⁴⁹¹ *Ibídem*

⁴⁹² *Ibídem*

⁴⁹³ Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 207

⁴⁹⁴ *Ibídem*

del proyecto. En este sentido, la ejecución de estas etapas son actos independientes, que si bien están relacionados entre sí y se derivan del acto originario de la concesión misma, por sus características, deben ser consultadas previamente⁴⁹⁵. Ellos indican que reducir la consulta solo las primeras etapas del proyecto, o solo al otorgamiento de la concesión, “llevaría al absurdo de permitir nuevas explotaciones que tengan un impacto actual sobre la cultura y el territorio indígena, afectándolos por el resto del tiempo en que la concesión siga vigente⁴⁹⁶, y sin ningún tipo de participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones.

Lo señalado por los jueces de la Corte IDH reafirma lo establecido por la misma Corte IDH en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. En ese caso, la Corte IDH se refirió a la necesidad de consultar todas las medidas de las diversas fases de exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas. En concreto, indicó que Ecuador “no realizó alguna forma de consulta con Sarayaku, en ninguna de las fases de ejecución de los actos de exploración petrolera y a través de sus propias instituciones y órganos de representación [;] [e]n particular, el Pueblo no fue consultado antes de que se construyeran helipuertos, se cavaran trochas, se sembraran explosivos o se destruyeran zonas de alto valor para su cultura y cosmovisión⁴⁹⁷.”

En el *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras* que involucró la creación de un área protegida, la Corte IDH también se refirió a diferentes etapas de ese proyecto. Indicó que debe de consultarse tanto la creación misma del área protegida como las subsecuentes medidas administrativas a aprobarse⁴⁹⁸. En efecto, la Corte IDH señaló que además se debió consultar el Plan de Manejo de la referida área

⁴⁹⁵ Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, Óp. Cit., *Voto Concurrente conjunto de los Jueces Humberto Antonio Sierra Porto y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot*, párr. 14

⁴⁹⁶ Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, Óp. Cit., *Voto Concurrente conjunto de los Jueces Humberto Antonio Sierra Porto y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot*, párr. 15

⁴⁹⁷ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Óp. Cit., párr. 184

⁴⁹⁸ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr. 170

protegida. Ello en tanto, este plan “constituye una medida que puede afectar las tierras de la Comunidad y su derecho a tomar las decisiones que consideran pertinentes al respecto, por lo que éste debería haber sido consultado con la Comunidad, al menos la parte del parque nacional que se sobrepone con las tierras otorgadas por el Estado a la Comunidad”⁴⁹⁹.

3. Medidas respecto de la cuales el Estado debe de obtener el CPLI de los pueblos indígenas

Dependiendo de los Estados, los proyectos de “desarrollo o inversión” se aprueban ya sea mediante medidas administrativas o medidas legislativas. Por ejemplo, el reciente Gran Canal Interoceánico de Nicaragua, que afecta a pueblos indígenas y afrodescendientes, fue autorizado mediante Ley N° 840 (conocida como Ley del Gran Canal Interoceánico de Nicaragua)⁵⁰⁰. Esto es, a través de una medida legislativa. Y, en el caso de Perú, por ejemplo, la lotización de más del 60% del territorio del Pueblo Achuar del Pastaza del Perú se dio mediante un Acuerdo de Directorio de PERUPETRO S.A.⁵⁰¹ En otras palabras, mediante una medida administrativa. En ninguno de los dos casos narrados, los Estados realizaron un proceso de consulta con los pueblos indígenas afectados.

3.1. Medidas legislativas

En algunos Estados, los proyectos de “desarrollo o inversión” son aprobados mediante medidas legislativas. En tales casos, la Corte IDH, en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, señaló que “[c]uando se trate de consulta previa a la adopción de

⁴⁹⁹ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr. 171

⁵⁰⁰ Véase: CIDH (2015). *Audiencia Construcción del canal transoceánico y su impacto sobre los derechos humanos en Nicaragua*, 154° Periodo Ordinario de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 16 de marzo de 2015

⁵⁰¹ Véase: CIDH (2014). *Audiencia Derecho de los pueblos indígenas a la personalidad jurídica y a la propiedad en Perú*, Óp. Cit.; y (2012) *Audiencia Situación del Pueblo Achuar del Pastaza, Perú*, Óp. Cit.

una medida legislativa, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas.”⁵⁰² El UNSRRIP, al analizar el proceso de reforma constitucional de Chile del 2009, se ha pronunciado en el mismo sentido⁵⁰³.

De acuerdo a la CIDH y al UNSRRIP, esto incluye también consultar particularmente “la reglamentación legal de los procedimientos de consulta”⁵⁰⁴. Esto es la implementación del marco jurídico interno aplicable a los procesos de consulta.

3.2. Medidas administrativas

Los proyectos de “desarrollo o inversión” pueden ser aprobados por medidas administrativas. Estas medidas son de todo tipo y reciben diferentes nombres, dependiendo del derecho interno del Estado. Así, estas pueden ser denominadas “cuadriculación del territorio”, “lotización”, “concesión”, “autorización”, “licencia”, “permiso”, etc. Sea cual sea el nombre que reciba, la Corte IDH entiende que este tipo de medidas siempre “podría genera[r] una afectación directa sobre el territorio” de los pueblos indígenas⁵⁰⁵.

Por ejemplo, en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, la Corte IDH analizó si las concesiones madereras y mineras auríferas otorgadas sobre el territorio Saramaka se

⁵⁰² Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígenas Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Óp. Cit., párr. 181.

⁵⁰³ Véase también: ONU (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Chile: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*. Consejo de Derechos Humanos. 12° período de sesiones. Tema 3 del programa. Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al desarrollo, A/HRC/12/34/Add.6, 14 de setiembre de 2009, Apéndice A. *Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*, párr. 20.

⁵⁰⁴ CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 300. Según el Relator Especial de la ONU, “[n]o obstante el carácter necesariamente variable de los procedimientos de consulta en los diversos contextos, los Estados deben definir en la ley los procedimientos de consulta requeridos para determinadas categorías de actividades, como las de extracción de recursos naturales, que se realizan en territorios indígenas o que los afectan. Dichos procedimientos, previstos en leyes o reglamentos o en mecanismos especiales de consulta, deben por su parte ser elaborados en consulta con los pueblos indígenas.” En: ONU (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*. Óp. Cit., párr. 67.

⁵⁰⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr.

dieron mediante un proceso consultivo y con participación de dicho pueblo⁵⁰⁶. Y, en el *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, se cuestionaba el contrato que celebró el Estado con una empresa en 1996, mediante el cual autorizaba un proyecto petrolero sobre gran parte del territorio del Pueblo Sarayaku⁵⁰⁷.

4. Características del CPLI

4.1. El consentimiento otorgado por las instituciones representativas de los pueblos indígenas

De acuerdo al art. 6.1.a del Convenio 169 de la OIT y al art. 30.2 de la DNUDPI, los procesos consultivos se realizarán a través de las “instituciones representativas” de los pueblos indígenas y tribales. El Consejo de Administración de la OIT, al pronunciarse sobre una reclamación contra México, indicó que “el Convenio no impone un modelo de institución representativa, lo importante es que estas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas”⁵⁰⁸, y resulta “fundamental cerciorarse de que la consulta se lleva a cabo con las instituciones realmente representativas de los pueblos interesados”⁵⁰⁹. Por ello, el Consejo de Administración de la OIT, en respuesta a una reclamación contra Ecuador, indicó que “si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones y organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con

⁵⁰⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Óp. Cit., párr.144-146 y 155-157

⁵⁰⁷ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Óp. Cit., párr. 64, 128, 169

⁵⁰⁸ OIT (2001). *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio 169 de la OIT*, presentada en virtud del art. 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (SUNAM) y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (Sitrajor), Consejo de Administración, 2001, párr. 102. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID_P50012_LANG_CODE:2507231.es (Consulta: 5 de mayo de 2015); y CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 307

⁵⁰⁹ OIT (2001). Consejo de Administración. *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio 169 de la OIT*, presentada en virtud del art. 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (SUNAM) y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (Sitrajor), Óp. Cit., párr. 102.

los requisitos del Convenio”⁵¹⁰.

Para la Corte IDH, en el *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, la participación de los representantes indígenas es una manifestación del derecho a la autodeterminación de tales pueblos⁵¹¹. En el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte IDH estableció que es el “[P]ueblo Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo Saramaka en cada proceso de consulta⁵¹², debiendo “informar al Estado quién o quiénes lo representarán en cada uno de los procesos de consulta señalados anteriormente”⁵¹³. Al respecto, la Corte IDH ha indicado 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”⁵¹⁴.

Por su parte, el EMRIP ha indicado que antes de la celebración de cualquier consulta, los pueblos o comunidades indígenas deben de especificar qué instituciones propias son las que efectivamente las representan⁵¹⁵. En esa línea, la CEACR destacó en el 2015 que los representantes indígenas, principales y suplentes, en una Comisión de Demarcación Territorial Indígena en Venezuela, de alcance nacional y regional, hayan sido escogidos a través de las asambleas de cada uno de los pueblos indígenas cuyos territorios serían

⁵¹⁰ OIT (2001). *Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT*, Ecuador. Consejo de Administración, 282.ª reunión, GB.282/14/2, noviembre de 2001, párr. 44

⁵¹¹ Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 212, párr. 113 y 115. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf (Consulta: 20 de julio de 2015); y CIDH (2015) Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, Óp. Cit., párr. 210

⁵¹² Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Óp. Cit., párrs. 18 y 22.

⁵¹³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Óp. Cit., párr. 19

⁵¹⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 164

⁵¹⁵ ONU (2010). *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, Óp. Cit., párr. 21

titulados⁵¹⁶.

El UNSRRIP ha manifestado que “[a] la luz de estos criterios mínimos de representatividad, podría señalarse que éstos: i) dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas; ii) deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; iii) debe incluir distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos; y iv) conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género”⁵¹⁷.

Incluso, el EMRIP ha indicado que, considerando que muchas instituciones indígenas “han resultado menoscabadas en procesos discriminatorios históricos que han engendrado la asimetría en la relación entre los Estados y los pueblos indígenas”, resulta vital que “los Estados apoyen el desarrollo de las propias instituciones e iniciativas de los pueblos indígenas y que, cuando corresponda, les proporcionen los recursos necesarios”⁵¹⁸. La OIT considera que ello resulta de particular importancia dado que, a lo largo de la historia, los procesos discriminatorios han socavado la legitimidad, la capacidad y la base de recursos de la mayoría de las instituciones de gobierno de los pueblos indígenas, lo que ha producido una asimetría en las relaciones entre los pueblos indígenas y los estados⁵¹⁹.

⁵¹⁶ OIT (2015). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)*, Óp. Cit., p. 548

⁵¹⁷ ONU (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*, Óp. Cit., Apéndice A. *Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*, párr. 31

⁵¹⁸ ONU (2010). *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, Óp. Cit., párr. 21. Véase también: OIT (2009). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT*, Óp. Cit., p. 59

⁵¹⁹ OIT (2009). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT*, Óp. Cit., p. 62

4.2. Consentimiento obtenido de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias

Tanto el Convenio N° 169 de la OIT como la DNUDPI establecen la obligación de consultar de buena fe. El art. 6.2 del Convenio N° 169 de la OIT establece que las consultas “deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias”. Los arts. 19 y 32.2 de la DNUDPI también destacar la buena fe de los procesos de consulta.

La Corte IDH, en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, indicó que “[l]as consultas deben realizarse de buena fe”⁵²⁰. Y, en el *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*, recogiendo lo señalado por la CEACR, el UNSRRIP y el UNPFII, indicó que la consulta debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”⁵²¹, “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”⁵²². En ese sentido, “es inherente a la consulta”, el establecimiento de “un clima de confianza mutua”⁵²³ y “la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia”.

Adicionalmente, la Corte IDH precisó que la “buena fe 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”⁵²⁴. La CIDH destaca lo precisado por la Corte IDH, puesto que “[e]n demasiado casos, las consultas a los pueblos indígenas se llevan a cabo en climas de hostigamiento e incluso de violencia

⁵²⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 133

⁵²¹ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Óp. Cit., párr. 186

⁵²² *Ibídem*

⁵²³ *Ibídem*

⁵²⁴ *Ibídem*

perpetrada por guardias de seguridad privados contratados por las empresas responsables de los proyectos y, a veces, por las fuerzas de seguridad públicas”⁵²⁵.

Tampoco, habría buena fe en un proceso de consulta, si el Estado ya contará con una decisión predeterminada antes de iniciado el proceso. Es propio de la buena fe que ninguna de las partes involucradas en el proceso de consulta tengo por seguro que determinada medida se vaya a concretar. Ello dependerá del resultado mismo del proceso de consulta. Como indicó el UNSRRIP, en el caso del Proyecto Hidroeléctrico El Diquis de Costa Rica, “[a] iniciarse la consulta, ni el Estado ni el ICE [grupo empresarial estatal Instituto Costarricense de Electricidad] deberían tener como supuesto que el proyecto necesariamente vaya a realizarse, dado que la decisión final de realizar o no el proyecto debería estar sujeta al resultado de la consulta, (...)”⁵²⁶. Asimismo, resaltó que “la buena fe requiere de todas las partes de la consulta, inclusive las partes indígenas, que se reconozcan los intereses legítimos relativos al proyecto hidroeléctrico de ambas partes, y que se intenta llegar a decisiones consensuadas”⁵²⁷.

Asimismo, en el caso del Proyecto Hidroeléctrico Gilgel Gibe III de Etiopia, el UNSRRIP “express[ed] his concern that the consultations were carried out with the goal to “ensure [the project’s] acceptance”, which indicates that the consultations were carried out with a predetermined outcome”⁵²⁸. Y, precisó que “[u]nder relevant international standards, consultations should involve a genuine opportunity for indigenous peoples to present their

⁵²⁵ CIDH (2010). *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 319

⁵²⁶ ONU (2011). *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. Consejo de Derechos Humanos. Adición: La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquis en Costa Rica*. Óp. Cit., párr. 16. Véase también: CIDH (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, Óp. Cit., párr. 203

⁵²⁷ *Ibidem*

⁵²⁸ ONU (2011). *Report by the Special Rapporteur on the rights o indigenous peoples, Addendum. Communications sent, replies received and follow-up. Annex IV. Ethiopia: Situation of the Gilgel Gibe III hydroelectric Project on the Omo River. Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including right to development. James Anaya. Eighteenth session. A/HRC/18/35 Add. 1. 22 de agosto de 2011, párr. 12*

views and to influence decision-making, and the option of not proceeding with the proposed project should not be foreclosed during these consultations”⁵²⁹.

La CIDH indica que es deber de los Estados “el de ajustar o incluso cancelar el plan o proyecto con base en los resultados de la consulta con los pueblos indígenas”⁵³⁰. Así, [e]l no prestar la consideración debida a los resultados de la consulta en el diseño final de los planes o proyectos de inversión o desarrollo o de las concesiones extractivas va en contra del principio de buena fe que rige el deber de consultar, el cual debe permitir a los pueblos indígenas la capacidad de modificar el plan inicial”⁵³¹.

Para el EMRIP, la buena fe requiere que los procesos de consulta se lleven a cabo bajo “un clima de confianza mutua y transparencia”, debiendo el Estado “asegurarse de que los pueblos indígenas tengan toda la información pertinente sobre el asunto en cuestión y de que la puedan comprender plenamente”⁵³². Para el EMRIP, la buena fe está estrechamente ligada con el objetivo de las consultas que es el acuerdo o consentimiento de los pueblos indígenas. Indica que “deben hacerse esfuerzos auténticos para alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento”⁵³³.

4.3. Consentimiento previo

Tanto el Convenio N° 169 de la OIT como la DNUDPI reconocen el carácter previo de la consulta. El art. 15.2 del Convenio N° 169 de la OIT indica los Estados “deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a

⁵²⁹ *Ibidem*

⁵³⁰ CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr.324

⁵³¹ CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr.325.

⁵³² ONU (2010). *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, Óp. Cit., párr. 23; y (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, Óp. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párr. 9

⁵³³ ONU (2010). *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, Óp. Cit., párr. 24; y (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, Óp. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párr. 9

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”.

De manera general, el art. 19 de la DNUDPI establece que “[l]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”. Específicamente, para proyectos de “desarrollo o inversión”, el art. 32.2 de la DNUDPI establece que “[l]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

Asimismo, la Corte IDH, en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam* y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, que “se debe consultar, de conformidad con las propias tradiciones del pueblo indígena, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso, pues el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado”⁵³⁴. Específicamente, en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, la Corte DIH recogió lo desarrollado por la CEACR y el UNSRRIP. En ese caso indicó que “el requisito de consulta previa implica que ésta debe llevarse a cabo antes de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a las

⁵³⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Óp. Cit., párr. 133; y *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Óp. Cit., párr. 180

comunidades, incluyendo medidas legislativas y que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso”⁵³⁵.

La CIDH también ha señalado que las consultas se deben desarrollar “antes de diseñar y ejecutar proyectos de explotación de recursos naturales en las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas”⁵³⁶. Y, ha precisado que “debe realizarse desde que se realiza la evaluación misma del otorgamiento de la concesión [para el proyecto de explotación o extracción de recursos naturales en territorios indígenas]”⁵³⁷.

De acuerdo al EMRIP, estaremos ante un consentimiento “previo” de los pueblos indígenas cuando éste se obtuvo “antes de realizar la actividad relacionada con la decisión, e implica que los pueblos indígenas deben disponer del tiempo necesario para emprender sus propios procesos de toma de decisiones”⁵³⁸.

4.4. Consentimiento libre

El Convenio N° 169 de la OIT y la DNUDPI reconocen el carácter libre de todas las consultas y el consentimiento de los pueblos indígenas. Considerando que la consulta es una forma de participación, el art. 6.1.b) del Convenio N° 169 de la OIT demanda que a los Estados “establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente”. Y, el art. 3. 2 del Convenio N° 169 de la OIT establece que [n]o deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el (...) Convenio”. Los arts. 19 y 32.2 de la DNUDPI demandan que tales consultas con los pueblos indígenas tengan como fin “obtener su consentimiento libre”.

⁵³⁵ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Óp. Cit., párr. 181

⁵³⁶ CIDH (2007). *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, Óp. Cit., párr. 249

⁵³⁷ CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 304

⁵³⁸ ONU (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, Óp. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párr. 26

El EMRIP señala que un consentimiento será “libre” ante “la ausencia de coacción, intimidación o manipulación”⁵³⁹. Ello es muy importante, ya que la historia permite visibilizar casos de violencia y coerción entre los Estados y los pueblos indígenas. Usualmente, los Estados estigmatizan a los pueblos indígenas, mandando tropas a sus territorios o criminalizando a sus líderes, con el objetivo de imponer los proyectos de “desarrollo o inversión”, y debilitar sus acciones de resistencia. Y es ante esos supuestos que, por ejemplo, la CEACR, al pronunciarse sobre la construcción de una planta de cemento en el municipio de San Juan Sacatepéquez en Guatemala, demandó “a todas las partes concernidas de evitar toda actitud de intimidación y violencia contra quienes no compartan sus puntos de vista respecto del proyecto”⁵⁴⁰.

Otro ejemplo de la falta de libertad en los procesos consultivo es el otorgamiento de diferentes sumas de dinero a los líderes o a algunos sectores de los pueblos indígenas con el objetivo de “convencerlos” de que aprueben un determinado proyecto. Situaciones como esa, han sido denunciadas en el Caso del proyecto de Canal Transoceánico en Nicaragua⁵⁴¹.

4.5. Consentimiento informado

Los arts. 19 y 32.2 de la DNUDPI destacan expresamente que el consentimiento que otorguen los pueblos indígenas debe de caracterizarse por ser “informado”. La Corte IDH señala que el Estado debe asegurarse que los pueblos “tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten [o no] el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria.”⁵⁴² Para ello, es necesario que el “Estado acepte y brinde información, e implica una

⁵³⁹ *Ibíd.* También véase: GNUD (2008). *Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas*. Óp. Cit., p. 28.

⁵⁴⁰ OIT (2015). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)*, óp. Cit., p.545

⁵⁴¹ CIDH (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, Óp. Cit., párr. 174

⁵⁴² Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Óp. Cit., párr. 133

comunicación constante entre las partes”⁵⁴³. En efecto, la Corte IDH, en el *Caso Comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras*, ha indicado que “la mera socialización con la Comunidad o brindar información no necesariamente cumple con los elementos de una consulta previa adecuada, en la medida que no constituyen un diálogo genuino como parte de un proceso de participación con miras a alcanzar un acuerdo”⁵⁴⁴.

La falta información crea dudas en los impactos y crean situaciones de resistencia y posible conflicto. Tal como lo refleja el caso del proyecto de trasvase del río San Francisco que impacta sobre los pueblos Kambiwá, Pipipá, Truká y Tumbalala de Brasil, la CEACR notó, en el 2014, que tales “comunidades consultadas han expresado bastante resistencia y presentado sus dudas sobre el impacto que tendrá el proyecto”⁵⁴⁵. Situación generada ante la falta de información completa sobre el proyecto.

En ese contexto, el EMRIP indica que “informado” significa que “los pueblos indígenas deben contar con toda la información relativa a la actividad en cuestión y que esa información debe ser objetiva y exacta y estar presentada de forma que los pueblos indígenas la puedan comprender”⁵⁴⁶. En esa línea, la CIDH, en la demanda del *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, indicó que los Estados deben brindar “información accesible [o clara], suficiente y oportuna” sobre, por lo menos, dos aspectos. El primero, relacionado al proyecto de “desarrollo o inversión” (por ejemplo, la naturaleza e impactos del proyecto). Y, el segundo, referido al “proceso de consulta que va a

⁵⁴³ *Ibíd*em

⁵⁴⁴ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr. 173

⁵⁴⁵ OIT (2014). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)*, Óp. Cit., p. 603.

⁵⁴⁶ ONU (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, Óp. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párr. 26

adelantar y las razones que lo justifican”⁵⁴⁷.

De acuerdo a la CIDH, la información será accesible o clara cuando “la información entregada sea realmente comprensible, lo cual incluye, entre otros, que su divulgación se realice en lenguaje claro y que, en aquellos casos que fuere necesario, se difunda con ayuda de traductor o en un idioma o dialecto que permita a los miembros de las comunidades indígenas involucradas entenderla de manera plena”⁵⁴⁸. Estaremos ante información suficiente cuando sea “apropiada y completa para la formación de un consentimiento no manipulado en torno al proyecto o actividad propuesta”⁵⁴⁹. Y, será oportuna cuando sea “presentada con suficiente antelación a cualquier autorización o inicio de los procesos de negociación, tomando en cuenta el proceso de consulta y los plazos requeridos para la adopción de decisiones de la respectiva comunidad indígenas”⁵⁵⁰.

En todo el proceso, los Estados deben de garantizar que los pueblos indígenas y sus miembros puedan comprender y hacerse comprender. La retroalimentación de la información es vital en los procesos consultivos. En efecto el art. 12 del Convenio N° 169 de la OIT, que también resulta aplicable a los procesos consultivos⁵⁵¹, establece que “[d]eberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”⁵⁵².

⁵⁴⁷ CIDH. *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros (Caso 12.465) contra Ecuador*, 26 de abril de 2010, párr. 144 y 146. Disponible en: <http://www.cidh.org/demandas/12.465%20Sarayaku%20Ecuador%2026abr2010%20ESP.pdf> (Consulta: 5 de mayo de 2015).

⁵⁴⁸ *Ibid.*, párr. 145

⁵⁴⁹ *Ibidem*

⁵⁵⁰ *Ibid.*, párr. 146

⁵⁵¹ CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 311.

⁵⁵² La DNUDPI también establece determinadas garantías en torno al idioma propio. Véase. DNUDPI. Arts. 14 y 16

En torno al uso del idioma propio o indígena, en el *Caso López Álvarez Vs. Honduras*, la Corte IDH, basándose en el art. 13.1 de la CADH, consideró que “uno de los pilares de la libertad de expresión es precisamente el derecho a hablar, y que éste implica necesariamente el derecho de las personas a utilizar el idioma de su elección en la expresión de su pensamiento”⁵⁵³. Así, la Corte IDH consideró que “el idioma materno representa un elemento de identidad” de los miembros de los pueblos indígenas, y que impedirles hablar su propio idioma “afect[a] su dignidad personal como miembro de dicha comunidad [indígena]”⁵⁵⁴. Para lograr el ejercicio pleno de dicho derecho, la Corte IDH agregó que los Estados “deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos”⁵⁵⁵. Y, “deben tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquéllos”⁵⁵⁶. Para la Corte IDH, la lengua propia o indígena es “uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura”⁵⁵⁷.

Dependiendo de la “complejidad y magnitud” del proyecto de “desarrollo o inversión”, la CIDH considera que “puede requerirse la celebración de reuniones previas de información”, las cuales “no deben confundirse con el tipo de [reuniones] de negociación y diálogo requeridos por un proceso de consulta genuino”⁵⁵⁸. Incluso, ha indicado que “puede requerirse que el Estado suministre a dichos pueblos otros medios, que pueden incluir asistencia técnica e independiente, con miras a que los pueblos indígenas tengan

⁵⁵³ Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 269, párr. 164. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_269_esp.pdf (Consulta: 5 de julio de 2014)

⁵⁵⁴ Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*, ÓP. Cit., párr. 166-169.

⁵⁵⁵ *Ibíd.*, párr. 170

⁵⁵⁶ *Ibíd.*, párr. 171

⁵⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁵⁸ CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr.314

la capacidad de adoptar decisiones plenamente informadas”⁵⁵⁹. Recordemos que el UNSRRIP señala que “por lo general los pueblos indígenas se encuentran en desventaja en cuanto a influencia política, recursos financieros, acceso a la información y educación pertinente con respecto a las instituciones estatales o las partes del sector privado, como las empresas, que son sus contrapartes en las consultas”⁵⁶⁰. Por ello, “(...) los Estados deben tratar debidamente de superar el desequilibrio de poder, garantizando a los pueblos indígenas la asistencia financiera, técnica y de otro tipo que necesiten y haciéndolo sin utilizar dicha asistencia como palanca o para influir en las posiciones de los indígenas en las consultas”⁵⁶¹.

De acuerdo al UNPFII y al Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (GNUM), la información a entregar sobre el proyecto de “desarrollo o inversión”, debe incluir, por lo menos, lo siguiente: “a. la naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto; b. la razón o las razones o el objeto del proyecto y/o la actividad; c. la duración del proyecto o la actividad; d. la ubicación de las áreas que se verán afectadas; e. una evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluso los posibles riesgos, y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución; f. el personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto (incluso pueblos indígenas, personal de sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas); y g. los procedimientos que puede entrañar el proyecto”⁵⁶². La CIDH precisa, además, que se debe de informar tanto los beneficios

⁵⁵⁹ CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 312

⁵⁶⁰ ONU (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*, Óp. Cit., párr. 50-51.

⁵⁶¹ *Ibidem*

⁵⁶² Con información del Extracto del Informe del Seminario Internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas (E/C.19/2005/3), aprobado por el UNPFII (Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas) en su Cuarta Sesión en 2005. Citado en: GNUM (2008). *Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas*, Óp. Cit., p.

como las indemnizaciones a recibirse en el marco del proyecto de “desarrollo o inversión”⁵⁶³.

En este punto, es importante hacer un desarrollo sobre los estándares aplicables a los estudios de impacto, los beneficios y las indemnizaciones por posibles daños relacionados al proyecto de “desarrollo o inversión” a desarrollarse en los territorios indígenas.

4.5.1. Estudios de impacto ambiental, social, cultural y espiritual

El art. 7.3 del Convenio N° 169 de la OIT establece que los Estados “deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos”. Precisa que “los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”. El art. 7.4 del Convenio N°169 de la OIT establece que se deberán “tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”. Por su parte, el art. 29.1 del Convenio N° 169 de la OIT establece que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos”. Indica que “[l]os Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación”.

Por lo anterior, la Corte IDH ha indicado que “el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio [indígena] (...) a menos y hasta que

32 y 33, y CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Óp. Cit., párr. 313

⁵⁶³ CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr.313.

entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental [EISAs]⁵⁶⁴, o que el mismo Estado los lleve a cabo⁵⁶⁵. Asimismo, la Corte IDH considera que “los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental” deben de ser consultados con el pueblo indígena respectivo⁵⁶⁶.

En esa línea, la CIJ, en el *Asunto de las Plantas de celulosa en el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, ha indicado expresamente que los estudios deben de realizarse “prior to the implementation of a project”⁵⁶⁷. Es más, la CIDH añadió que “once operations have started and where necessary, throughout the life of the Project, continuous monitoring of its effects on the environment shall be undertaken”⁵⁶⁸.

De acuerdo a la Corte IDH, la obligación del Estado de supervisar dichos estudios coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo indígena⁵⁶⁹. Estos estudios deberán “respetar las tradiciones y cultura del pueblo [indígena correspondiente]”⁵⁷⁰. En caso estos EISAs no se realicen de acuerdo a tales garantías, el Estado estaría violando el artículo 21 de la CADH⁵⁷¹.

Para la CIDH y la Corte IDH, estos estudios responden a la finalidad última de “preservar, proteger y garantizar la relación especial” de los pueblos indígenas con sus

⁵⁶⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Óp. Cit., párr. 129; y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Óp. Cit., párr. 205.

⁵⁶⁵ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 154

⁵⁶⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Óp. Cit., párr. 16

⁵⁶⁷ CIJ. *Asunto de las Plantas de celulosa en el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, fallo del 10 de abril de 2010, párr. 205

⁵⁶⁸ *Ibidem*

⁵⁶⁹ Corte IDH. *Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 215

⁵⁷⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Óp. Cit., párr. 41.

⁵⁷¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Óp. Cit., párr. 154.

territorios y garantizar su subsistencia como pueblos⁵⁷². La Corte IDH indica que “los EISAs deben ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo [correspondiente] a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio. Por lo tanto, la obligación del Estado de supervisar los EISAs coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo [respectivo] en el proceso de otorgamiento de concesiones”⁵⁷³.

La Corte IDH añade que “el objetivo de los EISAs no es sólo tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también (...) ‘asegura[r] que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten [o no] el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria’”⁵⁷⁴.

Para la Corte IDH, “con miras a cumplir los puntos ordenados por la corte, los EISAs deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto”⁵⁷⁵. La Corte IDH considera que “uno de los más completos y utilizados estándares para EISAs en el contexto de pueblos indígenas y tribales es conocido como *Akwé: Kon Guidelines for the Conduct of Cultural, Environmental and Social Impact Assessments Regarding Developments Proposed to Take Place on, or which are Likely to*

⁵⁷² Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Óp. Cit., párr. 40; y CIDH (2007). *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, Óp. Cit., párr. 254.

⁵⁷³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Óp. Cit., párr. 41; y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Óp. Cit., párr. 205-206.

⁵⁷⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Óp. Cit., párr. 40.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, párr. 41.

*Impact on, Sacred Sites and on Lands and Waters Traditionally Occupied or Used by Indigenous and Local Communities*⁵⁷⁶.

Por su parte, considerando las normas ambientales, el Principio 4 de las “Metas y principios para la evaluación del impacto ambiental” del PNUMA establece que:

“An EIA should include, at a minimum:

(...)

(c) a description of practical alternatives, as appropriate;

(d) an assessment of the likely or potential environmental impacts of the proposed activity and alternatives, including the direct, indirect, cumulative, short-term and long-term effects.

(e) an identification and description of measures available to mitigate adverse environmental impacts of the proposed activity and alternatives, and a assessment of those measures (...)⁵⁷⁷.

Del mismo modo, en la Conferencia de las Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica, los Estados indicaron que si se preveía la posibilidad de que produzcan efectos adversos, “la evaluación del impacto ambiental debería indicar otros tipos de proyectos (incluida la variante de rechazo o de “acción negativa”) así como medidas de mitigación de los efectos o salvaguardias ambientales que puedan incluirse en el diseño del proyecto para reducir los efectos adversos”⁵⁷⁸.

En cuanto al nivel de impacto admisible, la Corte IDH ha indicado que “lo que constituye un nivel aceptable de impacto puede diferir en cada caso. No obstante, el principal criterio con el cual se deben analizar los resultados de los EISAs es que el nivel de impacto no niegue la capacidad de los miembros del pueblo [correspondiente] a sobrevivir como un pueblo [indígena o] tribal”⁵⁷⁹.

⁵⁷⁶ *Ibíd.*, párr. 41 y nota al pie página No. 23.

⁵⁷⁷ UNEP. *Goals and Principles of Environmental Impact Assessment*, Decision 14/25, June 17th, 1987, Principle 4

⁵⁷⁸ Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, Cuarta Reunión, Bratislava, 4 a 15 de mayo de 1998, “Evaluación del impacto ambiental y revisión de los efectos adversos: aplicación del artículo 14”, UNEP/CBD/COP/4/20, 11 de marzo de 1998, p. 2

⁵⁷⁹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Óp. Cit., párr. 42; y CIDH (2010). *Derechos de los pueblos*

Para la CIDH y la Corte IDH, los EISAs también deben abordar el impacto acumulativo de los proyectos existentes. Ambas instancias indican que “uno de los factores que debiera tratar el estudio de impacto social y ambiental es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos. Este análisis permitiría concluir de una manera más certera si los efectos individuales y acumulados de actividades existentes y futuras pueden poner en peligro la supervivencia de los pueblos indígenas o tribales”⁵⁸⁰.

En el *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, la Corte IDH indicó que los EISAs adquieren también “relevancia de manera previa al inicio de actividades de explotación, ya que es allí donde se concreta el área específica en la que se llevaría a cabo las actividades extractivas respecto de toda el área en concesión”⁵⁸¹. Asimismo, indicó que los Estados tienen el deber de proteger los territorios tradicionales “con el fin de prevenir daños en el territorio indígena, inclusive aquel que proceda de terceros, a través de mecanismos adecuados de supervisión y fiscalización que garanticen derechos humanos, en particular, mediante la supervisión y fiscalización de estudios de impacto ambiental”⁵⁸². En ese caso, debido a que no se hicieron oportunamente los estudios de impacto ni se previnieron los daños o se tomaron medidas adecuadas de mitigación, “los efectos negativos se han mantenido en el tiempo, afectando con ello el territorio tradicional y los medios de supervivencia de los miembros de dichos pueblos”⁵⁸³. Ante esta situación, la Corte IDH le recordó al Estado que “también tiene la responsabilidad de supervisar y

indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Óp. Cit., párr. 264

⁵⁸⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Óp. Cit., párr. 41; y CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 262

⁵⁸¹ Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 215

⁵⁸² *Ibíd.*, párr. 221

⁵⁸³ *Ibíd.*, párr. 222

fiscalizar las acciones en el territorio afectado, a efectos de lograr su pronta rehabilitación con el fin de garantizar un pleno uso y goce de los derechos de los pueblos indígenas”⁵⁸⁴.

4.5.2. Beneficios razonables y compartidos

El art. 15.1 del Convenio N° 169 de la OIT establece que los pueblos indígenas tienen derecho “a participar en la utilización, administración y conservación” de los recursos naturales existentes en sus territorios. Y, de acuerdo al art. 15.2 del Convenio N° 169 de la OIT, ante el emprendimiento o autorización de cualquier programa de prospección o explotación de tales recursos, los pueblos indígenas tienen derecho a “participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades”.

De acuerdo a la Corte IDH, “el Estado debe garantizar que los (...) [pueblos indígenas] se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio”⁵⁸⁵. En el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, la Corte IDH consideró que “el derecho a obtener el pago de una "indemnización justa" conforme al artículo 21.2 de la Convención [América sobre Derechos Humanos] se traduce en el derecho de los miembros del pueblo Saramaka a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia”⁵⁸⁶. En opinión de la Corte IDH, el Comité CERD y el UNSRRIP, el concepto de compartir los beneficios es inherente al derecho de indemnización, que a nivel regional estaría reconocido en el art. 21.2 de la Convención⁵⁸⁷.

Por su parte, la CIDH indica que los pueblos indígenas tienen derecho a “participar (...) en la determinación de los beneficios que producirán los planes o proyectos

⁵⁸⁴ *Ibíd*em

⁵⁸⁵ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 129

⁵⁸⁶ *Ibíd.*, párr. 139

⁵⁸⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Óp. Cit., párr. 138-139; Comité CERD, *Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador*, parr. 16; y ONU (2003). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la Resolución N° 2002/65 de la Comisión*. Óp. Cit., párr. 66.

propuestos”⁵⁸⁸. En ese sentido, de acuerdo a la CIDH, los Estados deben garantizar que en el marco de los procedimientos de consulta “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”⁵⁸⁹.

¿Quiénes serían los beneficiarios? La Corte IDH, en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, ha indicado que “la determinación de dichos beneficiarios deberá ser hecha en consulta con el pueblo Saramaka y no unilateralmente por el Estado”⁵⁹⁰. Siguiendo lo que dijeron los representantes de las víctimas en ese caso, la Corte IDH indicó que “tales asuntos pueden ser discutidos y analizados durante el proceso de consulta y el proceso de búsqueda de acuerdos sobre las medidas legislativas y administrativas requeridas para, *inter alia*, dar efecto al requisito de compartir beneficios”⁵⁹¹. Cualquier conflicto que surja a nivel interno del pueblo en torno al destinatario de los beneficios, la Corte IDH indica que debe “debe ser resuelto por “el pueblo Saramaka de conformidad con sus propias costumbres [y normas tradicionales], y no [por] el Estado o esta Corte en el presente caso”⁵⁹². La Corte IDH reitera en el caso que “todos los asuntos relacionados al proceso de consulta con el pueblo Saramaka, así como aquellos relacionados a los beneficiarios de la “justa indemnización” que se debe compartir, deberán ser determinados y resueltos por el pueblo Saramaka de conformidad con sus costumbres y normas tradicionales, y según lo ordenado por el Tribunal en la Sentencia”⁵⁹³.

⁵⁸⁸ CIDH (2009). *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, óp. Cit., párr. 1137, Recomendación 5. Ver también: CIDH (2007). *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, Óp. Cit., párr. 297, Recomendación 5.

⁵⁸⁹ CIDH (2007). *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, óp. Cit., párr. 248; y (2010) *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr.239

⁵⁹⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Óp. Cit., párr. 25

⁵⁹¹ *Ibídem*

⁵⁹² *Ibíd.*, párr. 26.

⁵⁹³ *Ibíd.*, párr. 27

¿Qué no es un beneficio de acuerdo a los estándares internacionales? El UNSRRIP ha indicado, respecto del Proyecto Hidroeléctrico Chan 75 que viene afectando a la Comunidad Charco la Pava y otras comunidades en Panamá, que las donaciones, que puedan dar las empresas en base a su libre voluntad, o el otorgamiento de servicios públicos que el Estado ya tiene la obligación de proveer a todos sus ciudadanos no califican como beneficios⁵⁹⁴. El UNSRRIP ha indicado que “[l]a participación en los beneficios del proyecto, como derecho que corresponde a estas comunidades, va más allá de la indemnización por los daños o perjuicios causados, o de la acción benéfica. Dicha participación implica más bien un reparto equitativo de los beneficios que genera el proyecto, incluyendo los beneficios económicos, con miras a que las comunidades se conviertan realmente en partes interesadas en el desarrollo del proyecto”⁵⁹⁵. Corresponde a los propios pueblos indígenas, en su libre determinación, y sin ningún tipo de presión, decidir si aceptan o no los proyectos en sus territorios, y que sean ellos mismos quienes evalúen y determinen qué beneficios quieren y necesitan. Por ello, la CIDH ha señalado que “los beneficios que puedan recibir los pueblos indígenas no deben ser usados como condicionamiento o presiones para que tales pueblos acepten los proyecto en sus territorios”⁵⁹⁶.

En el *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, el Estado indicó que la construcción de una carretera sería un beneficio generado como consecuencia del proyecto de “desarrollo o inversión” en el territorio indígena. Al respecto, la Corte IDH indicó que no existía evidencia que dicha carretera haya beneficiado a los pueblos, sino, por el

⁵⁹⁴ ONI (2009). *Informe del Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas*, James Anaya, Adenda: Observaciones sobre la situación de la Comunidad Charco la Pava y otras comunidades afectadas por el Proyecto Hidroeléctrico Chan 75 (Panamá). Human Rights Council, Twelfth Session. Agenda ítem 3. A/HRC/12/34/Add.5, 7 de setiembre de 2009, párr. 40. Véase también: CIDH (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, Óp. Cit., párr. 224

⁵⁹⁵ *Ibidem*

⁵⁹⁶ CIDH (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, Óp. Cit., párr. 224

contrario, esta había causado daños graves al medio ambiente de la zona⁵⁹⁷. La Corte IDH señaló en concreto que “dicho acceso no puede ser considerado como un beneficio directo y consensuado en beneficio de los pueblos a la luz de los estándares antes referidos, máxime teniendo en cuenta que dicha carretera fue parte del proyecto de explotación que generó un impacto negativo sobre los recursos naturales de su territorio”⁵⁹⁸.

4.5.3. Indemnización por posibles daños y perjuicios

Frente a proyectos de “desarrollo o inversión”, el Estado tiene la obligación de garantizar la reparación de su territorio, por medios que pueden incluir la restitución, o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa que correspondan por posibles daños y perjuicios. De acuerdo a la Corte IDH, en el *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*, “en casos de expropiación el pago de una indemnización constituye un principio general del derecho internacional”⁵⁹⁹.

La DNUDPI, en su art. 28.1, establece que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado”. En este último supuesto, el art. 28.2 de la DNUDPI establece que “[s]alvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada”.

En lo que se refiere a proyectos de “desarrollo o inversión”, la Corte IDH, en el *Caso*

⁵⁹⁷ Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 228

⁵⁹⁸ Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 229

⁵⁹⁹ Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Excepción Preliminar y Fondo. Serie C No 179, párr. 196. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf (Consulta: 20 de julio de 2015)

del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, ha indicado que “el derecho a recibir el pago de una indemnización conforme al artículo 21.2 de la Convención 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”⁶⁰⁰. Ello en consonancia con el art. 15. 2 del Convenio N° 169 de la OIT, el cual establece que los pueblos indígenas deberán “percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de (...) actividades [referidas a programas de prospección o explotación de recursos existentes en sus tierras]. Por eso, en tanto los proyectos de “desarrollo o inversión” representan una privación del uso y goce regular de sus territorios, corresponde a los pueblos indígenas recibir la correspondiente indemnización, la cual, según el *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*, debe ser “adecuada, pronta y efectiva” para ser considerada una “justa indemnización”.⁶⁰¹.

5. Forma de obtener el CPLI de los pueblos indígenas

La Corte IDH, en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, determinó que “[e]stá claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados”⁶⁰². En aplicación del art. 34 del Convenio 169 de la OIT, el deber de los Estados de consultar debe ser interpretado de manera flexible atendiendo a las disposiciones de cada país e incluso realidad de cada pueblo indígena⁶⁰³. En efecto, si bien el Derecho Internacional no ha establecido una forma única e inequívoca de cómo deberá darse cumplimiento al derecho a la consulta, si

⁶⁰⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 139.

⁶⁰¹ Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*, Óp. Cit., párr. 197; y *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá*, Óp. Cit., Voto parcialmente disidente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 21

⁶⁰² Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Óp. Cit., párr. 165

⁶⁰³ Convenio 169 de la OIT. Art. 34.- “La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”.

ha establecido criterios o parámetros mínimos que resultan claves para guiar todo proceso consultivo.

De acuerdo a Raquel Yrigoyen, es cierto que todas las medidas que adopta un país deben adecuarse a la realidad del mismo, esto es, a las características de los pueblos indígenas que existen en tal país (por ejemplo si son sedentarios o nómades), a los idiomas de los pueblos indígenas, sus condiciones geográficas, etc.⁶⁰⁴. Sin embargo, añade, el principio de aplicación flexible no posibilita la negación del principio de aplicación directa e inmediata de los derechos indígenas ni el incumplimiento de estándares internacionales⁶⁰⁵.

5.1. Objetivo y fin del proceso consultivo: Obtener el CPLI

Toda consulta debe buscar obtener el CPLI de los pueblos indígenas, para lo cual debe cumplir con determinadas formas y articularse en torno a dicho objetivo y fin. Así lo establecen diversas fuentes como la DNUDPI⁶⁰⁶ y el Convenio N° 169 de la OIT⁶⁰⁷. En el caso de proyectos de “desarrollo o inversión” en territorios indígenas, el CPLI de los pueblos indígenas resulta obligatorio con miras a autorizar el proyecto en cuestión.

Como punto de partida, la Corte IDH ha indicado que, para que la consulta se realice efectivamente con miras a obtener el CPLI, los Estados deben “de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y de estructurar sus normas e instituciones”⁶⁰⁸. Lo que implica, además, que los Estados aseguren que los derechos de los pueblos indígenas “no sean obviados en cualquier actividad otra actividad o acuerdo

⁶⁰⁴ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2013). “Curso 8. Litigio estratégico para una defensa integral. Diplomatura de Estudio Internacional en Litigio Estratégico en Derechos de los Pueblos Indígenas y Afrodescendientes”, Óp. Cit., s/p.

⁶⁰⁵ *Ibidem*

⁶⁰⁶ DNUDPI. Arts. 10, 11, 15, 17, 19, 28, 29, 30, 32, 36 y 38

⁶⁰⁷ Convenio N° 169 de la OIT. Art. 6.2

⁶⁰⁸ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr. 159. Véase *inter alia*: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Fondo. Serie C No. 4, párr. 166. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf; y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, párr. 166.

que haga con terceros, o en el marco de decisiones del poder público que afectarían sus derechos e intereses”⁶⁰⁹. Ello es necesario “para posibilitar la creación de canales de diálogo sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas y tribales en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas”⁶¹⁰.

5.2. Procedimientos apropiados y en respeto a las formas propias de toma de decisiones

El art. 6.1.a) de Convenio 169 de la OIT y el art. 30.2 de la DNUDPI indican que las consultas debe de realizarse mediante “procedimientos apropiados”. Para la CIDH y la Corte IDH, la consulta debe realizarse “a través de procedimientos culturalmente adecuados”, “de conformidad con sus propias tradiciones”, y teniéndose en cuenta “los métodos tradicionales del pueblo [correspondiente] para la toma de decisiones”⁶¹¹.

En el *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, la Corte IDH indicó, recogiendo lo señalado por la CEACR y el UNSRRIP, que la expresión "procedimientos apropiados" “debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta y que por tanto no hay un único modelo de procedimiento apropiado”, el cual debería “tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como [contextualmente de] la naturaleza de las medidas consultadas”⁶¹². Así, “tales procesos deben incluir, según criterios sistemáticos y preestablecidos, distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos”⁶¹³. Ello implica, para la

⁶⁰⁹ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr. 160

⁶¹⁰ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr. 159. Véase *inter alia*: Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Óp. Cit., párr. 166.

⁶¹¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 133; y CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 305

⁶¹² Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Óp. Cit., párr. 202

⁶¹³ *Ibídem*

Corte IDH, “que la consulta tiene una dimensión temporal, que de nuevo depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión”⁶¹⁴. De este modo, para la Corte IDH resulta importante que “la consulta no [...] [se agote] en un mero trámite formal”⁶¹⁵.

De acuerdo a la CIDH, la consulta “no es un acto singular, sino un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fe de ambas partes y la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo”⁶¹⁶. Tampoco, según el EMRIP, deben ser reducidas a “meras consultas formales”⁶¹⁷ o “audiencias públicas generales”. Pues en ambos casos “no se consideran suficientes para cumplir con el requisito de procedimientos adecuados”⁶¹⁸.

El EMRIP indica que la consulta deben ser “negociaciones encaminadas a convenir en medidas mutuamente aceptables para las cuales den su consentimiento los pueblos indígenas antes de que se adopten las decisiones correspondientes”⁶¹⁹. Sin embargo, en la práctica, las “consultas” no se han venido realizando adecuadamente. Muchas de ellas, como indica el EMRIP, “han sido manipuladas como instrumentos de relaciones públicas para apoyar propuestas relativas a proyectos de desarrollo, citando observaciones irrelevantes y restando importancia a las voces disidentes para demostrar el supuesto apoyo de la comunidad”⁶²⁰.

En ese sentido, el EMRIP indica que “[l]os procedimientos de consulta deben dar cabida a la expresión plena de las opiniones de los pueblos indígenas, de forma oportuna y sobre la base de un entendimiento completo de las cuestiones en juego, para que

⁶¹⁴ *Ibíd*em

⁶¹⁵ *Ibíd.*, párr. 186

⁶¹⁶ CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 285 y 292

⁶¹⁷ ONU (2010). *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, Óp. Cit., párr. 88

⁶¹⁸ *Ibíd.*, párr. 22

⁶¹⁹ *Ibíd.*, párr. 88

⁶²⁰ *Ibíd.*, párr. 89

puedan influir en el resultado y se pueda alcanzar un consenso”⁶²¹. Asimismo, en tales procesos, los pueblos indígenas “deberán disponer de tiempo suficiente para poder realizar su propio proceso de adopción de decisiones y participar efectivamente en las decisiones adoptadas de manera acorde con sus tradiciones culturales y sociales”⁶²².

En esa línea, la CEACR ha señalado que “la forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tiene que permitir la plena expresión - con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas - de las opiniones de los pueblos y comunidades indígenas interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes”⁶²³. En efecto, el EMRIP indica que el proceso de obtención del consentimiento de los pueblos indígenas “presupone la existencia de un mecanismo y un proceso que permitan a esos pueblos adoptar sus propias decisiones independientes y colectivas sobre asuntos que les afectan”⁶²⁴.

5.3. Mecanismo o procedimiento consultivo elaborado con la participación, colaboración y coordinación de los pueblos indígenas: “la consulta sobre la consulta”

El UNSRRIP, al analizar el caso del Proyecto Hidroeléctrico El Diquis de Costa Rica, ha señalado que “los elementos específicos del procedimiento de consulta en si han de

⁶²¹ ONU (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, Op. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párr. 8

⁶²² *Ibid.*, párr. 9

⁶²³ OIT (2009). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)* Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe III (Parte 1A) Informe general y observaciones referidas a ciertos países. Conferencia Internacional del Trabajo, 98° reunión, Ginebra, p. 731

⁶²⁴ ONU (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, Op. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párr. 24

ser definidos en consulta con los pueblos indígenas afectados por el proyecto”⁶²⁵. Y, ha denominado a dicho proceso como la “consulta sobre la consulta”. Por su parte, la Corte IDH, en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam* estableció que “todos los asuntos relacionados al proceso de consulta con el pueblo Saramaka (...) deberán ser determinados y resueltos por el pueblo Saramaka de conformidad con sus costumbres y normas tradicionales.”⁶²⁶ Ello incluye, sin lugar a dudas, la elaboración de cómo se realizaría el proceso de consulta en sí mismo.

De acuerdo al UNSRRIP, la obligación de realizar este proceso, “no solo deriva de la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas en relación con toda decisión administrativa o legislativa susceptibles de afectarles directamente”⁶²⁷, sino que también es otro elemento necesario para “lograr un clima de confianza y respeto mutuo en las consultas”, por lo que se debe procurar que “el procedimiento consultivo en sí sea resultado del consenso”⁶²⁸.

En esa línea, la CEACR ha indicado que debe desarrollarse un “diálogo constructivo” para establecer un mecanismo apropiado de consulta y participación⁶²⁹. Por ejemplo, al analizar el marco legal hidrocarburífero del Ecuador en el 2015, la CEACR recordó la obligación de los Estados de “[e]stablecer un mecanismo eficaz para la consulta previa con los pueblos indígenas antes de empezar o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”⁶³⁰. Y, en el 2014, al referirse a la situación general del Ecuador en el 2014, la CEACR también indicó que es

⁶²⁵ ONU (2011). *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. Consejo de Derechos Humanos. Adición: La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquis en Costa Rica*. Óp. Cit., párr. 30.

⁶²⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Óp. Cit., párr. 27

⁶²⁷ ONU (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*, Óp. Cit., párr. 51

⁶²⁸ *Ibidem*

⁶²⁹ OIT (2015). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)*, Óp. Cit., p. 545

⁶³⁰ OIT (2015). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)*, Óp. Cit., p. 542 y 543

necesario “el establecimiento de mecanismos eficaces de consulta que tengan en cuenta la concepción de los gobiernos y de los pueblos indígenas y tribales sobre los procedimientos a seguir”⁶³¹.

5.4. Capacidad técnica y financiera

El EMRIP indica que los Estados deben “velar por que los pueblos indígenas dispongan de la capacidad técnica y financiera necesaria para participar en las consultas y las actividades encaminadas a obtener su consentimiento, así como para participar en los procesos de adopción de decisiones a nivel regional e internacional”⁶³². Esto incluye, por ejemplo, que los Estados velen por que los pueblos indígenas dispongan de medios para financiar sus funciones autónomas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la DNUDPI⁶³³.

5.5. Validez de los acuerdos arribados entre los pueblos indígenas y los Estados

En el Derecho Internacional, no existen casos en los que órganos internacionales hayan tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la validez de los acuerdos adoptados en el marco de procesos consultivos. Esto es, por ejemplo, analizar si los acuerdos no significaron la negociación de derechos inalienables o si los compromisos asumidos resultan proporcionales para las partes, e incluso determinar si los acuerdos reflejan las demandas, preocupaciones y opiniones de los pueblos indígenas.

⁶³¹ OIT (2014). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)*, Óp. Cit., p. 609

⁶³² ONU (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, Óp. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párr. 32

⁶³³ ONU (2011). *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, Óp. Cit., ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, párr. 34

Pronunciarnos sobre cómo deben de ser los acuerdos resulta sumamente importante. Sucede que en los acuerdos de algunos procesos, supuestamente “consultivos”, los pueblos indígenas se ven obligados a aceptar una serie de cargas para con el Estado o la empresa ejecutora. Por ejemplo, construir un camino o trocha para que pase el transporte sobre una zona de bosques o donar parte de su territorio para que se pueda levantar determinada edificación. Tales cargas no terminan por mejorar las condiciones de vida de los pueblos ni redundan en beneficio del pueblo en su totalidad. En otros casos, los acuerdos no terminan por atender efectivamente las principales demandas u opiniones que los pueblos indígenas tuvieron a lo largo de todo el proceso consultivo. Ello llevaría a la invalidez de todo el proceso consultivo en tanto los acuerdos, como parte del proceso, no se habrían realizado de buena fe ni con el objetivo de beneficiar a los pueblos indígenas.

Los Estados tienen una obligación de modificar los proyectos en torno a las opiniones, preocupaciones y aportaciones de los pueblos indígenas con miras a garantizar su supervivencia, en caso hayan decidido otorgar su CPLI. Es lo que la CIDH ha denominado el *deber de acomodo*⁶³⁴. Lo que, dependiendo del proyecto y de lo que decida el pueblo, puede incluir la cancelación del proyecto en base a los resultados de la consulta⁶³⁵. Recordemos que el Estado tiene la carga de la prueba en estos casos, por lo que le corresponderá sustentar que cómo incorporó los planteamientos del pueblo, en caso el pueblo indígena haya decidido otorgar su CPLI.

Por ello, consideramos que los acuerdos también deben de ser analizados a la luz de lo que establece el Derecho Internacional para con DCPLI. Concordamos con Raquel Yrigoyen, en el test de cumplimiento sustantivo que plantea basándose en los

⁶³⁴ CIDH (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, Óp. Cit., párr. 181

⁶³⁵ CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr. 324

fundamentos del DCPLI y en los estándares internacionales, el cual parte de las siguientes tres preguntas⁶³⁶:

Respecto al derecho a la libre determinación:

- 1) Si el proyecto garantiza el máximo control posible de las instituciones, formas de vida y desarrollo de los pueblos indígenas.

Y, respecto al derecho a la vida e integridad:

- 2) Si el proyecto tiene como prioridad el mejoramiento de las condiciones de salud, trabajo y vida de los pueblos; y
- 3) Si, en todo caso, las medidas a adoptarse no afectan la integridad física o cultural de tales pueblos, o tal afectación es la mínima posible y es legítima, es decir, está justificada razonablemente. Bajo ningún caso cabe un supuesto de interés “superior” que justifique la destrucción cultural.

5.6. Evaluación periódica y mecanismos frente a posibles violaciones de DDHH para proteger la vida e integridad de los pueblos indígenas

Tanto el EMRIP como los órganos de supervisión de la OIT han establecido que deberá realizarse “una evaluación periódica de la eficacia de los procedimientos o mecanismos de consulta existentes entre los Estados y los pueblos indígenas, con la participación de los pueblos indígenas interesados, a fin de continuar mejorando su eficacia”⁶³⁷. Ello deberá realizarse sobre todo con los procesos de consulta realizados, lo que permita analizar cómo se desarrollaron tales procesos y si se vienen cumpliendo los

⁶³⁶ Véase: YIROGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2011). “El derecho a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento”.

⁶³⁷ ONU (2010). *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*. Óp. Cit., párr. 25; y OIT (2009). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)*, Óp. Cit., p. 731

acuerdos arribados. Sobre este último punto, también es conveniente analizar si los acuerdos arribados son acordes a Derecho y si representan un verdadero beneficio para los pueblos indígenas como lo demanda el Derecho Internacional.

La Corte IDH, en el *Caso Pueblo Indígena Sarayaku Vs. Ecuador* y *Caso Comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras*, ha indicado que corresponde a los Estados “llevar a cabo tareas de fiscalización y de control y desplegar, [y] cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva [...] [del derecho a la consulta,] por medio de los órganos judiciales correspondientes”⁶³⁸. Ello incluye, entre otros supuestos, contar con mecanismos que permitan cuestionar los acuerdos en caso violen derechos; demandar el cumplimiento de los mismos; o solicitar su renegociación.

Aquí cabe recordar que, incluso en el supuesto que se haya obtenido el CPLI de los pueblos indígenas y se decida ejecutar el proyecto, los Estados “deben de seguir velando para que tales actividades, planes o proyectos autorizando no conlleven la negación de la integridad física y cultural de los pueblos indígenas”⁶³⁹. El Estado nunca pierde su deber de garante y debe de cumplir en todo momento con el mismo, incluso acabado el proceso consultivo⁶⁴⁰. Por tal motivo, si después de acabado el proceso consultivo, existe la posibilidad de que se amenace la integridad física o cultural del pueblo indígena⁶⁴¹, el proyecto debe de suspenderse. Por lo que, su continuación solo generaría la responsabilidad internacional del Estado.

En caso de violaciones de derechos humanos de parte de terceros o de las empresas, la Corte IDH se ha referido a los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos

⁶³⁸ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Óp. Cit. párr. 167; y *Caso Comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr. 160

⁶³⁹ CIDH (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, Óp. Cit., párr. 168

⁶⁴⁰ *Ibídem*

⁶⁴¹ CIDH (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, Óp. Cit., párr. 160

humanos” para reiterar que la responsabilidad estatal de proteger los derechos humanos de las personas contra las violaciones cometidas en su territorio y/o jurisdicción por terceros, incluidas las empresas⁶⁴². En efecto, el Principio N° 1 establece que los Estados deben de adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar, mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia de los abusos que aquellas [empresas] puedan cometer⁶⁴³.

5.7. Situaciones en las cuales los pueblos deciden no otorgar su CPLI sin mediar procesos consultivos

Existen dos supuestos frente a los cuales se entenderá que los pueblos indígenas han decidido no otorgar su CPLI para autorizar determinado proyecto de “desarrollo o inversión”. Por ende, los Estados no deben continuar, o en el peor escenario, imponer la realización de tales procesos consultivos. Hacerlo significaría una violación a la buena fe y prohibición de coerción que rige toda consulta.

Estos supuestos son las “auto-consultas” en las cuales los pueblos indígenas deciden no autorizar un proyecto determinado, y el caso de la negativa de los pueblos indígenas a participar en los procesos consultivos. Incluso, puede darse el caso que un pueblo indígena manifieste no participar en un proceso consultivo porque ya decidió no otorgar su CPLI a determinado proyecto en una “auto-consulta”.

En ambos supuestos, si los pueblos indígenas deciden participar posteriormente en los procesos consultivos, dicha participación deberá responder a una decisión autónoma de tales pueblos. Presiones e imposiciones de parte del Estado con miras a forzar una consulta invalidan todo el proceso en sí mismo.

⁶⁴² Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 224

⁶⁴³ Citado en: Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 224

5.7.1. “Auto-consultas” o “consultas comunitarias”

Como indica el UNSRRIP, ante la negativa del Estado de realizar procesos consultivos en relación a proyectos “desarrollo o inversión”, muchos pueblos indígenas “han emprendido procesos propios para expresar su posición respecto a los proyectos en sus territorios tradicionales”⁶⁴⁴. Estos procesos de decisión autónomos son denominados, por los propios pueblos indígenas, como “auto-consultas” en el Perú⁶⁴⁵ y como “consultas comunitarias” en Guatemala⁶⁴⁶.

Estos procesos se realizan a través de las asambleas generales o asambleas comunitarias de los pueblos indígenas, las mismas que representan espacios propios de toma de decisiones, en los cuales participan todos sus miembros de acuerdo a su derecho consuetudinario. También, constituyen espacios en los cuales pueden participar jóvenes, ancianos, mujeres, niños y niñas del pueblo.

Recordemos, además, que tanto la Corte IDH como la CIDH han destacado el rol que cumplen las asambleas generales indígenas en los procesos propios de toma de decisiones sobre los asuntos que les afectan⁶⁴⁷. En efecto, como indica la CIDH, “si bien los pueblos indígenas cuentan con representantes o juntas directivas, éstos se deben y responden al mandato que los pueblos indígenas les hayan dado en sus asambleas

⁶⁴⁴ ONU (2011). *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Adición. Observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos, y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales*. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. 18° período de sesiones. Tema 2 de la agenda. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. A/HRC/18/35/Add.3, 7 de junio de 2011, párr. 28 Disponible en: http://unsr.jamesanaya.org/esp/docs/special/2011-special-guatemala-a-hrc-18-35-add3_sp.pdf (Consulta: 20 de mayo de 2015)

⁶⁴⁵ CIDH (2014). *Audiencia Temática Derecho de los pueblos indígenas a la personalidad jurídica y a la propiedad en Perú*, Óp. Cit.

⁶⁴⁶ ONU (2011). *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Adición. Observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos, y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales*, Óp. Cit., párr. 20

⁶⁴⁷ CIDH. *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros (Caso 12.465) contra Ecuador*, Óp. Cit., párr. 157; y (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, Óp. Cit., párr. 209. Véase *inter alia*: Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, Óp. Cit., párr. 225.

generales o comunitarias”⁶⁴⁸. Además, el UNSRRIP considera que lo decidido en tales asambleas constituye “un reflejo de las aspiraciones legítimas de las comunidades indígenas a ser escuchadas en relación con los proyectos que tengan un impacto potencial sobre sus territorios tradicionales”⁶⁴⁹. Los resultados de estos procesos autonómicos representan una decisión de los pueblos indígenas sustentada en su derecho a la libre determinación.

Algunos Estados cuestionan la vinculatoriedad de los resultados e indican que no son vinculantes⁶⁵⁰. Ante ello, consideramos en tanto se trate de una decisión de los pueblos indígenas tomadas en respeto de sus formas propias de toma de decisiones y en ejercicio de su derecho a la libre determinación, las decisiones de tales “auto-consultas” deben de ser consideradas válidas y vinculantes para los Estados, en tanto ya tomaron una posición sobre determinado tema. Solo si los pueblos indígenas así lo deciden, consideramos que, al igual que el UNSRRIP, tales “auto-consultas” deben de considerarse “como punto de partida para procesos más amplios de consulta, en el marco de procedimientos adecuados y conformes con las normas internacionales, y en los que el Estado participe activamente de acuerdo con sus obligaciones”⁶⁵¹.

⁶⁴⁸ CIDH (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, Óp. Cit., párr. 209

⁶⁴⁹ ONU (2011). *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Adición. Observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos, y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales*, Óp. Cit., párr. 32; (2010). *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, James Anaya. Addendum. Preliminary note on the application of the principle of consultation with indigenous peoples in Guatemala and the case of the Marlin mine*. General Assembly. Human Rights Council. Fifteenth sesión. Agenda item 3. Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development, A/HRC/15/37/Add.8, 8 July 2010, párr. 20

⁶⁵⁰ Como sucede en el caso de las “auto-consultas” realizadas en Guatemala y Perú. Véase. CIDH (2014). *Audiencia Temática Derecho de los pueblos indígenas a la personalidad jurídica y a la propiedad en Perú*, Óp. Cit.

⁶⁵¹ ONU (2011). *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Adición. Observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos, y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales*, Óp. Cit., párr. 32

5.7.2. Oposición manifiesta de participar en los procesos consultivos

En el caso de la oposición expresa de los pueblos indígena a participar en procesos consultivos sobre proyectos de “desarrollo o inversión”, el UNSRRIP considera que “debe entenderse que los pueblos indígenas han denegado expresamente su consentimiento”⁶⁵². En tales casos, los Estados no pueden forzar los procesos de consulta ya que el pueblo indígena ha decidido que no quiere el proyecto de “desarrollo o inversión”. Y, por ende, el pueblo ya ha decidido no otorgar su CPLI.

6. Consecuencias jurídicas ante el cumplimiento e incumplimiento de los estándares internacionales del DCPLI

6.1. Cumplimiento del DCPLI: Ejecución de los acuerdos entre los pueblos indígenas y los Estados

Los acuerdos válidos arribados entre los pueblos indígenas y los Estados celebrados de acuerdo a los estándares internacionales deben de ser ejecutados por el Estado. Afirmar lo contrario, tornaría ineficaz la consulta realizada.

En cuanto a la ejecución de acuerdos entre pueblos indígenas y Estados, la Corte IDH, en el *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, determinó que la misma debe de ser completa, perfecta, integral y sin demora⁶⁵³. En ese caso, la Corte IDH aplicó las garantías del art. 25.2.c) de la CADH⁶⁵⁴ a un acuerdo conciliatorio entre el pueblo y el Estado que tenía como objetivo garantizar la propiedad territorial de ese pueblo⁶⁵⁵. Al igual que ese acuerdo, los procesos consultivos operan con

⁶⁵² ONU (2013). *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*. Óp. Cit., párr. 25.

⁶⁵³ Corte IDH. *Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr. 244

⁶⁵⁴ CADH. Art. 25.2.c). “2. Los Estados Partes se comprometen: (...) c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

⁶⁵⁵ Corte IDH. *Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr. 236

el mismo objetivo. En esa medida, consideramos que tales garantías⁶⁵⁶, en tanto correspondan, son aplicables a los acuerdos producto de los procesos consultivos. Además, recordemos que, en anteriores oportunidades, la Corte IDH ha aplicado estas garantías a procesos estatales de distinta índole⁶⁵⁷.

La ejecución de los acuerdos implica que el Estado tiene la responsabilidad de garantizar los medios para ejecutarlos⁶⁵⁸, lo que puede demandar el establecimiento de medidas claras de ejecución, la intervención de diferentes entidades estatales, la aprobación de partidas presupuestarias, etc.⁶⁵⁹. La Corte IDH ha indicado que, en el marco de un Estado de Derecho, todas las autoridades públicas, dentro de su competencia, deben “dar impulso y ejecución [...] [los acuerdos] sin obstaculizar el sentido y alcance de[] [...] [acuerdo] ni retrasar indebidamente su ejecución”⁶⁶⁰. Como acuerdo en sí mismo debe tener “una vocación de eficacia, por lo que deben ser adoptados mediante mecanismos que permitan su ejecución directa sin requerir la activación de otras vías [...]”⁶⁶¹, lo contrario resultaría en “un esfuerzo desmedido o exagerado en detrimento” del pueblo indígena⁶⁶². Como recalca la Corte IDH, la ejecución debe realizarse “sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen el objetivo de manera rápida, sencilla e integral”⁶⁶³.

⁶⁵⁶ Corte IDH. *Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr. 242

⁶⁵⁷ Véase *inter alia*: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Óp. Cit., párr. 65 y 98; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, Óp. Cit., párr. 144, 145 y 154.

⁶⁵⁸ Corte IDH. *Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr. 245

⁶⁵⁹ *Ibíd.*, párr. 247

⁶⁶⁰ *Ibíd.*, párr. 248

⁶⁶¹ *Ibíd.*, párr. 248

⁶⁶² *Ibíd.*, párr. 249

⁶⁶³ *Ibíd.*, párr. 249

6.2. Incumplimiento del DCPLI: Consecuencias ante la aprobación de proyectos de “desarrollo o inversión” sin contar con el CPLI de los pueblos indígenas

Si un Estado aprueba un proyecto de “desarrollo o inversión” sobre un territorio indígena sin respetar el DCPLI, se genera su responsabilidad internacional por un hecho internacionalmente ilícito⁶⁶⁴ y, por ende, la subsecuente obligación internacional de continuar cumpliendo la obligación violada⁶⁶⁵, la obligación de cesar el incumplimiento de la obligación⁶⁶⁶ y la obligación de reparar⁶⁶⁷. Al respecto, la Corte IDH ha indicado expresamente que “[e]l incumplimiento de la obligación de consultar, o la realización de la consulta sin observar sus características esenciales, pueden comprometer la responsabilidad internacional de los Estados”⁶⁶⁸.

Como forma de reparación en estos casos, consideramos que deben de detenerse la ejecución de los proyectos de “desarrollo o inversión” hasta que se realice un proceso de consulta y se obtenga el CPLI de los pueblos indígenas. Y, si el mismo no se obtiene, el proyecto no deberá continuarse. Ello como forma de restitución de las cosas al estado anterior de su violación⁶⁶⁹. Eso no quita que, también, deban considerarse las posibles indemnizaciones por los daños y perjuicios ya causados y que sean imposibles de restituir al estado anterior de su violación⁶⁷⁰.

⁶⁶⁴ ONU (2002). Resolución N° 56/83. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del Informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr. 1)]. 28 de enero de 2002. Arts. 1, 2 y 3

⁶⁶⁵ ONU (2002). Resolución N° 56/83. *Óp. Cit.*, Art. 29

⁶⁶⁶ *Ibíd.*, Art. 30

⁶⁶⁷ *Ibíd.*, Art. 31

⁶⁶⁸ Corte IDH. *Comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras*, *Óp. Cit.*, párr.

163

⁶⁶⁹ ONU (2002). Resolución N° 56/83. *Óp. Cit.*, Art. 35

⁶⁷⁰ *Ibíd.*, Art. 36

6.2.1. CIDH y Corte IDH

6.2.1.1. “Suspensión”, “Cese” y “Revisión” de proyectos de “desarrollo o inversión” en ejecución

Tanto la CIDH como la Corte IDH han establecido la obligación de revisar los proyectos de “desarrollo o inversión” a la luz de la CADH y la jurisprudencia interamericana. La CIDH ha indicado específicamente que “el Estado debe evaluar si es necesario restringir los derechos contractuales o legales de tales terceros para preservar la supervivencia física y cultural del pueblo correspondiente, a la luz de la jurisprudencia interamericana”⁶⁷¹.

En su momento, a través de medidas cautelares, la CIDH al verificar que no se había realizado la consulta respectiva frente a proyectos de “desarrollo o inversión” en territorios indígenas, determinó que tales proyectos se suspendan hasta que se cumplan los estándares internacionales respectivos con miras a proteger la vida e integridad de los pueblos indígenas afectados. Así, tenemos la *Medida Cautelar 260-07 – Comunidades del Pueblo Maya (Sipakepense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos, Guatemala* del 20 de mayo de 2010. Este es el caso de 18 comunidades del Pueblo Maya que viven en los Municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán (Guatemala) cuyo territorio ancestral estaba afectado por una concesión minera de oro y plata, incluyendo el área de impacto ambiental e hidrológico de la misma, otorgada a la empresa Montana por 25 años para ejecutar el proyecto minero Marlin I.

⁶⁷¹ CIDH (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Óp. Cit., párr.228

En dicho caso, la CIDH “solicitó al Estado de Guatemala que suspenda la explotación minera del proyecto Marlin I y demás actividades relacionadas con la concesión otorgada a la empresa Goldcorp/Montana Exploradora de Guatemala S.A., e implementar medidas efectivas para prevenir la contaminación ambiental”, hasta que la CIDH analice el tema de fondo en la petición respectiva. Ello ante el inicio de la explotación “sin consultar en forma previa, plena, libre e informada a las comunidades afectadas del pueblo maya” y frente a las “graves consecuencias para la vida, integridad personal, el medio ambiente y los bienes del pueblo indígena afectado”. Los solicitantes de la medida indicaron que “varios pozos de agua y manantiales se habrían secado, y los metales presentes en el agua como consecuencia de la actividad minera han tenido efectos nocivos sobre la salud de miembros de la comunidad”. La CIDH también solicitó a Guatemala “adoptar las medidas necesarias para descontaminar en lo posible las fuentes de agua de las 18 comunidades beneficiarias, y asegurar el acceso por sus miembros a agua apta para el consumo humano; atender los problemas de salud objeto de estas medidas cautelares, en particular, iniciar un programa de asistencia y atención en salubridad para los beneficiarios, a efectos de identificar a aquellas personas que pudieran haber sido afectadas con las consecuencias de la contaminación para que se les provea de la atención médica pertinente; adoptar las demás medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad física de los miembros de las 18 comunidades mayas mencionadas; y planificar e implementar las medidas de protección con la participación de los beneficiarios y/o sus representantes”⁶⁷².

⁶⁷² Posteriormente, la CIDH modificó el mandato de las medidas cautelares e indicó lo siguiente: “El 7 de diciembre de 2011, tras examinar la información adicional aportada por el Estado y por los peticionarios, la CIDH notificó su decisión de modificar estas medidas cautelares, y solicitó al Estado de Guatemala que adopte las medidas necesarias para asegurar que los miembros de las 18 comunidades Mayas beneficiarias tengan acceso a agua potable apta para consumo humano, uso doméstico y segura para el riego. En especial, la CIDH solicitó al Estado adoptar las medidas necesarias para que las fuentes de agua de las 18 comunidades beneficiarias no sean contaminadas por acciones de actividades mineras”.

Otro caso es la *Medida Cautelar 382/10 – Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil* otorgada el 1 de abril de 2011. La CIDH otorgó medidas cautelares a favor de los miembros de las comunidades indígenas de la cuenca del Río Xingu, en Pará, Brasil: Arara de la Volta Grande do Xingu; Juruna de Paquiçamba; Juruna del "Kilómetro 17"; Xikrin de Trincadeira Bacajá; Asurini de Koatinemo; Kararaô y Kayapó de la tierra indígena Kararaô; Parakanã de Apyterewa; Araweté del Igarapé Ipixuna; Arara de la tierra indígena Arara; Arara de Cachoeira Seca; y las comunidades indígenas en aislamiento voluntario de la cuenca del Xingu. La solicitud de medida cautelar señalaba que "la vida e integridad personal de los beneficiarios estaría en riesgo por el impacto de la construcción de la usina hidroeléctrica Belo Monte".

En el caso, la CIDH solicitó al Gobierno de Brasil suspender inmediatamente el proceso de licencia del proyecto de la Planta Hidroeléctrica Belo Monte e impedir la realización de cualquier obra material de ejecución hasta que se observen las siguientes condiciones mínimas:

"(1) realizar procesos de consulta, en cumplimiento de las obligaciones internacionales de Brasil, en el sentido de que la consulta sea previa, libre, informada, de buena fe, culturalmente adecuada, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, en relación con cada una de las comunidades indígenas afectadas, beneficiarias de las presentes medidas cautelares;

(2) garantizar que, en forma previa a la realización de dichos procesos de consulta, para asegurar que la consulta sea informada, las comunidades indígenas beneficiarias tengan acceso a un Estudio de Impacto Social y Ambiental del proyecto, en un formato accesible, incluyendo la traducción a los idiomas indígenas respectivos;

(3) adoptar medidas para proteger la vida e integridad personal de los miembros de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario de la cuenca del Xingú, y para prevenir la diseminación de enfermedades y epidemias entre las comunidades indígenas beneficiarias de las medidas cautelares como consecuencia de la construcción de la hidroeléctrica Belo Monte, tanto de aquellas enfermedades derivadas del influjo poblacional masivo a la zona, como de la exacerbación de los vectores de transmisión acuática de enfermedades como la malaria"⁶⁷³.

⁶⁷³ El 29 de julio de 2011, durante el 142do Período de Sesiones, la CIDH evaluó la MC 382/10 en base a información enviada por el Estado y los peticionarios, y modificó el objeto de la medida, solicitando al Estado que: 1) Adopte medidas para proteger la vida, salud e integridad personal de los miembros de las comunidades indígenas en situación de aislamiento voluntario de la cuenca del Xingu, y de la integridad cultural de dichas comunidades, que incluyan acciones efectivas de implementación y ejecución de las medidas jurídico-formales ya existentes, así como el diseño e implementación de medidas de mitigación

Un caso particular es el de la Comunidades Ngöbe, cuyo territorio ancestral se extiende a lo largo del Río Changuinola en la provincia de Bocas del Toro (Panamá), afectadas por la construcción de la represa hidroeléctrica Chan-75, la misma “que inundaría el lugar donde se encuentran establecidas cuatro comunidades indígenas Ngöbes: Charco la Pava, Valle del Rey, Guayabal y Changuinola Arriba, con una población aproximada de 1.000 personas, y que otros 4.000 indígenas Ngöbes se verían asimismo afectados por su construcción”. Lo que afectaría sus actividades tradicionales de caza y pesca.

Este caso contó con medida cautelar otorgada por la CIDH en el 2009 y con una solicitud de medida provisional denegada por la Corte IDH en el 2010. Este caso marcaría la pauta de una nueva postura que planteará la Corte IDH frente a la falta de consulta de proyectos de “desarrollo o inversión” en el marco de medidas urgentes de protección como lo serían las medidas cautelares y provisionales.

A nivel de la CIDH, en la Medida Cautelar 56/08 – Comunidades Indígenas Ngöbe y otras, Panamá otorgada el 18 de junio de 2009 tuvo como fin “evitar daños irreparables al derecho de propiedad y la seguridad del pueblo indígena Ngöbe asentado en la provincia de Bocas del Toro”. La CIDH solicitó a Panamá “suspender las obras de construcción y demás actividades relacionadas con la concesión hasta tanto los órganos del sistema

específicas para los efectos que tendrá la construcción de la represa Belo Monte sobre el territorio y la vida de estas comunidades en aislamiento; 2) Adopte medidas para proteger la salud de los miembros de las comunidades indígenas de la cuenca del Xingu afectadas por el proyecto Belo Monte, que incluyan (a) la finalización e implementación aceleradas del Programa Integrado de Salud Indígena para la región de la UHE Belo Monte, y (b) el diseño e implementación efectivos de los planes y programas específicamente requeridos por la FUNAI en el Parecer Técnico 21/09, recién enunciados; y 3) Garantice la pronta finalización de los procesos de regularización de las tierras ancestrales de pueblos indígenas en la cuenca del Xingu que están pendientes, y adopte medidas efectivas para la protección de dichos territorios ancestrales ante la intrusión y ocupación por no indígenas, y frente a la explotación o deterioro de sus recursos naturales. Adicionalmente, la CIDH decidió que el debate entre las partes en los referente a la consulta previa y el consentimiento informado frente al proyecto Belo Monte se ha transformado en una discusión sobre asuntos de fondo que trasciende el ámbito del procedimiento de medidas cautelares. Información disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp> Buscar por: MC 382/10 – Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil/MC 382/10 – Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil (Consulta: 5 de mayo de 2015)

Interamericano de Derechos Humanos adopten una decisión definitiva sobre el asunto planteado en la Petición”. Asimismo, la CIDH “solicitó al Estado de Panamá adoptar las medidas necesarias para garantizar la libre circulación y la vida e integridad personal de los miembros de la comunidad Ngöbe con el fin de evitar actos de violencia o medidas intimidatorias”.

Posteriormente, ante el incumplimiento de las medidas cautelares otorgadas por parte de Panamá, la CIDH solicitó a la Corte IDH el otorgamiento de medidas provisionales ante la inminente construcción de la represa hidroeléctrica Chan-75. Entre diversos hechos que afectaban la vida e integridad de las comunidades Ngöbe, la CIDH indicó que “los Ngöbes de [dichas] comunidades [...] sostienen que las tierras afectadas por la represa forman parte de su territorio ancestral [, donde] desde tiempos inmemorables caza[n] y pesca[n]”⁶⁷⁴. La CIDH alegó “que existieron diversas irregularidades en los estudios de impacto ambiental y que el Estado otorgó la concesión para construir la represa sin consultar a las comunidades indígenas [presuntamente] afectadas”⁶⁷⁵.

Ante ello, la Corte IDH, además de señalar que la CIDH no ha podido controvertir algunas afirmaciones del Estado, indicó que los alegatos de la CIDH “no permite[n] distinguir entre aquello que corresponde a lo estrictamente cautelar y aquello propio a dirimirse en el fondo de la petición. Al respecto, la Corte recordó a que frente a una solicitud de adopción de medidas provisionales no puede considerar ningún argumento que no sea de aquellos que se relacionan estrictamente con la extrema gravedad, urgencia y necesidad de evitar daños irreparables a personas. Cualquier otro asunto debe

⁶⁷⁴ Corte IDH. *Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus miembros*. Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Panamá. Resolución de la Corte IDH de 28 de mayo de 2010, párr. 5.c. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/ngobe_se_01.pdf (Consulta: 5 de mayo de 2015)

⁶⁷⁵ *Ibidem*

ser resuelto en el marco del fondo del caso contencioso respectivo”⁶⁷⁶. Ello llevó a que la Corte IDH no considere los alegatos sobre la falta de consulta dentro de su análisis para el otorgamiento de la medida provisional. Para la Corte IDH, tales alegatos deberían ser considerados en la etapa de fondo respectiva.

Finalmente, en ese caso, la Corte IDH, basándose en la sentencia del *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, también recordó al Estado “si bien la Convención Americana no prohíbe per se la emisión de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas o tribales, la restricción legítima del derecho a la propiedad comunal exige: i) realizar evaluaciones previas de impacto ambiental y social; ii) realizar consultas con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en los territorios ocupados tradicionalmente; y, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, obtener el consentimiento libre, informado y previo de las comunidades, según sus costumbres y tradiciones, y iii) compartir los beneficios razonables con ellas. Adicionalmente, un factor crucial a considerar es si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”⁶⁷⁷. Añadió que “[e]l deber de garantizar la participación efectiva de los integrantes de comunidades o pueblos indígenas o tribales requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes[, debiendo] (...) [l]as consultas (...) realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo”⁶⁷⁸.

En este nuevo contexto, la CIDH recibió, en el 2011, una solicitud de medidas cautelares mediante la cual solicitaban que la CIDH requiera al Perú que proteja la vida e

⁶⁷⁶ *Ibíd.*, párr. 13

⁶⁷⁷ *Ibíd.*, párr. 18

⁶⁷⁸ *Ibíd.*

integridad de las autoridades y miembros de pueblos indígenas, comunidades campesinas, y rondas campesinas de las provincias de Cajamarca, Celendín y Hualgayoc-Bambamarca en Cajamarca (Perú), quienes se encontraban en riesgo, debido a su oposición a la ejecución de un proyecto minero⁶⁷⁹. Adicionalmente, pidieron que se proteja el territorio ancestral de tales comunidades y rondas campesinas⁶⁸⁰. En ese caso, la CIDH ordenó que se “[a]dopte las medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad personal” de 46 líderes y lideresas de las comunidades y rondas campesinas, los integrantes de la familia Chaupe, al rondero Luis Mayta y al comunicados social César Estrada⁶⁸¹. Para la CIDH, cuestiones como la falta de consulta o los impactos ambientales y sociales, entre otros, serían abordados en “el mecanismo adecuado para abordar dichos alegatos y la información aportada”, que sería la petición P-716-12⁶⁸². Esto quiere decir que serían evaluados en la etapa de fondo correspondiente y no mediante las medidas cautelares.

En el ámbito de la Corte IDH, a partir del *Caso del Pueblo Saramaka Vs Surinam*, la Corte IDH indicó que deben revisarse los proyectos de “desarrollo o inversión” ya aceptados a la luz de los estándares internacionales sobre la materia. Así, en dicho caso, la Corte IDH indicó que “[r]especto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional Saramaka, el Estado debe revisarlas, a la luz de la presente Sentencia y la jurisprudencia de este Tribunal, con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka”⁶⁸³. En el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, la Corte IDH determinó, como garantía de no repetición, que “en el eventual caso que se pretenda

⁶⁷⁹ CIDH. *Líderes y lideresas de Comunidades Campesinas y Rondas Campesinas de Cajamarca respecto de la República de Perú*. Resolución N° 9/2014. Medida Cautelar N° 452-11, 5 de mayo de 2014, párr. 1. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2014/MC452-11-ES.pdf> (Consulta: 5 de mayo de 2015)

⁶⁸⁰ *Ibíd*em

⁶⁸¹ *Ibíd.*, párr. 30 y 31

⁶⁸² *Ibíd.*, párr. 29

⁶⁸³ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 157.b 194.a. y 214. 5.

realizar actividades o proyectos de exploración o extracción de recursos naturales, o planes de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que impliquen potenciales afectaciones al territorio Sarayaku o a aspectos esenciales de sus cosmovisión o de su vida e identidad culturales, el Pueblo Sarayaku deberá ser previa, adecuada y efectivamente consultado, de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia⁶⁸⁴. Recientemente, en el Caso *Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, la Corte IDH, siguiendo su línea jurisprudencial, señaló respecto de un proyecto de exploración minera denominado “Punta Piedra II” que afectaba su territorio, que “el Estado deberá hacer cesar cualquier actividad que no haya sido previamente consultada, y en su caso, proceder con la jurisprudencia de la Corte, a la realización de la misma⁶⁸⁵.”

6.2.1.2. Diferentes medidas de reparación en torno a proyectos de “desarrollo o inversión” finalizados o cuyas actividades han cesado pero han impactado en el territorio

La Corte IDH, en última instancia, ha tomado diferentes medidas de reparación en torno a proyectos de “desarrollo o inversión” ya finalizados o cuyas actividades han cesado. Ello considerando que cada proyecto tiene diferentes impactos en cada pueblo en

⁶⁸⁴ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Óp. Cit., párr. 299.

También: “iii) Respecto de las concesiones dentro de las reservas naturales en el territorio Tradicional

287. Dado que las actividades de la concesión minera cesaron en 2009, la Corte estima que no es necesario adoptar las medidas relativas a la revisión y revocación de la concesión minera solicitadas por los representantes. Sin embargo, siendo que la concesión finaliza hasta el año 2033 la Corte advierte que, en todo caso, el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para que no se lleven a cabo actividades que puedan afectar el territorio tradicional, en particular en la Reserva de Wane Kreek, mientras no se garantice la participación efectiva, a través de un proceso de consulta de los Pueblos Kaliña y Lokono, (...)” En: Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 287.

⁶⁸⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr. 327.

En el mismo caso, la Corte IDH reiteró que “El Estado debe hacer cesar cualquier actividad respecto del proyecto de exploración Punta Piedra II que no haya ido previamente consultada, en los términos establecidos en el párr. 327 de la presente Sentencia”. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr. 372.11.

específico. Además, es ante supuestos específicos, que la Corte IDH debe de pronunciarse.

- **Restitución de las tierras indígenas vendidas a empresas o terceros para la ejecución de proyectos de “desarrollo o inversión”**

En la mayoría de proyectos de “desarrollo o inversión” impuestos en territorios indígenas, estos requieren de una gran extensión de tierras para poder ser ejecutados. En tales casos, las empresas ejecutantes buscan hacerse de tierras mediante la compra de las mismas. En algunos casos las empresas y/o el Estado se aprovechan del desconocimiento de los pueblos indígenas para hacerse de la propiedad de sus territorios bajo diversas modalidades.

Existen también casos en que los pueblos indígenas se ven forzados a vender sus tierras a las empresas ejecutoras o a los Estados ante la imposición del proyecto. Esas ventas de ven protegidas por marco jurídico expedidos con miras a despojar a los pueblos indígenas de sus territorios. Estas ventas al no darse en situaciones de negociaciones libres y de buena fe, generan la invalidez de tales acuerdos de venta. Además, recordemos que esas negociaciones se daría en el marco de proyectos de “desarrollo o inversión” igual de invalidados, al no cumplirse con los estándares que toda consulta demanda.

Sobre este tema, la Corte IDH, en el *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá*, ha indicado que los títulos de propiedad privados que se superponen al territorio indígena “restring[en] el goce efectivo”⁶⁸⁶ del derecho a la propiedad territorial de esos pueblos. Y, por ende, los Estados

⁶⁸⁶ Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá*, Óp. Cit., párr. 145

“debe[n] realizar las medidas necesarias para dejar sin efecto” esos títulos de propiedad privados que se superpongan al territorio de los pueblos indígenas⁶⁸⁷.

Es importante considerar, además, que existe la obligación convencional del art. 17 del Convenio N° 169 de la OIT. Este artículo indica que “deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad”. Incluso, señala que “deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos”.

Como medida de restitución, la Corte IDH, en el *Caso Comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras*, que la parte del territorio indígena que había sido vendida a empresas para desarrollar proyectos turísticos debía ser expropiada⁶⁸⁸. Los terceros que puedan ostentar títulos de dominio pleno debían ser reubicados⁶⁸⁹. En esos casos, la Corte IDH indicó que el Estado deberá pagar las indemnizaciones que corresponde a los terceros perjudicados, de conformidad con lo establecido en el derecho interno de los Estados⁶⁹⁰. En caso que, “por motivos debidamente fundados, no se pueda realizar la expropiación, el Estado deberá otorgarse “tierras alternativas de igual extensión

⁶⁸⁷ *Ibíd.*, párr. 233

⁶⁸⁸ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr. 261

⁶⁸⁹ *Ibíd.*

⁶⁹⁰ *Ibíd.*

La Corte IDH recordó que en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* indicó que “[la] restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares que fuera necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar la identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana”, implica a obligación a cargo del Estado de pagar “una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención”. Véase en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Óp. Cit., párr. 148

y calidad que las no otorgadas [...] [, medida que deberá consultar con la comunidad [...], en un procedimiento que sea acorde a los estándares internacionales en la materia”⁶⁹¹.

Si bien en estos casos la Corte IDH se ha referido a ventas de tierras indígenas hechas directamente por el Estado con las empresas ejecutoras de los proyectos, consideramos que lo establecido en su jurisprudencia también resultaría aplicable en el supuesto que los pueblos indígenas se vean forzados a vender sus territorios. El principio utilizado es el mismo y el acto igual de inválido. Esto es así puesto que el Estado tiene y mantiene un deber de garante, incluso después de haber autorizado el proyecto, por lo que no puede otorgar unilateralmente título privados ni permitir que terceros se apoderen de la propiedad de esos territorios, o parte de ellos. Sobre todo cuando fue un acto propio, como el otorgamiento de la concesión del proyecto de “desarrollo o inversión”, que le otorgó legitimidad a la empresa para entrar al territorio indígena y ejecutar el proyecto. Un Estado no puede desentenderse del riesgo que creó y dejar de supervisarlo al imponer un proyecto de “desarrollo o inversión”.

- **Rehabilitación del territorio**

Los proyectos de “desarrollo o inversión” impuestos en territorios indígenas generan una serie de impactos en el suelo, bosques y ríos que forman parte del hábitat de los pueblos. Dependiendo de los materiales usados en los proyectos, éstos generan degradación de las tierras y contaminación en el medio ambiente y fuentes de agua, lo que lleva a la contaminación de los miembros del pueblo. Tales impactos, si no son irreversibles, generan una serie de gastos millonarios para la rehabilitación de los territorios indígenas o para el tratamiento de salud de los miembros del pueblo.

⁶⁹¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit., párr. 262

La Corte IDH, en el *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, ante los daños ocasionados al medio ambiente y a los territorios indígenas producto de la actividad minera de bauxita, ordenó:

- a) implementar las acciones suficientes y necesarias, a fin de rehabilitar la zona afectada, lo que incluye elaborar un plan de acción de rehabilitación efectiva de la zona, de manera conjunta con la empresa o entidad encargada de la rehabilitación, y con la participación de una representación de los pueblos indígenas afectados⁶⁹². De acuerdo a la Corte IDH, el plan debería incluir: i) una evaluación integral actualizada de la zona afectada, mediante un estudio a cargo de expertos independientes en la materia; ii) un cronograma de trabajo; iii) las medidas necesarias para remover cualquier afectación derivada de la actividades mineras; y iv) las medidas para reforestar la áreas que aún están afectadas por tales actividades, todo ello tomando en cuenta el parecer de los pueblos afectados⁶⁹³.
- b) Establecer los mecanismos de fiscalización y supervisión necesarios para la ejecución de la rehabilitación que lleve a cabo la empresa o entidad designada. Para ello, el Estado deberá nombrar a un experto en la materia a efectos del cumplimiento total de la rehabilitación de la zona⁶⁹⁴.

- **Indemnización compensatoria por daño material**

La imposición de proyectos de “desarrollo o inversión” generan una serie de cambios en las formas de vida de los pueblos indígenas. En la mayoría de los casos, los pueblos se ven forzados a dejar de realizar sus actividades tradicionales económicas dado que, por ejemplo, se ven privados de la tierra necesaria para las mismas. También, al tomar las

⁶⁹² Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, Óp. Cit., párr. 290.a)

⁶⁹³ *Ibidem*

⁶⁹⁴ *Ibid.*, párr. 290. b)

acciones necesarias para salvaguardar sus derechos, se ven en la obligación de realizar grandes gastos económicos.

Por ejemplo, en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, la Corte IDH reconoció que la imposición de los proyectos de “desarrollo o inversión” provocan “una serie de gastos e ingresos dejados de percibir, que debieron ser enfrentados por los miembros del Pueblo Sarayaku, el cual vio afectadas sus posibilidades de uso y goce de los recursos de su territorio, particularmente por la restricción de áreas de caza, de pesca y de subsistencia en general. Además, por la propia ubicación y modo de vida del Pueblo Sarayaku, es comprensible la dificultad para demostrar esas pérdidas y daños materiales”⁶⁹⁵. Producto de ello, la Corte IDH ordenó una compensación en equidad por los daños materiales ocurridos, tomando en cuenta que: i) miembros del Pueblo Sarayaku incurrieron en gastos para realizar acciones y gestiones a nivel interno para reclamar la protección de sus derechos; ii) su territorio y recursos naturales fueron dañados, y iii) el Pueblo habría visto afectada su situación económica por la paralización de actividades productivas en determinados períodos”⁶⁹⁶.

- **Indemnización compensatoria por daño inmaterial**

En casos de imposición de proyectos de “desarrollo o inversión” en territorios indígenas, la Corte IDH ha ordenado, como medida de reparación, el pago de tales indemnización por daño inmaterial a los pueblos indígenas y sus miembros. La Corte IDH entiende por daño inmaterial tanto “los sufrimientos y las aflicciones causadas a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores significativos para las personas, así

⁶⁹⁵ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Óp. Cit., párr. 315

⁶⁹⁶ *Ibíd.*, párr. 316

como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia”⁶⁹⁷.

Por ejemplo, en el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, la Corte IDH ordenó el pago de indemnización por daño inmaterial pues consideró “las serias afectaciones sufridas por el Pueblo [por la imposición del proyecto de “desarrollo o inversión”] en atención a su profunda relación social y espiritual con su territorio, en particular por la destrucción de la selva y ciertos lugares de alto valor simbólico”. Y, determinó que esas afectaciones causaron “sufrimientos ocasionados al Pueblo, a su identidad cultural” y afectaron su relación con su territorio ante la presencia de explosivos, generando cambios en sus condiciones y modo de vida, entre otras consecuencias de orden inmaterial⁶⁹⁸.

- **Extracción de explosivos y reforestación de las áreas afectadas**

Algunos proyectos de “desarrollo o inversión”, como los proyectos petroleros, demandan la realización de actividades de prospección sísmica con el objetivo de ubicar los pozos petroleros. Para ello, una técnica para identificar los pozos se realiza mediante el entierro de explosivos (como la pentolita) en las tierras a diferentes profundidades. La Corte IDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre una situación como ésta en el *Caso Pueblo Indígena Sarayaku Vs. Ecuador*.

En ese caso la Corte IDH, en base a la prueba presentada, distinguió dos tipos de obligaciones en función de la profundidad en la que se encontraba la pentolita. Considerando ello, la Corte IDH ordenó como medida de restitución lo siguiente:

“293. [Con relación a la pentolita colocada en la superficie,] [e]l Tribunal dispone que el Estado deberá neutralizar, desactivar y, en su caso, retirar la totalidad de la pentolita en superficie, realizando una búsqueda de al menos 500 metros a cada lado de la línea sísmica E16 a su

⁶⁹⁷ *Ibíd.*, p. 318

⁶⁹⁸ *Ibíd.*, párr. 322 y 323

paso por el territorio Sarayaku, de conformidad con lo propuesto por los propios representantes. Los medios y métodos que se implementen para tales efectos deberán ser escogidos luego de un proceso de consulta previa, libre e informada con el Pueblo para que éste autorice la entrada y permanencia en su territorio del material y de las personas que sean necesarias para tal efecto. Por último, dado que el Estado alegó la existencia de un riesgo para la integridad física de las personas que se encargarían de tal extracción, corresponde al Estado, en consulta con el Pueblo, optar por los métodos de extracción de los explosivos que presenten el menor riesgo posible para los ecosistemas de la zona, en consonancia con la cosmovisión de Sarayaku y para la seguridad del equipo humano encargado de la operación.

294. En lo que se refiere a la pentolita enterrada a mayor profundidad, la Corte constata que, con base en pericias técnicas realizadas, los propios representantes han propuesto una solución para neutralizar su peligrosidad. El Estado no presentó observaciones al respecto. En el expediente no hay alegatos específicos, ni pericias técnicas o pruebas de otra índole, que indiquen que la propuesta del Pueblo Sarayaku no sea una medida idónea, segura y acorde con su cosmovisión para neutralizar los explosivos enterrados. Por lo anterior, el Tribunal dispone que, de conformidad con las pericias técnicas presentadas en este proceso, y salvo mejor solución que puedan acordar las partes a nivel interno, el Estado deberá: i) determinar la cantidad de puntos de enterramiento de la pentolita; ii) enterrar los cables detonadores de tal forma que los mismos sean inaccesibles y las cargas de pentolita se degraden naturalmente, y iii) marcar debidamente los puntos de enterramiento, inclusive plantando allí especies locales de árboles cuya raíz no tengan una profundidad tal que pueda provocar la explosión accidental de la pentolita. Además, el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para extraer cualquier maquinaria, estructuras y desechos no biodegradables que hayan quedado luego de las acciones de la empresa petrolera, así como para reforestar las áreas que aún puedan estar afectadas por la apertura de trochas y campamentos para la prospección sísmica. Estos procedimientos deberán llevarse a cabo luego de un proceso de consulta previa, libre e informada con el Pueblo, que deberá autorizar la entrada y permanencia en su territorio del material y las personas que sean necesarias para tal efecto”.

6.2.2. CEACR – OIT

- ***“Suspensión” de los proyectos de “desarrollo o inversión”***

La CEACR, ante la verificación de la falta de consultas de proyectos de “desarrollo o inversión”, ha solicitado expresamente a los Estados la suspensión de tales proyectos en tanto fueron autorizados en violación de las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT.

Por ejemplo, en el 2010 solicitó expresamente al Estado peruano que “suspenda las actividades de exploración y explotación de recursos naturales que afectan a los pueblos cubiertos por el Convenio en tanto no se asegure la participación y consulta de los

pueblos afectados a través de sus instituciones representativas en un clima de pleno respeto y confianza, en aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio”⁶⁹⁹.



⁶⁹⁹ OIT (2010). *Observación (CEACR). Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) – Perú (Ratificación: 1994) – Adopción: 2009, Publicación: 99° reunión CIT (2010)*. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2307227 (Consulta: 5 de mayo de 2015).

CAPÍTULO 3. RETOS PARA EL RESPETO DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ: IMPLEMENTACIÓN Y APLICACIÓN DEL DCPLI

Considerando las obligaciones internacionales desarrolladas y los estándares ya precisados, nos centraremos en analizar el DCPLI de los pueblos indígenas y su nivel de implementación y aplicación en el Perú. Así, determinaremos si existe una brecha de implementación y aplicación en el derecho interno peruano respecto del DCPLI ante proyectos de “desarrollo o inversión”, situación que devendría en la responsabilidad internacional del Estado.

Partimos de lo planteado por el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados⁷⁰⁰, el cual indica que el derecho interno no puede ser usado como justificación para incumplir una obligación internacional; y también consideramos el art. 26 del mismo Convenio, que indica que los Estados deben de cumplir los tratados de buena fe. En ese sentido, el marco legal interno del derecho a la consulta y el DCPLI regulado por el propio Estado no puede ser usado como argumento válido que busque justificar el incumplimiento de las obligaciones internacionales ya desarrolladas.

Del mismo modo, tenemos en cuenta que existe un deber de todos los funcionarios del Estado de comparar las normas internas, y la aplicación de las mismas, con el Derecho Internacional⁷⁰¹. En el caso de que la legislación interna sea contraria a los estándares internacionales, los funcionarios tienen la obligación de preferir y aplicar éstos últimos antes que los primeros. En el marco el SIPDH, la Corte IDH se ha referido a dicho deber como *obligación de control de convencionalidad*, el cual incluye “tener en cuenta no

⁷⁰⁰ Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados. Art. 27. Viena, 23 de mayo de 1969. Este tratado entró en vigor el 27 de enero de 1980. El Estado peruano firmó el tratado el 23 de mayo de 1969 y lo ratificó el 14 de setiembre de 2000. Véase: ONU. United Nations Treaty Collection. Vienna Convention on the Law of Treaties. Peru. Disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=en#top (Consulta: 15 de julio de 2016)

⁷⁰¹ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Fondo y Reparaciones Serie C No. 221, párr. 193. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf (Consulta: 20 de julio de 2015)

solamente el tratado [como la CADH], sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”⁷⁰².

La legislación interna peruana reduce los “procesos consultivos” en actividades “informativas” que llevan a acuerdos poco significativos que niegan cualquier tipo de poder de decisión o control de los pueblos indígenas sobre sus formas de vida y modelos de desarrollo y sobre su territorio. Por ende, para dicho marco legal interno resulta irrelevante la obtención del CPLI de los pueblos indígenas para tomar una decisión, toda vez que el Estado tomará una decisión aún en contra de dicho consentimiento.

Del mismo modo, en la práctica, los pueblos indígenas, al entrar en “procesos consultivos” bajo este marco legal interno peruano pierden cualquier tipo de poder y control que tengan sobre sus destinos. No pueden rechazar ningún tipo de proyecto de “desarrollo o inversión”, muchos menos que sus demandas o propuestas sean efectivamente consideradas en los proyectos de “desarrollo o inversión” a realizarse. Pues, para la legislación interna, no existe el DCPLI.

1. El DCPLI y la Constitución Política del Perú de 1993

La Constitución Política del Perú no reconoce expresamente en ninguno de sus artículos el derecho a la consulta ni el DCPLI de los pueblos indígenas. La Constitución contiene siete artículos referidos expresamente a los derechos de los pueblos indígenas. Estos son los siguientes: el art. 2.19 (derecho a la identidad cultural)⁷⁰³, art. 17 (derecho a

⁷⁰² Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 154, párr. 124. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf (Consulta: 14 de junio de 2016)

⁷⁰³ Constitución Política del Perú de 1993. Art. 2°.- “Toda persona tiene derecho: (...) 19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.”

la educación bilingüe intercultural)⁷⁰⁴, art. 48 (derecho al idioma propio)⁷⁰⁵, art. 88 (derecho a la propiedad colectiva)⁷⁰⁶, art. 89 (derecho a la personalidad jurídica, derecho a la autonomía y derecho a la identidad cultural colectiva)⁷⁰⁷, art. 149 (derecho propio, autoridades propias y jurisdicción propia)⁷⁰⁸ y art. 191 (derecho a la participación política)⁷⁰⁹.

Al no haber mención expresa al derecho a la consulta o al DCPLI, algunos de estos artículos ya mencionados han sido utilizados para fundar el reconocimiento del derecho a la consulta en leyes internas y sentencias. Por ejemplo, el Reglamento de la Ley de Consulta sustenta el reconocimiento del derecho a la consulta en el derecho a la identidad cultural reconocido en el art. 2.19 de la Constitución⁷¹⁰. Y, en la Sentencia EXP. N° 1126-2011-HC/TC, el TCP se ha referido al derecho a la consulta a partir de los derechos de

⁷⁰⁴ Constitución Política del Perú de 1993. Art. 17°.- “(...) El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional.”

⁷⁰⁵ Constitución Política del Perú de 1993. Art. 48°.- “Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley.”

⁷⁰⁶ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 88°.- “El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. (...)”

⁷⁰⁷ Constitución Política del Perú de 1993. Art. 89°.- “Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.”

⁷⁰⁸ Constitución Política del Perú de 1993. Art. 149°.- “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.”

⁷⁰⁹ Constitución Política del Perú de 1993. Art. 191.- “(...) La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Concejos Municipales.”

⁷¹⁰ Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Primer considerando. “Que, el numeral 19) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural y que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”

También, en la Sentencia EXP. N° 0033-2005-PI/TC del TCP, los demandantes alegaron que “la consulta es parte del derecho a la identidad de las Comunidad Campesinas”. Fuente: TCP. *EXP. N°033-2005-PI/TC.SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*. Víctor Raúl Espinoza Soto, en representación del Gobierno Regional de Pasco (demandante), contra el Congreso de la República (demandado). Sentencia: 29 de agosto de 2006, Punto b. Argumentos sobre la inconstitucionalidad material.

autonomía y propiedad colectiva de los pueblos indígenas reconocidos en los arts. 88 y 89 de la Constitución⁷¹¹.

De hecho, como lo establece el Derecho Internacional, el derecho a la autonomía es una manifestación del derecho a la libre determinación. Este último derecho es, a su vez, fundamento del DCPLI de los pueblos indígenas. Sin embargo, la jurisprudencia del TCP no ha llegado a reconocer el DCPLI en ese sentido, pese a contar con los fundamentos y fuentes respectivos. Profundizaremos en ello más adelante.

El DCPLI y el derecho a la consulta de los pueblos indígenas son incorporados en nuestro derecho nacional por mandato de la Constitución, el Código Procesal Constitucional del Perú y la jurisprudencia del TCP. En específico, estas normas establecen un mandato de incorporación de los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos, así como la interpretación de los mismos por órganos supranacionales.

1.1. Tratados sobre derechos humanos: El Convenio N° 169 de la OIT

Todos los tratados internacionales “celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”⁷¹² como indica el art. 55 de la Constitución⁷¹³. Respecto de los tratados de derechos humanos, el TCP ha indicado que “nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que [tales tratados] sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, (...) constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades”⁷¹⁴.

⁷¹¹ TCP. EXP. N°. 01126-2011-HC/TC. MADRE DE DIOS. JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE, Óp. Cit., párr. 22 y 43

⁷¹² Constitución Política del Perú de 1993. Art. 55

⁷¹³ Véase *inter alia*: SALMÓN, Elizabeth (2001). *Encuentros y Desencuentros. El Perú y el Derecho Internacional Humanitario*. Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)-Perú, p. 33

⁷¹⁴ TCP. EXP. N.º 0047-2004-AI/TC. SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín (demandante) contra el Congreso de la República (demandado). Sentencia: 24 de abril de 2006, párr.

Asimismo, el TCP ha afirmado que los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional”⁷¹⁵. Lo indicado por el TCP responde a lo establecido en el art. 3⁷¹⁶ y la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú⁷¹⁷; y el art. V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del Perú⁷¹⁸.

El DCPLI se encuentra consagrado expresamente el Convenio N° 169 de la OIT. Este tratado fue ratificado por Perú el 2 de febrero de 1994. Entró en vigor el 2 de febrero de 1995, un año después de haber sido ratificado. El TCP sostiene que, como tratado de derechos humanos, 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”⁷¹⁹. Para el TCP, el Convenio N° 169 de la OIT “forma parte del sistema constitucional nacional de protección de los derechos de los pueblos indígenas y, en consecuencia, se convierte en parámetro normativo y de interpretación para el control de

22. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>; y EXP. N° 03343-2007-PA/TC. LIMA. JAIME HANS BUSTAMANTE JOHNSON, Óp. Cit., párr. 31.

⁷¹⁵ TCP. EXP. N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, LIMA. COLEGIO DE ABOGADOS DE AREQUIPA Y OTRO. Sentencia: 25 de abril de 2006, párr. 33. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00025-2005-AI%2000026-2005-AI.html> (Consulta: 5 de abril de 2015); y EXP. N° 03343-2007-PA/TC. LIMA. JAIME HANS BUSTAMANTE JOHNSON, Óp. Cit., párr. 31. Véase *inter alia*: NOVAK, Fabián y Elizabeth SALMÓN (2000). *Las Obligaciones Internacionales del Perú en Materia de Derechos Humanos*, Óp. Cit., p. 124

⁷¹⁶ Constitución Política del Perú de 1993. Art. 3.- “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

⁷¹⁷ Constitución Política del Perú de 1993. Cuarta Disposición Final y Transitoria. “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

⁷¹⁸ Código Procesal Constitucional. Art. V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales. “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

⁷¹⁹ TCP. EXP. N.º 03343-2007-PA/TC. LIMA. JAIME HANS BUSTAMANTE JOHNSON. Óp. Cit., párr. 31.

los actos o decisiones de los poderes públicos que interfieran en los derechos de dichos pueblos”⁷²⁰.

1.2. Acuerdos internacionales sobre derechos humanos: La DNUDPI

La IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú establece expresamente que “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. Con ello, la Constitución establece que los acuerdos internacionales sobre derechos humanos deben de ser usados como medios de interpretación.

La DNUDPI es el único acuerdo internacional que reconoce expresamente el DCPLI. Esta declaración contó con el apoyo del Estado peruano al momento de su aprobación en el marco de la asamblea general de las Naciones Unidas el 13 de setiembre de 2007.

Al respecto, el TCP indicó, inicialmente, que la DNUDPI sería considerada por el TCP “en su calidad de norma de carácter de *soft law*, sin que se genere una obligación convencional por parte del Estado peruano”⁷²¹. Sin embargo, posteriormente en la Sentencia EXP. N° 1126-2011-HC/TC, el TCP aplicó directamente la DNUDPI para reconocer derechos de los pueblos indígenas⁷²², y no hizo referencia al mencionado carácter de *soft law*. Lo que nos permite sustentar su aplicación directa a nivel interno, resultando irrelevante debatir sobre su naturaleza jurídica, en tanto, en la práctica, el Estado peruano la aplica directamente y la usa como medio de interpretación.

⁷²⁰ TCP. EXP. N.º 06316-2008-PA/TC. LORETO. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA (AIDSESP), Óp. Cit., párr. 19

⁷²¹ TCP. EXP. N.º 022-2009-AI. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 8.

⁷²² TCP. EXP. N.º 01126-2011-HC/TC. MADRE DE DIOS. JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE. Óp. Cit., párr. 23. Para un análisis profundo al respecto véase: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2013). *Litigio Estratégico en Derechos Indígenas. La Experiencia de la Comunidad Nativa “Tres Islas”. Madre de Dios-Perú*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad y GIZ.

1.3. Interpretación de organismos supranacionales y jurisprudencia internacional.

El TCP ha indicado que, de acuerdo a la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1993, “la interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región”⁷²³. Recordemos también que el art. V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional añade que “[e]l contenido y alcances de los derechos constitucionales (...) deben interpretarse de conformidad con (...) las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”⁷²⁴.

Como hemos visto, el DCPLI ha sido reconocido en diversas decisiones internacionales del SIDH, SUDH y OIT, entre otras. Sin embargo, el TCP no ha utilizado todas las decisiones que reconocen ese derecho o que brinden alcances del mismo. Por el contrario, el TCP ha sido selectivo con los pronunciamientos que utiliza y los apartados que cita, sobre todo en lo que se refiere a la jurisprudencia de la Corte IDH sobre pueblos indígena⁷²⁵.

⁷²³ TCP. *EXP. N° 218-02-HC/TC. JORGE ALBERTO CARTAGENA VARGAS. ICA*. Sentencia: 17 de abril de 2002, párr. 2. Disponible en: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00218-2002-HC.html> (Consulta: 5 de abril de 2015); y *EXP. N° 0217-2002-HC/TC. ICA. ALFREDO CRESPO BRAGAYRAC*. Sentencia: 17 de abril de 2002, párr.2. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/peru_cidh/03_normatividad/tc/00217-2002-HC.htm (Consulta: 6 de abril de 2015)

⁷²⁴ Código Procesal Constitucional. Título Preliminar. Art. V. De acuerdo al TCP, este art. del Código Procesal Constitucional del Perú, en realidad es la consolidación de su jurisprudencia, que se originó en la sentencia del Expediente N.° 00218-2002-HC/TC (fundamento 2), y ha sido desarrollado en la sentencia del Expediente N.° 007-2007-PI/TC, expresando que “las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutoria, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso”. Véase en: TCP. *EXP. N° 022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS*, Óp. Cit., párr. 47

⁷²⁵ Entre tales casos tenemos el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs Nicaragua*, el *Caso Comunidad Sawhoyamaya Vs. Paraguay* y el *Caso Comunidad Yakye Axa Vs. Paraguay*. Véase:

También, el TCP ha utilizado pronunciamientos de instancias de la OIT y del SUDH para fundamentar sus sentencias. Así, ha recurrido a los pronunciamientos de la CEACR de la OIT en diversos temas⁷²⁶. También, el TCP ha recurrido a decisiones e informes de los Comités de las Naciones Unidas⁷²⁷. En ambos casos, el TCP nunca ha utilizado los pronunciamientos que abordan específicamente el DCPLI o los derechos de los pueblos indígenas en general.

2. El DCPLI y la jurisprudencia del TCP

El TCP cuenta con una serie de pronunciamientos sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas como forma de participación. En todos ellos, el TCP ha sido claro al negar la existencia de un “derecho de veto” de los pueblos indígenas, plegándose a aquel sector que estigmatiza el DCPLI. En ese sentido, el TCP ha negado la existencia del DCPLI.

El TCP no realiza motivación alguna para sustentar que dicho derecho no existe, no explica por qué no ha considerado los fundamentos y fuentes que sustentan el DCPLI. Todo el desarrollo jurisprudencial del TCP da por sentado, y sin ningún tipo de motivación, que el DCPLI no existe.

TCP. EXP. N° 022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 48, 49 y 50. El TCP también se refirió al *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Véase: TCP. EXP. N° 03343-2007-PA/TC. LIMA. JAIME HANS BUSTAMANTE JOHNSON

⁷²⁶ TCP. EXP. N° 4635-2004-AA/TC. TACNA. SINDICATO DE TRABAJADORES DE TOQUEPALA Y ANEXOS, 11 de mayo de 2006, párr. 6. “6. Que, en ese orden de consideraciones, el Tribunal Constitucional ratifica que la sentencia de autos no solo es fiel expresión de la Constitución, como debe ser, sino que, además, coincide con las conclusiones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)”. Disponible: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04635-2004-AA%20Aclaracion2.html> (Consulta: 4 de junio de 2015)

⁷²⁷ Por ejemplo, véase: TCP. EXP. N° 679-2005-PA/TC. LIMA. SANTIAGO ENRIQUEMARTIN RIVAS. Sentencia: 2 de marzo de 2007, párr. 32. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00679-2005-AA.html> (Consulta: 5 de mayo de 2015)

2.1. El DCPLI y las fuentes del Derecho Internacional en la jurisprudencia del TCP

El DCPLI se encuentra reconocido en diversas fuentes del Derecho Internacional que reconocen derechos indígenas. De éstas, el TCP solo se ha referido a tratados (y las decisiones internacionales que los interpretan), la DNUDPI, jurisprudencia internacional y doctrina especializada en la materia. Sin embargo, no ha utilizado tales fuentes para reconocer el DCPLI. Por el contrario, como hemos visto, lo ha negado constantemente, pese a tener las fuentes y fundamentos para sustentar su reconocimiento.

El TCP reconoce y aplica el Convenio N° 169 de la OIT, la DNUDPI y la jurisprudencia de la Corte IDH. Sin embargo, emitió decisiones, hoy descartadas, que cuestionaron la validez, exigibilidad y aplicación del Convenio N° 169 de la OIT y de la DNDPI, lo que implicó también cuestionamientos a los derechos en ellos reconocidos.

El TCP se ha referido a la jurisprudencia de la Corte IDH, siendo muy selectivo en su utilización sin un desarrollo profundo de la relevancia de los derechos en ella reconocidos. En lo que se refiere a la doctrina especializada en pueblos indígenas, el TCP la ha utilizado de manera muy limitada.

2.1.1. El Convenio N° 169 de la OIT

En la Sentencia EXP. N° 0033-2005-PI/TC del 2007, el TCP consideró que el Convenio N° 169 de la OIT era un tratado internacional, el mismo que si bien formaba parte del derecho nacional de acuerdo al art 55 de la Constitución, “su incorporación [...], lo es con el rango de ley ordinaria”⁷²⁸. Según el TCP, el Convenio N° 169 de la OIT no

⁷²⁸ TCP. EXP. N° 0033-2005-PI/TC GOBIERNO REGIONAL DE PASCO. Resolución del Tribunal Constitucional, 14 de marzo de 2007, párr. 4.a. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00033-2005-AI.html> (Consulta: 5 de abril de 2015)

había sido ratificado por el procedimiento agravado de reforma de la Constitución previsto en el art. 57 de la misma, por lo que no podía contravenir la Constitución⁷²⁹.

En ese caso, el TCP, pese a afirmar que el Convenio N° 169 de la OIT fue aprobado mediante Resolución Legislativa N° 26253 del Congreso Constituyente Democrático, publicada el 5 de diciembre de 1993⁷³⁰, no consideró que dicho Congreso Constituyente tenía todas las competencias del Poder Legislativo.

En el 2009, en la Sentencia EXP. N.º 06316-2008-PA/TC, el TCP indicó que “el derecho a la consulta debe ser (...) puesto en práctica de forma gradual”⁷³¹. Y, en el 2010, en una Resolución de la Sentencia EXP. N.º 06316-2008-PA/TC, el TCP fue más allá y cuestionó la exigibilidad del derecho a la consulta reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT. El TCP indicó que el derecho a la consulta solo será exigible desde la publicación de la Sentencia EXP. N.º 0022-2009-PI de 2010 en la página web del TCP. Ello pese a reconocer en la misma sentencia que el Convenio N° 169 de la OIT estaba vigente para el Perú desde 1995. En concreto, el TCP indicó lo siguiente:

“8. 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”⁷³². [Resaltado nuestro]

De acuerdo al TCP, ello era así puesto que el derecho a la consulta tenía una “vigencia social [...] sumamente limitada”⁷³³. El TCP afirmó que la “omisión de desarrollo

⁷²⁹ *Ibídem*

⁷³⁰ *Ibídem*

⁷³¹ TCP. EXP. N.º 06316-2008-PA/TC. LORETO. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA (AIDSESP); Óp. Cit., párr. 30

⁷³² TCP. EXP. N.º 06316-2008-PA/TC. LORETO. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA (AIDSESP). Resolución del Tribunal Constitucional de 24 de agosto de 2010, párr. 8. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06316-2008-AA%20Aclaracion.html> (Consulta: 5 de abril de 2015)

⁷³³ TCP. EXP. N.º 06316-2008-PA/TC. LORETO. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA (AIDSESP). Resolución del Tribunal Constitucional de 24 de agosto de 2010, párr. 7

normativo apropiado, [...] generó inseguridad jurídica dentro en el ordenamiento nacional”, y como consecuencia se ha “generado un contexto complejo para la emisión de una normativa que desarrolle que pacifique la actual coyuntura”⁷³⁴.

En otras palabras, el TCP utilizó un acto propio del Estado peruano para justificar el incumplimiento del derecho a la consulta del Convenio N° 169 de la OIT. Como argumento, el TCP consideró que dicha “situación de inseguridad (...) 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”⁷³⁵.

Posteriormente, el TCP, en la Sentencia EXP. N° 00025-2009-PI/TC, se rectificó y confirmó que el derecho a la consulta en el Perú estaba vigente desde la entrada en vigor del Convenio N° 169 de la OIT en el Perú. Esto es desde el 2 de febrero de 1995. Expresamente, la TCP indicó lo siguiente:

“23. 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 ordenamiento

24. Tal regla no ha sido desconocida por nuestra jurisprudencia. De ella nos servimos para declarar que el trascurso de más de 3 lustros sin que se reglamentase la consulta prevista en el Convenio 169 de la OIT, propiciaba un supuesto de inconstitucionalidad por omisión [STC 5427-2009-PC/TC]. Tampoco fue abandonada ni puesta en entredicho por la RTC 6316-2008-PA/TC. No podría haberlo hecho, pues como se dejó entrever en la STC 0022-2009-PI/TC, el *dies a quo* de las obligaciones internacionales contraídas tras la ratificación de un tratado internacional, como el Convenio 169, esencialmente se determinan a partir de las reglas del Derecho Internacional Público, y no mediante decisiones de los tribunales internos. 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”⁷³⁶. [Resaltado nuestro]

⁷³⁴ Ibídem

⁷³⁵ Ibídem

⁷³⁶ TCP. EXP. N° 00025-2009-PI/TC.LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y OCHO MIL NOVENTA Y NUEVE CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 24

2.1.2. La DNUDPI

El TCP empezó a utilizar la DNUDPI desde el 2010 con la Sentencia EXP. N° 022-2009-PI/TC. Ello, pese a haber sido aprobada en el 2007 en el seno de la Asamblea de las Naciones Unidas⁷³⁷. De hecho, en el 2009, la primera sentencia en abordar la temática indígena a profundidad no hizo referencia alguna a la DNUDPI.

En el 2010, el TCP clasificó a la DNUPI como norma de *soft law* indicando que como declaración representa “un amplio acuerdo y consenso de la comunidad internacional [, que] (...) al ser fruto de negociaciones y aceptación de las Asamblea de las Naciones Unidas, conllevan una fuerza moral, además de una evidente orientación de la comunidad internacional hacia el respeto y al tutela de los pueblos indígenas, al plantear un contenido de los derechos humanos en el contexto de los pueblos indígenas”⁷³⁸. Precisó que “[e]l contenido de la declaración no es de vinculación obligatoria, lo que no implica que no tenga ningún efecto jurídico”⁷³⁹. Desarrollando dicha idea, el TCP indicó lo siguiente:

“(...) Las declaraciones representan aquellas metas y objetivos a los que la comunidad internacional se impone. Son lo que en el derecho internacional se conoce como *soft law*, esto es, una guía que sin dejar de tener un efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los Estado, representando su contenido un código de conducta sin que sean legalmente vinculantes. En tal sentido, la DNUDPI, será considerada por este Tribunal en su calidad de norma de carácter de *soft law*, sin que se genere una obligación convencional por parte del Estado peruano”⁷⁴⁰.

⁷³⁷ TCP. EXP. N° 022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr.7 “7. Acerca de la DUNDPI, debe tenerse en cuenta que la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó “La Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas” con fecha 13 de septiembre de 2007, cuyo texto fue adoptado con 143 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones. Dicho documento, consta de 46 artículos los cuáles establecen principios jurídicos sobre los pueblos indígenas. Se trata de un instrumento de derecho internacional, debiendo considerarse de igual modo que se trata de una declaración y no de un tratado, por lo que no cabe la ratificación. No obstante ello, debe explicarse que las declaraciones representan un amplio acuerdo y consenso de la comunidad internacional. En efecto, al ser el fruto de negociaciones y aceptación por la mayoría de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conllevan 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”.

⁷³⁸ TCP. EXP. N° 022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr.7

⁷³⁹ TCP. EXP. N° 022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 8

⁷⁴⁰ Ibídem

En el Sentencia EXP. N° 0024-2009-PI, el TCP, pese a calificar la DNUDPI como norma de *soft law*, al igual que en la Sentencia EXP. N° 022-2009-PI/TC, indicó que, en el supuesto que no se presenten antinomias con lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, las disposiciones de la DNUDPI deben entenderse “a manera de interpretación autorizada” de dicho Convenio⁷⁴¹. En concreto, el TCP indicó lo siguiente:

“En ese sentido, cuando entre las disposiciones de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas y las del Convenio 169 no existan antinomias, aquellas pueden entenderse a **manera de interpretación autorizada de éstas últimas**, (...)”⁷⁴². [Resaltado nuestro]

Posteriormente, en el 2012, en la Sentencia EXP. N° 01126-2011-HC/TC, el TCP la utilizó para fundamentar derechos indígenas como el derecho a la libre determinación⁷⁴³ sin hacer referencia al mencionado carácter de *soft law*.

2.1.3. La jurisprudencia de la Corte IDH

De acuerdo a la Sentencia EXP. N° 2730-2006-PA/TC, el TCP ha reconocido los efectos vinculantes de la jurisprudencia de la Corte IDH. Expresamente, el TCP ha indicado lo siguiente:

“4.1. Los efectos vinculantes de las sentencias de la CIDH [Corte Interamericana de Derechos Humanos]

12. La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutoria (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPConst [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT [Cuarta Disposición Final y Transitoria] de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.

⁷⁴¹ TCP. EXP. N° 0024-2009-PI. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y SEIS MIL DOSCIENTOS VEINTISEIS CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 14

⁷⁴² Ibídem.

⁷⁴³ TCP. EXP. N° 01126-2011-HC/TC. MADRE DE DIOS. JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE, Óp. Cit., párr. 23

13. La cualidad constitucional de esta vinculación derivada directamente de la CDFT de la Constitución, tiene una doble vertiente en cada caso concreto: a) reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, b) preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la CIDH, de las que, lamentablemente, nuestro Estado conoce en demasía. Es deber de este Tribunal y, en general, de todo poder público, evitar que este negativo fenómeno se reitere.

14. En suma, por imperio del canon constitucional que es deber de este Colegiado proteger, se deriva un deber adicional para todos los poderes públicos; a saber, la obligatoria observancia tanto de los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, como de la interpretación de ellos realizada en todo proceso por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte⁷⁴⁴.

Sin embargo, el TCP ha aplicado solo determinadas disposiciones de la jurisprudencia interamericana sobre pueblos indígenas. Este tribunal se ha referido a estándares sumamente importantes y relevantes, sobre todo en lo que respecta al derecho al territorio de los pueblos indígenas, pero también ha descartado otros. Analizaremos con detalle esta afirmación al momento de desarrollar el no reconocimiento del DCPLI en la jurisprudencia del TCP.

2.1.4. Doctrina

A nivel de la doctrina, el TCP se ha referido a planteamientos de James Anaya, entonces UNSRRIP. Por ejemplo, en la Sentencia EXP. N° 0024-2009-PI, el TCP ha hecho suyas palabras del UNSRRIP:

“Al respecto el Tribunal recuerda que los pueblos indígenas reivindican derechos individuales y colectivos. Sus reivindicaciones sobre sus tierras son canalizadas, particularmente, desde la perspectiva de la propiedad comunal y la titularidad colectiva de este derecho. En palabras del actual Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, “[s]uperando la dicotomía de derechos y deberes de Estados e individuos, **los pueblos indígenas han demandado y articulado sus derechos humanos en términos de derechos colectivos**”. (ANAYA, James, “Pueblos indígenas, comunidad internacional y derechos humanos en la era de la globalización”, en Fernando Mariño y Daniel Oliva (Eds.), Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2004, p. 93)⁷⁴⁵.

⁷⁴⁴ TCP. EXP. N° 2730-2006-PA/TC. LAMBAYEQUE. ARTURO CASTILLO CHIRINOS. Sentencia: 21 de julio de 2006, párrs. 12, 13 y 14. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02730-2006-AA.html> (Consulta: 5 de mayo de 2016)

⁷⁴⁵ TCP. EXP. N° 0024-2009-PI. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y SEIS MIL DOSCIENTOS VEINTISEIS CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 16

No hemos encontrado referencia alguna a otra fuente doctrinal que haya sido utilizada por el TCP para desarrollar derechos de los pueblos indígenas.

2.2. Reconocimiento y negación de derechos de los pueblos indígenas: Libre determinación, consulta y CPLI

2.2.1. El derecho a la libre determinación

El TCP se ha referido expresamente al derecho a la libre determinación o autodeterminación de los pueblos indígenas en las Sentencias EXP. N° 03343-2007-PA/TC, EXP. N° 06316-2008-PA/TC, y EXP. N°01126-2011-HC/TC. En estas, el TCP desarrolla los alcances del derecho pero no llega a relacionarlo con el DCPLI. Tampoco realiza un análisis profundo del derecho en torno a los derechos de vida e integridad y la relevancia de los mismos como fundamento del DCPLI y para la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

En un caso distinto de los tres señalados, los demandantes en la Sentencia EXP. N° 0022-2009-PI/TC indicaron en su pretensión que se estaba violando la libre determinación de los pueblos indígenas al no haberse realizado la consulta respectiva, sin embargo, el TCP no hizo referencia a ese derecho al momento de desarrollar el contenido constitucional y los principios que regirían todo proceso consultivo. En ese caso, fue el magistrado Cesar Landa, en su fundamento de voto, que reconoció que el “derecho de consulta” es una “expresión del autogobierno, y éste a su vez de la autodeterminación de los pueblos indígenas”⁷⁴⁶.

Volvamos a los tres casos señalados. En la Sentencia EXP. N° 03343-2007-PA/TC, el TCP señaló que “la libre autodeterminación es la capacidad pueblos indígenas de

⁷⁴⁶ TCP. EXP. N° 022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., Voto de Cesar Landa Arroyo, párr. 8

organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros”⁷⁴⁷. E, indicó que “[e]sta libre determinación, juntamente con la concepción que los pueblos indígenas tienen sobre la tierra, sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa”⁷⁴⁸. En la Sentencia EXP. N° 06316-2008-PA/TC, el TCP, reiterando su jurisprudencia, indicó que “la libre autodeterminación de las comunidades nativas, sumada a la concepción que éstas tienen sobre la tierra, sirven de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa”⁷⁴⁹. Y, en la Sentencia EXP. N°01126-2011-HC/TC, el TCP fundó el reconocimiento de los pueblos indígenas en el derecho a la libre determinación o autodeterminación de los pueblos indígena reconocido en la DNUDPI. Específicamente, indicó lo siguiente:

“el reconocimiento de tales pueblos indígenas, con sus costumbres propias, sus formas de creación de derecho y de aplicación del mismo, traspasan la dimensión de una mera asociación civil. Su visión se asienta sobre una dimensión política, establecida en última instancia en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas [artículos 3° y 4° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas-DNUDPI]”⁷⁵⁰.

En estas tres últimas sentencias, el TCP ha precisado que dicho derecho no fomenta ni autoriza quebrantar o amenazar la integridad territorial del Estado. En la Sentencia EXP. N° 03343-2007-PA/TC, afirmó que “[t]al autodeterminación (...) no debe ser confundida con pretensiones autárquicas, separatistas o antisistémicas, puesto que deben considerarse juntamente con el principio de unidad de gobierno e integridad territorial del Estado (artículos 43 y 54 de la Constitución), sustento material de los derechos y deberes

⁷⁴⁷ TCP. EXP. N° 03343-2007-PA/TC. LIMA. JAIME HANS BUSTAMENTE JOHNSON, Óp. Cit., párr. 32

⁷⁴⁸ *Ibíd.*, párr. 33

⁷⁴⁹ TCP. EXP. N° 06316-2008-PA/TC. LORETO. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA (AIDSESP), Óp. Cit., párr. 20

⁷⁵⁰ TCP. EXP. N° 01126-2011-HC/TC. MADRE DE DIOS. JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE, Óp. Cit., párr. 23

de los ciudadanos en su conjunto”⁷⁵¹. El TCP recogió lo mismo en la Sentencia EXP. N° 06316-2008-PA/TC⁷⁵². Y, en la Sentencia EXP. N° 01126-2011-HC/TC, el TCP indicó que el reconocimiento de derecho a la libre determinación:

“(…) no implica, desde luego, proponer o incentivar la desintegración del Estado o propiciar demandas separatistas; por el contrario, **ha sido una tendencia estable en el derecho y la doctrina internacional conceptualizar el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas sin el elemento separatista o secesionista.** El objetivo es más bien el respeto de su autonomía para definir sus propios destinos, así como su idea y proyecto de desarrollo. Por lo tanto, el propio artículo 46° del DNUDPI establece específicamente una limitación -como todo derecho lo tiene- al derecho de autodeterminación indígena, explicitándose que nada de lo establecido en la declaración “autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”⁷⁵³. [Resaltado nuestro]

2.2.2. El derecho a la consulta y la negación expresa del DCPLI ante proyectos de “desarrollo o inversión” en sus territorios

El TCP indica que el derecho a la consulta es un “derecho inalienable”⁷⁵⁴ que se define como “una de las herramientas más importantes que tienen los pueblos indígenas”⁷⁵⁵ y representa “en realidad una verdadera garantía jurídica que permite en muchos sentidos tutelar a los intereses de los pueblos indígenas”⁷⁵⁶. Entiende que el art. 6 del Convenio N° 169 de la OIT, que consagra el derecho a la consulta, establece un “mandato (…) de carácter general que pretende propiciar y materializar el diálogo intercultural en todos los

⁷⁵¹ TCP. EXP. N° 03343-2007-PA/TC. LIMA. JAIME HANS BUSTAMENTE JOHNSON, Óp. Cit., párr. 32

⁷⁵² TCP. EXP. N° 06316-2008-PA/TC. LORETO. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA (AIDSESP), Óp. Cit., párr. 20

⁷⁵³ TCP. EXP. N° 01126-2011-HC/TC. MADRE DE DIOS. JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE, Óp. Cit., párr. 23

⁷⁵⁴ TCP. EXP. N° 06316-2008-PA/TC. LORETO. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA (AIDSESP), Óp. Cit., punto resolutivo

⁷⁵⁵ TCP. EXP. N° 022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr.15

⁷⁵⁶ *Ibidem*

diferentes estratos de intervención estatal sobre la situación jurídica de los pueblos indígenas”⁷⁵⁷.

Con la consulta, el TCP indica que se pretende “una reivindicación en clave de inclusión de los pueblos indígenas”:

“18. (...) Como ya se ha expresado antes, la historia de los pueblos indígenas en nuestro país, y en otras latitudes, ha estado marcada por la exclusión. Siendo grupos minoritarios, en diversas ocasiones han sido ignorados y violentados por traficantes informales, industriales sin escrúpulos y por el propio Estado. En tal sentido, con el reconocimiento de su identidad, la inclusión pretende la integración de los pueblos indígenas de una manera más justa, respetando la singularidad de su manera de expresar y demostrar su ciudadanía. Esta pretensión no se enmarca dentro de perspectivas de desintegración de lo desigual o atomización, sino más bien de la integración de lo pluricultural. Así, reconociendo la herencia cultural de los pueblos indígenas, el convenio pretende que estos puedan desarrollarse no solo como miembros de un pueblo indígena sino también como miembros de la nación peruana. En suma, el diálogo intercultural que es exigido por este convenio es el elemento que atraviesa dicho cuerpo normativo, persiguiendo con ello ya no la subordinación de una identidad dentro de otra, sino el respeto de las diversas manifestaciones culturales”⁷⁵⁸.

El TCP, en la Sentencia EXP. N° 00005-2012-PI/TC, ha indicado que el Estado tiene el deber de respetar y garantizar el derecho a la consulta. Entendiendo respetar como el deber de “llevarlo adelante cada vez que se prevea la aprobación de medidas legislativas o administrativas que puedan afectar directamente los derechos colectivos, su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo de los pueblos indígenas u originarios”⁷⁵⁹. Y, garantizar, como el deber de promover la organización y procedimientos adecuados⁷⁶⁰.

En la Sentencia EXP. N° 022-2009-PI/TC, el TCP ha desarrollado lo que entiende por el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta. El siguiente cuadro sistematiza los tres aspectos de dicho contenido protegido. Estos son: (i) el acceso a la

⁷⁵⁷ TCP. EXP. N° 022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 17. EL TCP también se refiere a supuestos específicos: “Dentro de ciertos ámbitos este mandato se refuerza con referencias específicas, por ejemplo, en el caso del ya referido artículo 15, pero también con el artículo 22 (tercer párrafo) y el 28, referidos estos últimos a la formación profesional y a temas educativos”.

⁷⁵⁸ TCP. EXP. N° 022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr.18

⁷⁵⁹ TCP. EXP. N° 00005-2012-PI/TC. SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Presidente de la República (demandante) c. Gobierno Regional de Junín (demandado). Sentencia: 23 de octubre de 2012, párr. 37

⁷⁶⁰ *Ibidem*.

consulta, (ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta, y (iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta⁷⁶¹. En esa misma sentencia, respecto al DCPLI, el TCP indicó que “[n]o forma parte del contenido de este “derecho el veto” a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta”⁷⁶², incluyendo en los casos de proyectos de “desarrollo o inversión”. Veamos un cuadro síntesis de lo que el TCP entiende por cada uno de estos aspectos.

Cuadro 2. Contenido protegido del derecho a la consulta según el TCP⁷⁶³

Contenido protegido	Explicación del TCP
i) el acceso a la consulta	“38. (...) resulta evidente que si se cumple la condición establecida en el convenio, esto es, si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho de consulta sería pasible de ser afectado”.
ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta	“39. (...) debe comprenderse que si la consulta se lleva a cabo sin que se cumpla con las características esenciales establecidas es evidente que se estaría vulnerando el derecho de consulta. Por ejemplo, la realización de la consulta sin que la información relevante haya sido entregada al pueblo indígena o que no se le haya dado un tiempo razonable para poder ponderar los efectos de la medida materia de la consulta. De generarse estas situaciones procedería su cuestionamiento ante las entidades respectivas.
iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No incluye “derecho de veto”	“40. (...) consulta realizada a los pueblos indígenas tiene como finalidad llegar a un acuerdo, ello no implica otorgar un derecho de veto a los pueblos indígenas. En tal sentido, si es que una vez alcanzado el acuerdo, posteriormente este es desvirtuado, los afectados podrán interponer los recursos pertinentes a fin de que se cumpla con los acuerdos producto de la consulta. Y es que en tales casos, el principio de buena fe se habrá visto afectado. Así, si bien los pueblos indígenas no pueden vetar la ejecución de las medidas consultadas, los consensos arribados en la negociación deben ser respetados de lo contrario, se estaría desvirtuando la esencia misma del proceso de consulta”.

Elaboración propia

Sin bien en el caso mencionado, el TCP niega el denominado “derecho de veto”, el cual hace referencia al DCPLI, debemos mencionar que el TCP si se refirió anteriormente

⁷⁶¹ TCP. EXP. N° 022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr.37

⁷⁶² Ibídem

⁷⁶³ Elaboración propia. Cuadro basado en: TCP. EXP. N° 022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 37-40.

al DCPLI y, además, utilizando el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam* para reconocerlo a nivel interno. Nos referimos a la Sentencia EXP. N° 03343-2007-PA/TC. En ese caso, el TCP reconoce que un Estado puede restringir el territorio de los pueblos indígenas ante proyectos de “desarrollo o inversión”, sin embargo, deberá obtener el CPLI para ello. El TCP indicó lo siguiente:

“36. Estos criterios han sido también recogidos por la Corte Interamericana en el caso *Pueblo de Saramaka vs. Surinam*. En dicha sentencia, Además, se estableció que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tenían el derecho de ser titulares de los recursos naturales que tradicionalmente habían usado en su territorio. De otro lado, también se explicitó que, no obstante ello, es claro que los derechos no son absolutos, pudiendo quedar subordinado el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad. Frente a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que:

“[...]cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio de Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones” (*Pueblo de Saramaka vs. Surinam*, fund. 134).

Esta participación y consulta de los pueblos indígenas legitima la acción gubernamental y particular, facilitando la actuación de los sujetos involucrados en la explotación de los recursos naturales”⁷⁶⁴.

Sin embargo, en decisiones posteriores que coinciden con la Sentencia EXP. N° 022-2009-PI/TC, el TCP deja de pronunciarse sobre el DCPLI sin la debida fundamentación. Simplemente, el TCP omite abiertamente los párrafos de la sentencia de la Corte IDH que reconocen el DCPLI. Por ejemplo, en la Sentencia EXP. N° 05427-2009-PC/TC, el TCP recoge las garantías de los procesos de consulta de acuerdo a lo señalado en el caso del *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, pero no hace referencia al DCPLI⁷⁶⁵, como si lo había hecho en la Sentencia EXP. N° 03343-2007-PA/TC.

“59. Sobre este aspecto, resulta particularmente esclarecedora la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* ha resumido el contenido del derecho a la consulta de los pueblos indígenas en los siguientes términos:

“(…) al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de

⁷⁶⁴ TCP. EXP. N° 03343-2007-PA/TC. LIMA. JAIME HANS BUSTAMENTE JOHNSON, Óp. Cit., párr. 36

⁷⁶⁵ TCP. EXP. N° 05427-2009-PC/TC. LIMA. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA (AIDSESP), Óp. Cit., párr. 59

consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (...) Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones” [Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, del 28 de noviembre de 2007, considerando 133].”

En posteriores sentencias, el TCP ha omitido pronunciarse sobre el DCPLI. De hecho, como hemos visto, en por lo menos 5 sentencias en total, el TCP ha indicado que los pueblos indígenas no tienen el DCPLI. Incluso, en algunos casos, el TCP ha evitado pronunciarse sobre el derecho a la consulta pese a que formaba parte de la pretensión de la demanda. Por ejemplo, en el 2012, en la resolución de aclaración de la Sentencia del EXP. N° 01939-2011-PA/TC referida a la construcción de la Represa de Angostura y la ejecución del Proyecto Majes –Sigüas II, el TCP omitió pronunciarse y desarrollar los artículos 2.1, 7.3 y 15.1 del Convenio N° 169 de la OIT, como fue solicitado⁷⁶⁶.

En términos prácticos, esto significa que el CPLI de los pueblos indígenas resulta irrelevante para que el Estado pueda tomar una decisión sobre algún proyecto propuesto. El Estado podrá realizar el proyecto a pesar de no contar con el CPLI del pueblo en cuestión. En efecto, como indicó el TCP, en la Sentencia EXP. N° 0022-2009-PI/TC, “la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, no les otorga la capacidad impedir que tales medidas se lleven a cabo”⁷⁶⁷.

⁷⁶⁶ TCP. EXP. N° 01939-2011-PA/TC. CUSCO. GOBIERNO REGIONAL DEL CUSCO Y OTRO. Resolución del 24 de enero de 2012, párr. 2

⁷⁶⁷ TCP. EXP. N° 022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 24

No obstante lo anterior, el TCP, en la Sentencia EXP. N° 01126-2011-HC/TC, indicó que no se puede ingresar al territorio de una comunidad campesina y nativa sin la autorización de la misma como legítimo propietario de su territorio⁷⁶⁸. Si bien en ese caso no se hizo referencia al DCPLI expresamente, el TCP sustentó su pronunciamiento en base al derecho a la libre determinación y autonomía del territorio, el cual es fundamento del DCPLI. Del mismo modo, cabe mencionar que lo señalado por el TCP en este último caso refuerza la idea de que los pueblos indígenas tienen el derecho de controlar quienes entran a su territorio e incluso qué actividades pueden realizar esos terceros.

2.3. Alcances del derecho a la consulta según la jurisprudencia del TCP

Como desarrollamos en los capítulos previos, la consulta y el CPLI comparten procedimientos similares. Ello en tanto el CPLI de los pueblos indígena deberá obtenerse por parte del Estado en el marco de procesos consultivos de proyectos de “desarrollo o inversión” de acuerdo a los estándares internacionales. Por ello, también es importante analizar cómo el TCP ha regulado en los procesos consultivos en sí mismos.

2.3.1. Sujeto obligado: Estados y/o ¿empresas?

El TCP ha sido claro al indicar que el sujeto obligado es el Estado y no los sujetos particulares como serían las empresas directamente interesadas en realizar los proyectos de “desarrollo o inversión”, o cualquier otro tercero. Ello en consonancia con lo establecido por el Derecho Internacional. Sin embargo, existen sentencias en las que el propio TCP se ha contradicho. Incluso, el TCP ha cuestionado la obligatoriedad misma del derecho a la consulta de parte del Estado.

En el 2009, el TCP indicó, en la Sentencia EXP. N° 06316-2008-PA/TC, que el derecho a la consulta debe ser en ese caso “puesto en práctica de forma gradual por

⁷⁶⁸ TCP. EXP. N.° 01126-2011-HC/TC. MADRE DE DIOS. JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE, Óp. Cit., párr. 25 y 34

parte de las empresas involucradas y bajo la supervisión de las entidades competentes”⁷⁶⁹. Más grave aún, en el 2010, el TCP retomó esa postura, en una resolución del mismo caso, e indicó que existía la posibilidad que el responsable de la consulta pueda ser un sujeto distinto que el Estado. De darse ese caso, el Estado actuaría desde el ámbito de la supervisión. En concreto, el TCP indicó lo siguiente:

“5. Que al respecto, es de precisar que en la STC 0022-2009-PI/TC este Tribunal indicó efectivamente que el Estado es el responsable de que se lleve a cabo el proceso de consulta. Esto implica no solamente un rol determinante e inmediato del Estado sino que puede desarrollar un rol supervisor en aquellos casos en donde la intensidad de afectación no sea alta, por ejemplo. Con esto se pretende resaltar, de una lado, la responsabilidad del Estado, de vigilar que se lleve a cabo el proceso de consulta, pero se deja abierta la posibilidad de que tal labor pueda ser realizada desde el ámbito de la supervisión. Tales alternativas no le corresponde decidir a este Tribunal sino al desarrollo normativo a desarrollar por el Congreso de la República. En tal sentido, la aclaración en este punto debe ser también desestimada”⁷⁷⁰.

Afirmar que las empresas son los sujetos obligados a realizar la consulta es contradictorio al Derecho Internacional. El Estado es el responsable de llevar a cabo tales procesos. Incluso, la presencia de las empresas significaría una violación al principio de buena fe de todo proceso consultivo, en tanto demostraría que ya habría una decisión predeterminada de parte del Estado sobre el proyecto en cuestión, al haber ya una empresa designada a realizar el proyecto en cuestión.

Posteriormente, el TCP se rectificó y reconoció que el sujeto obligado es el Estado. En el 2010, el TCP, al analizar la constitucionalidad del art. 3 de una ordenanza regional de Junín⁷⁷¹, indicó que la consulta debe ser “implementada de forma obligatoria por el Estado”⁷⁷². Con ello, el TCP afirmó que “[e]ntre los sujetos obligados para con el derecho

⁷⁶⁹ TCP. EXP. N° 06316-2008-PA/TC. LORETO. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA (AIDSESP), Óp. Cit., párr. 30

⁷⁷⁰ TCP. EXP. N.° 06316-2008-PA/TC. LORETO. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA (AIDSESP). Resolución del Tribunal Constitucional de 24 de agosto de 2010, párr. 5

⁷⁷¹ TCP. EXP. N° 00005-2012-PI/TC. SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Óp. Cit., párr. 39. La ordenanza “establecía en su artículo 3 que “las empresas privadas y sus respectivas concesionarias, que pretendan establecer sus actividades de prospección, exploración y explotación de recursos naturales en el ámbito de los pueblos indígenas y campesinos de la región Junín, cumplan con la consulta a los pueblos indígenas interesados conforme lo establece el Convenio N° 169 de la OIT suscrito por el Perú”.

⁷⁷² TCP. EXP. N° 00005-2012-PI/TC. SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD, Óp. Cit., párr. 37

a la consulta previa no se encuentran los particulares⁷⁷³ y el “único sujeto pasivo u obligado para con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa es el Estado”⁷⁷⁴. Por tal motivo, el TCP declaró la inconstitucional dicha ordenanza ya que comprendía “a los particulares entre los sujetos pasivos del derecho a la consulta previa, cuando estos no lo son, sino únicamente el Estado”⁷⁷⁵.

2.3.2. Sujeto titular: Los pueblos indígenas

En el TCP señala que los sujetos titulares del derecho a la consulta son los “pueblos indígenas”. En concreto, el TCP ha indicado que “[e]l derecho a la consulta no es un derecho individual”, sino “un derecho colectivo que se reconoce a los pueblos especificados en el artículo 1.1 del Convenio N° 169 de la OIT”⁷⁷⁶. Lo afirmado por el TCP es compatible con el Derecho Internacional.

En la Sentencia EXP. N° 022-2009-PI/TC, el TCP precisa que frente a proyectos de exploración o explotación de recursos naturales no basta consultar a los pueblos indígenas en cuyo territorio se encuentren tales recursos, sino además a los pueblos indígenas inmediatamente adyacentes al lugar y que sean susceptibles de ser afectados. En concreto, el TCP indica lo siguiente:

“Respecto al artículo 15 del Convenio, es de precisar que tal supuesto se centra específicamente en el caso en que los intereses de los pueblos indígenas puedan perjudicarse en virtud de la exploración o explotación de recursos naturales existentes en sus tierras. Dicho mandato está directamente relacionado a la explotación de recursos naturales ubicados dentro del territorio indígena. Cuando ello ocurra se tendrá que proceder a consultar a las comunidades nativas que **puedan** perjudicarse con tales actividades. Debe comprenderse que no solo serán consultados aquellos pueblos indígenas en cuyo territorio se llevarán a cabo las actividades, sino por ejemplo, también

⁷⁷³ TCP. EXP. N° 00005-2012-PI/TC. SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD, Óp. Cit., párr. 38

⁷⁷⁴ TCP. EXP. N° 00005-2012-PI/TC. SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD, Óp. Cit., párr. 37

⁷⁷⁵ TCP. EXP. N° 00005-2012-PI/TC. SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD, Óp. Cit., párr. 42

⁷⁷⁶ TCP. EXP. N° 00025-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y OCHO MIL NOVENTA Y NUEVE CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 22; y EXP. N° 0024-2009-PI. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y SEIS MIL DOSCIENTOS VEINTISEIS CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 6

los pueblos indígenas **inmediatamente adyacentes a dicho lugar y que sean susceptibles de ser afectados**⁷⁷⁷. [Resaltado nuestro]

Esto fue reiterado en la Sentencia EXP. N° 06316-2008-PA/TC, en el cual el TCP indicó lo siguiente:

“(…) el Convenio se refiere a los “pueblos interesados”, tal categoría comprende no sólo a las comunidades **directamente afectadas** o establecidas en los territorios objeto de explotación y/o exploración, sino que **también involucra a las comunidades colindantes, a sus organizaciones, y desde luego, a sus autoridades más representativas**⁷⁷⁸.

En esta última sentencia, el TCP también hizo referencia a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas. Si bien, no establece los criterios para determinarlas, deberán ser los propios pueblos quienes decidan quienes los representan en cada proceso consultivo de acuerdo al Derecho Internacional.

2.3.3. Medidas que deben de ser consultadas

A lo largo de su jurisprudencia, el TCP ha recogido la literalidad del art. 6 del Convenio N° 169 de la OIT, reconociendo que toda medida legislativa o administrativa “susceptible de afectar directamente” a los pueblos indígenas debe ser sometida a un proceso de consulta. También, ha recogido la literalidad del art. 15 del Convenio N° 169 de la OIT. Como indica el propio, el DCPLI de los pueblos indígenas ha quedado descartado de plano. El CPLI no es un requisito indispensable sin el cual el Estado no puede tomar una decisión.

En la Sentencia EXP. N° 022-2009-PI/TC, el TCP reconoció que la consulta es exigible frente a toda norma “susceptible de afectar directamente” a los pueblos indígenas⁷⁷⁹. En la Sentencia EXP. N° 0023-2009-PI/TC, el TCP reiteró dicho

⁷⁷⁷ TCP. EXP. N° 022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 23

⁷⁷⁸ TCP. EXP. N° 06316-2008-PA/TC. LORETO. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA (AIDSESP), Óp. Cit., párr. 17

⁷⁷⁹ TCP. EXP. N° 022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 58

reconocimiento⁷⁸⁰. Posteriormente, en la Sentencia EXP. N° 00025-2009-PI/TC, el TCP indicó que “en abstracto es imposible reducir a una fórmula clara y precisa cuándo una medida afecta directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas”⁷⁸¹.

Sin embargo, el TCP precisó que “no es difícil entender que ella se encuentran comprendidas cualesquiera medidas estatales (administrativas o legislativas) cuyo efecto sea el menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas”⁷⁸². Con ese pronunciamiento, el TCP ha limitado las consultas solo a medidas que “afecten directamente” a los pueblos, y no, cuando son “susceptibles de afectarles directamente como indica el Convenio N° 169 de la OIT. También, el TCP ha considerado solo aquellas medidas que afectan “negativamente” a los “derechos colectivos”. Con ello ha descartado consultar sobre “derechos individuales” y las medidas que les afecten favorablemente como sí establecen el Derecho Internacional.

Por ejemplo, ese fue el razonamiento que siguió el TCP para declarar la constitucionalidad de la Ley de Recursos Hídricos, pese a que abordaba cuestiones que afectaban a los pueblos indígenas, pero que al no ser afectaciones negativas, según el TCP no resultaba obligatorio que el Estado realice una consulta con los pueblos indígenas⁷⁸³.

2.3.3.1. Medidas administrativas

Respecto de las medidas administrativas, en la Sentencia EXP. N° 022-2009-PI/TC, el TCP indicó que “la tarea de identificar la medida administrativa que puede afectar

⁷⁸⁰ TCP. EXP. N° 0023-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS. Sentencia: 21 de setiembre de 2010, párr. 5

⁷⁸¹ TCP. EXP. N° 00025-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y OCHO MIL NOVENTA Y NUEVE CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 25

⁷⁸² TCP. EXP. N° 00025-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y OCHO MIL NOVENTA Y NUEVE CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 25

⁷⁸³ TCP. EXP. N° 00025-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y OCHO MIL NOVENTA Y NUEVE CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 36-40

directamente a un pueblo indígena no resulta tan compleja-debido a la característica de particularidad que por lo general tienen los actos administrativos”⁷⁸⁴. No obstante, no ha dado criterios específicos en torno a ese tipo de medidas.

El TCP solo ha tenido un caso sobre el cual pronunciarse en torno a la validez de medidas administrativas relacionadas a proyectos de “desarrollo o inversión”. Esta es la Sentencia EXP. N° 06316-2008-PA/TC del 2009. En ese caso, AIDSESEP presentó una demanda de amparo contra el Ministerio de Energía y Minas, PERUPETRO S.A., BARRETT RESOURCE PERÚ CORPORATION y REPSOL. AIDSESEP alegó que con los contratos de licencia de exploración y explotación de los lotes 39 y 67 celebrados con las empresas mencionadas y aprobados por Decretos Supremos de 1995 y 1999 se vulneraban los derecho a la vida, a la salud, al bienestar, a la integridad cultural, a la identidad étnica, a un ambiente equilibrado, a la propiedad y a la posesión ancestral, así como el derecho al territorio de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario waorani (tagaeri-taromenane), pananujuri (Arabela) y aushiris o abijiras, todos ellos incluidos en la ámbito geográfico de la propuesta de “Reserva Territorial Napo Tigre”⁷⁸⁵. Cuestionaban también los contratos en torno a los lotes mencionados sin haberse consultado a las instituciones representativas de los pueblos indígenas como AIDSESEP, CONAP o INDEPA⁷⁸⁶.

Por todo ello, solicitaban que el MINEM prohíba u ordene la suspensión de las operaciones en los territorios de los pueblos en aislamiento Waorani y otros; que PERUPETRO S.A. efectúe la modificación de los contratos mencionados; y que las empresas se abstengan de operar en esa zona, así como de hacer contacto con los pueblos en aislamiento. Finalmente, el TCP declara improcedente la demanda bajo el

⁷⁸⁴ TCP. EXP. N° 022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 19

⁷⁸⁵ TCP. EXP. N° 06316-2008-PA/TC. LORETO. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA (AIDSESEP), Óp. Cit., ANTECENTES.

⁷⁸⁶ *Ibidem*

argumento que “no se ha acreditado la existencia de la comunidad en aislamiento voluntario o no contactada, sin perjuicio de reconocer el derecho inalienable de los Pueblos Indígenas y Tribales a ser consultados conforme al Convenio N° 169 de la OIT”⁷⁸⁷.

Decisión que resulta cuestionable, toda vez que, de acuerdo a la Ley N° 28736, el Estado era el responsable de identificar a tales pueblos, y no la organización demandante⁷⁸⁸. En la práctica, el TCP le pasa la carga de la prueba a AIDSESEP, cuando la carga, de acuerdo a la ley, le correspondía al Estado. Esta salida “formal” llevó a que el TCP no se pronunciara sobre la aplicación del marco jurídico internacional aplicable a proyectos de “desarrollo o inversión” ni sobre las consecuencias de la violación de los derechos de los pueblos indígenas en ese caso.

2.3.3.2. Medidas legislativas

Respecto de las medidas legislativas, en las Sentencias EXP. N° 022-2009-PI/TC⁷⁸⁹, EXP. N° 0024-2009-PI⁷⁹⁰ y EXP. N° 00025-2009-PI/TC⁷⁹¹, el TCP indicó que existen tres supuestos distintos de medidas legislativas que se presentan para identificar cuáles serían sometidas a consulta. Veamos un cuadro que sistematiza lo indicado por el TCP:

⁷⁸⁷ TCP. EXP. N° 06316-2008-PA/TC. LORETO. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA (AIDSESEP), Óp. Cit., Punto resolutivo

⁷⁸⁸ Ley N° 28736 (Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial). Art. 3. a.

⁷⁸⁹ TCP. EXP. N° 022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 19-21

⁷⁹⁰ TCP. EXP. N° 0024-2009-PI. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y SEIS MIL DOSCIENTOS VEINTISEIS CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 6

⁷⁹¹ TCP. EXP. N° 00025-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y OCHO MIL NOVENTA Y NUEVE CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 26

Cuadro 3. Medidas legislativas según jurisprudencia del TCP⁷⁹²

	Tipos de medidas legislativas que identifica el TCP	¿Qué medidas deben de ser consultadas?	Ejemplos dados por el TCP
A.	Medidas dirigidas a regular aspectos que conciernen en forma exclusiva a los pueblos indígenas.	Sí debe ser consultada	Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras de Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas (Ley N° 26505). (Véase: TCP. EXP. N° 022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr.19)
B.	Normas de alcance general que podrían implicar una afectación "indirecta".	No debe ser consultada.	La emisión de un Código Civil o Código Procesal Penal (Véase: TCP. EXP. N° 022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 20)
C.	Medidas específicas relacionadas con pueblos indígenas dentro de normas de alcance general.	Sí. Solo "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". (TCP. EXP. N° 022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr.21)	No ha dado ejemplos sobre este tipo de medidas.

Elaboración propia

⁷⁹² Elaboración propia. Este cuadro recoge información de las Sentencias EXP. N° 022-2009-PI/TC , EXP. N° 0024-2009-PI y EXP. N° 00025-2009-PI/TC.

Bajo esta clasificación de medidas legislativas, el TCP ha evaluado la constitucionalidad de 7 medidas legislativas, de las cuales 6 eran decretos legislativos emitidos por el Ejecutivo, y, solo una era formalmente una ley emitida por el Legislativo. En ninguno de los casos, el TCP declaró la inconstitucionalidad de las mismas. Dado que los proyectos de “desarrollo o inversión” en el Perú son aprobados por medidas administrativas, el presente análisis sobre las medidas legislativas resulta referencial para efectos de entender cómo el TCP entiende la consulta en este tipo de medidas.

En la Sentencia EXP. N° 022-2009-PI/TC, el TCP indicó, en su fundamento 57, que no resultaba necesario consultar el decreto legislativo cuestionado puesto que el reglamento del mismo decreto establecía que no era aplicable para los territorios de pueblos indígenas⁷⁹³. Y, por ende, si bien la ley podría afectarles, al momento que su reglamento indica que no se aplicará a los pueblos indígenas, resulta imposible, según el TCP, que les afecte directamente. Es por eso, que el TCP señaló que “la norma bajo análisis es constitucional en tanto se excluya de su aplicación a los pueblos indignas, de otra forma, la norma habría tenido que ser sometida a un proceso de consulta”⁷⁹⁴.

Ésta es la primera sentencia que desarrolla con detalle el contenido, alcances, principios y etapas que el TCP considera deben de estar presentes en todo proceso consultivo. Uno podría imaginar que con dicho desarrollo el TCP declarararía la inconstitucionalidad de la normas, pero, por el contrario, el TCP opta por realizar un

⁷⁹³ TCP. EXP. N° 022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 57 “Al respecto, es de considerar que el propio Ejecutivo así lo ha interpretado. Y es que el Decreto Supremo N.° 032-2008-VIVIENDA -que reglamenta la norma cuestionada-, en el artículo 3, numeral 1, establece el ámbito de aplicación de la norma, no siendo aplicables los procedimientos establecidos a los territorios de comunidades campesinas y nativas. De igual forma, el artículo 15, establece que el diagnóstico físico legal de la unidad territorial será elaborado y suscrito por un abogado y un ingeniero en ciencias agrarias, debiendo contener, entre otros aspectos, la identificación del territorio de las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas, inscritas o no, a efectos de garantizar que no se aplique sobre dicho territorio los procedimientos previstos en dicho Reglamento. En el artículo 77 también se aprecia que las disposiciones establecidas sobre tolerancias registrales permisibles, no son aplicables al territorio de las comunidades campesinas y nativas. Y en el artículo 79 se establece que las disposiciones establecidas sobre rectificación de áreas, linderos y medidas perimétricas no son aplicables al territorio de las comunidades campesinas y nativas”.

⁷⁹⁴ TCP. EXP. N° 022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 56

interpretación, en virtud del principio de conservación de la ley⁷⁹⁵, que termina salvando la constitucionalidad de la norma.

En otras palabras, el TCP considera que se salva la constitucionalidad de una norma, que él mismo indica debió haber sido consultada, con la dación de una norma de inferior jerarquía, como un reglamento, que restringe la aplicación de la norma. Sin embargo, el decreto legislativo, al no haber sido consultado, gozaba de un vicio de nulidad por haber contradicho normas de rango constitucional y por sí mismo constituía una violación al derecho a la consulta, debiendo carecer de efectos jurídicos. Un reglamento, de inferior jerarquía, no podría salvar la invalidez del decreto legislativo que viene a regular. Más bien, el mismo reglamento tampoco tendría validez al haber regulado una medida que no fue consultada.

En la Sentencia EXP. N° 0023-2009-PI/TC, el TCP “considera que las normas contenidas en el decreto legislativo bajo cuestionamiento no afectan de manera directa o inmediata la situación jurídica de los pueblos indígenas”⁷⁹⁶. El TCP, pese a haber destacado que la consulta es exigible frente a la susceptibilidad de la afectación directa, esto es a la posibilidad de la afectación en los derechos de los pueblos indígenas, considera que la afectación debe ser directa e inmediata. Con dicha decisión, el TCP restringe arbitrariamente la aplicación del derecho a la consulta y va en contra de lo establecido por el Derecho Internacional.

⁷⁹⁵ TCP. EXP. N° 022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 56. “En virtud del principio de conservación de la ley -que exige al juez constitucional “salvar”, hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada [STC 004-2004-CC/TC, fund, 3.3]- debe ponderarse la interpretación de la norma. Y es que la declaratoria de inconstitucionalidad solo procede cuando se trata de una inconstitucionalidad evidente y cuando no exista otra disposición o interpretación factible. Por consiguiente, observándose que la norma bajo cuestionamiento permite interpretar que los alcances de su articulado excluyen a los Pueblos Indígenas, es de esta manera en que debe ser comprendida o interpretada la norma. En este sentido, y solo de esta manera la norma sería constitucional, puesto que la regulación no recae sobre los Pueblos Indígenas. En suma, la norma bajo análisis es constitucional en tanto se excluya de su aplicación a los pueblos indígenas, de otra forma, la norma habría tenido que ser sometida a un proceso de consulta”.

⁷⁹⁶ TCP. EXP. N° 0023-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 6

En la Sentencia EXP. N° 0024-2009-PI, el TCP considera que “el actual artículo 3 del Decreto Legislativo N° 994 no contiene, directa ni indirectamente, una regulación que afecte la propiedad comunal de los pueblos indígenas”⁷⁹⁷. Indica que el actual decreto legislativo solo se refiere, según su artículo 2, a las “tierras eriazas con aptitud agrícola de propiedad del Estado”⁷⁹⁸. Sin embargo, el TCP no considera que aún existen “tierras eriazas con aptitud forestal” que son reivindicadas como parte de los territorios de pueblo indígena que aún no han sido titulados. El mencionado derecho, al regular el tema de las tierras eriazas, sin lugar a dudas, afecta los territorios indígenas en tanto establece una serie de reglas sobre los espacios geográficos que podrían calificar como tierras eriazas pero que forman parte de los territorios que reivindican los pueblos indígenas.

En la Sentencia EXP. N° 00025-2009-PI/TC, el TCP considera que la Ley de Recursos Hídricos que se cuestionaba “pertenece al grupo de normas de alcance general que sólo indirectamente podrían implicar una afectación a los pueblos indígenas”⁷⁹⁹, ya que “no es una norma que tenga a los pueblos indígenas como únicos destinatarios [, ni] (...) [t]ampoco una que regule directamente aspectos que tienen que ver con sus derechos colectivos”⁸⁰⁰. Y, por ende, no debía ser consultada. Sin embargo, indica que actos concretos que se emitan en aplicación de la mencionada ley sí deberían ser consultados en tanto afecten directamente a los pueblos indígenas.

En este caso, el TCP vuelve a considerar que solo será exigible la consulta cuando se “afecte directamente” los derechos colectivos del pueblo indígena y no ante la “susceptibilidad” de dicha afectación. Esto es, la sola posibilidad de que la misma se dé. No obstante, incluso siguiendo únicamente la jurisprudencia del TCP, esta norma calzaría dentro del supuesto de “medidas específicas relacionadas con pueblos indígenas dentro

⁷⁹⁷ TCP. EXP. N° 0024-2009-PI. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y SEIS MIL DOSCIENTOS VEINTISEIS CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 24

⁷⁹⁸ *Ibídem*

⁷⁹⁹ TCP. EXP. N° 00025-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y OCHO MIL NOVENTA Y NUEVE CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 28

⁸⁰⁰ *Ibídem*

de normas de alcance general”. Medidas que, según el TCP, deben de ser sometidas a consulta “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”⁸⁰¹. Y es que, en el caso concreto, la ley, como indica el propio TCP, “hace referencia a los pueblos nativos en su contenido”⁸⁰² en temas relevantes con la situación jurídica de los pueblos indígenas como es el uso del agua y la regulación en torno al mismo.

Incluso, frente a ello, el TCP indica que, para que sea exigible la consulta, la afectación debe ser, además, negativa. Esto es, que ocasione “menoscabo, detrimento o perjuicio directo en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas”⁸⁰³. En el caso concreto, el TCP argumenta que no debería consultarse porque los artículos referidos a los pueblos indígenas en la ley “cumple[n] con la obligación asumida por el Estado en

⁸⁰¹ TCP. EXP. N° 022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr.21

⁸⁰² TCP. EXP. N° 00025-2009-PI/TC.LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y OCHO MIL NOVENTA Y NUEVE CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 29

“29. Esta apreciación vale incluso para el caso en el que la Ley 29338 hace referencia a los pueblos nativos en su contenido, como sucede con el artículo III de su Título Preliminar, que establece como uno de los principios en los que se inspira la Ley, el respeto de los usos del agua por las comunidades campesinas y comunidades nativas así como su derecho de utilizar las aguas, que discurren por sus tierras, en tanto no se oponga a la ley. O en relación al artículo 64, que establece que el Estado reconoce y respeta el derecho de las comunidades campesinas y comunidades nativas de utilizar las aguas existentes o que discurren por sus tierras (derecho que es imprescriptible, prevalente y se ejerce de acuerdo con los usos y costumbres ancestrales de cada comunidad), así como las cuencas de donde nacen dichas aguas, tanto para fines económicos, de transporte, de supervivencia y culturales, en el marco de lo establecido en la Constitución Política, la normativa sobre comunidades y la Ley; añadiéndose, en su último párrafo, que ningún artículo de la Ley debe interpretarse de modo que menoscabe los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la OIT.

30. Similares consideraciones también se extienden a lo regulado en su Título X, relativo a las “Aguas Amazónicas” y, en particular, con su artículo 118 [“Las comunidades nativas amazónicas organizan sus comités de subcuenca de acuerdo a sus usos y costumbres para toda actividad cultural, social o económica y se encargan de la protección de las cochas, humedales y restingas de selva. La Autoridad Nacional, en concordancia con los consejos de cuencas de la amazonía, vela porque en, las aguas existentes o que discurren por las áreas habitadas por pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial no se otorgue ningún derecho que implique uso, disposición o vertimientos en las mismas”].

A juicio del Tribunal, un precepto de esta naturaleza, aislada o sistemáticamente interpretada en el contexto del Título X de la Ley 29338, no ocasiona menoscabo, detrimento o perjuicio directo en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas. Al contrario, cumple con la obligación asumida por el Estado en los términos del artículo 15.1 del Convenio 169 de la OIT, que establece “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”.

⁸⁰³ TCP. EXP. N° 00025-2009-PI/TC.LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y OCHO MIL NOVENTA Y NUEVE CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 30

términos de artículo 15.1 del Convenio N° 169 de la OIT⁸⁰⁴. En otras palabras, el Estado al afectar de manera positiva la situación jurídica de los pueblos indígenas, mediante la implementación de una obligación internacional, no hace necesario proceder con la consulta. Afirmación que viola lo establecido por el Derecho Internacional.

En la Sentencia EXP. N° 00027-2009-PI/TC, el TCP declaró que el decreto cuestionado, que establecía el “marco normativo para promover la organización de los productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural para el crédito agrario”⁸⁰⁵, gira en torno a un ámbito específico que es el “crédito agrario, es decir sobre una operación vinculada al ámbito del sistema financiero”⁸⁰⁶. Y, por ende, consideró que “no constituye un aspecto relevante que implique una afectación directa a los pueblos indígenas”⁸⁰⁷.

Sin embargo, dicho de decreto establece disposiciones para la creación de entidades asociativas agrarias como única forma para poder acceder a esos créditos agrarios, dejando sin margen de elección a las comunidades que deseen obtener tales créditos pero bajo otras formas de organización, como a través de las propias comunidades. Por ejemplo, presentarse como “comunidad campesina” o “comunidad nativa”, sin necesidad de crear una asociación agraria, toda vez que de acuerdo al artículo 89 de la Constitución

⁸⁰⁴ *Ibíd.*

⁸⁰⁵ TCP. EXP. N° 00027-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y OCHO MIL TRESCIENTOS SIETE CIUDADANOS. Sentencia: 5 de enero de 2010, párr. 10 “Así, el Decreto Legislativo N.º 1020 establece los requisitos para la conformación de las Entidades Asociativas Agrarias (artículo 3), organizaciones de productores agrarios que únicamente gozarán de capacidad jurídica para actuar como personas jurídicas cuando se trate de la celebración de contratos de financiamiento o de garantía de dichos financiamientos, bajo cualquier modalidad, con cualquier empresa del sistema financiero nacional o persona jurídica (artículo 4). Asimismo, dicho decreto autoriza a cada Gobierno Regional a constituir fideicomisos (artículo 7), los cuales se orientarán a garantizar las operaciones de crédito que las empresas del sistema financiero nacional celebren con los pequeños productores agrarios y con las Entidades Asociativas Agrarias (artículo 8). También crea el “Fondo de Apoyo a la Consolidación de la Propiedad Rural” que tiene como finalidad el otorgamiento de financiamientos (artículos 11 y 12)”.

⁸⁰⁶ TCP. EXP. N° 00027-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y OCHO MIL TRESCIENTOS SIETE CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 11

⁸⁰⁷ *Ibíd.*

Política del Perú se les reconoce personalidad jurídica⁸⁰⁸, la cual es de naturaleza originaria.

Finalmente, en las Sentencias EXP. N° 026-2009-PI/TC y EXP. N° 028-2009-PI/TC, el TCP no emitió un pronunciamiento de fondo, puesto que los decretos legislativos cuestionados habían sido derogados.

El cuadro que se presenta a continuación resume lo fallado por el TCP en los casos ya mencionados.



⁸⁰⁸ También véase jurisprudencia del TCP al respecto: TCP. EXP. N° 00906-2009-PA/TC. LORETO. COMUNIDAD NATIVA COCAMA TARAPACA. Sentencia: 25 de octubre de 2010, párr. 3 - 6

Cuadro 4. Procesos de inconstitucionalidad de medidas legislativas por violación del derecho a la consulta⁸⁰⁹

	Sentencia	Fecha	Medida legislativa cuestionada	Fallo del TCP
1.	EXP. N° 022-2009-PI/TC. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS	9 de junio de 2010	Decreto Legislativo N° 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales (2008)	Infundada que, bajo interpretación del Decreto en mención de conformidad con el fundamento 57 de la sentencia, debe comprenderse que la norma no es aplicable para el caso de los pueblos indígenas.
2.	EXP. N° 023-2009-PI/TC. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS	21 de setiembre de 2010	Decreto Legislativo N° 1079, que establece medidas que garantizan el patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas (2008)	<p>Infundada porque el TCP considera que no afecta directamente a los pueblos indígenas.</p> <p>El TCP precisa que “la no consideración de la existencia de comunidades nativas no tituladas en las áreas naturales protegidas o en las zonas de amortiguamiento”, “no implica que el ordenamiento jurídico nacional no proteja en general a los pueblos indígenas, así no tengan un título de propiedad oficial respecto de sus territorios conforme ha advertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (TCP. Sentencia EXP. N° 0023-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 7)</p> <p>Sobre la propiedad de los recursos naturales de parte de los pueblos indígenas, el TCP indica que el principio de dominio eminential es compatible con el artículo 66 de la Constitución y el artículo 15 del Convenio N° 169 de la OIT. Y, por ende, no sería inconstitucional ya que, el propio Convenio N° 169 de la OIT, “prevé que los recursos naturales sean propiedad del Estado”. (TCP. EXP. N° 0023-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 8)</p> <p>El TCP indica que “cualquier eventual conflicto que surja entre las comunidades y las políticas de Estado deberá ser resuelto a través de las reglas de la ponderación a fin de articular los legítimos derechos comunales con los intereses nacionales en cada caso concreto, más aún cuando la titularidad de los recursos naturales corresponde al Estado”. (TCP. EXP. N° 0023-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 9)</p>

⁸⁰⁹ Elaboración propia con información de las sentencias que se mencionan.

3.	EXP. N° 024-2009-PI. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y SEIS MIL DOSCIENTOS VEINTESEIS CIUDADANOS	26 de julio de 2011	Decreto Legislativo N° 994, mediante el cual se promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola (2008)	<p>Improcedente porque el TCP considera que la inconstitucionalidad originaria del artículo 3.2 del Decreto, derivada de la no realización del proceso de consulta pese a tratarse de una disposición que afectaba directamente a los pueblos indígenas, ha desaparecido al haber sido derogado por el artículo 1 de la Ley 29382 (2009). (TCP. EXP. N° 0024-2009-PI. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y SEIS MIL DOSCIENTOS VEINTESEIS CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 25)</p> <p>Señala que los alcances del Decreto deben determinarse de conformidad con los fundamentos 14 (interpretación del Convenio N° 169 de la OIT a la luz de la DNUDPI), 18 y 19 (sobre la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios como medio para preservar la identidad y el propio desarrollo de los estos pueblos) de la sentencia. (TCP. EXP. N° 0024-2009-PI. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y SEIS MIL DOSCIENTOS VEINTESEIS CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. punto resolutive 2)</p>
4.	EXP. N° 025-2009-PI/TC. 8099 ciudadanos contra el Congreso de la República	17de marzo de 2011	Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, emitida por el Congreso de la República (2009)	<p>Infundada porque, según el TCP, no es una norma que tenga a los pueblos indígenas como únicos destinatarios, ni regula directamente aspectos que tienen que ver con sus derechos colectivos. El TCP considera que la ley cuestionada pertenece al grupo de normas de alcance general que sólo indirectamente podrían implicar una afectación a los pueblos indígenas, y, por ende, no debe ser consultada.</p> <p>El TCP considera que existen disposiciones en la norma, sin embargo, “[a] juicio del Tribunal, un precepto de esta naturaleza, aislada o sistemáticamente interpretada en el contexto del Título X de la Ley 29338, no ocasiona menoscabo, detrimento o perjuicio directo en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas. Al contrario, cumple con la obligación asumida por el Estado en los términos del artículo 15.1 del Convenio 169 de la OIT, que establece “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”. (TCP. EXP. N° 00025-2009-PI/TC.LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y OCHO MIL NOVENTA Y NUEVE CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 29 y 30)</p> <p>Sin embargo, el TCP precisa que esta decisión “no inmuniza los actos</p>

				de aplicación de la Ley N° 29338". "Tampoco deja exenta a las autoridades estatales de la obligación de realizar el proceso de consulta cuando las medidas administrativas de aplicación de la Ley N° 29338 generen una afectación directa sobre los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas; y, por último, tampoco esta decisión del Tribunal cierra la posibilidad de que, prescindiéndose de la consulta pese existir la obligación de realizarla, los pueblos indígenas puedan promover el proceso de amparo para denunciar la no realización de la consulta y anular los actos que los pudieran afectar". (TCP. EXP. N° 00025-2009-PI/TC.LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y OCHO MIL NOVENTA Y NUEVE CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 31 y 33).
5.	EXP. N° 026-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y 8119 CIUDADANOS	30 de julio de 2009	Decreto Legislativo N° 1083, mediante el cual se promueve el aprovechamiento eficiente y la conservación de los recursos hídricos (2008)	Improcedente por sustracción de la materia. El Decreto cuestionado fue derogado expresamente por la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, de 2009.
6.	EXP. N° 027-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y OCHO MIL TRESCIENTOS SIETE CIUDADANOS	5 de enero de 2010	Decreto Legislativo N° 1020, mediante el cual se promueve la organización de los productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural para el crédito agrario (2008)	Infundada porque el TCP considera que el Decreto gira en torno a un ámbito específico, que es el crédito agrario. Esto es, de acuerdo al TCP, "sobre una operación vinculada al ámbito del sistema financiero que (...) no constituye un aspecto relevante que implique una afectación directa a los pueblos indígenas". (TCP. EXP. N° 00027-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y OCHO MIL TRESCIENTOS SIETE CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 11)
7.	EXP. N° 028-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y 8187 CIUDADANOS	30 de julio de 2009	Decreto Legislativo N° 1081, mediante el cual se crea el Sistema Nacional de Recursos Hídricos (2008)	Improcedente por sustracción de la materia. El Decreto cuestionado fue derogado expresamente por la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, de 2009.

Elaboración propia

2.3.4. Características de la consulta

En la Sentencia EXP. 3343-2007-PA/TC, el TCP abordó por primera vez cómo debe ser un proceso consultivo. En dicha sentencia, el TCP indicó lo siguiente:

“35. En virtud a ello, la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla”⁸¹⁰.

Posteriormente, en la Sentencia EXP. N° 022-2009-PI/TC, el TCP señaló que los elementos y características del derecho a la consulta son: a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) objetivo de alcanzar un acuerdo, d) transparencia; y, e) implementación previa del proceso de consulta⁸¹¹. De acuerdo al TCP, éstos calificarían además como “principios orientadores”⁸¹². Expresamente, el TCP indicó que, “en caso de presentarse vacíos en la legislación [,] se tendrá que proceder en virtud de estos principios con el objetivo de maximizarlos”⁸¹³. De acuerdo al TCP, “si estos elementos se encuentran ausentes, la afectación del derecho de consulta se tendrá que comprender como una de tipo arbitraria y por lo tanto inconstitucional”⁸¹⁴.

Por ejemplo, considerando éstas características, el TCP, en la Sentencia EXP. N° 05427-2009-PC/TC, señaló que los talleres informativos, realizados en el marco de procesos de participación ciudadana, no equivalen a procesos de consulta. Los talleres

⁸¹⁰ TCP. EXP. N° 03343-2007-PA/TC. LIMA. JAIME HANS BUSTAMANTE JOHNSON, Óp. Cit., párr. 35

⁸¹¹ TCP. EXP. N° 022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 26

⁸¹² *Ibidem*

⁸¹³ *Ibidem*

⁸¹⁴ *Ibidem*

informativos pueden formar parte de los procesos de consulta, pero éstos no se reducen a aquellos. El TCP expresamente indica lo siguiente:

“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**. 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 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 7º⁸¹⁵. [Resaltado nuestro]

Si bien algunas de las características esbozadas por el TCP coinciden con los estándares que se establecen en el Derecho Internacional, el hecho que se niegue en todo momento el DCPLI termina por quitarle contenido a la potestad de los pueblos indígenas de decidir sobre sí mismos, en el marco de su libre determinación, y garantizar su vida e integridad. Lo que resulta, por ende, en una violación del Derecho Internacional.

Además, resulta preocupante que el TCP indique expresamente que la negativa de los pueblos indígenas de realizar la consulta califica como un acto de mala fe, dando a entender que tienen la obligación de entrar a los procesos consultivos a toda costa, e incluso pese a que el pueblo ya haya decidido, en su libre determinación, que no quiera el proyecto que busca consultarse. También, es alarmante que el TCP considere la posibilidad de realizar procesos consultivos posteriores a la emisión de la medida. En ambos casos estamos frente a violaciones a los estándares internacionales ya desarrollados.

Veamos a continuación un cuadro que resume lo que el TCP entiende por cada uno de estas características:

⁸¹⁵ TCP. EXP. N° 05427-2009-PC/TC. LIMA. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA (AIDSESP), Óp. Cit., párr. 62.

Cuadro 5. Características del derecho a la consulta de toda medida legislativa o administrativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas según el TCP⁸¹⁶

Característica	Contenido de acuerdo al TCP
a) Buena fe	
<p>Definición</p> <ul style="list-style-type: none"> - Actitud diligente del Estado - Prohibición de malas prácticas (Estado y pueblos indígenas) - Etapas en las que es determinante la buena fe 	<p>“27. Este Tribunal Constitucional estima que el principio de buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta. El principio de buena fe, debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. Con él se permite excluir una serie de prácticas, sutiles, implícitas o expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta. Tales prácticas están vedadas tanto para el Estado como para los pueblos indígenas o cualquier otro particular que intervenga en el proceso de consulta. Este principio debe verse concretado en las tres etapas elementales en que puede estructurarse el proceso de consulta, a saber: 1) <i>determinación de la afectación directa</i>, 2) <i>la consulta en sentido estricto</i>, y 3) <i>la implementación de la medida</i>. El respeto del principio de buena fe debe ser materializado a lo largo de estas tres etapas”.</p>
<p>Primera etapa: determinación de la afectación directa</p> <ul style="list-style-type: none"> - Deber de prever la medida susceptible de afectar a los pueblos indígenas - Principio de transparencia 	<p>“28. Por ejemplo, en la primera, cuando el funcionario prevea que la medida legislativa o administrativa es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, debe comunicársele a las entidades representativas de los pueblos indígenas. No debe tratar de impedirse o imponerse trabas que impida que dicha información sea conocida o que se concrete la consulta. El principio de transparencia obtiene un nuevo contenido en este escenario. En todo caso, frente a este tipo de contextos, los pueblos indígenas podrían utilizar las garantías judiciales pertinentes a fin de subsanar esta situación”.</p>
<p>Segunda etapa: la consulta en sentido estricto</p> <ul style="list-style-type: none"> - Consenso - Diálogo intercultural - Finalidad (acuerdo o consentimiento) - Consideración de las costumbres de los pueblos indígenas 	<p>“28. (...) En la segunda etapa indicada se comprende que las partes, y sobre todo el Estado, deben estar comprometidos en encontrar un consenso. Sería bastante fútil generar un espacio de discusión y diálogo intercultural, cuando lo que en el fondo se pretende es simplemente la mera apariencia de cumplimiento de la norma, sin que se recaiga en lo sustancial de la misma. Como lo explicita el artículo 6 del Convenio la finalidad del diálogo será llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas. Para ello se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. También debe tomarse en cuenta cuestiones relativas al clima y la accesibilidad de los miembros de los pueblos indígenas al lugar en donde se va a llevar a cabo la consulta. No debe optarse por lugares que sean de difícil acceso o que en determinada época del año sea de difícil acceso.</p>

⁸¹⁶ Elaboración propia. Incluye extractos de: TCP. Sentencia EXP. N° 022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 27 - 36

<ul style="list-style-type: none"> - Accesibilidad - Prohibición de los pueblos indígenas de negarse a llevar a cabo la consulta 	<p>De otro lado, no se condice con el principio de buena fe que las entidades representativas de los pueblos indígenas se nieguen a llevar a cabo la consulta. Esta iniciativa de cerrar las puertas al diálogo y rechazar toda posibilidad de consenso no se condice con los principios del Convenio N.º 169. No obstante, las soluciones que pretendan superar esta situación tendrán que basarse en el principio de buena fe. Y es que el desafío al diálogo no debe ser refutado con respuestas sustentadas en similar criterio, sino con la legitimidad de quien cumple los principios del Estado Constitucional. En todo caso, debe tenerse en mente que cierta desconfianza puede ser comprensible debido a la situación de olvido en la que estuvieron los pueblos indígenas en el Perú, siendo marginados del desarrollo. Sin embargo, el que sea comprensible no implica que se justifique una posición como la descrita. Este tipo de situaciones por el contrario constituyen oportunidades para que el Estado se legitime y ejerza su potestad con pleno respeto por los derechos fundamentales de los pueblos indígenas”.</p>
<p>Tercera etapa: la implementación de la medida.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Implementación de los consensos - Prohibición de desconocer los compromisos asumidos - 	<p>“29. Acerca de la última etapa, de nada servirá arribar a los consensos si es que luego, en la ejecución de lo consultado, se pretende hacer caso omiso a los compromisos asumidos. El respeto del principio de buena fe, exige que no se desconozca el espíritu del compromiso. El reto es mejorar la calidad de representación de los pueblos indígenas incorporándolos como grupos pluralistas en la dinámica participativa de la democracia.</p>
<p>Transversal a todas las etapas</p> <ul style="list-style-type: none"> - Plazo adecuado y razonable para evaluación interna de los pueblos indígenas - Relación con el principio de flexibilidad 	<p>“30. Asimismo, es importante subrayar que los pueblos indígenas deben contar con un plazo adecuado y razonable a fin de que puedan reflexionar acerca de la situación ante la cual se encuentran. Se garantiza así el desarrollo del proceso de diálogo. Esos plazos pueden variar dependiendo de la medida que se esté consultando. Frente a este tipo de situaciones el principio de flexibilidad tendrá que activarse a fin de adaptar la consulta a cada situación.”</p>
<p>b) Flexibilidad</p>	
<ul style="list-style-type: none"> - Respeto de la diversidad de los pueblos indígenas 	<p>“31. Debido a la diversidad de pueblos indígenas existentes y la diversidad de sus costumbres, inclusive entre unos y otros, es importante que en el proceso de consulta estas diferencias sean tomadas en cuenta. De igual forma, y como ya se ha indicado, las medidas a consultar tienen diversos alcances, siendo por ello pertinente</p>

<ul style="list-style-type: none"> - Consideración de las circunstancias en función de los alcances de las medidas a consultar 	<p>ajustar a cada proceso de consulta al tipo de medida, sea administrativa o legislativa que se pretende consultar. Es por ello que en el artículo 6 del Convenio se establece que las consultas deben ser llevadas a cabo de una “manera apropiada a las circunstancias”.</p>
<ul style="list-style-type: none"> - Consideración de la intensidad de la intervención de la medida a consultar (contextos de exploración y explotación) 	<p>“32. De igual forma, el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración. En tal sentido, ello tendrá que ser tomado en cuenta al momento de analizar la realización del derecho de consulta y los consensos a los que se arriben. Así, mientras mayor intensidad de intervención se prevea, mayor escrutinio tendrá que existir al momento de revisar el proceso de consulta. Ello debido a que se está frente a una intervención que en principio será importante y de un mayor nivel de afectación. En tal sentido, importa mayor participación por parte de los pueblos indígenas directamente afectados”.</p>
<p>c) Objetivo de alcanzar un acuerdo</p>	
<ul style="list-style-type: none"> - Verdadero diálogo intercultural - Diálogo - Consideración de las costumbres - Evaluación de la mejor metodología en cada caso concreto de consulta. - Acuerdos que respondan a los intereses de los pueblos indígenas (protección de ambiente y territorio, temas culturales, económicos, la justa compensación, modos de vida, participación en los beneficios, etc.) - Deber que los 	<p>“33. Debe entenderse que lo que se pretende con el proceso de consulta es que se lleve a cabo un verdadero diálogo intercultural. La intención es que dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. Con la finalidad no solo de obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados”.</p>

<p>pueblos indígenas se beneficien del proyecto</p>	
<ul style="list-style-type: none"> - El Estado es el responsable de llevar a cabo la consulta. - Pueblos indígenas pueden detectar qué medidas, antes de ser emitidas, deben de ser consultadas. - Transparencia del proceso 	<p>“34. Puesto que el Convenio N.º 169 ha sido suscrito y ratificado por el Estado peruano, es evidente que le impone obligaciones. En este caso la obligación de llevar a cabo la consulta. Es por ello que el Estado peruano es el responsable que se lleve a cabo la consulta. Ello desde luego no diluye la responsabilidad de los pueblos indígenas de plantear organizaciones que puedan detectar previamente al dictado de las medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarlos directamente, y por lo tanto, plantear al órgano estatal pertinente que se lleve a cabo la consulta. Ello pone a prueba la transparencia con la que opera el Estado al momento de establecer medidas, en este caso, relativas a los pueblos indígenas”.</p>
<p>d) Transparencia</p>	
<ul style="list-style-type: none"> - Medidas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas deben de ser puestas en su conocimiento. - Informar sobre consecuencias de las medidas (negativas o positivas) - Conocer las metodologías de consulta - Saber las normas que sustentan la medida propuesta - Traducción de la información relevante 	<p>“35. El principio de transparencia también es inherente al proceso de consulta. Si bien se ha visto manifestación de éste cuando se hizo referencia al principio de buena fe, aquel tiene una relevancia que permite enfatizar su autonomía. Ya se adelantó que en cuanto se establezca que determinadas medidas pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, estas deben ser puestas en conocimiento de dichos pueblos. También es importante que se establezca cuáles van a ser las consecuencias de tales medidas, sean estas positivas o negativas. Es importante también que se conozcan cuáles van a ser las metodologías de la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. El principio de transparencia también implica que la documentación relevante tendría que ser traducida a fin de que la comprensión de los mismos pueda garantizarse como plenitud. También se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto”.</p>

<ul style="list-style-type: none"> - Consideración de las costumbres de los pueblos indígena. - Aplicación de metodología apropiada para cada caso 	
e) Implementación previa del proceso de consulta	
<ul style="list-style-type: none"> - Consulta previa a la toma de decisión. - No consultar previamente denota la ausencia de buena fe - Excepciones al carácter previo de la consulta sujeto a un examen de constitucionalidad. 	<p>“36. Otro punto característico es que la consulta se lleve a cabo en forma previa a la toma de la decisión. Y es que la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que puedan ser tomadas en cuenta. La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. Además generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe. En todo caso, las condiciones de los hechos pueden determinar ciertas excepciones, aunque estas siempre serán revisadas bajo un examen estricto de constitucionalidad debido a la sospecha que tales situaciones generan”.</p>

Elaboración propia

2.3.5. Las siete etapas de los procesos de consulta

El TCP ha señalado que la consulta debe de cumplir con determinadas etapas, las cuales precisó en la Sentencia EXP. N° 022-2009-PI/TC. El siguiente cuadro las resume de manera breve:

Cuadro 6. Etapas de la consulta⁸¹⁷

	Etapas	Explicación del TCP
i)	Determinación de la medida	“El inicio de todo el proceso será la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede ser susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena. Esta tarea debe ser realizada por la entidad que está desarrollando tal medida”.
ii)	Determinación y notificación de los pueblos indígenas posibles de ser afectados	“En segundo lugar se deben determinar todos los pueblos indígenas posibles de ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación”.
iii)	Evaluación interna de los pueblos indígenas y negociación	“Una vez notificados los sujetos que intervendrán, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto la medida. Luego tendrá que pasarse a la negociación propiamente dicha”.
iv)	Acuerdo con los pueblos indígenas	“Si es que el pueblo indígena se encuentra de acuerdo con la medida entonces, concluye la etapa de negociación”.
v)	En caso de no acuerdo, se realiza una segunda etapa de negociación	“De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad. Este Colegiado estima pertinente que en este punto de la etapa la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable”.
	En caso de no consenso, el Estado podrá implementar la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo indígena	“Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, solo entonces el Estado podrá implementar con la medida, atendiendo en lo posible a la peticiones del pueblo indígena”.

Elaboración propia

En la Sentencia EXP. N° 022-2009-PI/TC, el TCP no sustentó el porqué de las siete etapas del proceso consultivo. Considerando los estándares internacionales, el TCP debió partir del hecho que los procesos de consulta pueden variar de un pueblo a otro y en torno a la medida a consultar. No competía al TCP definir *a priori* cómo serían los procesos de consulta, o indicar que solo serán necesarias dos etapas de negociación. Pueda ser que una medida demande más de dos etapas de negociación.

⁸¹⁷ Elaboración propia con información de: TCP. EXP. N° 022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 41

Como indican los estándares internacionales, corresponde a los pueblos indígenas en coordinación con los pueblos indígenas definir incluso cuáles serían incluso las etapas del proceso consultivo a iniciarse en cada caso concreto. Una situación distinta sería si el Estado entendiera que las etapas indicadas por el TCP son referenciales, y pueden variar dependiendo del pueblo indígena en cuestión. Sin embargo, ese no es el caso lamentablemente.

2.3.6. Consecuencias jurídicas del incumplimiento del derecho a la consulta

De manera general, el TCP ha indicado, en la Sentencia EXP. N° 0023-2009-PI/TC, que “cualquier eventual conflicto que surja entre las comunidades y las políticas de Estado deberá ser resuelto a través de las reglas de la ponderación a fin de articular los legítimos derechos comunales con los intereses nacionales en cada caso concreto, más aún cuando la titularidad de los recursos naturales corresponde al Estado”⁸¹⁸. No existe en la jurisprudencia del TCP referencia alguna sobre las consecuencias jurídicas que los organismos internacionales han decidido en torno a la imposición de proyectos de “desarrollo o inversión” aprobados de manera inconsulta y sin el CPLI de los pueblos indígenas.

En lo que se refiere a medidas legislativas, el TCP nunca ha declarado la inconstitucionalidad de una norma por el hecho que haya sido promulgada sin mediar un proceso de consulta. Por el contrario, el TCP ha buscado salvar la constitucionalidad de tales normas, realizando, como hemos visto, interpretaciones forzadas en algunos casos.

Respecto de medidas administrativas, en la sentencia del EXP. N° 06316-2008-PA/TC, el TCP se pronunció sobre una serie de actos administrativos relacionados a un proyecto de “desarrollo o inversión” de una empresa determinada. Ninguno de esos actos administrativos contaba con un proceso de consulta con los pueblos indígenas.

⁸¹⁸ TCP. EXP. N° 0023-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS, Óp. Cit., párr. 29

Actos que, según el TCP, “en principio, (...) resultarían incompatibles con la Constitución”⁸¹⁹. Sin embargo, el TCP después de constatar “una serie de actos de buena fe por parte de las empresas comprometidas en estos proyectos, las cuales han actuado basadas en la seguridad y confianza que razonablemente podían transmitir las propias autoridades estatales”⁸²⁰, señaló que “debe de ponderar los efectos de su decisión a fin de no generar mayores sacrificios que los que se pretende cautelar”⁸²¹.

De acuerdo al art. 201 de la Constitución Política del Perú de 1993, el TCP entendió que dicho deber de ponderación incluía “la potestad de modular, procesalmente, el contenido y los efectos de sus sentencias en todos los procesos constitucionales, en general, y en el proceso de amparo, en particular”⁸²².

En base en ello, el TCP consideró que la omisión de implementación normativa del derecho a la consulta ha generado una situación de “inseguridad jurídica dentro del ordenamiento nacional”⁸²³. De este modo, “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

⁸¹⁹ TCP. EXP. N° 06316-2008-PA/TC. LORETO. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA (AIDSESEP), Óp. Cit., párr. 27

⁸²⁰ TCP. EXP. N° 06316-2008-PA/TC. LORETO. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA (AIDSESEP), Óp. Cit., párr. 27 y 28. Estos actos, de acuerdo al TCP, van “desde la aprobación del proyecto y la participación en las licitaciones públicas para la entrega de la concesión, hasta la aprobación del Plan de Impacto Ambiental, etc.”. El TCP también indica que tales actuaciones se vienen dando “en el marco de Contratos-Ley firmados con el Estado Peruano y garantizados por el artículo 62° de la Constitución”.

⁸²¹ TCP. EXP. N° 06316-2008-PA/TC. LORETO. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA (AIDSESEP), Óp. Cit., párr. 28

⁸²² TCP. EXP. N° 06316-2008-PA/TC. LORETO. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA (AIDSESEP), Óp. Cit., párr. 29

Bajo ese fundamento, el TCP indicó en esta sentencia que: “Es por ello que este Colegiado considera que el derecho de consulta debe ser en este caso puesto en práctica de forma gradual por parte de las empresas involucradas y bajo la supervisión de las entidades competentes. Con esto el Tribunal ha de disponer que se ponga en marcha un plan de compromisos compartidos entre las empresas privadas involucradas, que no verán paralizadas sus acciones, y las propias comunidades y sus dirigentes, que tampoco pueden renunciar a sus derechos y que deben ser restablecidos en el más corto plazo posible, abriendo el diálogo a efectos de construir un espacio de armonía y confianza mutua. Resulta entonces impostergable que el Ministerio de Energía y Minas convoque a las empresas involucradas a efectos de implementar, en el marco de la legislación vigente y de la STC 0022-2009-PI/TC, mecanismos adecuados y eficaces de consulta, que permitan que las comunidades expresen sus preocupaciones y sean debidamente informadas sobre el avance de los procesos de explotación de los recursos, así como sobre el impacto que estos procesos generan en su vida”. Véase: TCP. EXP. N° 06316-2008-PA/TC. LORETO. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA (AIDSESEP), Óp. Cit., párr. 30

⁸²³ TCP. EXP. N° 06316-2008-PA/TC. LORETO. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA (AIDSESEP). Resolución 24 de agosto de 2010, párr. 7

exigido previamente a ello llevar a cabo el proceso de consulta⁸²⁴. Por eso, en ese caso el TCP indicó lo siguiente:

“8. 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**”⁸²⁵. [Resaltado nuestro]

En otro caso ante el TCP, ante esta ausencia de regulación del derecho a la consulta en el sector de energía y minas, el TCP declaró fundado una acción de cumplimiento frente a la falta de reglamentación del derecho a la consulta en el sector a cargo del Ministerio de Energía y Minas (MINEM). En este caso, el TCP concluyó lo siguiente:

- “1. Declarar FUNDADA la demanda de cumplimiento interpuesta por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP), por haberse acreditado el incumplimiento parcial por parte del Ministerio de Energía y Minas de su deber de reglamentar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT.
2. ORDENAR al Ministerio de Energía y Minas a que, dentro del marco de sus competencias, emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, de conformidad con los principios y reglas establecidos en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio N° 169 de la OIT y que han sido explicitados en el fundamento 60 de la presente sentencia.
3. EXHORTAR al Congreso de la República a que, dentro del marco de sus competencias establecidas en el artículo 108° de la Constitución, culmine con el trámite de promulgación de la “Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, aprobada en la sesión ordinaria del 19 de mayo del 2010, en el término más inmediato posible.
4. Declarar IMPROCEDENTE la demanda en el extremo referido a la obligación del Ministerio de Energía y Minas de adecuar sus reglamentos a lo establecido en el Convenio N° 169 de la OIT, en materia de derecho a la tierra, al medio ambiente y los recursos naturales, por no ser asunto de su competencia”⁸²⁶.

Así, el TCP, a la fecha, no ha recogido ninguna de las consecuencias jurídicas que establecen los estándares internacionales. Por el contrario, al momento de establecer

⁸²⁴ TCP. EXP. N° 06316-2008-PA/TC. LORETO. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA (AIDSESP). Resolución 24 de agosto de 2010, párr. 7

⁸²⁵ TCP. EXP. N° 06316-2008-PA/TC. LORETO. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA (AIDSESP). Resolución 24 de agosto de 2010, párr. 7 y 8

En la presente investigación, también véase el análisis sobre la vigencia del Convenio N° 169 de la OIT.

⁸²⁶ TCP. EXP. N° 05427-2009-PC/TC. LIMA. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA (AIDSESP), Óp. Cit., PUNTO RESOLUTIVO

consecuencias jurídicas por la falta de consulta ha optado por la supuesta ponderación, en la cual ha privilegiado los intereses de terceros por sobre los derechos de los pueblos indígenas. Situación que termina generando la responsabilidad internacional del Estado peruano.

3. El DCPLI y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú

A nivel de la Corte Suprema de Justicia del Perú (CSJP) tenemos dos sentencias en procesos de acción popular, las cuales abordan con diferentes enfoques y bajo distintos alcances, el derecho a la consulta y el DCPLI de los pueblos indígenas en el Perú. Ambas sentencias nos permiten analizar cómo la CSJP interpreta los derechos de los pueblos indígenas.

3.1. Sentencia ACCIÓN POPULAR EXP. N° 3520-2011. LIMA de 26 de abril de 2012

El 26 de abril de 2012, la CSJP emitió sentencia en un proceso de acción popular seguido por AIDSESEP contra el Ministerio de Agricultura con el objetivo que “se deje sin efecto, por inconstitucional e ilegal, el Decreto Supremo N° 023-2007-AG, publicado el diez de agosto del dos mil siete y alternativamente el numeral 2 del art. 6 de dicha norma”⁸²⁷. AIDSESEP sostenía que dicho decreto transgredía los arts. 6 y 15 del Convenio N° 169 de la OIT, entre diversas disposiciones constitucionales y normas de rango legal referidas a Áreas Naturales Protegidas.

En lo que se refiere al derecho a la consulta, AIDSESEP sostuvo las siguientes pretensiones: (i) se estableció la categorización de la zona reservada Santiago

⁸²⁷ CSJP. ACCIÓN POPULAR EXP. N° 3520-2011. LIMA. Sentencia: 26 de abril de 2012, Considerando segundo. Este decreto establece la categorización parcial de la Zona Reservada Santiago - Comaina como “Parque Nacional Ichigkat Muja - Cordillera del Cóndor” y “Reserva Comunal Tuntanain”. “El numeral 2 del artículo 6 (De los derechos tradicionales y adquiridos) indicada “6.2 La presente categorización respetará los derechos adquiridos y obligaciones contenidas en el Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Lote 116. En este sentido, el Contrato de Administración, la zonificación, el Plan Maestro y la Zona de Amortiguamiento de la Reserva Comunal Tuntanain permitirán la ejecución del mencionado Contrato de Licencia al ser ésta un área de uso directo, en armonía con los fines y objetivos de la mencionada Reserva Comunal”.

Comaina, sin la consulta previa a los pueblos indígenas Awajún y Wampis, “debiendo dejar sin efecto el mencionado Decreto Supremo para que se realice consulta previa, y empezarse los estudios de categorización consultando a los pueblos”⁸²⁸; y, (ii) además, “no se ha efectuado la consulta a los pueblos Awajún y Wampis sobre la viabilidad de la explotación de hidrocarburos en el lote 116, mientras que el aprovechamiento de recursos naturales no puede justificar la vulneración de derechos fundamentales”⁸²⁹.

El CSJP precisó que, si bien es cierto que existe el derecho a la consulta (art. 6 del Convenio N° 169 de la OIT), “no puede dejar de apreciarse bajo esa misma consideración que no se ha demostrado que la reducción del área del parque nacional perjudique especies endémicas (...), que las zonas naturales (incluidas las zonas reservadas) tienen ciertos objetivos cuya afectación no ha sido probada, y que la reducción de las áreas del parque nacional y de la zona reservada no causan una afectación directa a los pueblos Awajún y Wampis (...) mientras que de acuerdo a los documentos (...), se han realizado una serie de actividades en las que han participado las comunidades nativas de la zona y que han determinado la categorización final que da al Parque Nacional (...)”⁸³⁰. En ese sentido, la CSJP se alinea con la jurisprudencia del TCP, la cual indica que la consulta será exigible en tanto existe una “afectación directa” que sea “negativa” a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

También, la CSJP indicó que ambas pretensiones deben “ser desestimad[a]s porque el Decreto Supremo materia de controversia no determina la viabilidad de la explotación de hidrocarburos ni concede derechos para tal explotación (como el caso el caso de la concesión del pozo 116)”⁸³¹. Si bien en una parte de la sentencia, la CSJP indica que el otorgamiento de una concesión calificaría como una afectación

⁸²⁸ CSJP. *ACCIÓN POPULAR EXP. N° 3520-2011. LIMA*, Óp. Cit., Considerando segundo. F)

⁸²⁹ *Ibíd.*, Considerando Segundo H)

⁸³⁰ *Ibíd.*, Considerando Séptimo

⁸³¹ *Ibíd.*

directa a los pueblos indígenas Awajún y Wampis⁸³², es un tema sobre el que no profundiza.

Finalmente, el CSJP declaró inconstitucional e ilegal el numeral 6.2 del art. 6.2 del Decreto Supremo N° 023-2007-AG en tanto la condición impuesta no era compatible con los objetivos del área natural protegida⁸³³. Dicho artículo violaba los arts. 27 y 28 de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, Ley N° 26834, el derecho a un ambiente equilibrado, y la obligación del Estado de promover la conservación de las áreas naturales contemplada en el art. 68 de la Constitución Política del Estado⁸³⁴. En este punto, la CSJP no analiza que dicho artículo también violaba las garantías que tiene todo territorio indígena. Ello debido a la estrategia de litigio que plantearon los demandantes giró principalmente en torno a cuestiones ambientales.

3.2. Sentencia ACCIÓN POPULAR EXP. N° 2232-2012. LIMA de 23 de mayo de 2013.

Esta Sentencia declaró nulos el arts. 2.1 del artículo II del Decreto Supremo N° 012-2008-MEM (Reglamento de Participación Ciudadana para la Realización de Actividades de Hidrocarburos)⁸³⁵ y 4 del Decreto Supremo N° 028-2008-MEM (Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero) por contravenir disposiciones constitucionales referidas al derecho a la consulta de los pueblos indígenas⁸³⁶. También, la CSJP mantuvo la vigencia de otras normas impugnadas “por

⁸³² *Ibíd.*, Considerando Séptimo

⁸³³ *Ibíd.*, Considerando Octavo

⁸³⁴ *Ibíd.*

⁸³⁵ El art. 2.1. del artículo II del Título Preliminar que establece que: “La consulta es una forma de Participación Ciudadana que tiene por objeto determinar si los intereses de las poblaciones que habitan en el área de influencia directa de un proyecto de Hidrocarburos podrían verse afectados, a efectos de que antes de emprender o autorizar cualquier programa de actividades, se conozca y analice las principales preocupaciones manifestadas respecto a los posibles impactos sociales, económicos, ambientales y culturales que podrían generarse a partir de su elaboración y/o ejecución”.

⁸³⁶ El art. 4 titulado “De la consulta” indica lo siguiente: “El derecho a la consulta al que se hace referencia en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, se ejerce y se implementa en el sub sector minero, a través del proceso de participación ciudadana que regula el presente Reglamento. En tal sentido los mecanismos de participación ciudadana a implementar deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de conocer, con anterioridad al inicio y realización de la actividad minera,

admitir interpretación en armonía con las normas legales, constitucionales y derechos fundamentales⁸³⁷.

Los artículos declarados nulos indicaban que la consulta de los pueblos indígenas era una forma participación ciudadana que se regía bajo el marco aplicable de ésta última. Con ese mandato, ambos reglamentos negaban el contenido propio del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, y la jurisprudencia que el propio TCP ya había precisado.

En el caso del primer decreto, la CSJP determinó que “contraviene el inciso 1.a e inciso 2 del artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, por cuanto la consulta en definitiva no es una forma de participación ciudadana, sino un derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados de las medidas legislativas y administrativas que les pudieran afectar, para obtener un acuerdo y en los casos que corresponda obtener su consentimiento⁸³⁸. Y, en el caso del segundo decreto, la CSJP reitera nuevamente que “la participación ciudadana constituye un derecho diferente; y los procedimientos no son apropiados para ejercer el derecho de consulta, resultando contrario a este derecho fundamental cuando la norma impugnada regula que la finalidad del mismo es solo conocer sobre los intereses de los pueblos indígenas; y cuando indica, que el procedimiento se orienta a

si los intereses de los indígena o comunidades campesinas que habitan en el área de influencia de las actividades proyectadas son resguardados y en qué medida.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 72 numeral 72.2 de la Ley General del Ambiente N° 28611, en caso de proyectos o actividades a ser desarrollados dentro de las tierras de poblaciones indígenas, comunidades campesinas y nativas, el procedimiento de participación ciudadana se orienta preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de éstas, a fin de resguardar sus derechos y costumbres tradicionales, así como para establecer los beneficios y medidas compensatorias que les corresponda según la legislación de la materia.

La consulta no otorga a las poblaciones involucradas un derecho de veto a las actividades mineras o a las decisiones a la autoridad”.

⁸³⁷ CSJP. Sentencia ACCIÓN POPULAR EXP. N° 2232-2012. LIMA de 23 de mayo de 2013, punto 10.2.

Entre estas normas que mantiene vigentes por admitir interpretación en armonía con las normas legales, constitucionales y derechos fundamentales tenemos: a) El Título III de la Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM/DM, b) El capítulo I del Título Segundo, Decreto Supremo N° 028-2008-MEM, c) El artículo 2.2 del artículo II del Título Preliminar del Decreto Supremo N° 012-2008-MEM y, d) El artículo 1.1 del Decreto Supremo N° 012-2008-MEM.

⁸³⁸ *Ibíd.*, punto 8.4

establecer acuerdos con los representantes con la finalidad de resguardar sus derechos y costumbres tradicionales, establecer beneficios y medidas compensatorias, no les otorga derecho a veto a las actividades mineras o decisiones de la autoridad”⁸³⁹.

En esta sentencia, la CSJP avanza en el reconocimiento de los derechos indígenas. A nivel de fuentes, la CSJP señala expresamente que la DNUDPI es un “instrumento internacional sobre derechos fundamentales también vinculante para el Estado Peruano, aprobado por la Asamblea General del 13 de setiembre del 2007 y guiada por los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados de conformidad con la Carta”⁸⁴⁰. También, la CSJP indica expresamente que los titulares del derecho a la consulta son los “pueblos indígenas” y “pueblos tribales” de acuerdo al art. 1 del Convenio N° 169 de la OIT⁸⁴¹.

Asimismo, la CSJP recoge expresamente la obligación de los Estados de obtener el CPLI “en toda decisión que les pueda afectar, modificar, perjudicar los derechos de propiedad indígenas”⁸⁴² o cuando nos encontramos ante algún supuesto en los que corresponde obtener el CPLI de los pueblos indígenas⁸⁴³. Este reconocimiento es acorde con lo indicado por la Corte IDH en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam* y con lo indicado por la CIDH en los *Casos Mary y Carrie Dann (EEUU)* y *Comunidades Mayas de la Provincia de Toledo (Belice)*.

Sin embargo, esta sentencia da una serie de mandatos que cuestionan cualquier avance realizado en la misma. Así, la CSJP ordenó que ante una nulidad de las disposiciones reglamentarias cuestionadas, “resultar[á] aplicable en lo que se refiere al

⁸³⁹ *Ibíd.*, punto 9.3.

⁸⁴⁰ *Ibíd.*, nota de pie página N° 11

⁸⁴¹ *Ibíd.*, punto 6.1-6.4

⁸⁴² *Ibíd.*, punto 6.6. y nota de pie de página N° 13.

En esta nota de pie de página cita lo siguiente “Fundamento 134 de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del caso del Pueblo Saramaka versus Surinam de fecha 28 de noviembre del 2007”

⁸⁴³ *Ibíd.*, punto 8.4

derecho de consulta en los procedimientos del sector minería y de hidrocarburos, la Ley N° 29785 Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT y su reglamento el Decreto Supremo N° 001-2012-MC⁸⁴⁴, sin visibilizar que existen serias incompatibilidades en dicha Ley y reglamento con el Derecho Internacional.

Y, pese a que la CSJP declaró nulas las disposiciones reglamentarias arriba mencionadas, no ordenó que dicha nulidad tenga efectos retroactivos. Sin la debida motivación, la CSJP decide “declarar la nulidad de las disposiciones citadas sin efecto retroactivo, dejando de producir efectos a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia”⁸⁴⁵. Con dicha decisión, la CSJP, al igual que la Ley del Derecho a la Consulta Previa del Perú, está validando, en la práctica, todos los supuestos “procesos de consulta” realizados bajo las reglas del derecho a la participación ciudadana. Dejando así en una total desprotección a todos los pueblos indígenas que se vieron afectados por la aplicación de las disposiciones nulas de tales reglamentos en el periodo anterior al año 2013 que se emite la sentencia.

4. Ley y Reglamento del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios

El Perú cuenta con una Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (Ley N° 29785 de 2011) y con su reglamento (Decreto Supremo N° 001-2012-MC)⁸⁴⁶. Además de los cuestionamientos al proceso de

⁸⁴⁴ *Ibíd.*, punto 10.1

⁸⁴⁵ *Ibíd.*

⁸⁴⁶ Antes que existiera dicho marco legal, la Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH, que aprueba la Directiva N° 012-2000-PROMUDEH/SETAI y el Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas (Decreto Supremo N° 038-2001-AG) hacían referencia expresa al derecho a la consulta de los pueblos indígenas (Art. 43). También, la Ley General del Ambiente (Ley N° 28611 de 2005) hacía referencia a en su art. 72 a la consulta de los pueblos indígenas frente al aprovechamiento de recursos naturales.

elaboración de ambas normas por la falta de participación y poder de decisión de los pueblos indígenas⁸⁴⁷, las mismas presentan cuestionamientos de fondo que contravienen lo establecido en el Derecho Internacional. Cuestionamientos que también se extienden a normas y guías del Estado que desarrollan tanto la ley como su reglamento. Entre estas tenemos: (i) la Guía Metodológica “Consulta a los pueblos indígenas” del 2013, (ii) la Guía Metodológica “Etapa de identificación de pueblos indígenas u originarios” del 2014, (iii) la Resolución Viceministerial N° 001-2012-VMI-MC del 20 de agosto de 2012 que crea el Registro de Intérpretes de Lenguas Indígenas u Originarias y el Registro de Facilitadores para los proceso de consulta, (iv) la Resolución Ministerial N° 375-2012-MC de 5 de octubre de 2012 mediante la cual se aprueba la Directiva N° 006-2012/MC que regula el “Procedimiento para el Registro de Intérpretes de las Lenguas Indígenas y Originarias”, (v) la Resolución Viceministerial N° 010-213-VMI-MC del 9 de diciembre de 2013 mediante la cual se aprueba la Directiva N° 002-2013-VMI/MC “Procedimiento del Derecho de Petición de los Pueblos Indígenas para su inclusión en un proceso de consulta previa o para la realización del mismo, en el Ministerio de Cultura”, (vi) la Resolución Ministerial N° 202-2012-MC de 22 de mayo de 2012 que aprueba la Directiva N° 03-2012/MC “Directiva que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios”, y (vii) la Resolución Viceministerial N° 004-2014-VMI-MC de 25 de febrero de 2014 que aprueba la Directiva N° 001-2014-VMI/MC “ Lineamientos que establece instrumentos de recolección de información social y fija criterios para su aplicación en el marco de la identificación de los pueblos indígenas u originarios”, entre otros.

Tanto la ley como el reglamento, como sus normas y guías de desarrollo normativo, no reconocen expresamente el DCPLI de los pueblos indígenas. Tampoco,

⁸⁴⁷ Véase *inter alia*: IDL (2012). *La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú. Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento*. Lima. Disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo28022013-134431.pdf> (Consulta: 5 de mayo de 2015) ; y COMISEDH (2012). *La ley de consulta previa y su reglamento en el Perú. Análisis desde la perspectiva del Derechos Internacional de los Derechos Humanos*. Disponible en: <http://www.comisedh.org.pe/modulo/upload/1342630241.pdf> (Consulta: 5 de mayo de 2015)

entienden que los Estados tienen la obligación de obtener el CPLI en el caso de proyectos de “desarrollo o inversión”. Solo podemos encontrar, en el caso del reglamento, referencias a los supuestos de CPLI referidos a traslados poblacionales y almacenamiento de residuos tóxicos. Sin embargo, no hay mayor desarrollo sobre cómo operan esos dos supuestos en los procesos consultivos. Tengamos en cuenta en todo momento que tanto para la ley como su reglamento el poder de decisión lo tiene y mantiene el Estado, quien decidirá siempre en última instancia si, por ejemplo, un proyecto de “desarrollo o inversión” es aprobado o no.

Como veremos en el cuadro de incompatibilidades que sigue, el Estado decidirá en todas las circunstancias la medida a implementar. No existe posibilidad que los pueblos indígenas tengan poder de decisión sobre la medida, salvo que se encuentren de acuerdo con lo que el Estado está dispuesto a negociar o ceder.

Sin descartar lo indicado previamente, cabe advertir que el reglamento recoge algunas cuestiones a destacar en torno a la participación de las mujeres indígenas en los procesos de consulta⁸⁴⁸. Sin embargo, en tanto los pueblos indígenas carecen de poder de decisión según la ley y reglamento, dicha participación no permite asegurar que lo que planteen las mujeres estará efectivamente incorporado en la decisión que vaya a tomar el Estado.

⁸⁴⁸ Véase inter alia: Arts. 5.i), 10.2, 13, y 16 del Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa del Perú. Tales artículos fueron destacados en: DPLF (2015). *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*. Washington D.C.: Fundación para el Debido Proceso, p. 36 y nota de pie de página 128.

Cuadro 7.

Incompatibilidades de la Ley y el Reglamento del derecho a la consulta del Perú a la luz del Derecho Internacional⁸⁴⁹

Artículo de la Ley y referencias al Reglamento	Observaciones de las normas a la luz del Derecho Internacional	Ejemplos de aplicación de la ley y reglamento
<p>“Artículo 1. Objeto de la Ley La presente ley desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. Se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 26253”. [Resaltado propio]</p> <p>Referencia: Artículos 1, 3 y décimo quinta disposición complementaria, transitoria y final del Reglamento de la ley del derecho a la consulta</p> <p>El artículo 3.b) del reglamento define “afectación directa” del siguiente modo: “Se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contienen aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos”.</p>	<p>Afectación directa negativa: La ley solo se refiere a “afectación directa” y no a la “susceptibilidad” de la misma como lo indica el art. 6 del Convenio N° 169 de la OIT entre otras fuentes del Derecho Internacional. El reglamento se pronuncia en el mismo sentido.</p> <p>Asimismo, al igual que el TCP, tanto la ley como el reglamento identifican “afectación directa” en sentido de un impacto negativo. Por tal motivo, la décimo quinta disposición complementaria, transitoria y final indica que no serán consultadas las obras públicas que “esté[n] orientada[s] a beneficiarlos”.</p> <p>Fuentes: La ley solo indica que se debe interpretar conforme al Convenio N° 169 de la OIT. Esto representa una interpretación restrictiva, en tanto no considera todas las fuentes de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional, tales como la DNUDPI y la jurisprudencia de la Corte IDH, entre otras fuentes.</p> <p>El reglamento señala que el Viceministerio de Interculturalidad (VMI) toma en consideración la DNUDPI pero a lo largo del texto no se hace mayor referencia a las disposiciones de dicha declaración ni se recoge lo que la misma establece en torno al CPLI de los pueblos indígenas.</p>	<p>En el 2014, la sentencia de la Corte Superior de Loreto en el Expediente N° 00091-2013-0-1901-JM-CJ-01, conocido como Caso Hidrovías, no hace referencia a ninguna otra fuente del Derecho Internacional, salvo el Convenio N° 169 de la OIT. Toda la fundamentación de la sentencia se basa en disposiciones de la Ley de consulta previa del 2011 y en la “Guía metodológica de Consulta a los pueblos indígena” de 2013 del Ministerio de Cultura del Perú.</p> <p>Incluso, la Corte Superior de Loreto interpreta el Convenio N° 169 de la OIT a la luz de la Ley de consulta previa del 2011. No interpreta la ley a la luz del Convenio N° 169 de la OIT. Con ello termina reduciendo las disposiciones de protección del Convenio N° 169 de la OIT y violando los principios de interpretación <i>pro homine</i> en tanto no aplicó la norma más favorable.</p>

⁸⁴⁹ Elaboración propia. Estas observaciones recogen, pero no se limitan a, las observaciones realizadas en su momento por el Pacto de Unidad de Organizaciones Naciones Indígenas del Perú.

<p>“Artículo 2. Derecho a la consulta Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados en forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos.</p> <p>La consulta a la que hace referencia la presente ley es implementada de forma obligatoria sólo por el Estado”. [Resaltado propio]</p> <p>Referencia: Artículos 1 y 13 del Reglamento de la ley del derecho a la consulta</p>	<p>Afectación directa: La ley solo se refiere a “afectación directa” y no a la “susceptibilidad” de la misma como lo indica el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT.</p> <p>Derechos colectivos: La ley da entender que la consulta solo es exigible ante la afectación directa de “derechos colectivos”, cuando el Derecho Internacional no hace esa precisión, debiendo consultarse todo derecho indígena sea de carácter individual o colectivo. El reglamento reafirma lo indicado por la ley.</p> <p>Guía Metodológica como fuente de Derecho: El reglamento indica que para el desarrollo de la consulta se debe de considerar la Guía Metodológica del Ministerio de Cultura que establece como debe hacerse la consulta en los términos de la ley y reglamento, restringiendo los alcances del propio Convenio N° 169 de la OIT, entre otras fuentes.</p>	<p>En el 2014, la sentencia de la Corte Superior de Loreto en el Expediente N° 00091-2013-0-1901-JM-CJ-01, conocido como Caso Hidrovías, indica que procede la consulta ante la “afectación directa” de “derechos colectivos”. Limita el contenido del derecho a la consulta. En el caso, la Corte Superior de Loreto se basa en la Ley de consulta previa del 2011 y en la “Guía metodológica de Consulta a los pueblos indígena” de 2013 del Ministerio de Cultura. Como vimos, no considera todas las fuentes del Derecho Internacional relevantes. La única fuente que utiliza es la Guía mencionada con la cual busca determinar cuándo hay una “afectación directa” de los pueblos indígenas.</p>
<p>“Artículo 3. Finalidad de la consulta La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas y originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos”. [Resaltado propio]</p>	<p>Afectación directa: La ley solo se refiere a “afectación directa” y no a la “susceptibilidad” de la misma como lo indica el art. 6 del Convenio N° 169 de la OIT.</p> <p>CPLI: Tampoco, la ley hace la precisión sobre cuándo el CPLI de los pueblos es un requisito indispensable sin el cual no se pueda tomar una decisión, tal como el caso de los proyectos de “desarrollo o inversión”.</p>	<p>En el 2014, la sentencia de la Corte Superior de Loreto en el Expediente N° 00091-2013-0-1901-JM-CJ-01, conocido como Caso Hidrovías, indica que procede la consulta ante la “afectación directa” de “derechos colectivos”.</p>

<p>“Artículo 4. Principios Los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:</p> <p>a) Oportunidad. El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales.</p> <p>b) Interculturalidad. El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento del valor de cada una de ellas.</p> <p>c) Buena fe. Las entidades estatales analizan y valoran la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. El Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios tienen el deber de actuar de buena fe, estando prohibidos de todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas.</p> <p>d) Flexibilidad. La consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar, así como tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados.</p> <p>e) Plazo razonable. El proceso de consulta se lleva a cabo considerando plazos</p>	<p>Principios concertados con los pueblos indígenas: El Pacto de Unidad de Organizaciones Nacionales Indígenas del Perú cuestionó este artículo puesto que no recogió los 18 principios que concertaron con el Estado en abril de 2010.</p> <p>Estudios de impacto: La sexta disposición complementaria, transitoria y final del reglamento establece que los estudios de impacto ambiental del art. 11 del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM deberán incluir toda la información sobre la posible afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que pudiera ser generada por el desarrollo del proyecto de inversión. Sin embargo, no hay mayor referencia ni precisión de cómo, quiénes y cuándo deben realizarse los estudios de acuerdo a los estándares internacionales. Resulta vital contar con la información de los Estudios de Impactos previo al otorgamiento de la concesión, de lo contrario, se impide al pueblo indígena contar con la información necesaria, suficiente y oportuna en el proceso consultivo.</p> <p>Beneficios e indemnizaciones: Situación similar en el caso de los beneficios e indemnizaciones, la décima disposición complementaria, transitoria y final de reglamento recoge el deber del Estado de otorgar beneficios e indemnizaciones según indica el art. 15 del Convenio N° 169 de la OIT. Sin embargo, tampoco precisa ni desarrolla cómo, cuándo y quiénes otorgarán tales beneficios e indemnizaciones. Contar con esa información resulta vital saberla durante el proceso consultivo, de lo contrario, se violan las garantías y principios de todo proceso consultivo.</p> <p>Consultas sumarísimas: La octava disposición</p>	<p>Véase observaciones al artículo 8 de la ley del derecho a la consulta en el Perú y el siguiente apartado en que realizamos un análisis sobre los “procesos consultivos” iniciados por el Perú.</p>
--	--	---

<p>razonables, que permita a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre las medidas legislativas o administrativas objeto de consulta.</p> <p>f) Ausencia de coacción o condicionamiento. La participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno.</p> <p>g) Información oportuna. Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre las medidas legislativas o administrativas a ser consultadas. El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación”. [Resaltado propio]</p> <p>Referencia: Artículos 5, 12 y 13 del Reglamento, y sexta, octava y décimo disposición complementaria, transitoria y finales del Reglamento de la ley del derecho a la consulta.</p>	<p>complementaria, transitoria y final establece la posibilidad de realizar consultas de medidas administrativas con carácter de urgencia en los plazos mínimos que establece el reglamento para cada etapa de la consulta. Sin considerar que los plazos de cada etapa son bien cortos y no consideran los principios de plazo razonable y flexibilidad del propio TCP, no queda claro quién, quiénes o qué entidad será que tendrá la facultad de calificar una medida administrativa como urgente. El reglamento deja un amplio margen de discrecionalidad.</p>	
<p>“Artículo 5. Sujetos del derecho a la consulta Los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa</p>	<p>Afectación directa: La ley solo se refiere a “afectación directa” y no a la “susceptibilidad” de la misma como lo indica el art. 6 del Convenio N° 169 de la OIT entre otras fuentes del Derecho Internacional.</p> <p>Derechos colectivos: Reitera que la consulta solo es</p>	<p>Véase observaciones al artículo 7 de la ley del derecho a la consulta en el Perú y el siguiente apartado en que realizamos un análisis sobre los “procesos consultivos” iniciados por el Perú.</p>

<p>o administrativa”. [Resaltado propio]</p> <p>Referencia: Artículo 10 de la ley y Artículo 7 y 27 del Reglamento de la ley del derecho a la consulta</p>	<p>exigible ante la afectación de “derechos colectivos” cuando el Derecho Internacional no hace esa precisión, debiendo consultarse todo derecho indígena sea de carácter individual o colectivo.</p> <p>Participación de organizaciones nacionales indígenas: Los arts. 10 de la ley, y 7 y 27 del reglamento no se pronuncian sobre la posibilidad de la participación de organizaciones nacionales indígenas en consultas locales. El criterio es el “ámbito geográfico de la medida”.</p>	
<p>“Artículo 6. Forma de participación de los pueblos indígenas u originarios Los pueblos indígenas u originarios participan en los procesos de consulta a través de sus instituciones y organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres”. [Resaltado nuestro]</p> <p>Referencia: Artículo 10 de la ley y Artículo 7 y 27 del Reglamento de la ley del derecho a la consulta</p>	<p>Categorías jurídicas: La categoría jurídica que usa la Constitución del Perú de 1993 (Art. 149) y el Convenio N° 169 de la OIT (Art. 8) es “derecho consuetudinario”. No obstante, la Corte IDH, ha utilizado la categoría “usos y costumbres” y el Convenio N° 169 también se refiere a “costumbres” (Art. 8). La DNDUPI (Art. 34) hace referencia a “sistemas jurídicos indígenas”.</p> <p>Participación de organizaciones nacionales indígenas: Los arts. 10 de la ley, y 7 y 27 del reglamento no se pronuncian sobre la posibilidad de la participación de organizaciones nacionales indígenas en consultas locales. El criterio es el “ámbito geográfico de la medida”.</p>	<p>Véase observaciones al artículo 7 y 16 de la ley del derecho a la consulta en el Perú y el siguiente apartado en que realizamos un análisis sobre los “procesos consultivos” iniciados por el Perú.</p>
<p>“Artículo 7. Criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios Para identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos.</p> <p>Los criterios objetivos son los siguientes: a) Descendencia directa de las</p>	<p>Criterios de identificación: La ley establece criterios de identificación para “pueblos indígenas” que no son compatibles con el artículo 1 del Convenio N° 169 de la OIT, tales como exigir la descendencia directa, vinculación con el territorio, y patrones culturales y modo de vida distintos a los otros sectores de la población nacional. Este último es un criterio para identificar a “pueblos tribales” según el artículo 1 del</p>	<p>En aplicación de esta ley, no serían titulares del derecho a la consulta las comunidades que no usan ni ocupan actualmente su territorio ancestral, como el caso de la Comunidad Urbana Shipibo de Cantagallo que vive en Lima y que se ha visto afectada por el proyecto Línea Amarilla.</p> <p>Asimismo, la Guía Metodológica “Etapa de</p>

<p>poblaciones originarias del territorio nacional.</p> <p>b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.</p> <p>c) Instituciones sociales y costumbres propias.</p> <p>d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.</p> <p>El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria.</p> <p>Las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos podrán ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en el presente artículo.</p> <p>Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza, ni sus derechos colectivos”. [Resaltado propio]</p> <p>Referencia: Artículos 2, 3 y 8 del Reglamento de la ley del derecho a la consulta.</p>	<p>Convenio N° 169 de la OIT. De acuerdo al Pacto de Unidad de Organizaciones Nacionales Indígenas del Perú, con esta ley no serían titulares del derecho a la consulta las rondas campesinas y pueblos costeros.</p> <p>Este artículo no considera que de acuerdo al artículo 1 de la Ley de Rondas Campesinas, “[l]os derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca”.</p> <p>Asimismo, este artículo establece que las comunidades nativas y comunidades campesinas solo serán titulares del derecho a la consulta en tanto cumplan con los criterios de identificación de la ley. El Estado no considera que a lo largo de la historia le ha ido cambiado la “denominación jurídica” de los pueblos indígenas. Por ejemplo, las “comunidades campesinas” de las Constituciones peruana de 1979 y 1993 antes eran reconocidas como “comunidad de indígenas” con la Constitución peruana de 1933. Por ende, resulta arbitrario que el Estado exija que todas ellas deban de demostrar que son “indígenas” para ser titulares del derecho a la consulta, cuando fue el propio Estado que les cambió de nombre.</p>	<p>identificación de pueblos indígenas u originarios” del 2014 del Ministerio de Cultura indica que cuando hablamos de comunidades campesinas o nativas no estamos hablando necesariamente de pueblos indígenas. Estas comunidades deberán ser evaluadas a la luz de los criterios del artículo 7 de la ley del derecho a la consulta. Esta Guía no toma en cuenta que ese artículo establece mayores criterios de identificación que el artículo 1 del Convenio N° 169 de la OIT. Lo que termina por establecer una carga desproporcional a las comunidades campesinas y nativas para poder ser titulares del derecho a la consulta.</p>
<p>“Artículo 8. Etapa del proceso de consulta “Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben cumplir las siguientes etapas mínimas del</p>	<p>Plazo: El art. 24 del reglamento establece un plazo máximo de 120 días en total. Ese plazo no responde a la realidad y variedad de formas en la que los pueblos indígenas toman sus decisiones.</p>	<p>Véase todas las observaciones realizadas a todos los artículos y el siguiente apartado en que realizamos un análisis sobre los “procesos consultivos” iniciados por el Perú.</p>

<p>proceso de consulta:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta. b) Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados. c) Publicidad de la medida legislativa o administrativa d) Información sobre la medida legislativa o administrativa. e) Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente. f) Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígena y originarios g) Decisión”. <p>Referencia: Artículos 9 - 15 de la ley y artículos 14 – 27 del Reglamento de la ley del derecho a la consulta</p>	<p>Establecer un plazo cerrado viola el principio de flexibilidad y la garantía de un procedimiento adecuado como indica el Derecho Internacional. Incluso, viola los principios que han establecido el propio TCP y la ley de consulta.</p> <p>Etapas de evaluación interna: El art. 19 del reglamento establece un plazo de 30 días para esta etapa. Si los pueblos indígenas no han expresado su voluntad en ese plazo, el Estado tiene la potestad de proseguir con la siguiente etapa que es la del proceso de diálogo. Y, si a pesar de pasar a la siguiente etapa, los pueblos indígenas no presentan los resultados de su evaluación interna, el reglamento indica que se entenderá que abandonan el proceso de consulta. El plazo y las condiciones que establecen la ley y el reglamento no generan un clima de confianza, libre y de buena fe. El pueblo indígena se ve forzado a concluir su evaluación interna en tiempos sumamente cortos que no responden a la realidad con la que toman sus decisiones. Pese a que se indique que se respetarán su derecho consuetudinario, los plazos y las condiciones establecidas en el reglamento fuerzas a los pueblos a ir en contra de su derecho consuetudinario para que cumplan con los plazos.</p> <p>Etapas preclusivas: No existe posibilidad de regresar a una etapa anterior si es que los pueblos indígenas desean reevaluar su decisión interna, por ejemplo. Ni la ley o el reglamento plantean dicha posibilidad. Es posible alargar las etapas pero no regresar a una que ya fue cerrada por el Estado.</p> <p>Suspensión, desistimiento, no continuación o abandono del proceso: El art. 21 del reglamento</p>	
--	---	--

	<p>regula estos supuestos.</p> <p>La suspensión opera ante “actos o hechos ajenos a las partes que perturbaran el proceso de diálogo” por un período máximo de quince días. Este artículo le otorga solo al Estado, y no a los pueblos indígenas, la posibilidad de decidir si el proceso se viene realizando de buena fe. De considerar que no existe esa buena fe, el Estado puede poner fin a la etapa de diálogo y proceder con tomar la decisión respectiva. En estos casos, este supuesto opera como una medida de coacción que obliga a los pueblos indígenas a seguir en el proceso de consulta a pesar de que no quieran la medida a “consultar” bajo la amenaza de dar por suspendido el proceso, quedando los pueblos como faltos de “buena fe”. En todos los escenarios, el Estado decidirá con o sin los resultados de la evaluación interna del pueblo indígena.</p> <p>En caso que los pueblos indígenas se desistan, no continúen o abandonen el proceso, el Estado deberá agotar todos los medios para retomar el diálogo. Sin embargo, decidirá de todos modos con o sin la participación de los pueblos indígenas. Dado que el CPLI es irrelevante para tomar una decisión, en tanto el Estado siempre decidirá, el reglamento no entiende la negativa de los pueblos indígenas de participar en los procesos de consulta como una forma de negar su CPLI en torno a la medida a ser consultada. El reglamento no busca que el Estado entienda las razones que llevaron a dicho desistimiento o abandono, sino, por el contrario, busca que el proceso continúe a toda costa.</p> <p>En todos los supuestos, los pueblos indígenas corren el riesgo de quedar como los que faltaron a la buena fe</p>	
--	--	--

	del proceso de consulta por el solo hecho de no querer participar o desistir del proceso de consulta.	
<p>“Artículo 9. Identificación de medidas objeto de consulta</p> <p>Las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas.</p> <p>Las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto a determinada medida que consideren que les afecta directamente. En dicho caso, deben remitir el petitorio correspondiente a la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa y responsable de ejecutar la consulta, la cual debe evaluar la procedencia del petitorio.</p> <p>En el caso de que la entidad estatal pertenezca al Poder Ejecutivo y desestime el pedido de las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, tal acto puede ser impugnado ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. Agotada la vía administrativa ante este</p>	<p>Afectación directa: La ley solo se refiere a “afectación directa” y no a la “susceptibilidad” de la misma como lo indica el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT. En el caso de medidas legislativas u otras de alcance general a cargo del Gobierno Nacional, el art. 23 del reglamento también hace referencia a la afectación directa.</p> <p>Derechos colectivos: Indica que la consulta solo es exigible ante la afectación de “derechos colectivos” cuando el Derecho Internacional no hace esa precisión, debiendo consultarse todo derecho indígena sea de carácter individual o colectivo.</p> <p>Restricción de medidas administrativas a ser consultadas: En el Reglamento se limitan las medidas administrativas que van a ser consultadas. De acuerdo a su art. 3.i) se entiende por medidas administrativas: “normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la Administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas”. Ese artículo precisa que “en el caso de actos administrativos, el proceso de consulta a los pueblos indígenas se realizará a través de sus organizaciones representativas locales, conforme a sus usos y costumbres tradicionales, asentadas en el ámbito geográfico donde se ejecutaría el acto administrativo”. El art. 6 del Reglamento precia que “es obligación del Estado Peruano consultar al o los pueblos indígenas que podrían ver afectados directamente sus derechos colectivos, determinando en</p>	<p>En el 2014, la sentencia de la Corte Superior de Loreto en el Expediente N° 00091-2013-0-1901-JM-CJ-01, utiliza la “Guía Metodológica. Consulta a los pueblos indígenas”, que se basa en la Ley de consulta, para definir cuál sería el acto administrativo a consultar. Indica que es el “acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la Administración la suscripción de contratos con el mismo (...)” (Considerando DECIMO SEXTO de la sentencia). En el caso concreto, la Corte Superior de Loreto sostiene que lo debe haber consultado era una Resolución Suprema que ratifica el acuerdo de PROINVERSIÓN que aprueba el Plan de Promoción del Proyecto Hidrovia Amazónica. Ello en tanto esa Resolución “afecta directamente” los derechos del pueblo Kukama.</p> <p>Sin embargo, de acuerdo al Derecho Internacional, lo que debe de ser consultado es la medida que sea susceptible de afectarles directamente. Esto es ante la sola posibilidad de la afectación. En el caso, debió consultarse la medida que decidiría que el territorio del pueblo Kukama sería impactado por un proyecto vial en sus ríos, para determinar si es prioritario para ese pueblo un proyecto como ese, y no la ratificación del acuerdo ya establecido y aprobado con PROINVERSIÓN anteriormente.</p> <p>En el 2013, la sentencia de la Corte Superior de Justicia de San Martín en el Expediente N° 123-2013, indicó “[e]sta norma implica una obligación ineludible por parte de la Municipalidad de que antes</p>

<p>órgano, cabe acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes". [Resultado propio]</p> <p>Referencia: Artículos 2, 3, 4, 6, 9, 27 y décimo quinta disposición complementaria, transitoria y final del Reglamento de la ley del derecho a la consulta, y Resolución VMI No.010-2013-VMI-MC</p>	<p>qué grado, antes de aprobar la medida administrativa señalada en el artículo 3°, inciso i) del Reglamento que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican el o los pueblos indígenas, conforme a las exigencias legales que correspondan en cada caso". En otras palabras, de acuerdo al Reglamento el Estado no consultará el otorgamiento de las concesiones mineras o la creación de los lotes petroleros, medidas administrativas que son las que pueden afectar a los pueblos indígenas. El Reglamento solo establece una lista taxativa cerrada de medidas a consultar. Realizar la consulta a la explotación de la actividad minera prueba de que no existe una buena fe en ese proceso en sí y viola las garantías de la consulta.</p> <p>Petición de la consulta: Se establece la figura del derecho de petición de la consulta que genera una serie de problemas en su aplicación. De acuerdo a lo regulado sobre este tipo de petición, si el Estado no comenzó un proceso de consulta, una determinada comunidad puede solicitar el inicio de la misma. En apelación, dicha petición no suspende un proceso ya iniciado. En otras palabras, si una comunidad se da cuenta que el Estado ya empezó con un proyecto de "desarrollo o inversión" no consultado, puede solicitar que sea consultada en torno a ese proyecto. Sin embargo, a pesar que la falta haya sido del Estado al no consultar, el proyecto no se suspenderá.</p> <p>Además, el hecho que sea el VMI quien decida en última instancia si procede o no la consulta, le resta independencia en el proceso consultivo, reforzando lo que la ley y el reglamento establecen. Será el Estado en última instancia quien decida sobre la consulta.</p>	<p>de tomar una decisión administrativa deberá verificar previamente si afecta de algún modo el normal curso existencial de alguna comunidad indígena o nativa" (Considerando CUARTO de la sentencia). En ese caso, la Corte Superior indicó que "[n]o existiendo (...) ninguna prueba de que la entidad edil haya agotado este extremo se presume que [h]a violado el derecho constitucional del poblado [originario] de Maray de ser consultado previamente respecto de la posibilidad de realizar actividades extractivas dentro de su ámbito territorial". (Considerando cuarto)</p>
---	---	--

	<p>Etapa de publicidad y derecho de petición: El art. 17 del Reglamento establece que el Plan de Consulta se entrega a los pueblos ya identificados en el proceso y se publica en la página web de la entidad promotora. De acuerdo al art. 9 del Reglamento, desde la publicidad del Plan de Consulta en la web, cualquier otro pueblo, que no haya sido identificado dentro del proceso, podrá solicitar dentro de los 15 días de dicha publicación ser incorporado al proceso de consulta en proceso. Sin lugar a dudas, esta regulación impide que pueblos indígenas que no tienen acceso al internet, o que no revisan las páginas web de todas las entidades del Estado constantemente, puedan ser incorporados al proceso en curso. Incluso, pueda darse el caso que al tener conocimiento del proceso, el plazo establecido por el reglamento ya haya pasado.</p>	
<p>“Artículo 15. Decisión La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.</p> <p>El acuerdo entre el Estado y los pueblos</p>	<p>Derechos colectivos: Indica que la consulta solo es exigible ante la afectación de “derechos colectivos” cuando el Derecho Internacional no hace esa precisión, debiendo consultarse todo derecho indígena sea de carácter individual o colectivo.</p> <p>Voluntad del pueblo indígena: El Estado considera solo los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones de los pueblos indígenas, pero no les reconoce el poder de decisión ni establece que su consentimiento es relevante para los pueblos indígenas para modificar o incluso cancelar la propuesta de medida del Estado.</p> <p>CPLI: De acuerdo al Pacto de Unidad, no considera que el Estado está obligado a lograr el CPLI cuando se trata de proyectos de “desarrollo o inversión”, depósito</p>	<p>En el 2014, la sentencia de la Corte Superior de Loreto en el Expediente N° 00091-2013-0-1901-JM-CJ-01, conocido como Caso Hidrovías, recoge lo desarrollado por Sentencias del Tribunal Constitucional en el EXP. N° 002-2009-PI/TC (fundamento 41 punto v) y el EXP. N° 5427-2009-AC (fundamento 60 literal g) y señala que “la consulta previa no es un veto o impedimento a la medida administrativa implementada sino es una forma de acceso de estos pueblos nativos afectados a que se les escuche, a que puedan participar del proyecto, y que estos sean tomados en cuenta antes de ejecutarse el mismo”. (Considerando DÉCIMO OCTAVO de la sentencia). De este modo, la Corte Superior de Loreto al igual que el TCP niega la existencia de que los pueblos indígenas puedan oponerse o no dar su consentimiento para una</p>

indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.

Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial". [Resaltado propio]

Referencia: Artículos 1, 2, 23 y Sétima Disposición complementaria, transitoria y final del Reglamento de la ley del derecho a la consulta

de relaves tóxicos, desplazamientos poblacionales o se afecte la supervivencia, entre otros, como lo establece el Derecho Internacional. No considera que en el actual estado del Derecho Internacional, el CPLI de los pueblos indígena haya pasado a ser la regla, y no la excepción, en casos de proyectos de "desarrollo o inversión".

El artículo 2 del Reglamento indica que el resultado del proceso de consulta no es vinculante, salvo en aquellos aspectos en que hubiere acuerdo entre las partes. Ello revela la relevancia del CPLI solo cuando los pueblos indígenas estén de acuerdo con lo planteado por el Estado.

La Sétima disposición completaría, transitoria y final del Reglamento de la ley del derecho a la consulta establece dos supuestos de consentimientos pero restringiendo la aplicación de los mismos. El primero en caso de desplazamiento o traslado del pueblo indígena de acuerdo al art. 16 del Convenio 169 de la OIT. No obstante, el reglamento señala que ese artículo debe entenderse a la luz de la legislación interna en materia de desplazamientos internos. Indicando con ello que debe de interpretarse una norma internacional en base a una norma nacional


El segundo supuesto es el de almacenamiento de residuos tóxicos en territorios indígenas. Este supuesto indica que el Estado deberá buscar el consentimiento de los "titulares de las tierras" y de acuerdo a la legislación nacional sobre la materia. Lo preocupante gira en torno al hecho que el Estado solo busque el consentimiento cuando las tierras a verse impactadas estén tituladas a favor de una comunidad, y sea solo en eso casos que busque el consentimiento.

medida, o de que incluso tengan el derecho al consentimiento.

En esa línea, la Corte Superior de Justicia de Loreto señala, interpretando el art. 7.1 del Convenio N° 169 de la OIT (derecho a decidir sus propias prioridades de desarrollo), que "si bien es cierto los pueblos indígenas deben participar en los proyectos de desarrollo que les atañe, también se tiene que tomar en cuenta que dicho proyecto como es la Hidrovía Amazónica no solo atañe a los pueblos kukama kukamiria sino a mejorar las condiciones de navegabilidad de toda la amazonía peruana que comprende a los dos departamentos Loreto, Ucayali, a toda la región amazónica y a todo el Perú debiendo primar el interés general sobre el interés particular Kukama". (Considerando DECIMO de la sentencia)

<p>“Artículo 16. Idioma Para la realización de la consulta, se toma en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas u originarios, particularmente en las áreas donde la lengua oficial no es hablada mayoritariamente por la población indígena. Para ello, los procesos de consulta deben contar con el apoyo de intérpretes debidamente capacitados en los temas que van a ser objeto de consulta, quienes deben estar registrados ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo”. [Resaltado propio]</p> <p>Referencia: Artículos 11 y 18 del Reglamento de la ley del derecho a la consulta</p>	<p>Intérpretes: Este artículo no tiene cuestionamientos de fondo distintos de los que realizaremos al artículo 19 de la ley del derecho a la consulta en el Perú. Estos cuestionamientos parten de que el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura será el que determine qué intérpretes participaran en los procesos consultivos. El Ministerio de Cultura tendrá una lista de intérpretes ya previamente designada para el proceso de consulta respectivo.</p> <p>Asistencia técnica: El art. 18 del reglamento indica que otorgará asistencia técnica, la cual se limita solo para efectos de que comprendan la medida que consultar. La asistencia técnica no es integral.</p>	<p>La implementación y aplicación de este artículo ha terminado desnaturalizando el principio de buena fe propio de todo proceso consultivo.</p> <p>De acuerdo al artículo 11.4 del reglamento, en aplicación de la ley del derecho a la consulta en el Perú, la Guía Metodológica establecerá las pautas de actuación de los facilitadores, asesores e intérpretes. El Ministerio de Cultura es el que determina y acredita a estas personas.</p> <p>En lo que se refiere a los intérpretes legitimados a participar en los procesos consultivos, la Directiva N° 006-2012/MC establece el procedimiento para el registro de intérpretes de las lenguas indígenas u originarias. Este procedimiento no garantiza que las personas seleccionadas como intérpretes sean personas que cuenten con la legitimidad y confianza de los pueblos indígenas a los cuales señalan pertenecer. Y es que, en la práctica, personas que han sido sancionadas por las asambleas de sus pueblos indígenas han postulado como intérpretes y han sido reconocidos como tales por el Ministerio de Cultura. Y es que, entre los requisitos, el Ministerio de Cultura no pide que el pueblo indígena acredite a alguno de sus miembros, lo que garantizaría un control de estos pueblos sobre quienes los representarían, sino, por el contrario, basta con que el propio individuo indica que se reconozca como parte de un pueblo indígena y conozca y comparta las prácticas sociales y culturales de dicho pueblo (Apartado 7.1.1.a de la Directiva N° 006-2012/MC).</p> <p>Incluso, cuando un pueblo indígena solicita que retiren a algún intérprete reconocido por el Ministerio</p>
--	---	---

		de Cultura alegando la comisión de ilícitos de acuerdo al derecho consuetudinario de dicho pueblo, el Ministerio de Cultura no ha procedido con el retiro de esos intérpretes. En la práctica, el Ministerio de Cultura termina imponiendo a intérpretes que no cuentan con el respaldo ni legitimidad del pueblo indígena que dicen representar.
<p>“Artículo 17. Entidad competente Las entidades del Estado que van a emitir medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los derechos de los pueblos indígenas u originarios son las competentes para realizar el proceso de consulta previa, conforme a las etapas que contempla la presente Ley”. [Resaltado propio]</p>	<p>Afectación directa: La ley solo se refiere a “afectación directa” y no a la “susceptibilidad” de la misma como lo indica el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT.</p>	<p>Véase todas las observaciones realizadas a todos los artículos y el siguiente apartado en que realizamos un análisis sobre los “procesos consultivos” iniciados por el Perú.</p>
<p>“Artículo 19. Funciones del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo Respecto a los procesos de consulta, son funciones del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo las siguientes:</p> <p>a) Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta. b) Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades estatales y los pueblos indígenas u originarios, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular.</p>	<p>Estado como juez y parte: El Pacto de Unidad cuestiona que el VMI, que es el órgano técnico especializado del Poder Ejecutivo, sea juez y parte en los reclamos sobre cuándo debe consultarse y al mismo tiempo garantizar se cumplan los acuerdos. No existe representatividad indígena a nivel del VMI con poder de decisión.</p> <p>El Pacto de Unidad señala que se requiere de una Institucionalidad Indígena Autónoma dentro de la estructura del Estado.</p>	<p>Véase todas las observaciones realizadas a todos los artículos y el siguiente apartado en que realizamos un análisis sobre los “procesos consultivos” iniciados por el Perú.</p>

<p>c) Mantener un registro de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios e identificar a las que deben ser consultadas respecto a una medida administrativa o legislativa.</p> <p>d) Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades facultadas para solicitar la consulta, sobre la calificación de las medidas legislativas o administrativas proyectadas por las entidades responsables, sobre el ámbito de la consulta y la determinación de los pueblos indígenas u originarios, a ser consultados.</p> <p>e) Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y a los pueblos indígenas u originarios que son consultados en la definición del ámbito y características de la misma.</p> <p>f) Elaborar, consolidar y actualizar la base de datos relativos a los pueblos indígenas u originarios y sus organizaciones representativas.</p> <p>g) Registrar los resultados de las consultas realizadas.</p> <p>h) Mantener y actualizar el registro de facilitadores e intérpretes idóneos de las lenguas indígenas u originarias.</p> <p>i) Otras contempladas en la presente Ley, otras leyes o en su reglamento". [Resaltado propio]</p> <p>Referencia: Artículo 28 del Reglamento de la ley del derecho a la consulta</p>		
---	---	--

“Artículo 20. Creación de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios

Créase la base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios y sus Instituciones y organizaciones representativas, la que está a cargo del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.

La **base de datos** contiene la siguiente información:

- a) Denominación oficial y auto denominaciones con las que los pueblos indígenas u originarios se identifican.
- b) Referencias geográficas y de acceso.
- c) Información cultural y étnica relevante.
- d) Mapa etnolingüístico con la determinación del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas u originarios ocupan o utilizan de alguna manera.
- e) Sistema, normas de organización y estatuto aprobado.
- f) Instituciones y organizaciones representativas, ámbito de representación, identificación de sus líderes o representantes, período y poderes de representación”. [Resaltado propio]

Referencia: Artículos 8, 10 y 29 del Reglamento de la ley del derecho a la consulta

Carácter referencial: La principal observación que tuvo el Pacto de Unidad se basa en que, en la práctica, la base de datos sea usada para negar derechos a aquellos pueblos que no se encuentren en la Base de Datos. La misma que debe ser exclusivamente referencial.

Criterios de identificación: Asimismo, la Base de Datos toma en cuenta los criterios de identificación que establece la ley del derecho a la consulta, los cuales terminan restringiendo los sujetos colectivos titulares del derecho, al no ser compatibles con los criterios que establece el Derecho Internacional.



La implementación y aplicación de este artículo ha sido usado por el Estado para negar la titularidad de derechos indígenas sobre determinados sujetos colectivos. Por ejemplo, el caso de todas las rondas campesinas, algunas comunidades campesinas, y todos los pueblos y comunidades aún no reconocidas ni tituladas.

Otro ejemplo, en el 2013, la sentencia de la Corte Superior de Justicia de San Martín en el Expediente N° 123-2013, indicó que el artículo 20 solo crea la Base de Datos y no se refiere a creación de comunidades. Por tal motivo, la Corte indicó que “no podemos afirmar que porque no existe el registro [en ese momento] no existe la comunidad”. (Considerando TERCERO de la sentencia) Esta precisión fue hecha por la Corte ante el argumento de la Municipalidad El Dorado que alegaba que la “FEDERACIÓN KICHWA HUALLAGA EL DORADO (FEKIHD) ni el poblado [originario] de Maray están reconocidas en la base de datos del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo de conformidad con el art. 20 de la ley de 29785, en tal sentido la Municipalidad considera[ba] que no se encuentra en la obligación de efectuar la respectiva consulta”. (Considerando VISTOS, tercer párrafo de la sentencia)

Además, el Derecho Internacional señala que resulta irrelevante la situación jurídica interna de los pueblos indígenas. Para ser titulares de derechos indígenas no es necesario que tales pueblos estén reconocidos o titulados, o deban de encontrarse en una Base de Datos.

<p>Segunda Disposición Complementaria y Transitoria. “La presente ley no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana. Tampoco modifica o deroga a las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia”. [Resaltado propio]</p> <p>Referencia: Artículo 2 del Reglamento de la ley del derecho de consulta.</p>	<p>Revisión de medidas no consultadas: El Pacto de Unidad sostiene que se deben “revisar”, como indica la Corte IDH, y consultar las medidas impuestas que hayan violado el Convenio N° 169 de la OIT y otras fuentes del Derecho Internacional.</p> <p>Asimismo, la Ley General de Procedimientos Administrativos (Ley N° 27444) indica, en su artículo 5.3, que el objeto y contenido del acto administrativo no podrá contravenir en el caso concreto disposiciones constitucionales. Además, de acuerdo al artículo 10, la contravención a la Constitución representa un vicio del acto administrativo, que causa su nulidad de pleno derecho.</p> <p>En efecto, una ley no puede validar una medida que es contraria a la Constitución. Como hemos visto el TCP se ha pronunciado en el mismo sentido.</p> <p>Participación ciudadana: El Derecho Internacional también indican que no se debe confundir la consulta con la participación ciudadana</p>	<p>En el 2014, la sentencia de la Corte Superior de Loreto en el Expediente N° 00091-2013-0-1901-JM-CJ-01, conocido como Caso Hidrovías, no declara inválida o inaplicable la medida legislativa por contravenir disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT. Esto es, por razones jurídicas. Lo que llevó a la Corte Superior a “suspender el Proyecto Hidrovía fue que, de continuar con la ejecución del mismo sin consulta previa, “podría generar[se] el resurgimiento de un conflicto social que puedan emprender los pueblos afectados en contra del Estado como se han visto en otras regiones, y en atención a que la finalidad que se busca de un proceso judicial es buscar siempre la PAZ y JUSTICIA” (Considerando DECIMO NOVENO de la sentencia)</p> <p>En el 2013, la sentencia de la Corte Superior de Justicia de San Martín en el Expediente N° 123-2013, declaró fundada la demanda y ordenó a la Municipalidad El Dorado (San Martín) que “implemente el proceso de consulta con el pueblo originario de Maray previo a la autorización para la extracción y transporte de materiales no metálicos (acarreo), teniendo en cuenta la parte considerativa de la presente resolución” (Fallo de la sentencia). En esta sentencia, la Corte Superior no ordenó la suspensión de la extracción y transporte de materiales no metálicos pese a haber declarado que no se había consultado la medida administrativa.</p>
--	--	---

Elaboración propia

5. Inaplicación del DCPLI en los “procesos consultivos” de proyectos de “desarrollo o inversión” iniciados por el Perú a partir de la Ley y el Reglamento del Derecho a la Consulta Previa

Entre el período 1995 – 2013, esto es desde el año en que entró en vigor el Convenio N° 169 de la OIT hasta el año del “proceso consultivo” del Área de Conservación Regional Maijuna - Kichwa (primera “consulta” bajo la ley y reglamento), el Estado peruano no realizó ningún proceso que él mismo pudiera calificar como “proceso consultivo” desde sus inicios. En ese período, y tras sendas denuncias de parte de organizaciones indígenas, el Estado trató de equiparar los procesos de participación ciudadana como “procesos consultivos”⁸⁵⁰.

Ninguno de los proyectos de “desarrollo e inversión” ejecutados en ese período fue sometido a un proceso consultivo que buscara obtener el CPLI de los pueblos indígenas, mucho menos han sido “revisados” o “suspendidos”, entre otras de las consecuencias que establece el Derecho Internacional ante la ausencia de procesos consultivos. Incluso, estando vigentes la ley y reglamento, el Estado peruano ha venido adoptando medidas administrativas y legislativas sin mediar ningún proceso consultivo⁸⁵¹. No existe argumento que pueda dar el Estado para no haberlos realizado. Se trataba de una obligación internacional plenamente vigente y de aplicación directa⁸⁵².

⁸⁵⁰ CIDH (2010). *Audiencia sobre Derechos de los pueblos indígenas y política energética y extractiva en Perú*, 140° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 26 de octubre de 2010, (2010) *Audiencia sobre Situación de derechos humanos del pueblo Asháninka en Perú*, 138° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIHD, 23 de marzo de 2010; (2009) *Audiencia sobre Derecho a la consulta de los pueblos indígenas de Perú*, 137° Período de Sesiones, Washington D.C.: 3 de noviembre de 2009.

⁸⁵¹ DPLF (2015). *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*, Óp. Cit., p. 79.

⁸⁵² Véase *inter alia*: Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Óp. Cit.; *Caso Comunidad Garífuna de Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit.; *Caso Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, Óp. Cit.

A la fecha⁸⁵³, siguiendo lo indicado por la ley y su reglamento de consulta, el Estado peruano ha realizado, o viene realizando, los siguientes “procesos consultivos”:
4 procesos de carácter nacional sobre políticas y reglamentos⁸⁵⁴; 3 procesos sobre áreas naturales protegidas⁸⁵⁵, y 17 procesos sobre proyectos de “desarrollo o inversión” sobre transporte, minería e hidrocarburos⁸⁵⁶.

De estos últimos 17 procesos, solo la “consulta” del Proyecto Hidrovía Amazónica fue realizada por el Estado después de una sentencia judicial que así lo ordenó. Ello se debió a que el Estado, inicialmente, se negó a hacerlo. El Estado argumentaba que la décimo quinta disposición complementaria, transitoria y final del Reglamento de la Ley de Consulta Previa establece que la construcción de infraestructura necesaria para la provisión de servicios públicos, como lo sería el Proyecto Hidrovía Amazónica, no debía ser sometida a un proceso de consulta. Finalmente, en la sentencia de ese caso, el Poder Judicial no consideró lo señalado en ese artículo del Reglamento. De

⁸⁵³ Hasta el 1 de abril de 2016

⁸⁵⁴ Estos procesos son: (1) Consulta terminada del Reglamento de la Ley Forestal y Fauna Silvestre cuya entidad promotora fue el Ministerio de Agricultura - Dirección General Forestal y de Fauna Silvestre. (Mayor información sobre el proceso en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/reglamento-de-la-ley-forestal-y-fauna-silvestre/>), (2) Consulta avanzada hasta la etapa de Diálogo sobre la Política Sectorial de Salud Intercultural. (Mayor información sobre el proceso en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/politica-sectorial-de-salud-intercultural/>), (3) Consulta avanzada hasta la etapa de Diálogo sobre el Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe. (Mayor información sobre el proceso en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/proceso-de-consulta-previa-para-el-plan-nacional-de-educacion-intercultural-bilingue/>), y (4) Consulta avanzada hasta la etapa de Diálogo sobre la propuesta de Reglamento de la Ley N° 29735, Ley de Lenguas originarias. (Mayor información sobre el proceso en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/proceso-de-consulta-previa-de-la-propuesta-de-reglamento-de-la-ley-n-29735-ley-de-lenguas-originarias/>) (Consulta: 15 de abril de 2016)

⁸⁵⁵ Estos procesos son: (1) Consulta avanzada hasta la etapa de Diálogo sobre la propuesta de Área de Conservación Regional Tres Cañones. (Mayor información sobre el proceso en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/consulta-previa-para-la-propuesta-de-area-de-conservacion-regional-tres-canones/>); (2) Consulta terminada sobre la propuesta de Área de Conservación Regional Majuna - Kichwa (Mayor información sobre el proceso en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/area-de-conservacion-regional-majuna/>); y (3) Consulta terminada sobre la propuesta de Categorización de la Zona Reservada Sierra del Divisor como Parque Nacional. (Mayor información sobre el proceso en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/propuesta-de-categorizacion-de-la-zona-reservada-sierra-del-divisor-como-parque-nacional-ucayali-y-loreto/>) (Consulta: 15 de abril de 2016)

⁸⁵⁶ “Consultas” culminadas: (1) Proyecto Hidrovía Amazónica, (2) Lote 192, (3) Lote 195, (4) Lote 164, (5) Lote 189, (6) Lote 175, (7) Lote 169, y (8) Proyecto minero Aurora.

“Consultas” avanzadas hasta la etapa de Diálogo: (9) Proyecto minero Misha, (10) Proyecto minero Toropunto, (11) Lote 198, (12) Lote 197, (13) Lote 190, (14) Lote 191, y (15) Lote 165. Consultas avanzadas hasta la etapa de Información: (16) Lote 157.

“Consulta” avanzada hasta la etapa de Identificación de Pueblos Indígenas u Originarios: (17) Lote 181. (Mayor información disponible en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/>) (Consulta: 15 de abril de 2015)

no haberse judicializado el caso, las violaciones generadas por la aplicación de la ley y reglamento hubieran quedado invisibilizadas.

Y, recién desde el año 2015, el Estado empezó a “consultar” los proyectos mineros. Hasta esa fecha, el Estado peruano solo había “consultado” propuestas o reglamentos nacionales, áreas naturales protegidas y proyectos hidrocarburíferos.

5.1. Sujetos involucrados: Estado, pueblos indígenas y ¿empresas?

En todos los “procesos consultivos” iniciados sobre proyectos de “desarrollo o inversión”, las instituciones estatales han aplicado los criterios restrictivos y la metodología de identificación de pueblos indígenas regulados en la Ley y Reglamento del Derecho a la Consulta Previa del Perú. Si bien, en todos los “procesos”, el Estado realiza un proceso de identificación por “pueblos indígenas” afectados, una vez identificados, el Estado procede a desarticularlos en las “comunidades nativas” o “campesinas” afectadas. En la mayoría de estos “procesos”, las organizaciones representativas indígenas de alcance local, regional y federativo han ocupado un rol importante al momento de agrupar las demandas de las comunidades que indican representar en cada “proceso”.

Desde el primer “proceso consultivo”, han participado todas las entidades estatales involucradas en el proceso de toma de decisiones. Por ejemplo, en el caso del “proceso consultivo” del Área de Conservación Regional Maijuna-Kichwa, participaron el MINAM, el SERNANP, Gobierno Regional de Loreto y el MINCUL⁸⁵⁷.

Un punto de especial preocupación son las tres “consultas” de los proyectos mineros. En todas éstas, el Estado ya contaba con una empresa determinada que realizaría la actividad en cuestión, la misma que ya contaba con la respectiva

⁸⁵⁷ DPLF (2015). *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*, Óp. Cit., p. 89; y GIZ (2014). *La consulta previa al Área de Conservación Regional Maijuna-Kichwa. Lecciones de la primera experiencia de consulta previa en el Perú*. Proyecto Promoviendo la Implementación del Derecho a la Consulta Previa, Lima: GIZ, p. 23

concesión minera. Esto quiere decir que para la fecha en la que se realizaron los “procesos consultivos”, la empresa ya habría tenido presencia en el territorio de las comunidades. De ser así, ello representa una violación a los estándares internacionales, dado que la empresa no debería influir en los “procesos consultivos”, y ni siquiera debería correrse el riesgo que lo haga.

Recordemos que el Derecho Internacional establece que al momento en que se realice la consulta respectiva tanto el Estado como los pueblos indígenas no deben estar seguros que el proyecto efectivamente vaya a realizarse. Será el resultado de la consulta que determinará la viabilidad o no del proyecto. Que una empresa minera ya cuente con la concesión, significaría que el Estado entró en el proceso consultivo con una decisión pre determinada de que el proyecto efectivamente se realice. La presencia de la empresa es una prueba de ello.

5.2. Oportunidad del “proceso consultivo” y medidas a ser consultadas: La irrelevancia del CPLI de los pueblos indígenas para tomar decisiones

Ninguno de los “procesos consultivos” sobre proyectos de “desarrollo o inversión” iniciados hasta la fecha busca consultar previamente todas las medidas administrativas susceptibles de afectar directamente los derechos de los pueblos. Esto se debe a diversos factores que parten de la falta de claridad o amplia discrecionalidad sobre las medidas a consultar⁸⁵⁸.

Después del año 2013, el Estado tenía cientos de proyectos en curso y otros nuevos. En los primeros, el Estado no consultó ninguna medida. En los últimos, el Estado se ha limitado a “consultar” una medida concreta del proyecto sin consultar todas las medidas que vayan a ser necesarias a lo largo de las diversas etapas del

⁸⁵⁸ DPLF (2015). *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*, Óp. Cit., p. 101

proyecto como lo establece el Derecho Internacional. El Estado no considera, hasta la fecha, que existe una renovación de la obligación de consultar en función a las nuevas medidas del proyecto en cuestión. Para el Perú, la consulta se reduce a una medida concreta del proyecto, la cual al ser “aprobada” en el “proceso consultivo” permite al Estado realizar determinado proyecto y no consultar ninguna otra medida del proyecto.

En el caso de los proyectos mineros, el Estado no consulta el otorgamiento de la concesión minera. En aplicación de la Ley y Reglamento de consulta, el Estado solo consulta la medida que “faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación”. Por ejemplo, en el caso del Proyecto Aurora, primer proyecto minero “consultado” por el Perú, la medida sometida a consulta no fue el otorgamiento de la concesión, la cual ya había sido otorgada a la Minera FOCUS SAC, sino, fue la Resolución Directoral aprobada por la Dirección General de Minería, que aprueba el Proyecto de exploración minera Aurora y autoriza el inicio de las actividades mineras de exploración a favor de Minera FOCUS SAC en el proyecto de exploración Aurora, con 20 plataformas y 20 sondajes (perforación de exploración)⁸⁵⁹.

El hecho que no se someta a consulta el otorgamiento o no de la concesión y que se limite la “consulta” a una etapa previa a la exploración y explotación de un proyecto ya aprobado por el Estado representa una violación al Derecho Internacional. La Corte IDH ha sido clara al señalar explícitamente que la concesión debe ser sometida a un proceso de consulta.

En el marco de los “procesos consultivos” que impulsa el Perú, no existe posibilidad que el pueblo indígena pueda oponerse a la realización de dicho proyecto. Peor aún, si el pueblo indígena decide no participar en el “proceso consultivo” será visto como un acto de mala fe en tanto la jurisprudencia del TCP, la Ley y el

⁸⁵⁹ Plan de Consulta del Proyecto Aurora. Punto 3. Medida a consultar. Disponible en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2015/09/Plan-de-Consulta-Proyecto-Aurora.pdf> (Consulta: 5 de mayo de 2015)

Reglamento del Derecho a la Consulta Previa así lo establecen. Dado ese caso, si el pueblo indígena decide no participar, la Ley y Reglamento facultan al Estado a que tome la decisión sin contar con el CPLI del pueblo afectado, el cual de por sí ya es irrelevante para el “proceso consultivo”. Por ejemplo, así ocurrió con las organizaciones indígenas que representaban a los pueblos indígenas Quechua y Achuar en el caso del “proceso consultivo” del Lote 192⁸⁶⁰.

En torno a los proyectos mineros también es importante referirnos al tema de los “acuerdos” entre la empresa y las comunidades afectadas por determinado proyecto⁸⁶¹. Y es que, en diversos momentos, se ha buscado que tales acuerdos reemplacen a las consultas que tienen que realizar los Estados⁸⁶². Esto significa que la obligación del Estado de consultar (Estado y pueblos indígenas) ya no sería exigible si existe de por medio un acuerdo entre privados (Empresa y pueblos indígenas) para utilizar la tierra necesaria para el proyecto minero. De acuerdo a DPLF, estos acuerdos han significado la negación de un derecho fundamental, como la consulta, y han culminado frecuentemente en acuerdos abusivos ante la clara asimetría de poder entre los titulares de las concesiones y las comunidades afectadas⁸⁶³. De hecho, los “acuerdos” entre las empresas y los pueblos indígenas prueban la violación de los derechos de los pueblos indígenas. En concreto, la violación del art. 17.2 del Convenio N° 169 de la OIT que establece que toda posible enajenación del territorio indígena debe ser sometido a un proceso consultivo previo. Así, el Estado será responsables si se enajena el territorio de un pueblo indígena sin mediar un proceso consultivo.

En el caso de los proyectos de hidrocarburos la situación es similar. El Estado realizará sí o sí estos proyectos, y no hay opción de que el pueblo indígena se oponga

⁸⁶⁰ Véase: MINEM. *Informe Final de Consulta Previa del Lote 192*. Informe N° 797-2015-MEM/DGAAE/E/DGAE/RCO/SED/CIM. Lima, 5 de octubre de 2015, pp.10 - 11

⁸⁶¹ Figura recogida en el art. 7 de la Ley 26505

⁸⁶² DPLF (2015). *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*, Óp. Cit., p. 67

⁸⁶³ *Ibíd.*

al mismo. Para el momento en que se realiza la “consulta” de acuerdo a la Ley y Reglamento, el Estado ya lotizó el espacio geográfico sobre el cual se realizará la actividad. Esto quiere decir que para el momento en que se realizan los “procesos consultivos” el Estado ya decidió que sobre determinada extensión territorial se realizará actividad hidrocarburífera, al margen de lo consientan o no los pueblos indígenas afectados.

En el Perú, la lotización se realiza mediante Acuerdos de Directorio de PERUPETRO S.A., entidad que hasta finales de 2015 estaba encargada de realizar los “procesos consultivos”. La “consulta previa” en este sector se basa en la Resolución Ministerial N° 350-2012-MEM/DM de julio de 2012 del MEN. Según dicha resolución, la medida a ser consultada es el Decreto Supremo que aprueba la suscripción de contratos de exploración y explotación de lotes petroleros y gasíferos.

Veamos un caso. La primera “consulta” del sector hidrocarburos se realizó en torno al Lote 169 en Ucayali. Para cuando el Estado empezó dicha “consulta”, PERUPETRO ya había emitido el Acuerdo de Directorio N° 074-2013 en el que aprueba la conformación, extensión y delimitación de 26 lotes, que serían materia de licitación pública internacional para otorgar contratos de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos, entre los que estaba el Lote 169. La decisión de creación del lote nunca fue consultada de manera previa con los pueblos afectados. No hay forma que un pueblo indígena pueda rechazar que su territorio forme parte de un lote petrolero, pues para el momento de la “consulta”, el Estado ya ha decidido que sobre su territorio se puede realizar actividad petrolera.

En el caso del Lote 169, y en general en todos los lotes “consultados”, la medida a consultarse es el proyecto de Decreto Supremo mediante el cual se aprueba la conformación, extensión, delimitación y nomenclatura del Lote 169; se aprueba el contrato de licencia para la exploración y explotación de hidrocarburos en dicho lote; y

se autoriza a PERUPETRO para la suscripción de dicho contrato. Sin embargo, como vimos para el momento de la “consulta”, el lote ya está creado y ya hay una decisión estatal de que ese lote exista. Peor aún, el Estado pide a los pueblos indígenas que aprueben un contrato de licencia de exploración y explotación sin saber los impactos del proyecto en concreto y sin saber la empresa que realizará el proyecto.

Esta última situación trae serios problemas para la ejecución de los proyectos como ocurrió, según en el MINCUL, en el caso del Lote 192⁸⁶⁴. Lo que prueba que los pueblos indígenas deben de tener poder de decisión en torno a esos temas como ya lo establece el Derecho Internacional. El no cumplir con esa garantía genera la responsabilidad internacional del Estado.

Tampoco, el Perú garantiza una oportunidad posterior a la “consulta” del Decreto Supremo para que los pueblos indígenas sean consultados en torno a los Estudios de Impactos como lo establece el Derecho Internacional. Ello debido a que la legislación interna no dispone que los Estudios de Impacto sean sometidos a consulta acorde a las garantías que establece el Derecho Internacional⁸⁶⁵. En la elaboración de los mismos, por ejemplo, el Estado peruano, siguiendo su legislación interna, aplica los mecanismos de participación ciudadana que no reemplazan las obligaciones internacionales específicas en la elaboración de los Estudios de Impacto⁸⁶⁶. Tales mecanismos no otorgan poder de decisión a los pueblos indígenas.

Otro ejemplo. En el caso del “proceso consultivo” del proyecto Hidrovías, la medida fue la propuesta de Resolución Directoral que aprueba los Términos de Referencia Finales para la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Hidrovía

⁸⁶⁴ Solo en el caso del lote 192, se produjeron movilizaciones de manera posterior al proceso de consulta. Éstas estuvieron relacionadas al proceso de selección de la empresa operadora. Disponible en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/actualidad/consulta-previa-brindo-legitimidad-a-los-proyectos-petroleros-en-la-amazonia-3/> (Consulta: 5 de mayo de 2015)

⁸⁶⁵ DPLF (2015). *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*, Óp. Cit., p. 97

⁸⁶⁶ *Ibíd*em

Amazónica a cargo del Ministerio de Transportes y Comunicaciones⁸⁶⁷. La “consulta” también abordó las cláusulas del contrato de concesión del proyecto Hidrovía Amazónica referidas a los aspectos socioambientales, sociolaborales y los beneficios relacionados a los derechos colectivos de los pueblos indígenas⁸⁶⁸. En ningún momento, el Estado consultó en primer lugar si los pueblos indígenas afectados querían o no el proyecto. Ello puesto que el Estado da por entendido que el proyecto se realizará de todos modos. Es solo cuestión de informar el cómo se realizará.

Incluso, si se les permite a los pueblos indígenas poner las condiciones para la realización del Estudio de Impacto, como el caso del Proyecto Hidrovía Amazónica, el Estado no someterá a consulta ese Estudio en tanto la legislación interna no obliga a que se consulten los Estudios de Impacto. Ello en abierta violación a los estándares internacionales en la materia.

En el caso de la creación de áreas naturales protegidas ocurre una situación un tanto distinta. Son los propios pueblos indígenas quienes tienen especial interés en la creación de las mismas, ya que las ven como un medio para proteger sus hábitats de las agresiones de terceros, incluso si ello implica establecer determinadas restricciones para el uso y goce de sus propios territorios. Tal es el caso, por ejemplo, del Área de Conservación Regional Maijuna-Kichwa en Loreto, la cual fue impulsada, según el MINCUL, por los propios pueblos indígenas⁸⁶⁹.

En estos “procesos consultivos”, el Estado “consulta” la medida que sustenta la creación del área natural protegida, como ocurrió en el caso del Área de Conservación Regional “Tres Cañones” en Cusco o en el caso del Área de Conservación Regional Maijuna-Kichwa en Loreto. Solo en el caso de Sierra del Divisor, el Estado consultó la propuesta de categorización para pasar de “zona reserva” a “parque nacional”.

⁸⁶⁷ Información sobre proyecto disponible en: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/consulta-previa-para-el-proyecto-hidrovía-amazonica/> (Consulta: 5 de mayo de 2015)

⁸⁶⁸ *Ibidem*

⁸⁶⁹ Véase: GIZ (2014). *La consulta previa al Área de Conservación Regional Maijuna-Kichwa. Lecciones de la primera experiencia de consulta previa en el Perú*. Op. Cit., pp. 5 y 6.

Más allá de los detalles técnicos de creación de toda área natural protegida, la creación de las mismas implica que se superpondrán a territorios indígenas (en su mayoría aún no titulados como tales) y limitarán el uso y goce de los mismos, estableciendo determinadas reglas y sanciones. Ello en contradicción con el Derecho Internacional que establece la obligación de delimitar, demarcar, titular y registrar los territorios indígenas.

En estos “procesos consultivos” de áreas naturales protegidas, si los pueblos indígenas hubieran sabido que el Estado tiene la obligación de titularles su territorio, los pueblos indígenas hubieran preferido que las zonas, que hoy son áreas naturales protegidas, les sean tituladas en propiedad como parte de su territorio. Sin embargo, para el Estado esa nunca fue una opción. Ni siquiera se les informó a los pueblos indígenas de esa posibilidad.

La creación de áreas naturales protegidas limita el poder de decisión que los pueblos indígenas tienen sobre sus territorios, en tanto será una entidad estatal la que decidirá sobre las áreas naturales, por más que cuenten con participación indígena. Esta situación va en contradicción a lo señalado por el Derecho Internacional, el cual indica que los pueblos indígenas tienen derecho a controlar sus territorios en tanto les pertenecen como propiedad originaria al usarlos y poseerlos ancestralmente.

5.3. Ausencia de garantías de un “proceso del consultivo” con miras a obtener el CPLI de los pueblos indígenas ante proyectos de “desarrollo o inversión”

Los “procesos consultivos” del Perú se desarrollan violando lo establecido por la Corte IDH, desde el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tz'wigni Vs. Nicaragua*, en torno a la prohibición de aprobar proyectos de “desarrollo o inversión” en territorios indígenas sin que previamente el Estado haya delimitado, demarcado, titulado y registrado tales territorios. Prueba de ello es que en todos los “procesos

consultivos” de los lotes petroleros, los pueblos indígenas han visibilizado diversas demandas en torno a la titulación de sus territorios. Ello es así desde la “consulta” del Lote 169 que fue el primer “proceso consultivo” en el sector hidrocarburos.

En algunas “actas de consulta”, en las que constan los acuerdos del “proceso consultivo”, los pueblos indígenas lograron incorporar compromisos de parte del Estado (principalmente del MINCUL) en torno al tema de titulación de los territorios indígenas, como por ejemplo en el caso del “acta de consulta” del Lote 175. Sin embargo, tales compromisos solo son reafirmaciones de obligaciones internas e internacionales que el Estado ya tenía y que no viene cumpliendo.

Otra violación identificada gira en torno a los Estudios de Impacto. De acuerdo a la legislación interna peruana, los Estudios de Impacto son realizados por la empresa misma o consultores contratados por ésta, bajo su propio costo y, por tanto, con un interés directo en el proyecto⁸⁷⁰. Regulación que por sí misma viola las garantías que el Derecho Internacional establece; por ejemplo, la obligación que los Estudios de Impacto sean realizados por entidades independientes, no ligadas a las empresas directamente interesadas, y en consulta con los pueblos indígenas afectados, etc.

Incluso, como hemos visto, la Corte IDH ha establecido que los Estudios de Impacto sean previos al otorgamiento de la medida que autoriza el proyecto, como por ejemplo, antes de la concesión. El hacerlo permite garantizar que los pueblos indígenas cuenten con la debida información para tomar una decisión informada en torno a la medida estatal que se propone. Y esa es otra violación que se presenta en los “procesos consultivos”, puesto que los pueblos indígenas al momento de participar en esos “procesos” no cuentan con toda la información de los posibles impactos del

⁸⁷⁰ DPLF (2015). *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*, Óp. Cit., p. 93

proyecto a ejecutarse en tanto no se han realizado los Estudios de Impacto respectivos⁸⁷¹.

Prueba de que no cuentan con esa información es que los pueblos indígenas solicitan, en las “actas de consulta”, que se les entreguen los resultados de esos estudios. Resulta aún más lamentable que el Estado solo se comprometa a entregar copias de esos estudios que terminan siendo realizados de acuerdo a la legislación interna y sin considerar los estándares internacionales. Así consta, por ejemplo, en las “actas de consulta” de los lotes 164, 185 y 175⁸⁷².

Otro punto preocupante gira en torno a la pertinencia y adecuación de la información entregada durante los “procesos consultivos”. Sucede que no todas las medidas a consultar han sido traducidas en el idioma de los pueblos indígenas afectados, lo que puede implicar que no tengan un conocimiento completo de la medida. Ello se dificulta aún más cuando se emplean términos técnicos que no cuentan con una traducción propia en el idioma indígena. Por ejemplo, en el caso de la “consulta” del proyecto Hidrovías, la medida a consultar no fue traducida en todos los idiomas de los pueblos indígenas afectados.

Otra violación gira en torno a los beneficios e indemnizaciones que deberían recibir los pueblos indígenas por los proyectos de “desarrollo o inversión” que vayan a desarrollarse en sus territorios. Si bien fue un tema de “diálogo” en la mayoría de los “procesos consultivos”, el Estado indicó, respecto a la demanda indígena de recibir los beneficios directamente, que ello implicaría una modificación de la ley del canon o una nueva ley que así lo establezca. Es así que respecto de los beneficios, en la mayoría de las “actas de consulta” podemos encontrar compromisos de los pueblos indígenas

⁸⁷¹ DPLF (2015). *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*, Óp. Cit., p. 82; y GIZ (2014). *La consulta previa al Área de Conservación Regional Majuna-Kichwa. Lecciones de la primera experiencia de consulta previa en el Perú*, Óp. Cit., p. 25

⁸⁷² MINCU (2015). *La implementación del derecho a la consulta previa en el sector hidrocarburos. La experiencia de los lotes 164, 189 y 175*. Lima: Ministerio de Cultura del Perú, p. 25-27, 48-49 y 72-75

de presentar proyectos de ley en torno a este tema. El Estado se comprometía a coordinar y hacer seguimiento de esa propuesta, en el marco de las competencias de cada institución. Sin embargo, nunca aseguró que dicha ley efectivamente vaya aprobarse en tanto queda a discrecionalidad del Poder Legislativo. Por ejemplo, así sucedió en el caso del Lote 175⁸⁷³.

Situación similar ocurre en el caso de las indemnizaciones. Por ejemplo, en el caso del Lote 175, el Estado indicó que, según la legislación referida a hidrocarburos, las indemnizaciones corren a cargo de las personas que ocasionan tales perjuicios solo en torno a los derechos de uso y servidumbre⁸⁷⁴. Bajo ese marco, no es posible acordar las indemnizaciones por tales perjuicios, los cuales tienen que ser demandados a la empresa responsable de los daños.

Respecto de los beneficios e indemnizaciones, el Derecho Internacional establece que deben de evaluarse en el marco de los “procesos consultivos”, independientemente si la ley interna los regula o no. Contar con esa información resulta vital para que los pueblos indígenas puedan tomar una decisión informada. Sin embargo, no han sido un tema prioritario en todos los “procesos consultivos”. El Estado se excusa constantemente en su legislación interna para no cumplir con los estándares internacionales.

Un tema de especial preocupación es la ausencia de buena fe en los “procesos consultivos”. Tanto en los proyectos de hidrocarburos como mineros, el Estado ya tenía decidido *a priori* que el proyecto de “desarrollo o inversión” iba a realizarse. Por ejemplo, en el caso de los proyectos mineros, el Estado ya había otorgado la concesión minera a una empresa determinada quedando solo pendiente empezar la exploración y explotación. No se consultaba si los pueblos indígenas afectados querían o no el proyecto, sino cómo se ejecutaría el mismo. No existía la opción de no

⁸⁷³ *Ibíd.*, p. 72

⁸⁷⁴ *Ibíd.*

otorgar su CPLI en tanto no es una opción regulada por la Ley y el Reglamento que implementa el derecho de consulta.

De hecho, en la etapa informativa de todos los “procesos consultivos”, los funcionarios no explican que los pueblos indígenas cuentan con el DCPLI. Las explicaciones en torno al alcance de la consulta se limitaban a lo que establecían la Ley y Reglamento de consulta del Perú.

Finalmente, un punto importante a analizar es la validez de los “acuerdos” a los que se arriban en los “procesos de consulta” culminados. En estos, el Estado asume una serie de obligaciones de medios que buscan atender las principales demandas de los pueblos afectados. Por ejemplo, en el “acuerdo” del Lote 175, PERUPETRO se compromete a comunicar a diversas instituciones del Estado las demandas de los pueblos indígenas en torno a diversas necesidades que tienen. En ese caso, PERUPETRO se comprometió a comunicar al MINEM el pedido de los pueblos indígenas de modificación de la ley del canon con miras a recibir directamente los montos del “Canon petrolero y gasífero”⁸⁷⁵. Sin embargo, no asegura que tales demandas serán efectivamente atendidas cumpliendo los estándares internacionales aplicables.

De hecho, muchas de las principales demandas de los pueblos indígenas que se presentan en el marco de los “procesos consultivos” son derivadas a las entidades estatales competentes para que sean atendidas fuera del “proceso consultivo”. En esos casos, los pueblos indígenas deben de seguir los trámites regulares ante las entidades competentes.

También, algunas de las obligaciones que asume el Estado son sumamente generales. Por ejemplo, en el caso del Lote 189, PERUPETRO se comprometió a revisar y mejorar la Cláusula 13 “Protección ambiental y relaciones comunitarias” del

⁸⁷⁵ *Ibidem*

contrato modelo⁸⁷⁶, pero no aclaró cómo se realizará esa revisión y mejoramiento. En el caso del Lote 175, PERUPETRO indicó cómo se entendería la Cláusula 13 pero indicó que se aplicaría el marco legal que establecen la ley y reglamento de consulta, el cual le otorga el poder de decisión solo al Estado⁸⁷⁷.

En otros casos, el Estado asume determinados compromisos que representan violaciones manifiestas al Derecho Internacional. Por ejemplo, en el caso del Lote 189, el Estado “coordinará y supervisará que la empresa contratista proporcione copia del Estudio Impacto Ambiental correspondiente a las organizaciones indígenas y a las comunidad involucradas en el área del proyecto”⁸⁷⁸. En otras, palabras el Estado se compromete a violar lo establecido por la Corte IDH, la cual ha establecido que los Estudios de Impacto deben de ser realizados por entidad independientes bajo supervisión del Estado con participación de los pueblos indígenas, y no por la propia empresa interesada.

Incluso, solo considerando el derecho interno peruano⁸⁷⁹, debemos señalar que estos “acuerdos” gozan de un vicio de validez ya que se basan en una legislación incompatible con los estándares internacionales, los mismos que forman parte del bloque de constitucionalidad por mandato de la Constitución y la jurisprudencia del TCP. Desde el marco internacional, tales “acuerdos” forman parte de una serie de violaciones a los estándares internacionales, generando, por ende, la responsabilidad internacional del Estado peruano.

En aplicación de la legislación interna, los pueblos indígenas no tienen la posibilidad de establecer condiciones para otorgar su CPLI; se ven forzados a aceptar lo que el Estado está dispuesto a acordar; no tienen posibilidad de abstenerse de

⁸⁷⁶ *Ibíd.*, p. 48

⁸⁷⁷ *Ibíd.*, p. 75

⁸⁷⁸ *Ibíd.*, p. 48

⁸⁷⁹ Ley 27444. Art. 10.- “Causales de nulidad. Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes: 1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. (...)”

otorgar su CPLI e impedir que el proyecto de “desarrollo o inversión” se realice en sus territorios.



CONCLUSIONES

1. El Derecho al Consentimiento Previo, Libre e Informado (DCPLI) de los pueblos indígenas ante proyectos de “desarrollo o inversión” significa la potestad de tales pueblos de decidir sobre los proyectos de “desarrollo o inversión” que los Estados busquen impulsar en sus territorios. Ello implica tanto la potestad de los pueblos indígenas de otorgar su Consentimiento Previo, Libre e Informado (CPLI), pudiendo establecer condiciones para ello; como también la potestad de abstenerse de otorgar su CPLI. En el Derecho Internacional, el DCPLI constituye una regla general, y no la excepción, ante proyectos de “desarrollo o inversión” en territorios indígenas en tanto los pueblos indígenas tienen autonomía y la potestad para decidir sobre sus modelos de vida y desarrollo en sus territorios.
2. El DCPLI se fundamenta en el derecho a la *existencia digna* de tales pueblos, el cual se basa en el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y en su derecho a la supervivencia en respeto a su vida e integridad cultural. Los pueblos indígenas vivirán en dignidad en tanto puedan ejercer su libre determinación en sus territorios. He ahí la relación de este derecho con otros derechos de los pueblos indígenas, tales como el derecho a la participación, consulta y territorio, como base de los mismos.
3. El DCPLI se encuentra consagrado en diversas fuentes del Derecho Internacional, las cuales se rigen por el principio pro-indígena y según la evolución del Derecho Internacional. Se trata de un derecho reconocido convencionalmente en tratados internacionales, como el Convenio N° 169 de la OIT (en lo que se refiere a desplazamiento y medidas de salvaguarda); desarrollado por los órganos internacionales de interpretación de tratados; y reafirmado en todos los tratados firmados entre pueblos indígenas y Estados a

lo largo de la historia. También, podemos sustentar que el DCPLI se trata de una norma consuetudinaria en formación, por lo menos de carácter regional. Del mismo modo, el DCPLI puede estar consagrado como principio de Derecho Internacional. En el marco del SIDH, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido pionera en reconocer el DCPLI en desde el 2007 en el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. A nivel de la doctrina, el DCPLI es sustentado por diversos autores reconocidos, los cuales son recogidos en las diversas fuentes del Derecho Internacional. Y, la DNUDPI, considerada como declaración *sui generis*, consagra expresamente el DCPLI en el marco del derecho de los pueblos indígenas a su libre determinación. Asimismo, la DNUDPI reconoce supuestos específicos en los cuales los Estados deben de obtener el CPLI de los pueblos indígenas.

4. Los pueblos indígenas consideran como un derecho inherente que los Estados obtengan su CPLI antes de aprobar proyectos de “desarrollo o inversión”. Ello se sustenta en los sendos casos presentados ante los sistemas de protección. En ellos, los pueblos indígenas, principalmente de América, han demandado que los Estados obtengan su CPLI antes de aprobar tales proyectos en sus territorios.
5. El Derecho Internacional ha desarrollado estándares que deben de cumplirse en todos los procesos consultivos a ser iniciados por el Estado toda vez que busque obtener su CPLI ante proyectos de “desarrollo o inversión” en sus territorios. Estos estándares se obtienen a partir de las diversas fuentes del Derecho Internacional y a partir de casos concretos de aplicación de tales fuentes.
6. Los sujetos que deben de participar en los procesos consultivos son el Estado y los pueblos indígenas. La presencia de empresas o terceros interesados va

en contra de las obligaciones internacionales de los Estados y representa una violación al principio de buena fe propio de todo proceso consultivo.

7. Los proyectos de “desarrollo o inversión” son aprobados bajo medidas administrativas o legislativas las cuales deben de ser sometidas a consulta en tanto son susceptibles de afectar a los pueblos indígenas. La medida concreta depende del derecho interno de los Estados. Sin perjuicio de ello, tales proyectos deben de ser consultados desde sus primeras etapas (por ejemplo, la creación de un lote petrolero sobre un territorio indígena). Además, el Derecho Internacional establece que la obligación de consultar tales medidas se va renovando en función a las diversas etapas de los proyectos de “desarrollo o inversión”.
8. De acuerdo a los estándares internacionales, el consentimiento de los pueblos indígenas debe de cumplir con determinadas características para ser considerado válido. Esto significa que el consentimiento de haber sido obtenido de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias, respetando las formas propias de toma de decisiones. Además, el consentimiento debe ser previo a la medida; libre y sin ningún tipo de coacción o coerción; e informado, por lo menos, sobre los resultados de los estudios de impacto, los beneficios a ser obtenidos y las indemnizaciones por los posibles daños y perjuicios.
9. El CPLI debe de ser obtenido a través de un proceso consultivo que cumpla con lo siguiente: (i) Tenga por objeto y fin obtener el CPLI, (ii) Recorra a procedimientos apropiados y en respeto a las formas propias de toma de decisiones, (iii) Utilice un mecanismo o procedimiento consultivo elaborado con la participación, colaboración y coordinación de los pueblos indígenas, y (iv) Cuento con capacidad técnica y financiera. Los acuerdos obtenidos en estos procesos consultivos serán considerados válidos en tanto cumplan con los

estándares establecidos. Y, finalmente, el Derecho Internacional plantea la obligación de los Estados de realizar evaluaciones periódicas y contar con mecanismos frente a posibles de DDHH para proteger la vida e integridad de los pueblos indígenas. En caso que ello sucede, los responsables deben de ser sancionados y el proyecto suspendido con miras a salvaguardar la vida e integridad de los pueblos indígenas.

10. El Derecho Internacional reconoce dos supuestos en los cuales no es necesario realizar un proceso consultivo con los pueblos indígenas sobre proyectos de “desarrollo o inversión”. Estos supuestos son las “auto-consultas” o “consultas comunitarias” y la oposición manifiesta de los pueblos de participar en los procesos consultivos. En ambos casos, los pueblos indígenas ya han tomado, en ejercicio de su libre determinación, una decisión en torno a los proyectos. En el supuesto que los pueblos indígenas hayan decidido no otorgar su CPLI sobre determinado proyecto, obligarles a participar en procesos consultivos significaría una violación al principio de buena fe y de no coerción que demanda el Derecho Internacional.
11. El Derecho Internacional también se ha pronunciado sobre las consecuencias jurídicas ante el cumplimiento e incumplimiento de los estándares internacionales del DCPLI. En el primer caso, los Estados tienen la obligación de ejecutar los acuerdos válidos asumidos con los pueblos indígenas. Y, en el segundo caso, los Estados tienen una serie de obligaciones que van desde la suspensión, cese o revisión del proyecto en ejecución hasta diferentes medidas de reparación en torno a proyectos finalizados o cuyas actividades han cesado, pero que han impactado en el territorio.
12. En el Perú existe una gran brecha de implementación y aplicación entre los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el Derecho Internacional y

aquellos derechos reconocidos en el derecho interno de los Estados. Y, en específico, en torno al DCPLI.

13. El DCPLI no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución Política del Perú de 1993. Dado que el DCPLI es reconocido por el Derecho Internacional, éste viene a incorporarse en nuestro derecho interno por mandato de la Constitución y la jurisprudencia del TCP. No obstante, el DCPLI puede ser interpretado a partir del art. 89 de la Constitución que reconoce el derecho a la autonomía de los pueblos originarios, que es a su vez una manifestación del derecho a la libre determinación.
14. La jurisprudencia del TCP no ha reconocido el DCPLI de los pueblos indígenas con los mismos alcances del Derecho Internacional. En concreto, el TCP se ha dedicado a señalar que dicho derecho no existe, y que los pueblos indígenas no pueden impedir que los proyectos se realicen en sus territorios. En términos generales, para el TCP cualquier manifestación de oposición a un proyecto de “desarrollo o inversión” es considerado un acto de mala fe. Solo considera relevante el CPLI de los pueblos indígenas en tanto vaya acorde a lo que el Estado esté dispuesto a acordar. En ese sentido, la jurisprudencia del TCP en materia de consulta no es compatible con los estándares internacionales.
15. La jurisprudencia de la CSJP tampoco ha reconocido el DCPLI ante proyectos de “desarrollo o inversión” de manera compatible con el Derecho Internacional. En el año 2013, la única sentencia que se refiere expresamente al DCPLI, haciendo referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH, indica que ese CPLI solo se debe obtener desde ese año en adelante. Decisión que no es compatible con el Derecho Internacional.
16. En lo que respecta a la legislación interna peruana, la Ley del Derecho a la Consulta del Perú y su respectivo Reglamento no son compatibles con los

estándares internacionales. Ello trae como consecuencia una serie de violaciones al Derecho Internacional toda vez que dicha ley y reglamento son aplicados a casos concretos, y en especial en los “procesos consultivos” iniciados por el Estado en base a dicha legislación.

17. Ninguno de los “procesos de consulta” iniciados por el Estado en relación a proyectos de “desarrollo o inversión” cumple los estándares internacionales, y, por ende, gozan de vicios de validez. Ninguno de los procesos considera que los pueblos indígenas tienen el derecho de dar o abstenerse de otorgar su CPLI. Todos los procesos iniciados por el Estado parten del presupuesto que los proyectos de “desarrollo o inversión” se realizarán de todas maneras, con o sin el CPLI de los pueblos indígenas.
18. En estos procesos, el Estado solo considera relevante el consentimiento para los acuerdos que él mismo está dispuesto a ceder y adoptar. Los pueblos indígenas no tienen la opción de establecer condiciones en tales acuerdos para decidir si dan o no su CPLI. Si un pueblo decide no dar su CPLI o no participar de estos procesos consultivos, el Estado lo tomará como un acto de mala fe y proseguirá con el proyecto de “desarrollo o inversión”.
19. El Derecho peruano en su normativa, interpretación e implementación interna no respeta ni garantiza el DCPLI de los pueblos indígenas, violando los derechos humanos de estos pueblos. Como consecuencia el Estado peruano tiene responsabilidad internacional por la violación de sus obligaciones internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

ALERTANET IIDS

2015 “Federación de la Nacionalidad Achuar del Perú - FENAP presenta histórica demanda contra el Estado Peruano”. Publicada el 9 de abril de 2015. Consulta: 7 de junio de 2015.

<https://alertanetiids.lamula.pe/2015/04/09/federacion-de-la-nacionalidad-achuar-del-peru-fenap-presenta-demanda-historica-contra-estado-peruano/alertanet/>

ANAYA, James

2012 “Curso Derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento”. Dictado en: Diplomatura de Estudio Internacional en pueblos indígenas, desarrollo, participación y consulta previa. Lima: PUCP e IIDS. Clase presencial dictada en marzo 2012 en el campus PUCP.

2010 “El Derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración”. En: CHARTERS, Claire y STAVENHAGEN, Rodolfo. El desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas. Copenhagen: IWGIA, 2010, pp. 194-209

ANAYA, James y Siegfried WIESSNER

2007 “OP-ED: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Towards Re-empowerment”, *Jurist* (3 de octubre de 2007). Consulta: 5 de mayo de 2015.

<http://www.jurist.org/forum/2007/10/un-declaration-on-rights-of-indigenous.php>

ANDINA. Agencia Peruana de Noticias

2011 “Defensoría señala que objeciones a Ley de Consulta carecen de sustento”. Andina. Lima, 20 de agosto de 2011. Consulta: 5 de octubre de 2015.

http://www.andina.com.pe/agencia/noticia-defensoria-senala-objeciones-a-ley-consulta-carecen-sustento-374600.aspx#.U_vsk_I5Ou

APARICIO WILHELMI, Marco

2006 “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación”. En: BERRAONDO, Mikel (Coordinador). *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.

BARBERIS, Julio

1994 *Formación del Derecho Internacional*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma

BARCLAY, Frederica y Fernando SANTOS

1980 “La conformación de las comunidades Amuesha”. En: *Amazonía Peruana*. Vol. III, N° 5. pp. 43-74

BBC

2012 “La pugna por el petróleo de la Amazonía”. BBC. Londres, 5 de diciembre de 2012. Consulta: 5 de abril de 2014

http://www.bbc.com/mundo/noticias/2012/12/121205_ecuador_correa_indigenas_petr_oleo_igc

CLAVERO, Bartolomé

2009 “Cometido del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas a la Luz del Valor Vinculante y con Vistas a la Mayor Eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En: UNPFII (2009). *International expert group meeting on the*

role of the United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues in the implementation of article 42 of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 14-16 January, 2009, New York, PFII/2009/EGM1/4

CAMINO, Alejandro

1985 “Antropología amazónica: una visión retrospectiva”. En: Rodríguez Pastor, Humberto (comp.), *La Antropología en el Perú*. Lima: CONCYTEC, pp. 133-142

CANAL N

2015 *La Hora N*. Lima. Entrevista a la Viceministra de Interculturalidad en el Programa la Hora N sobre el lote 192 y el proceso de consulta iniciado. 18 de agosto de 2015. Consulta: 5 de mayo de 2015

<https://www.youtube.com/watch?v=hl7xiyHQa4>

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio

1997 “Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law”, En: *European Journal of International Law*, Vol. 8 (1997), N° 4, p. 583.

1996 *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*. Madrid: Tecnos

1992 *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*. Madrid: Tecnos.

CASSESE, Antonio

1996 *Self-determination of peoples. A legal reappraisal*. England: Cambridge University Press

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)

2011 *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. vs. United States of America*. Laudo del 12 de enero de 2011

CHUECAS CABRERA, Adda

s/f *El derecho de los pueblos indígenas y comunidades en el Contexto Histórico del Perú*. Consulta: 5 de mayo de 2015

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CD62A7B22B15803A05257BCD00771534/\\$FILE/Derecho de los pueblos ind%C3%ADgenas y comunidad es.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CD62A7B22B15803A05257BCD00771534/$FILE/Derecho%20de%20los%20pueblos%20indigenas%20y%20comunidades.pdf)

COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS (CADHP)

2009 *Communication 276 / 2003 – Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya*, 27th Activity Report of the ACHPR. 46th Ordinary Session of the African Commission on Human and Peoples' Rights held from 11 – 25 November 2009

2001 *Communication 155/96. The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights / Nigeria*. Done at the 30th Ordinary Session, held in Banjul, The Gambia from 13th to 27th October 2001.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (COMISEDH)

2012 *La ley de consulta previa y su reglamento en el Perú. Análisis desde la perspectiva del Derechos Internacional de los Derechos Humanos*. Consulta: 5 de mayo de 2015.

<http://www.comisedh.org.pe/modulo/upload/1342630241.pdf>

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL)

2014 *Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos*

pendientes para la garantía de sus derechos. Santiago de Chile

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)

- 2016 *Asunto comunidades en aislamiento voluntario del Pueblo Ayoreo Totobiegosode respecto de Paraguay*. 3 de febrero de 2016. Consulta: 5 de abril de 2016
<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2016/MC54-13-Es.pdf>
- 2015 *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15. 31 de diciembre 2015. Consulta: 15 de abril de 2016
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>
- 2015 *Audiencia Construcción del canal transoceánico y su impacto sobre los derechos humanos en Nicaragua*, 154° Período Ordinario de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 16 de marzo de 2015
- 2014 *Informe Mujeres indígenas desaparecidas, asesinadas en Columbia Británica, Canadá*. OEA/Ser.L/V/II, 21 de diciembre de 2014. Consulta: 5 de mayo de 2015.
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mujeres-indigenas-BC-Canada-es.pdf>
- 2014 *Audiencia Temática Derecho de los pueblos indígenas a la personalidad jurídica y a la propiedad en Perú* [Videograbación]. 153° Período Ordinario de Sesiones Washington D.C.: CIDH., 31 de octubre de 2014. Consulta: 5 de mayo de 2015
<https://www.youtube.com/watch?v=2xvevzZxUic&feature=youtu.be>
- 2014 *Líderes y lideresas de Comunidades Campesinas y Rondas Campesinas de Cajamarca respecto de la República de Perú*. Resolución N° 9/2014. Medida Cautelar N° 452-11, 5 de mayo de 2014. Consulta: 5 de mayo de 2015
<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2014/MC452-11-ES.pdf>
- 2014 *Audiencia sobre Derecho a la consulta previa de pueblos indígenas en Chile*. 150° Período Ordinario de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 27 de marzo de 2014.
- 2014 *Audiencia sobre Situación de derechos humanos de los pueblos indígenas en Nicaragua*. 150° Período Ordinario de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 25 de marzo de 2014
- 2014 *Audiencia Situación de derechos humanos de os pueblos indígenas en Ecuador*. 153° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 27 de octubre de 2014
- 2013 *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/13, 31 de diciembre de 2013. Consulta: 4 de abril de 2016
<http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf>
- 2013 *Audiencia Derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Ecuador*. 149° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 28 de octubre de 2013
- 2013 *Informe No. 9/13. Petición 1621-09. Admisibilidad*. 19 de marzo de 2013
- 2013 *Audiencia sobre Denuncias de ocupación de los territorios de los pueblos indígenas en Costa Rica*, 147° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 16 de marzo de 2013
- 2012 *Informe N° 76/12. Caso 12.548. Fondo. Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros. Honduras*. 7 de noviembre de 2012. Consulta: 21 de mayo de 2015
<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12.548FondoEsp.pdf>
- 2012 *Audiencia Pueblos indígenas en aislamiento voluntario en Sudamérica*, 146° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 4 de noviembre de 2012.
- 2012 *Audiencia sobre Situación del Pueblo Achuar de Pastaza, Perú*, 146° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 1 de noviembre de 2012
- 2012 *Audiencia sobre Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú*, 146° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 1 de noviembre de 2012
- 2012 *Audiencia sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Argentina*, 144° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 23 de marzo de 2012
- 2012 *Audiencia Situación de derechos humanos de las personas afectadas por las*

- industrias extractivas en las Américas*, 144° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 28 de marzo de 2012
- 2012 *CIDH expresa su preocupación por agresiones ocurridas en el Departamento de Cajamarca, Perú*. Comunicado de prensa del 6 de julio de 2012. Consulta: 5 de julio de 2013.
<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/080.asp>
- 2012 *Audiencia sobre Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Argentina*, 144° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 23 de marzo de 2012.
- 2011 *Audiencia Derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas y afro descendientes en la región andina*, 141° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 29 de marzo de 2011
- 2011 *CIDH saluda promulgación de ley de consulta previa en Perú*. Comunicado de prensa del 12 de septiembre de 2011. Consulta: 7 de agosto de 2015.
<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/099.asp>
- 2011 *Audiencia Derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas y afro descendientes en la región andina*, 141° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 29 de marzo de 2011
- 2011 *Audiencia Derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas y afro descendientes en la región andina*, 141° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 29 de marzo de 2011
- 2011 *Audiencia Situación de los pueblos en aislamiento voluntario en la Región Amazónica y el Gran Chaco*, 141° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 25 de marzo de 2011
- 2011 *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros (Caso 12.465) contra Ecuador*, 26 de abril de 2010. Consulta: 5 de mayo de 2015.
<http://www.cidh.org/demandas/12.465%20Sarayaku%20Ecuador%2026abr2010%20ESP.pdf>
- 2010 *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 2009. Consulta: 15 de julio de 2015.
<http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>
- 2010 *Audiencia sobre la Situación de derechos humanos de las comunidades afectadas por las actividades de la industria minera en la región andina*, 140° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 29 de octubre de 2010
- 2010 *Audiencia sobre Derechos de los pueblos indígenas y política energética y extractiva en Perú*, 140° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 26 de octubre de 2010
- 2010 *Audiencia Medida Cautelara MC 260/07 – Comunidades del pueblo maya Sipakapense y Mam, Guatemala*, 140° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 25 de octubre de 2010
- 2010 *Audiencia Dificultades legales para el reconocimiento y titulación de tierras indígenas en Guatemala*, 140° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 25 de octubre de 2010
- 2010 *Audiencia sobre Situación de derechos humanos del pueblo Asháninka en Perú*, 138° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 23 de marzo de 2010
- 2009 *Democracia y derechos humanos en Venezuela*. OEA/Ser.L/V/II Doc. 54, 30 de diciembre de 2009. Consulta: 5 de abril de 2015.
<http://www.cidh.org/countryrep/Venezuela2009sp/VE09.indice.sp.htm>
- 2009 *Audiencia sobre Derecho a la consulta de los pueblos indígenas de Perú*, 137° Período de Sesiones, Washington D.C.: 3 de noviembre de 2009
- 2009 *Audiencia Derecho a la consulta de los pueblos indígenas de Perú*. 137° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 3 de noviembre de 2009
- 2009 *Audiencia Situación de las comunidades indígenas afectadas por el proyecto*

- Iniciativa para la Integración de Infraestructura Sudamericana (IIRSA)*, 137° Período de Sesiones, Washington D.C.: CIDH, 2 de noviembre de 2009;
- 2009 *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009. Consulta: 5 de mayo de 2015
<http://www.cidh.org/pdf%20files/CAP%20V%20BOLIVIA.Seguimiento.pdf>
- 2009 *Informe No. 75/09. Petición 286-08. Admisibilidad*. 5 de agosto de 2009
- 2007 *Informe N° 76/07. Petición 198-07. Admisibilidad. Los pueblos Kalina y Lokono*. 15 de octubre de 2007
- 2007 *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007. Consulta: 5 de mayo 2015
<http://www.cidh.org/countryrep/Bolivia2007sp/Bolivia07indice.sp.htm>
- 2006 *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de los 12 Clanes Saramaka (Caso 12.338) contra la República de Surinam*. 23 de junio de 2006
- 2006 *Informe de Admisibilidad y Méritos No. 09/06 sobre el Caso de los Doce Clanes Saramaka; 2 de marzo de 2006*
- 2006 *Medida Cautelar a favor de los Pueblos Indígenas Tagaeri y Tarmenani (Ecuador)*. 10 de mayo de 2006.
- 2004 *Informe No. 40/04, Caso 12.053. Comunidades indígenas mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, 12 de octubre de 2004. Consulta: 5 de junio de 2015
<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Belize.12053.htm>
- 2002 *Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)*, 27 de diciembre de 2002. Consulta: 5 de junio de 2015
<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/EEUU.11140.htm>
- 1999 *Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999.
- 1998 *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República de Nicaragua. Caso de la Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) de Awas Tingni*, 4 de junio de 1998
- 1997 *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 abril 1997
- 1990 *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102. Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1990

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL (Comité CERD)

- 2010 *Observación general N° 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a)*, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/21, 17 de mayo de 2010
- 2003 *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Ecuador*. Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Comité para la eliminación de la Discriminación Racial. 62° período de sesiones. 3 a 21 de marzo de 2003, CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003
- 1997 *Recomendación General N° 23 relativa a los derechos de los pueblos indígenas*, 18 de agosto de 1997
- s/f *Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención*. Observaciones Finales respecto del Ecuador

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (Comité DESC)

- 2004 *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ecuador*. Examen de los Informes presentados por los Estado Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 32° período de sesiones. 26 de abril a 14 de mayo de 2004,

- E/C.12/1/Add.100, 7 de junio de 2004
- 2003 *Consideración de Informes presentados por Estados Partes bajo los artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones Finales sobre la Federación Rusa (Trigésimo primera sesión)*. 12 de diciembre de 2003
- 2003 *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Brasil*. Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 30° período de sesiones. 5 a 23 de mayo de 2003, E/C.12/1/Add.87, 26 de junio de 2003
- 2001 *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a Colombia*. Examen de los Informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. 27° período de sesiones. 12 a 30 de noviembre de 2001, E/C.12/1/Add.74, 6 de diciembre de 2001

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (Comité DDHH)

- 2013 *Observaciones finales sobre el quinto informe periódico del Perú, aprobadas por el Comité en su 107º período de sesiones (11 a 28 de marzo de 2013), CCPR/C/PER/CO/5*, 29 de abril de 2013
- 2009 *Comunicación N° 1457/2006, Angela Poma Poma Vs. Perú*. Dictamen emitido el 27 de marzo de 2009
- 2000 *Comunicación N° 547/1993: New Zealand. 15/11/2000. CCPR/C/70/D/547/1993*. Convention Abbreviation: CCPR 70º período de sesiones 16 de octubre - 3 de noviembre de 2000,
- 1999 *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Norway. 01/11/1999. CCPR/C/79/Add.112. (Concluding Observations / Comments)*. Human Rights Committee. Sixty-seventh session. Consideration of Reports submitted by the States Parties under Article 40 of the Covenant. 1 november 1999
- 1999 *Observaciones del Comité de Derechos Humanos: Mexico. 27/07/1999. CCPR/C/79/Add.109 (Concluding Observations / Comments)*. Comité Derechos Humanos. 66º período de sesiones. Examen de los Informes presentados por los Estados Partes en virtud del Artículo 40 del Pacto, 27 de julio de 1999.
- 1994 *Länsman y otros vs. Finlandia* (quincuagésima segunda sesión, 1994), Comunicación No. 511/1992, CCPR/C/52/D/511/1994, 8 de noviembre de 1994
- 1994 *Comentario General N° 23: Artículo 27 (Derechos de las Minorías)*, Adoptado en la 15th Sesión del Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 8 de abril de 1994

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

- 2011 Ley N° 29785. "Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)". Lima, 31 de agosto de 2011
- 2006 Ley N° 28736. "Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial". Lima, 24 de abril de 2006
- 2005 Ley N° 28611. "Ley General del Ambiente". Lima, 13 de octubre de 2005
- 2004 Ley N° 28237. "Código Procesal Constitucional". Lima, 7 de mayo de 2004
- 2001 Ley N° 27444. "Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima, 21 de marzo de 2001
- 1993 Constitución Política del Perú

CORTE AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS (CORTE ADHP)

- 2013 *Order of provisional measures in ter matter of African Commission on Human and People's Rights V. The Republic of Kenya*. Application N° 006/2012. March 13th 2013.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

- 2012 *Sentencia T-376 de 2012*. Consulta: 5 de mayo de 2015
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-376-12.htm>
- 2011 *Sentencia T-129 de 2011*. Consulta: 5 de mayo de 2015
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm>
- 2009 *Sentencia T-769 de 2009*. Consulta: 5 de mayo de 2015.
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/T-769-09.htm>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH)

- 2015 *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 309. Consulta: 5 de marzo de 2016
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf
- 2015 *Caso Comunidad Garífuna de Triunfo de La Cruz y sus miembros Vs. Honduras*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 305. Consulta: 5 de marzo de 2016
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf
- 2015 *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 304. Consulta: 15 de marzo de 2016.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf
- 2014 *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá*. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 284. Consulta: 15 de abril de 2016
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_284_esp.pdf
- 2014 *Caso Norín Catriman y Otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 279. Consulta: 5 de mayo de 2015
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf
- 2012 *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Fondo y Reparaciones. Serie C No. 245. Consulta: 30 de julio de 2015
http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf
- 2011 *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Fondo y Reparaciones Serie C No. 221. Consulta: 20 de julio de 2015
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf
- 2010 *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 214. Consulta: 5 de abril de 2015
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf
- 2010 *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 212. Consulta: 20 de julio de 2015
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf
- 2010 *Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus miembros*. Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Panamá. Resolución de la Corte IDH de 28 de mayo de 2010. Consulta: 5 de mayo de 2015.
http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/ngobe_se_01.pdf
- 2008 *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Excepción Preliminar y Fondo. Serie C No 179. Consulta: 20 de julio de 2015
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf
- 2008 *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y

- Costas. Serie C No. 185. Consulta: 9 de marzo de 2014
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_esp.pdf
- 2007 *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 172. Consulta: 15 de mayo de 2015
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf
- 2006 *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 154. Consulta: 14 de junio de 2016
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf
- 2006 *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 146. Consulta: 6 de abril de 2015
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf
- 2006 *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 269, párr. 164. Consulta: 5 de julio de 2014
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_269_esp.pdf
- 2005 *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 127. Consulta: 5 de mayo de 2015
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf
- 2005 *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Sentencia 17 de junio de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 125. Consulta: 6 de julio de 2015
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf
- 2004 *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Sentencia de 15 de junio de 2005. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 124, párr. 209. Consulta: 15 de abril de 2016
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf
- 2003 *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentado. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos*. Serie A No. 18. Consulta: 5 de mayo de 2015
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf
- 2001 *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 79. Consulta: 5 de marzo de 2015
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf
- 1999 *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos*. Serie A No. 16. Consulta: 5 de mayo de 2015
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf
- 1989 *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, solicitada por el Gobierno de la República de Colombia. Serie A No. 10. Consulta: 10 de agosto de 2015.
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf
- 1983 *Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Serie A No. 3. Consulta: 5 de mayo de 2015.
http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_03_esp.pdf
- 1981 *Asunto de Viviana Gallardo y otras*. Decisión del 13 de noviembre de 1981. Consulta: 5 de mayo de 2015.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (CIJ)

- 2010 *Asunto de las Plantas de celulosa en el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay), fallo del 10 de abril de 2010*
- 1986 *Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, 27 de junio de 1986*
- 1985 *Caso relativo a la Plataforma Continental del Mar del Norte, 3 de junio de 1985*
- 1975 *Caso relativo al Sahara Occidental. Opinión consultiva de 16 de octubre de 1975*
- 1969 *Casos de la plataforma continental del Mar del Norte, 20 de febrero de 1969*
- 1955 *Caso Nottebohm, sentencia del 6 de abril de 1955*
- 1951 *Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Opinión consultiva, 28 de mayo de 1951*
- 1950 *Caso relativo al Derecho de Asilo, 20 de noviembre de 1950*
- 1949 *Opinión Consultiva sobre la reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas. Opinión consultiva de 11 de abril de 1949*

CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL (CPJI)

- 1927 *Caso Lotus. Sentencia de 7 de setiembre de 1927*

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LORETO

- 2015 *EXP. N° 1037-2014-SC (00093-2014-0-1903-SP-CI-01). Sentencia: 26 de marzo de 2015*

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE SAN MARTIN

- 2013 *EXP. N° 123-2013. Sentencia: 5 de setiembre de 2013*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ (CSJP)

- 2013 *ACCIÓN POPULAR EXP. N° 2232-2012. LIMA. Sentencia: 23 de mayo de 2013*
- 2012 *ACCIÓN POPULAR EXP. N° 3520-2011. LIMA. Sentencia: 26 de abril de 2012*

CREATIVE SPIRITS

- 2006 "Northern Territory Emergency Responde (NTER) – The Intervention". Consulta: 5 de abril de 2015.
<http://www.creativespirits.info/aboriginalculture/politics/northern-territory-emergency-response-intervention#axzz42NHAEYJv>

DAR, SER y CARE

- 2011 *Cartilla informativa. El Acuerdo Energético. Perú – Brasil. Los casos Inambari y Pakitzapango. Consulta: 5 de mayo de 2015.*
<http://www.vigilamazonia.com/uploads/files/6e661f8ff472873834ac0fc8af578c27.pdf>

DIEZ DE VELASCO, Manuel

- 2007 *Instituciones de Derecho Internacional Público. 16° ed. Madrid: Tecnos*
- 1996 *Manual de Instituciones de Derecho Internacional Público. T.I.. Madrid: Tecnos*

DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION (DPLF)

- 2015 *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú. Washington D.C.: DPLF. Consulta: 10 de marzo de 2016*
http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_consulta_previa_2015_web-2.pdf

DUPUY, Pierre-Marie

2002 *L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public*. En: RCDAI 297. Leiden-Boton: Brill-Nijhoff

DUPUY, René Jean

1974 "Coutume sage et coutume sauvage". En: VV. AA., *Mélanges offerts à Charles Rousseau: la communauté internationale*. París: Pedone

EL COMERCIO

2016 "Karoo ve gran potencial de petróleo en el lote 144". El Comercio. Lima, 1 de febrero de 2016. Consulta: 5 de marzo de 2016

<http://www.imacorpmediosdigitales.com/PRENSA/2016/FEBRERO/PERUPETRO/01-02-2016%20PERUPETRO/PERUPETRO/EL%20COMERCIO%20DIA%201%208%20KAROOON%20VE%20GRAN%20POTENCIAL%20DE%20PETROLEO%20EN%20ELLOTE%20144%2001-02-2016.jpg>

2014 "La consulta previa para la minería iniciaría el 2015". El Comercio. Lima, 19 de agosto de 2014. Consulta: 5 de octubre de 2015.

<http://elcomercio.pe/economia/peru/consulta-previa-mineria-iniciara-2015-noticia-1750844>

ELGUERA ALVAREZ, Carlos Jonathan

2015 "La comunidad nativa "Tres Islas" de Madre de Dios y la lucha por su libre determinación". Artículo publicado en el portal de Enfoque Derecho el 5 de junio de 2015. Consulta: 7 de junio de 2015

<http://enfoquederecho.com/la-comunidad-nativa-tres-islas-de-madre-de-dios-y-la-lucha-por-su-libre-determinacion/>

2015 "La familia Chaupe como beneficiaria de las medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos". Artículo publicado en el Portal Enfoque Derecho el 10 de febrero de 2015. Consulta: 8 de agosto de 2015

<http://enfoquederecho.com/la-familia-chaupe-como-beneficiaria-de-las-medidas-cautelares-de-la-comision-interamericana-de-derechos-humanos/>

ESTADO DE COLOMBIA

2016 *Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la República de Colombia relativa a la interpretación de los artículos 1.1, 4.1 y 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José, Costa Rica. Marzo de 2016. Consulta: 19 de mayo de 2016

http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_14_03_16_esp.pdf

FORO INTERNACIONAL DE MUJERES INDÍGENAS

2009 *Análisis y seguimiento de las recomendaciones sobre mujeres indígenas del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas*. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Octavo período de sesiones. Nueva York, 18 al 29 de mayo de 2009. Tema 3.b del programa provisional. E/C.19/2009/CRP. 15

FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS (UNPFII)

2009 *International expert group meeting on the role of the United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues in the implementation of article 42 of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 14-16 January, 2009, New York, PFII/2009/EGM1/4

GARCÍA HIERRO, Pedro y Alexandre SURRALLÉS

- 2009 *Antropología de un derecho. Libre determinación territorial de los pueblos indígenas como derecho humanos*. Copenhague: IWGIA. Consulta: 21 de mayo de 2015
http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0284_antropologia_de_un_derecho.pdf

GESTIÓN

- 2015 “Gobierno prohibirá a policías y militares brindar servicios de seguridad privada”. 17 de marzo de 2015.
<http://gestion.pe/politica/gobierno-prohibira-policias-y-militares-brindar-servicios-seguridad-privada-2126422>

GIZ

- 2014 *La consulta previa al Área de Conservación Regional Majuna-Kichwa. Lecciones de la primera experiencia de consulta previa en el Perú*. Proyecto Promoviendo la Implementación del Derecho a la Consulta Previa, Lima: GIZ

GRUPO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (GNUD)

- 2008 *Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas*. Febrero de 2008. Consulta: 5 de mayo de 2015
http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/UNDG-Directrices_pueblos_indigenas.pdf

GUZMÁN-BARRÓN, César

- 2011 *Participación ciudadana y consulta desde la legislación peruana en el sector minero*. Tesis (Mag.)—Pontificia Universidad Católica del Perú. Escuela de Graduados. Mención: Humanidades.

HALAJCZUK, Bohdan y María MOYA DOMINGUEZ

- 1978 *Derecho Internacional Público*. Bueno Aires: Editar

HENCKAERTS, Jean-MARIE

- 2005 “Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados”. En: *International Review of the Red Cross*. Volumen 87. Número 857, marzo de 2005.

INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL (IDL)

- 2012 *La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú. Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento*. Lima, 2012. Consulta: 5 de mayo de 2015
<http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo28022013-134431.pdf>

INSTITUTO INTERNACIONAL DE DERECHO Y SOCIEDAD (IIDS)

- 2011 *Principios mínimos para la aplicación de los derechos de participación, consulta previa y consentimiento, previo, libre e informado*. Lima, Noviembre 2011. Consulta: 24 de junio de 2012
http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Documentos/PRINCIPIOS-MINIMOS_IIDS.pdf

LA REPÚBLICA

- 2010 “Defensoría: Consulta previa no puede entenderse como derecho a veto”. La República. Lima, 23 de junio de 2010. Consulta: 5 de octubre de 2015.
<http://larepublica.pe/23-06-2010/defensoria-consulta-previa-no-puede-entenderse-como-derecho-veto>

MCKENNA, Ed.

- 2013 “África: Central hidroeléctrica en Etiopía arrasa con medios de vida indígenas”, 21 de noviembre de 2013. Consulta: 5 de mayo de 2015.
<http://servindi.org/actualidad/96552>

MEDINA, Cecilia

- 1996 “El Derecho Internacional de los Derechos humanos”. En: MEDINA, Cecilia y MERA, Jorge (editores). *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*. Santiago: Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales

MENDOZA, Luis Enrique y Claudia CISNEROS

- 2015 “Comunidad nativa Tres Islas: Una sentencia histórica pero insuficiente”. Artículo publicado en el portal Sophimania el 3 de junio de 2015. Consulta: 7 de junio de 2015
http://www.sophimania.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=24379%3Acomunidad-nativa-tres-islas-sentencia-historica-pero-insuficiente&catid=173%3Apueblo-indigenas&Itemid=725

MERON, Theodor

- 1989 *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*. Oxford: Oxford University Press

MILLÁN MORO, Lucía

- 1990 *La opinio iuris en el Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Editorial Centro de Estudio Ramón Areces

MINISTERIO DE AGRICULTURA DEL PERÚ

- 2001 Decreto Supremo N° 038-2001-AG. “Aprueban el Reglamento de la Ley de áreas Naturales Protegidas”. Lima, 22 de junio de 2001

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS DEL PERÚ (MINEM)

- 2015 *Informe Final de Consulta Previa del Lote 192*. Informe N° 797-2015-MEM/DGAAE/E/DGAE/RCO/SED/CIM. Lima, 5 de octubre de 2015
2010 *Minería Peruana: Contribución al Desarrollo Económico y Social*. Lima: MINEM. Consulta: 8 de marzo de 2016
<http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Mineria/PUBLICACIONES/LIBROS/CONTRIBUCION2.pdf>

MINISTERIO DE CULTURA DEL PERÚ (MINCU)

- 2016 *Los estándares de aplicación del derecho a la consulta previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Lima: Ministerio de Cultura del Perú
2015 *La implementación del derecho a la consulta previa en el sector hidrocarburos. La experiencia de los lotes 164, 189 y 175*. Lima: Ministerio de Cultura del Perú
2012 Decreto Supremo N° 001-2012-MC “Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)”. Lima, 2 de abril de 2012
s/f Consulta Previa en el Perú. Consulta: 5 de mayo de 2015
<http://consultaprevia.cultura.gob.pe>

MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES DEL PERÚ

- 2000 Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH. Lima

NOVAK, Fabián y Elizabeth SALMÓN

- 2000 Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos. Lima:

NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO MOYANO

2003 *Derecho Internacional Público. Tomo I: Introducción y fuentes*. Lima: PUCP. Fondo Editorial: IDEI

NGUYEN, Quoc D´Hin, Patrick DAILLER y Alain PELLET

2002 *Droit International Public* (6 ed.) Paris: LGDJ

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA)

1997 Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Consulta: 30 de julio de 2015

http://www.oas.org/dil/esp/indigenas_Elaboracion_del_Proyecto_de_Declaracion.htm

1994 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Para”. Belem do Pará, 9 de junio de 1994. Consulta: 5 de mayo de 2015

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

1969 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Consulta: 5 de mayo de 2015

[http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

[32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU)

2014 *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli Corpuz*. Asamblea General. Consejo De Derechos Humanos. 27° periodo de sesiones. Tema 3 de la agenda. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho a la desarrollo. A/HRC/27/52, 11 de agosto de 2014

2013 *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya, Addendum, Consultation on the situation of indigenous peoples in Asia*. Human Rights Council. Twenty-fourth session. Agenda item 3. Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development, A/HRC/24/41/Add. 3, 31 July 2013

2013 *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. 24° período de sesiones. Tema 3 de agenda. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. A/HRC/24/41. 1 de julio de 2013

2013 *Communications report of Special Procedures. The Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples*. 20 February 2013, ETH 5/2012 Ethiopia, A/HRC/22/67, Human Rights Council. Consulta: 5 de mayo de 2015

http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-67_EFS.pdf

2012 *Informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, con especial atención a las industrias extractivas*. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. 21° período de sesiones. Tema 5 de la agenda. Órganos y mecanismos de derechos humanos, A/HRC/21/55, 16 de agosto de 2012.

2011 *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*. Informe del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Consejo de Derechos Humanos. Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Cuarto período de sesiones. 11 a 15 de julio de 2011. Tema 3 del programa provisional. Estudio sobre los pueblos indígenas y el

- derecho a participar en la adopción de decisiones, A/HRC/EMRIP/2011/2, 26 de mayo de 2011, ANEXO. Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos: los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones.
- 2011 *Report by the Special Rapporteur on the rights o indigenous peoples, Addendum. Communications sent, replies received and follow-up. Annex IV. Ethiopia: Situation of the Gilgel Gibe III hydroelectric Project on the Omo River.* Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including right to development. James Anaya. Eighteenth session. A/HRC/18/35 Add. 1. 22 de agosto de 2011
- 2011 *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas.* Asamblea de las Naciones Unidas. Sexagésimo sexto período de sesiones. Tema 66 del programa provisional. Derechos de los pueblos indígenas, A/66/288, 10 de agosto de 2011
- 2011 *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Adición. Observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos, y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales.* Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. 18° período de sesiones. Tema 2 de la agenda. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. A/HRC/18/35/Add.3, 7 de junio de 2011. Consulta: 20 de mayo de 2015
http://unsr.jamesanaya.org/esp/docs/special/2011-special-guatemala-a-hrc-18-35-add3_sp.pdf
- 2011 *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. Consejo de Derechos Humanos. Adición: La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquis en Costa Rica.* Consejo de Derechos Humanos. 18° período de sesiones. Tema 3 del programa provisional. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. A/HRC/18/35/Add.8, 11 de julio de 2011
- 2010 *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones.* Informe del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Consejo de Derechos Humanos. Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Tercer período de sesiones. 12 a 16 de julio de 2010. A/HRC/EMRIP/2010/2, 17 de mayo de 2010.
- 2009 *Informe del Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, James Anaya, Adenda: Observaciones sobre la situación de la Comunidad Charco la Pava y otras comunidades afectadas por el Proyecto Hidroeléctrico Chan 75 (Panamá).* Human Rights Council, Twelfth Session. Agenda ítem 3. A/HRC/12/34/Add.5, 7 de setiembre de 2009
- 2009 *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya.* Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. 12° período de sesiones. Tema 3 de la agenda. Promoción y Protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009.
- 2009 *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Chile: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior.* Consejo de Derechos Humanos. 12° período de sesiones. Tema 3 del programa. Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al desarrollo, A/HRC/12/34/Add.6, 14 de setiembre de 2009, Apéndice A. Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de

derechos de los pueblos indígenas en Chile

- 2009 *Análisis preparado por la secretaría del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas: las mujeres indígenas*. Consejo Económico y Social. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Octavo período de sesiones. Nueva York, 18 a 29 de mayo de 2009. Tema 3 b) del programa provisional. Aplicación de las recomendaciones del Foro Permanente: las mujeres indígenas. E/C.19/2009/8, 4 de marzo de 2009. Consulta: 5 de mayo de 2015
http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/E_C_19_2009_8_es.pdf
- 2008 *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, S. James Anaya. Consejo de Derechos Humanos. Noveno período de sesiones. Tema 3 de la agenda. Promoción y Protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, A/HRC/9/9, 11 de agosto de 2008
- 2007 *Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas*, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. Sexto Período de sesiones. Tema 3 del programa. Promoción y Protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, A/HRC/6/15, 15 de noviembre de 2007
- 2007 Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007
- 2006 *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, Sr. Rodolfo Stavenhagen. *Las cuestiones indígenas. Los Derechos Humanos y las cuestiones indígenas*. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. 62° período de sesiones. Tema 15 del programa provisional. E/CN.4/2006/78. 16 de febrero de 2006
- 2005 *Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas*. (Nueva York, 17 a 19 de enero de 2005), Consejo Económico y Social. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Cuarto periodo de sesiones, Nueva York, 16 a 27 de mayo de 2005, Tema 4 del programa provisional. Prioridades y temas actuales, E/C.19/2005/3. 17 de febrero de 2005
- 2004 *Report of the Secretary General. Review of the implementation of the Beijing Platform for Action and the outcome documents of the special session of the General Assembly entitled "Women 2000: gender equality, development and peace for the twenty-first century"*, E/CN.6/2005/2, 6 december 2004
- 2004 *Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Informe sobre el tercer período de sesiones (10 a 21 de mayo de 2004)*. Consejo Económico y Social. Documentos Oficiales, 2004, Suplemento No. 23. E/C.19/2004/23. Consulta: 5 de mayo de 2015
http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/Indigenous_women_UNPFII_session_3_ES.pdf
- 2003 *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, Rodolfo Stavenhagen, *presentado de conformidad con la Resolución N° 2002/65 de la Comisión*. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. 59° período de sesiones. Tema 15 del programa provisional. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003
- 2002 *Resolución N° 56/83. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del Informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr. 1)]. 28 de enero de 2002
- 1999 *Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas*. Informe final presentado por el Sr. Miguel Alfonso Martínez, Relator Especial. Los derechos humanos de las poblaciones indígenas. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos.

- Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías. 51° período de sesiones. Tema 7 del Programa provisional, E/CN.4/Sub.2/1999/20, 22 de junio de 1999
- 1979 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las forma de discriminación contra la mujer
- 1969 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331. Viena, 23 de mayo de 1969
- 1966 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- 1966 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- 1965 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial
- s/f United Nations Treaty Collection. Vienna Convention on the Law of Treaties. Consulta: 15 de julio de 2016
https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=en#top

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

- 2015 *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)* Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe III (Parte 1A). Informe general y observaciones referidas a ciertos países. Conferencia Internacional del Trabajo, 104° reunión, Ginebra
- 2014 *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)* Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe III (Parte 1A). Informe general y observaciones referidas a ciertos países. Conferencia Internacional del Trabajo, 103° reunión, Ginebra
- 2013 *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)*. Programa para promover el Convenio núm. 169 (PRO 169). Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Ginebra
- 2011 *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)*. Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe III (Parte 1 A). Informe General y observaciones referidas a ciertos países. Conferencia Internacional del Trabajo, 100° Reunión, Ginebra
- 2010 *Observación (CEACR). Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) – Perú (Ratificación: 1994) – Adopción: 2009*, Publicación: 99° reunión CIT (2010). Consulta: 5 de mayo de 2015.
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2307227
- 2009 *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)* Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe III (Parte 1A) Informe general y observaciones referidas a ciertos países. Conferencia Internacional del Trabajo, 98° reunión, Ginebra
- 2009 *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (1989) núm 169 – Perú (ratificación: 1994), publicación: 2009*. Consulta: 5 de mayo de 2015.
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:2296554,102805,Per%C3%BA,2008
- 2009 *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.
- 2008 *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*

- (*artículos 19, 22 y 35 de la Constitución*) Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe III (Parte 1A) Informe general y observaciones referidas a ciertos países. Conferencia Internacional del Trabajo, 97° reunión, Ginebra
- 2001 *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio 169 de la OIT*, presentada en virtud del art. 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (SUNAM) y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (Sitrajor), Consejo de Administración, 2001. Consulta: 5 de mayo de 2015
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPL_AINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507231,es
- 2001 *Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT*, Ecuador. Consejo de Administración, 282.ª reunión, GB.282/14/2, noviembre de 2001
- 2001 RECLAMACIÓN (artículo 24) - COLOMBIA - C169 – 2001. *Central Unitaria de Trabadores (CUT), Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS) Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)*, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) y la Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS).
- 1989 Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes
- 1957 Convención N° 107 sobre poblaciones indígenas y tribales en países independientes

PACTO DE UNIDAD DE ORGANIZACIONES NACIONALES INDÍGENAS DEL PERÚ

- 2014 Propuestas y demandas de los pueblos indígenas u originarios del Perú organizados en el Pacto de Unidad. Fecha 9 de agosto de 2014. Consulta: 2 de agosto de 2015
<http://pactodeunidadperu.org/?p=7567>

PASTOR RIDRUEJO, José

- 2008 *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Duodécima edición. Madrid: Tecnos.
- 1986 *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Editorial Tecnos
- 1973 *La Fundamentación del Derecho de Gentes y la Jurisprudencia Internacional*. En: Anuario IHLADI. n° 4, 1973

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (UNEP)

- 1998 Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, Cuarta Reunión, Bratislava, 4 a 15 de mayo de 1998, “Evaluación del impacto ambiental y revisión de los efectos adversos: aplicación del artículo 14”, UNEP/CBD/COP/4/20, 11 de marzo de 1998
- 1987 *Goals and Principles of Environmental Impact Assesment*, Decision 14/25, June 17th, 1987

REYES MILK, Michelle

- 2009 *El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad frente a comisión de crímenes internacionales*. Tesis para obtener el grado de licenciada en Derecho. Lima

ROUSSEAU, Charles

- 1966 *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Ariel

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos

- 2012 *La consulta previa de los pueblos indígenas del Perú. Compendio de legislación y jurisprudencia.* Lima: Instituto de Defensa Legal.
<http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo04042013-161350.pdf>

SALMÓN, Elizabeth

- 2014 *Curso Derecho Internacional Público.* Textos Universitarios PUCP. Derecho. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
2001 *Encuentros y Desencuentros. El Perú y el Derecho Internacional Humanitario.* Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)-Perú

SALMÓN, Elizabeth y Cristina BLANCO

- 2012 *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Lima: IDEHPUCP. Consulta: 5 de mayo de 2015.
http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/derecho_al_debido_proceso_en_jurisprudencia_de_corte_interamericana_ddhh.pdf

SALMÓN, Elizabeth (coord.), Renata BREGAGLIO, Diego OCAMPO y Jean Franco OLIVERA

- 2012 *La consulta previa, libre e informada en el Perú. La inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos.* Lima: KAS e IDEHPUCP

SERVICIOS DE COMUNICACIÓN INTERCULTURAL (SERVINDI)

- 2014 “Los Achuar: primer pueblo indígena que demanda titulación integral de su territorio”. Nota publicada el 18 de octubre de 2014. Consulta: 7 de junio de 2015.
<http://servindi.org/actualidad/115781>
- 2011 “Perú: Pueblo Kandozi denuncia que actividades en Lote 144 afectará lago Rimachi”. Consulta: 14 de noviembre de 2013
<http://www.servindi.org/actualidad/51678>
- 2011 “Perú: Los Kandozi, entre la Hepatitis B y la concesión petrolera”. Consulta: 14 de noviembre de 2013
<http://www.servindi.org/actualidad/52578>
- 2010 “Perú: “La muerte lenta de los Kandozi” del Datem del Marañón”. Consulta: 14 de noviembre de 2013
<https://servindi.lamula.pe/2010/12/27/la-muerte-lenta-de-los-kandozi-del-datem-del-maranon/Servindi/>
- 2010 “Perú: El exterminio de los Kandozi y los Shapra por la hepatitis B y la indiferencia pública”. Consulta: 14 de noviembre de 2013
<http://www.servindi.org/actualidad/24237>
- 2010 “Perú: La hepatitis B en pueblos Shapra y Kandozi sigue en aumento”. Consulta: 14 de noviembre de 2013
<http://servindi.org/actualidad/28926>
- 2009 “Perú: El lote 76, Hunt Oil y la R.C. Amarakaire: Una historia de corrupción y violación de derechos”. 29 de octubre de 2009. Consulta: 5 de mayo de 2015
<http://www.servindi.org/actualidad/18359>

SHAW, Malcolm

- 2003 *International Law* (5ta Edición) Cambridge: Cambridge University Press

SHELTON, Dinah

- 2011 “Self-determination in Regional Human Rights Law: From Kosovo to Cameroon”. En: *Public Law and Legal Theory Working Paper No. 543.* Legal Studies Research Paper No. 543. Washington D.C.: The George Washington University Law School,
<http://ssrn.com/abstract=1793335>

SURRALLÉS, Alexandre.

2007 *Los Candoshi*. En: Guía etnográfica del Alta Amazonia. Volumen 6. Lima: IFEA & Smithsonian.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (TCP)

- 2012 *EXP. N° 00005-2012-PI/TC. SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD.* Presidente de la República (demandante) c. Gobierno Regional de Junín (demandado). Sentencia: 23 de octubre de 2012
- 2012 *EXP. N° 01126-2011-HC/TC. MADRE DE DIOS. JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE.* Sentencia: 11 de setiembre de 2012. Consulta: 5 de mayo de 2015
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01126-2011-HC.html>
- 2012 *EXP. N° 01939-2011-PA/TC. CUSCO. GOBIERNO REGIONAL DEL CUSCO Y OTRO.* Resolución del 24 de enero de 2012.
- 2011 *EXP. N° 00025-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y OCHO MIL NOVENTA Y NUEVE CIUDADANOS.* Sentencia: 17 de marzo de 2011. Consulta: 5 de mayo de 2015
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00025-2009-AI.html>
- 2011 *EXP. N° 00024-2009-PI. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y SEIS MIL DOSCIENTOS VEINTISEIS CIUDADANOS.* Sentencia: 26 de julio de 2011. Consulta: 5 de mayo de 2015
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00024-2009-AI.html>
- 2010 *EXP. N° 00906-2009-PA/TC. LORETO. COMUNIDAD NATIVA COCAMA TARAPACA.* Sentencia: 25 de octubre de 2010
- 2010 *EXP. N° 0023-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS.* Sentencia: 21 de setiembre de 2010
- 2010 *EXP. N.° 06316-2008-PA/TC. LORETO. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA (AIDSESEP). Resolución del Tribunal Constitucional de 24 de agosto de 2010.* Consulta: 5 de abril de 2015
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06316-2008-AA%20Aclaracion.html>
- 2010 *EXP. N° 00022-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS.* Sentencia: 9 de junio de 2010. Consulta: 5 de mayo de 2015
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>
- 2010 *EXP. N° 05427-2009-PC/TC. LIMA. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA (AIDSESEP).* Sentencia: 30 de junio de 2010. Consulta: 5 de mayo de 2015
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05427-2009-AC.html>
- 2010 *EXP. N° 00027-2009-PI/TC. LIMA. GONZALO TUANAMA TUANAMA Y OCHO MIL TRESCIENTOS SIETE CIUDADANOS.* Sentencia: 5 de enero de 2010,
- 2009 *EXP. N° 06316-2008-PA/TC. LORETO. ASOCIACIÓN INTERÉTNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA (AIDSESEP).* Sentencia: 11 de noviembre de 2009. Consulta: 5 de mayo de 2015
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06316-2008-AA.html>
- 2009 *EXP. N° 03343-2007-PA/TC. LIMA. JAIME HANS BUSTAMANTE JOHNSON.* Sentencia: 19 de febrero de 2009. Consulta: 5 de mayo de 2015
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>
- 2007 *EXP. N° 04853-2004-PA/TC. LA LIBERTAD. DIRECCIÓN REGIONAL DE PESQUERÍA DE LA LIBERTAD.* Sentencia: 19 de abril de 2007. Consulta: 5 de mayo de 2015
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04853-2004-AA.html>.
- 2007 *EXP. N° 0033-2005-PI/TC GOBIERNO REGIONAL DE PASCO.* Resolución del Tribunal Constitucional. Sentencia: 14 de marzo de 2007. Consulta: 5 de abril de 2015.

- <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00033-2005-AI.html>
- 2007 EXP. N° 679-2005-PA/TC. LIMA. SANTIAGO ENRIQUEMARTIN RIVAS. Sentencia: 2 de marzo de 2007. Consulta: 5 de mayo de 2015
- <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00679-2005-AA.html>
- 2006 EXP. N°033-2005-PI/TC.SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Victor Raúl Espinoza Soto, en representación del Gobierno Regional de Pasco (demandante), contra el Congreso de la República (demandado). Sentencia: 29 de agosto de 2006.
- 2006 EXP. N° 2730-2006-PA/TC. LAMBAYEQUE. ARTURO CASTILLO CHIRINOS. Sentencia: 21 de julio de 2006. Consulta: 5 de mayo de 2016
- <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02730-2006-AA.html>
- 2006 EXP. N° 4635-2004-AA/TC. TACNA.SINDICATO DE TRABAJADORES DE TOQUEPALA Y ANEXOS. Sentencia: 11 de mayo de 2006. Consulta: 4 de junio de 2015
- <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04635-2004-AA%20Aclaracion2.html>
- 2006 EXP. N.° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, LIMA. COLEGIO DE ABOGADOS DE AREQUIPA Y OTRO. Sentencia: 25 de abril de 2006. Consulta: 5 de abril de 2015
- <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00025-2005-AI%2000026-2005-AI.html>
- 2006 EXP. N.° 0047-2004-AI/TC. SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín (demandante) contra el Congreso de la República (demandado). Sentencia: 24 de abril de 2006
- <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>
- 2005 EXP. N° 3741-2004-AA/TC. LIMA. RAMÓN HERNANDO SALAZAR YARLENQUE. Sentencia: 14 de noviembre de 2005. Consulta: 5 de mayo de 2015
- <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA.html>
- 2002 EXP. N° 218-02-HC/TC. JORGE ALBERTO CARTAGENA VARGAS. ICA. Sentencia: 17 de abril de 2002. Consulta: 5 de abril de 2015
- <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00218-2002-HC.html>
- 2002 EXP. N°. 0217-2002-HC/TC. ICA. ALFREDO CRESPO BRAGAYRAC. Sentencia: 17 de abril de 2002. Consulta: 6 de abril de 2015
- http://www.justiciaviva.org.pe/peru_cidh/03_normatividad/tc/00217-2002-HC.htm

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA

2010 *Sentencia N° 2003/2010-R de 25 de octubre 2010*

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH)

2009 *Decision as to the Admissibility of Application N° 39013/04 by HANDÖLSDALEN SAMI VILLAGE and Others against Sweden*, 17 February 2009

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z.

2016 “Los ciclos históricos de invasión de los territorios indígenas”. *ALERTANET. Litigio estratégico y formación en derechos indígenas*. Lima, Año 1, N° 1, pp. 25-33.

2015 “Diez retos para la agenda indígena del 2015. Primer Reto. Titulación del territorio ancestral integral, como propiedad originara, incluyendo los bosques y recursos naturales”. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad. Consulta: 8 de octubre de 2015.

<http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Publicaciones/ABC-4-DERECHO-PROPIEDAD-2015.pdf>

2013 “Curso 8. Litigio Estratégico para una defensa integral”. Material de la Diplomatura de Estudio Internacional en Litigio Estratégico en Derechos Indígenas. Lima: PUCP e IIDS. Clase presencial dictada el sábado 9 de marzo de 2013 en el campus PUCP.

2013 *Litigio Estratégico en Derechos Indígenas. La Experiencia de la Comunidad Nativa “Tres Islas”*. Madre de Dios-Perú. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad

- y GIZ.
- 2011 “El derecho a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento”. En: APARICIO WILHELMI, Marco (ed.) *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*. Barcelona: Icaria editorial, pp. 103-146.
- 2009 *El Convenio Núm. 169 de la OIT y su aplicación en Perú*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad
- 2009 “De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento”. En: *Revista El otro derecho*, N° 40, Bogotá: ILSA, pp. 11 – 53.
- 2006 “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el Constitucionalismo Andino”. En: BERRAONDO, Mikel (Coordinador) *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, pp. 537-567.
- 2007 *Diagnóstico sobre Litigio Estratégico en Derechos Humanos en Guatemala*. Guatemala: Fundación Soros

