



FACULTAD DE DERECHO

INSTITUTO DE INVESTIGACION JURIDICA

**CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO DE MINERÍA, ENERGÍA Y RECURSOS
HÍDRICOS
(CEDEMIN)**

Trabajo de Investigación

**“CONVENIO 169 DE LA OIT Y SUS IMPLICANCIAS RESPECTO A LA
EXPLOTACIÓN DE RECURSOS MINERALES EN EL PERÚ”**

Autor:

DR. JOSE DIEGO HOPKINS ALFARO

Lima – Perú

2014

**A Dios y a mi Familia
por estar siempre a mi lado.**

AGRADECIMIENTO

Al Centro de Estudios de Derecho de Minería, Energía y Recursos Hídricos – CEDEMIN, de la Universidad de San Martín de Porres por proporcionar un espacio de difusión de conocimiento y, por darme la oportunidad de presentar el presente trabajo.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

| | |
|-----------------------------|------------|
| Dedicatoria | i |
| Agradecimientos | ii |
| Índice de Contenidos | iii |
| Abstract | 1 |
| Introducción | 2 |

CAPÍTULO I

APLICACIÓN DEL CONVENIO 169 DE LA OIT EN EL PERÚ

| | | |
|------------|--|----------|
| 1.1 | Formulación del Problema | 3 |
| | 1.1.1 Problema General | 3 |
| | 1.1.2 Problemas Específicos | 3 |
| 1.2 | Objetivos de la Investigación | 4 |
| | 1.2.1 Objetivo General | 4 |
| | 1.2.2 Objetivos Específicos | 5 |
| 1.3 | Justificación de la Investigación | 5 |
| 1.4 | Limitaciones de la Investigación | 5 |

| | | |
|------------|---------------------------------------|----------|
| 1.5 | Viabilidad de la Investigación | 6 |
|------------|---------------------------------------|----------|

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

| | | |
|------------|---|-----------|
| 2.1 | Convenio 107 de la OIT | 7 |
| 2.2 | Convenio 169 de la OIT | 8 |
| 2.3 | Ley de Consulta Previa – Ley 29785 | 11 |
| | 2.3.1 Reglamento de Ley 29785 | 15 |
| 2.4 | La expropiación en el Perú | 18 |
| 2.5 | Definición Conceptual | 20 |
| 2.6 | Hipótesis | 20 |
| | 2.6.1 Hipótesis General | 20 |
| | 2.6.2 Hipótesis Específicas | 20 |
| 2.7 | Variables | 21 |

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

| | | |
|------------|--|-----------|
| 3.1 | Diseño Metodológico | 22 |
| 3.2 | Enfoque | 23 |
| 3.3 | Instrumento para recolección de datos | 23 |
| 3.4 | Técnica para el procesamiento de la información | 23 |

CAPÍTULO IV

APLICACIÓN DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

| | |
|--|-----------|
| 4.1 Análisis de la discusión | 25 |
| 4.2 Efectos en la legislación nacional | 26 |
| 4.3 Experiencias de aplicación en el ámbito internacional | 30 |

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

| | |
|-------------------------------|-----------|
| 5.1 Discusión | 33 |
| 5.2 Conclusiones | 34 |
| 5.2 Recomendaciones | 35 |
| FUENTES DE INFORMACIÓN | 37 |

Abstract: El Perú, siendo un país minero, encuentra el grueso de sus ingresos a través del desarrollo de proyectos de aprovechamiento de recursos minerales mediante inversiones de gran significancia para la economía del país. Asimismo, contamos con comunidades nativas que ostentan un derecho ancestral respecto a las tierras que hoy ocupan, en cuyo subsuelo pueden encontrarse minerales que pudieran ser susceptibles de explotación. Es en ese momento en el que se configura una situación que debe ser estudiada: la explotación de los recursos minerales dentro de los territorios ocupados por las comunidades indígenas. Para ello contamos como instrumento principal al Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, el cual sirve como base interpretativa de los diversos cuerpos legales que estudiaremos. La correcta o incorrecta aplicación del Convenio 169 dentro del ámbito legislativo nacional es el objeto del presente estudio.

Palabras clave: Convenio 169, OIT, Comunidades Indígenas, Recursos minerales, Consulta Previa.

Abstract: Peru, being a mining country, finds mining as the main income source through the development of projects for the exploitation of mineral resources through investment of great significance to the country's economy. Peru also has native communities that own a legal protection with respect to ancestral lands now occupied, in which can be found underground minerals that could be susceptible to exploitation. In that moment we find a situation that must be studied: the exploitation of mineral resources in the occupied territories by indigenous communities. To this aim we use the Convention 169 of the International Labour Organization, as the main international law, which serves as an interpretive basis of the various national law instruments that we will study. To find out if we apply the Convention 169 at the national level as it is supposed to be applied and identify future scenarios related to this subject is the aim of this investigation.

Keywords: Convention 169, ILO, Indigenous Communities, Mineral Resources, Prior Consultation.

INTRODUCCIÓN

Los conflictos sociales en el Perú se han dado a lo largo de la historia por diversas causas, sobre todo las socio económicas de distinta índole. Por la razón que fuere, el surgimiento de conflictos ha propiciado que el país muchas veces se suma en un estancamiento que no le permite avanzar hacia el desarrollo.

Al ser el Perú un país que depende en gran medida de lo que percibe por inversiones extranjeras que buscan explotar los recursos minerales, es necesario contar con un sistema que salvaguarde el correcto desarrollo de éstas inversiones, para lo cual mantener, principalmente, la estabilidad social de la población es fundamental.

La explotación de recursos minerales, cuando se produce dentro de territorios de comunidades indígenas implica una serie de aspectos que no se presentan cuando se explota en territorios bajo un régimen patrimonial común. En el caso de las comunidades indígenas, es necesario observar circunstancias como las socio culturales, para no afectar a los derechos colectivos que ostentan sobre los territorios que ocupan ancestralmente.

En este caso, debemos tener en cuenta que el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo ofrece una serie de garantías con respecto a los derechos colectivos correspondientes a las comunidades indígenas. Asimismo, éste Convenio, al funcionar como base interpretativa de la Ley de Consulta Previa del Perú, constituye el marco normativo internacional dentro del cual se deben otorgar la protección a las comunidades mencionadas.

Sin embargo, al ser un instrumento internacional, no es posible adecuarlo por igual a todas las latitudes en donde se aplica, por lo cual es menester del Estado el implementar el sistema de protección de derechos de las comunidades indígenas mediante leyes que complementen lo planteado por el Convenio, adecuándolo lo más que se pueda a la realidad que se observa dentro del país.

Identificando a la inadecuada defensa de los derechos colectivos de las comunidades indígenas como un factor de potencial conflictividad, es que nos anticipamos a un escenario que podría traer consecuencias negativas para el país y su desarrollo socio económico, para lo cual es objeto de nuestro estudio la correcta defensa de éstos derechos e identificar la mejor manera de introducir a éstas comunidades a la colectividad nacional, además de conducir los procesos de explotación de minerales con garantías, tanto para las comunidades como para las empresas.

CAPÍTULO I

APLICACIÓN DEL CONVENIO 169 DE LA OIT EN EL PERÚ

1.1 Formulación del Problema

El Perú atraviesa por una época de bonanza económica producto principalmente del vertiginoso desarrollo que ha alcanzado la industria minera en los últimos años, pero ello, lejos de traducirse en un estado de bienestar generalizado, ha propiciado que se acentúen las brechas y, ha generado una serie de conflictos sociales que utilizan como base desde los impactos ambientales que produce, hasta los derechos sobre tierras que ostentan los pueblos originarios, tema sobre el cual se centra el presente trabajo.

En la actualidad se producen diversos conflictos relacionados al reclamo de derechos de tierras ante la intención de alguna empresa minera a desarrollar un proyecto en un espacio territorial en donde determinada comunidad posea derechos colectivos. El ejemplo más claro en el cual se puede apreciar al punto al que se puede llegar a causa de este tipo de conflictos, se dio el 15 de junio del 2009, en el nororiente del país, cuando se enfrentaron policías e indígenas, dejando como saldo final, la muerte de 34 personas. A este trágico evento se le bautizó como “Baguazo”, haciendo referencia a la zona geográfica en donde se produjo. En aquella ocasión el punto central del conflicto fue la resistencia del pueblo indígena a dos decretos supremos que modificaban el proceso de las comunidades nativas para tomar decisiones respecto a sus tierras.

Se tomó nota de que los conflictos de ésta índole también podían acarrear consecuencias nefastas, no sólo en cuestiones tan esenciales como el coste de vidas humanas, sino también en cuestiones de desarrollo económico y bienestar social. Eventos como el “Baguazo”, involucran protestas de las comunidades indígenas que pueden ser acompañadas del bloqueo de carreteras, lo cual paraliza la actividad económica de determinado territorio, impidiendo el normal desarrollo de éste. Además de ello, se genera una percepción negativa en cuanto a estabilidad social, lo cual se traduce en mayores reparos de parte de los inversionistas, quienes lo pensarían más de dos veces antes de invertir en el país.

Debido a las consecuencias negativas que se pudieran producir, el 7 de setiembre del 2011 se promulga la “Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, con la cual se buscaba resguardar los derechos de los

pueblos indígenas, en el sentido que sean consultados cuando se planteen medidas legislativas o administrativas que afecten o puedan afectar de manera directa sus derechos colectivos. El Reglamento de mencionada ley se promulga el 3 de abril del 2012, completando así el proceso de implementación de un mecanismo legal que proteja a las comunidades indígenas y sus derechos sobre las tierras que ocupan.

En cuanto al establecimiento de medidas legales que protejan a las comunidades indígenas y, que cumplan con el Convenio 169 de la OIT, ratificado por el Perú el 2 de febrero de 1994, se había cumplido. Pero en la práctica, la aplicación de mencionada ley pudiera no estarse aplicando de manera correcta, lo cual podría conllevar al surgimiento de conflictos sociales, que pueden o no venir directamente de las comunidades nativas, puesto que también podríamos encontrarnos en el escenario de un reclamo general en contra de la no implementación de determinado proyecto minero a causa de la negativa de alguna comunidad indígena. Los conflictos se pueden producir desde ambas posiciones, por lo cual, apuntar si se aplica de manera adecuada la ley, es menester de vital importancia.

1.1.1 Problema General

¿Se aplica de manera correcta el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo dentro del ámbito nacional, a través de la ley de Consulta Previa y demás instrumentos legales de carácter interno?

1.1.2 Problemas Específicos

- ¿Es correcto el aplicar el Convenio 169 de la OIT a diversos países por igual, aun así éstos cuenten con características históricas o contemporáneas totalmente distintas?
- ¿Es la Ley de Consulta Previa un obstáculo para la actividad minera, o es un elemento que ayuda a su mejor desarrollo?
- ¿Qué consecuencias desfavorables podrían acarrear la no aplicación de una ley de consulta previa?
- ¿Hasta qué punto es correcto anteponer los intereses de un número reducido de la población con respecto al interés nacional?

1.2 Objetivos

1.2.1 General

Constatar la correcta aplicación del Convenio 169 de la OIT en el ordenamiento legislativo nacional.

1.2.2 Específicos

- Interpretar de manera adecuada lo establecido por el Convenio 169 de la OIT.
- Analizar la aplicación de mencionado convenio en diversas realidades internacionales y compararlas con su aplicación en el Perú.
- Identificar los diversos escenarios de potencial conflictividad que podrían producirse de continuar con la aplicación actual del Convenio 169 de la OIT.
- Determinar cuáles son los derechos que ostentan las comunidades nativas e indígenas con respecto a las tierras que ocupan y, si estos derechos se encuentran en una posición de privilegio con respecto a los derechos del resto de la población nacional.

1.3 Justificación

La realización del presente trabajo de investigación se justifica en el hecho que en la actualidad el país atraviesa por una etapa en la cual se presentan diversos conflictos internos, muchos de ellos basados en la protección del medio ambiente, pero además, existe un gran potencial de conflictos que se generarían a causa del no reconocimiento por parte el estado de los derechos que ostentan las comunidades nativas e indígenas con respecto a la tierra que ocupan. Los detractores del desarrollo de la explotación de recursos minerales protestan porque estas actividades pudieran vulnerar derechos ancestrales reconocidos por diversos dispositivos legales, que van desde leyes nacionales hasta el Convenio 169 de la OIT, objeto principal de nuestro estudio.

Por lo tanto, al generar un revuelo social y atentar contra las actividades que generan más ingresos al Estado, ponen en riesgo la viabilidad del desarrollo económico del estado, lo cual para un país exportador de materia prima como el nuestro, genera la preocupación de no contar en un futuro con las inversiones necesarias para mantener un estado económico que favorezca el desarrollo del Perú.

Para llamar la atención respecto a que se está descuidando un tema muy importante en lo que se refiere a la generación de futuros conflictos sociales que pueden afectar el bienestar económico y social del país, hemos analizado punto por punto todos los

dispositivos legales tanto nacionales como internacionales para abordar el tema de manera responsable, buscando determinar cuál es la correcta aplicación del Convenio objeto del estudio.

1.4 Limitaciones de la Investigación

Las limitaciones de la presente investigación giran en torno a la percepción de los pobladores de las comunidades indígenas sobre cuál es el camino que ellos consideran adecuado para salvaguardar sus derechos colectivos, así como determinar su percepción con respecto a la presencia de empresas que pretenden desarrollar proyectos de inversión relacionados a la explotación de los recursos naturales que se encuentran en el subsuelo de los territorios que ocupan.

El diseño a aplicarse, al no ser experimental, limita la posibilidad de establecer una relación causa-efecto, sólo siendo posible explicar la relación existente entre la legislación nacional y los derechos que ostentan las comunidades indígenas, utilizando como referencia de medición de la percepción positiva o negativa de los pobladores, testimonios encontrados en la doctrina, además de impresiones vertidas en eventos públicos.

1.5 Viabilidad

La viabilidad del estudio está determinada por el acceso a doctrina y documentos legales con el que se cuenta para poder analizar los diversos instrumentos jurídicos que rigen el sistema de protección de derechos colectivos nacional, además de los instrumentos de protección jurídica de derechos colectivos en el ámbito internacional.

Con esta investigación se pueden constituir las bases legales sobre las cuales se puede realizar un estudio experimental a profundidad, pues en esta investigación se establece de manera fáctica lo establecido en los instrumentos legislativos, pudiendo concluir con la correcta o incorrecta protección de derechos colectivos a través de la norma, tanto nacional como internacional.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Convenio 107 de la OIT

Este Convenio se basó en la Declaración de Filadelfia mediante la cual se afirma que todos los seres humanos tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y de igualdad de oportunidades. En el Preámbulo también se señala que es indispensable garantizar la protección de las poblaciones de que se trata, su integración progresiva en sus respectivas colectividades nacionales y el mejoramiento de sus condiciones de vida y trabajo.

Podemos observar que se utiliza a la igualdad como argumento principal para la dación del Convenio 107 de la OIT, promulgado en 1957, planteándose una integración progresiva. Pero sucede que integrarlos a la sociedad nacional y alcanzar la igualdad, no implica que se les posicione en un espectro más alto y privilegiado que el del común de los integrantes de la Nación, puesto que ello atendería precisamente con la igualdad que se buscaba.

Hemos hecho mención al punto anterior puesto que es la piedra angular del desarrollo de la legislación con respecto a los pueblos indígenas: la búsqueda de la igualdad. Del mismo modo, este Convenio hace mención por vez primera al tema de las tierras:

“Se deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierra tradicionalmente ocupadas”.¹

Se establece pues el requerimiento de una protección legal con respecto a las tierras habitadas tradicionalmente, por lo cual podemos inferir que se buscaba el otorgamiento, por ejemplo, de títulos de propiedad que reconocieran el derecho que les asistía a las comunidades indígenas.

¹ Convenio 107 de la OIT, art. 11

Sin embargo, el Convenio continúa con el desarrollo, señalando que:

*“1. No deberá trasladarse a las poblaciones en cuestión de sus territorios habituales sin su libre consentimiento, salvo por razones previstas en la legislación nacional relativas a seguridad nacional, desarrollo económico del país o salud de dichas poblaciones”.*²

Desde la aparición por primera vez de una legislación que protege los derechos de las comunidades indígenas, se contemplan también excepciones que pudieran ser aplicadas, como por ejemplo, el desarrollo económico del país. Debemos recalcar que el Convenio en mención data del año 1957, época en la cual aún no había un desarrollo económico globalizado como sí existe en la actualidad, por lo cual, el que un Convenio de hace 50 años lo haya contemplado, nos indica claramente que la economía nacional ha sido desde hace mucho, uno de los aspectos fundamentales a proteger, por encima de los intereses particulares.

Pero el Convenio va más allá al apuntar que cuando fuera necesario tal traslado, los interesados deberán recibir tierras de calidad por lo menos igual a la de las que ocupaban y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su futuro. De hecho también se contempla que cuando existan posibilidades de que los interesados puedan preferir recibir una compensación en dinero o en especie, se les deberá conceder³.

De este modo, queda claro que lo que se buscaba no era una defensa irrestricta del territorio tangible ocupado por las comunidades indígenas, sino defender los derechos que los asistían y, que éstos, cuando hubiera necesidad nacional de que sean puestos de lado por las razones ya mencionadas, pudieran verse resarcidos mediante los mecanismos y del modo que se considerase pertinente.

Así pues, el Convenio 107 de la OIT deja fijadas las bases sobre las cuales se deberá construir un sistema de protección de los derechos colectivos de las comunidades indígenas. Este sistema será trabajado de manera más minuciosa en el Convenio 169 de la OIT, que estudiaremos a continuación.

2.2 Convenio 169 de la OIT

Este Convenio entra en vigencia para el Perú el 2 de febrero de 1994, y mediante éste se busca proteger los derechos existentes de los pueblos interesados con respecto a los recursos minerales que ostentan sus tierras. Además se señala que

² Convenio 107 de la OIT (1957) art. 12, numeral 1

³ Convenio 107 de la OIT (1957) art. 12, numeral 2

estos pueblos tienen derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos (Rubio Correa, 1997). El Convenio 169 de la OIT cobra vida después de haber decidido adoptar proposiciones sobre la revisión del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales de 1957 o Convenio 107 de la OIT.

Con respecto al Convenio 169 de la OIT se pueden distinguir las siguientes partes generales: Las tierras y el territorio; el medio ambiente y los recursos naturales; el acceso a los servicios básicos (educación y salud); el ejercicio de la ciudadanía y el derecho a la participación; administración de justicia y aplicación del derecho consuetudinario (Santistevan de Noriega, 1997).

El Convenio 169 se aplica a los pueblos tribales en países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres. Asimismo es aplicable a los pueblos que descendan de poblaciones que habitaban en determinada región geográfica, a la que pertenece algún país, en la época de conquista o antes de establecerse las actuales fronteras estatales.

Luego de señalar su aplicación, se establece que el Estado es el responsable de conducir las medidas necesarias, junto con la participación de los pueblos involucrados, para la efectiva protección de los derechos colectivos de la comunidad indígena. Se menciona que el Estado debe salvaguardar la igualdad de derechos y oportunidades de los pueblos indígenas en relación al resto del colectivo nacional.

Es en el artículo 6, numeral 1, en el que se menciona el tema más resaltante en lo que se refiere a la aplicación del Convenio 169 con respecto de la legislación nacional. En el artículo mencionado se señala:

“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 las medidas legislativas o administrativas, susceptibles de afectarles directamente”.*⁴

Como veremos más adelante, existe una estrecha relación entre lo establecido en el Convenio y lo establecido en la Ley de Consulta Previa del Perú, por lo cual podemos inferir que dicha ley de ordenamiento nacional, se encuentre parametrada por el presente Convenio, por lo cual debería seguir los lineamientos establecidos por éste, condición que nos permitirá observar si es que la ley en cuestión es correcta en cuanto a su aplicación.

⁴ Convenio 169 de la OIT (1989) art. 6, numeral 1

Mencionado el punto en el cual se origina el establecimiento de una consulta a los pueblos indígenas cuando sea posible que sus derechos colectivos se puedan ver vulnerados, el Convenio 169 señala en otro de sus artículos un tema fundamental en lo que se refiere al establecimiento de los derechos de las comunidades indígenas, derecho que tiene directa implicancia con respecto a la explotación de minerales.

En el artículo 14, numeral uno, del Convenio 169 de la OIT, se señala:

“1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión con respecto a las tierras que tradicionalmente ocupan”.⁵

De este modo, el Convenio se encarga de señalar la existencia de derechos sobre terrenos superficiales que hayan sido tradicionalmente ocupados, estableciendo en el mismo artículo, que es el estado el que tiene la obligación de salvaguardar mencionados derechos.

A continuación y siguiendo con el mismo orden de ideas en lo relativo a las tierras ocupadas por los pueblos indígenas, el Convenio señala en su artículo 15:

*“1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras, deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden la participación en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales 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 estos pueblos serían perjudicados y en qué medida. (...) Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible, en los beneficios que reporten tales actividades y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir”.*

En el segundo párrafo se hace mención a que en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o recursos del subsuelo, los gobiernos deberán establecer procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, así como deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que las actividades de explotación reporten.

⁵ Convenio 169 de la OIT (1989) art. 14, numeral 1

Lo anterior de ninguna manera implica que los minerales encontrados en el subsuelo del territorio ocupado por una comunidad indígena, sea de exclusivo aprovechamiento y beneficio, puesto que como está reconocido en la Constitución Política del Perú, los recursos minerales le pertenecen a la Nación en general, cuyos integrantes se benefician en igual medida de la explotación de los mismos.

Debemos entender que se establecen supuestos para los diversos sistemas de titularidad de derechos de propiedad sobre los recursos minerales que comprende también al sistema anglosajón, en el cual se establece un sistema de accesión, pero en el caso peruano se aplica uno muy distinto (Lastres, E., 2002).

Debemos anotar que en el segundo párrafo se señala además, que estos pueblos deberán participar en los beneficios que reporten tales actividades “siempre que sea posible”. Esto es, dependiendo del régimen de titularidad de propiedad que se presente en determinado país, se aplicará o no este reparto privilegiado. De cualquier modo, el Convenio señala la naturaleza condicional el reparto, no siendo obligación del Estado el repartir los beneficios económicos preferentemente a los habitantes de los pueblos indígenas. Aunque cabe señalar que se debe respetar de manera irrestricta el derecho de los pueblos a vivir en un hábitat adecuado para el desarrollo normal de sus actividades, por lo cual, la implementación de mecanismos de participación en toma de decisiones o, en todo caso, un mecanismo de compensación por daños, es una tarea a ser resuelta.

Debemos mencionar luego de analizar estos puntos, que es precisamente en situaciones como éstas en las cuales debe salir a relucir el imperio del Estado en lo que respecta a toma de decisiones en procura del bienestar de la colectividad. Si el Estado no se decidiera a tomar las medidas necesarias para hacer ejercicio de los derechos de titularidad de propiedad que le asisten, en representación de la Nación, caeríamos en lo que bien describe Hardin como “La Tragedia de los Comunes” o “La Tragedia de los Bienes Comunes”.

Hardin plantea un escenario concebido en un pastizal, un bien común, al cual todos los habitantes del terreno tienen acceso para poder alimentar a sus ovejas. Se funda en el hecho de que cada uno sabe que no puede incrementar el número de ovejas, puesto que ello implicaría un exceso del consumo, que afectaría el abastecimiento de los demás. El incremento poblacional en algún momento hará que el consumo y necesidades se incrementen, lo cual producirá beneficios en particular para quienes hagan un uso excesivo, pero representará costos para la colectividad. Es así que debe aparecer un órgano superior, que necesariamente debe imponer un control de uso de los recursos para procurar el bien de la comunidad, lo cual involucra de algún modo, una restricción en algunos derechos y libertades (Hardin, G., 1968).

Basados en esta teoría podemos afirmar que el uso de un bien común, como son los recursos minerales, se podrían poner en alto riesgo si es que no se idea por parte del Estado un sistema mediante el cual se ejerza una adecuada representación de la

Nación en lo que respecta a la titularidad de los derechos de propiedad sobre mencionados recursos. Los recursos minerales están condenados a ser utilizados de manera inadecuada si es que el órgano supremo, en este caso el Estado, no lleva las riendas de su aprovechamiento de manera eficaz, y continúa cediendo frente a presiones de minorías, en desmedro del bienestar común de la colectividad.

2.3 Ley de Consulta Previa – Ley 29785

En setiembre del 2011 el Perú promulgó la tan esperada Ley de Consulta Previa, ligada de manera directa al Convenio 169 de la OIT. Esta ley representa un hito en lo que se refiere al proceso de reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas. En la aprobación coincidieron tres procesos interrelacionados: i) Protestas y demandas vinculadas a conflictos entre poblaciones locales e industria extractivas; ii) Reclamo de mayor atención de parte del Estado para con las comunidades indígenas y nativas, y iii) la necesidad de que el Estado adapte su legislación a sus compromisos internacionales relacionados con la firma del Convenio 169 de la OIT (Diez, 2012).

Antes de que se aprobase la Ley de consulta Previa se había generado gran expectativa en relación a su contenido, especialmente en lo que se refería al reconocimiento de las comunidades indígenas y la protección de los derechos colectivos que las asistían. En este sentido la Ley, desarrolla un sistema proteccionista, pero al mismo tiempo, deja muchos vacíos en cuanto a la aplicación efectiva de la misma, para lo cual, será el Reglamento de la Ley de Consulta Previa, el que finalmente será el que enmarque de manera adecuada la aplicación de la Ley.

La Ley de Consulta Previa, presenta como objetivo el desarrollar el contenido, los principios y el procedimiento del derecho de consulta de los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos⁶, estableciendo como finalidad del proceso el alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas⁷

Para la realización de la consulta previa, se debe determinar cuáles son los pueblos que cuentan con el derecho a ser consultados. Los criterios a determinar con respecto al nivel de afectación de las normas o actos administrativos, por ende, los criterios para determinar a qué poblaciones se debe consultar son, en primer lugar, el ámbito territorial, en segundo lugar, la identificación de los pueblos legitimados para ser consultados se fundamenta en la identificación de los derechos que podrían afectarse y quiénes son los titulares, tercer lugar se tiene que evaluar los riesgos, es decir, aquellos pueblos indígenas que pueden verse sometidos a riesgos por efecto de una iniciativa ajena deben tener la posibilidad de determinarse al respecto (Ruiz Molleda, 2011).

⁶ Ley 29785 - Ley de Consulta Previa del Perú, art. 1

⁷ Ley 29785 - Ley de Consulta Previa del Perú, art. 3

Una vez determinados cuáles son los pueblos a consultar, se inicia el proceso de consulta previa, pero podemos observar que en esta parte, se hace clara referencia a la protección de los derechos colectivos frente a medidas que pudieran afectarlos, estableciendo la finalidad de alcanzar un acuerdo o consentimiento. Es en este punto en el que la ley cae en una contradicción. No se puede hablar de consentimiento cuando no se requiere como condición *sine qua non* la aprobación del proyecto o la medida por parte de la comunidad indígena, la cual no cuenta con un derecho a veto, mediante el que se someta a su voluntad exclusiva la aplicación o no de alguna medida administrativa o legislativa.

La contradicción se aprecia cuando recurrimos a uno de los artículos fuerza de la Ley de Consulta Previa. En este artículo se señala:

*“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 la evaluación de puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas”.*⁸

Es en este punto en el que se señala que será finalmente la entidad estatal competente la que aprobará o no la medida propuesta, por lo cual se somete ante ella la decisión final. Por otro lado, los aportes en el proceso por parte de los pueblos indígenas son denominados puntos de vista, sugerencias y recomendaciones, no otorgándoles un carácter decisivo en el proceso llevado a cabo.

Además de ello se puede leer en el segundo párrafo del mismo artículo 15 de la Ley de Consulta Previa que en caso de que no se alcance un acuerdo entre el Estado y la comunidad indígena, corresponde a las entidades estatales el adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos en cuestión, y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.

Por lo tanto, finalmente, se llegue o no a un acuerdo entre las partes, la decisión sobre la aprobación o no aprobación de la medida, recaerá en el Estado. No es correcto entonces hablar de la búsqueda de un consentimiento por parte de las comunidades indígenas como se señala en el artículo 3 de la ley, puesto que la comunidad no es la que decide sobre la medida, su rol más bien es, como el título de la ley menciona, de consulta, para conocer sus puntos de vista, aportes y recomendaciones, para que sea el Estado el que tome una decisión de manera más elaborada.

⁸ Ley 29785 - Ley de Consulta Previa del Perú, art. 15

Por otro lado, con respecto al proceso en sí, la Ley hace que todo el peso del correcto funcionamiento del proceso recaiga sobre la entidad estatal promotora de la medida administrativa o legislativa que haya sido identificada como una de potencial afectación a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Es así que se señala que las entidades estatales promotoras de medidas deberán cumplir por lo menos con las siguientes etapas, dentro del proceso de consulta⁹:

- Identificación de las medidas legislativas o administrativas que deben ser objeto de consulta
- Identificación de los pueblos indígenas a ser consultados
- Publicidad de la medida
- Información sobre la medida
- Evaluación interna en las organizaciones de los pueblos indígenas
- Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas
- Decisión

La Ley establece las etapas con las cuales se debe cumplir mínimamente para llevar de manera adecuada un proceso de consulta, pero no se señala el tiempo de duración que podrá contemplar cada etapa en mención.

Además de ello, tomando como base el artículo 2 de la Ley de Consulta Previa, son objeto de consulta todo aquél instrumento normativo que sea considerado medida legislativa asimilable a toda norma legal que, sin importar su jerarquía normativa y ámbito territorial de aplicación, prescribe mandatos generales a un número indeterminado de destinatarios. Se encontrarían entonces la ley, el decreto legislativo, ordenanzas regionales y municipales, decretos de urgencia y supremos, resoluciones ejecutiva regionales, así como edictos municipales. Antes de la aprobación, promulgación y eventual publicación se deberá cumplir con el proceso de consulta previa en la parte de la norma que afecte a los derechos colectivos de las comunidades. Pero obedeciendo a la racionalidad integrada de la norma, se debe contar con el texto completo para que se someta a consulta, lo cual implicaría un análisis del texto en general, pudiendo llegar a establecer estimaciones sobre aspectos que no afectan directamente los derechos de las comunidades, pero que siendo parte integrante de la ley, pueden ser objeto de escrutinio.

Del mismo modo, se planteaba que se debería establecer el tipo de medidas administrativas sujetas a consulta referidas en la ley, pues de lo contrario se amplía el universo de consulta lo cual afectaría el desarrollo de la actividad minera. Entendiéndose como medida administrativa a los actos administrativos propios de la función administrativa, tales como concesiones, permisos, licencias o autorizaciones,

⁹ Ley 29785 - Ley de Consulta Previa del Perú, art. 8

lo que podría llevar a pensar que todos los actos administrativos necesarios para el desarrollo de la actividad minera tengan que ser consultados (Cáceres Neyra, 2011).

Es así que la Ley deja puntos contradictorios y otros tantos por aclarar, pues pueden ser sujetos de interpretación ante la falta de rigor explicativo. Será entonces el reglamento que busque llenar los vacíos dejados por la Ley, otorgándole mayor coherencia al proceso de consulta y su desarrollo.

2.3.1 Reglamento de Ley 29785

El reglamento de la ley de consulta previa proporciona una descripción más detallada sobre lo que involucra el proceso de consulta previa en lo que respecta a la explotación de minerales en terrenos superficiales ocupados por comunidades indígenas.

El reglamento en mención hace señala aspectos muy importantes que dejan en claro la función de la consulta previa en el Perú y, establecen los preceptos sobre los cuales nos debemos basar para llegar a la correcta aplicación del derecho que estudiamos en esta ocasión.

Desde la primera parte del Reglamento se señala que el resultado del proceso de consulta no es vinculante, salvo en los casos en que hubiere acuerdo entre las partes¹⁰. Por ello, podemos afirmar que debemos partir comprendiendo que el derecho de consulta previa no involucra en modo alguno un derecho preferente sobre una determinada comunidad indígena, esto es, que el derecho a ser consultados no es sinónimo de un otorgamiento de un derecho a veto sobre algún proyecto a desarrollar sobre algún territorio en particular.

Más adelante se establece que las consultas deben realizarse con la finalidad de llegar a un acuerdo, pero que la no concreción del consentimiento, no implica en modo alguno la afectación del derecho a consulta¹¹. Por lo tanto, se encuentra perfectamente configurado el derecho a la consulta cuando efectivamente ésta se haya realizado de manera correcta, bajo los preceptos señalados por la ley. Nuevamente podemos afirmar que, tal como lo indica la ley y el reglamento, la única finalidad es consultar las medidas administrativas o legislativas, planes, proyectos o programas de desarrollo, que pudieran afectar los derechos colectivos de una comunidad, no siendo un requisito sine qua non la concreción de un acuerdo mediante el cual la comunidad apruebe la medida a ejecutar.

El Reglamento es aún más claro al señalar que de no alcanzarse el acuerdo o configurarse el consentimiento por parte de la comunidad indígena sobre las medidas propuestas, las entidades promotoras se encuentran facultadas para

¹⁰ Reglamento de la Ley 29785 – Ley de Consulta Previa, art. 1, numeral 5.

¹¹ Reglamento de la Ley 29785 – Ley de Consulta Previa, art. 5, inciso d.

dictarlas, debiendo adoptar las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos¹². De este modo, se deja constancia que las autoridades promotoras de las medidas legislativas o administrativas a ser consultadas, pueden, aún sin acuerdo, ejecutarlas, dejando en claro que el cualquier proyecto no aprobado en consulta previa, puede igualmente ser ejecutado siempre que se brinden las garantías sobre los derechos colectivos de la comunidad.

Debemos aclarar que el derecho colectivo y difuso se diferencian en que en lugar de que el grupo esté constituido por un número indefinido de personas ligadas únicamente por hechos circunstanciales, los miembros del grupo en el caso del derecho colectivo están ligados por una relación jurídica previa. En el caso del interés colectivo existe una identificación entre el sujeto individual y la agrupación de tal modo que los contornos del grupo son perfectamente identificables y delimitables (Durán, 2011).

No obstante se traten de derechos colectivos, la representatividad para la protección de los mismos no se circunscribe específicamente a quienes gozan de los derechos en mención, pues tal como se señala en la legislación nacional:

“Patrocinio de intereses difusos.-

Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como la defensa del medio ambiente, de bienes o valores culturales o históricos o del consumidor.

*Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la ley o el criterio del Juez, ésta última por resolución debidamente motivada, estén legitimados para ello”.*¹³

Se puede afirmar que cualquier persona, tratándose de un daño ambiental, puede iniciar un proceso civil ambiental en representación de los afectados, aún si es que ésta no perteneciera a la comunidad indígena que ostenta los derechos (Liñán, 2002). Pero el hecho de promover una acción en favor de la comunidad indígena, no convierte en beneficiario de los derechos colectivos al promotor, quedando claramente establecido, que la promoción de una acción de interés difuso, no implica en manera alguna el goce de derechos colectivos que defiende, los cuales se circunscriben sólo a los integrantes de la comunidad indígena afectada.

Cabe en este punto mencionar, cuáles son los derechos colectivos que se buscan proteger. Estos derechos, reconocidos en la Constitución, Convenio 169 de la OIT, y demás acuerdos internacionales ratificados por el Perú, incluyen:

¹² Reglamento de la Ley 29785 – Ley de Consulta Previa, art. 5, inciso e.

¹³ Código Procesal Civil del Perú, art. 82.

- Derecho a la identidad cultural
- Derecho a la participación de los pueblos indígenas
- Derecho a la consulta
- Derecho a elegir sus prioridades de desarrollo
- Derecho a conservar sus costumbres, siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales contemplados en la legislación nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.
- Derecho a la tierra y el territorio, entendido como el derecho al uso de los recursos naturales que se encuentren en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente en el marco de la legislación vigente.

Respecto a éste último punto, debemos ser claros al indicar que, de acuerdo a la legislación nacional, representada en su más alto nivel por la Constitución Política del Perú, los recursos minerales encontrados en el subsuelo del territorio nacional, les corresponden a la Nación en su totalidad, siendo el Estado el único facultado para aprobar o no su explotación, a cargo de él mismo, cuando sea pertinente, o a cargo de un tercero particular a su solicitud mediante el proceso de concesión.

Siguiendo con la línea de ideas establecida, el Reglamento también hace mención al aspecto antes señalado, pues afirma que de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 66 de la Constitución Política del Perú, los recursos minerales son patrimonio de la Nación, e indica además que es obligación del Estado consultar a los pueblos indígenas que pudieran verse afectados en su derecho, para determinar el grado de afectación, antes de aprobar la medida administrativa o legislativa que se intenta implementar para la efectiva exploración o explotación de los recursos minerales encontrados en el subsuelo encontrados en el ámbito geográfico ocupado por las comunidades indígenas.¹⁴

Entonces, se establece como punto neurálgico del proceso de consulta, el conocer el parecer la comunidad indígena y promover su participación, con el fin de determinar en qué grado se verían afectados sus derechos colectivos, en el caso de que se procediera a implementar la medida legislativa o administrativa promovida, aun cuando no se hubiera alcanzado un acuerdo, para de tal manera, y con los resultados que sean recogidos por el proceso de consulta, poder garantizar los derechos colectivos que pudieran verse afectados por las medidas, mediante la aplicación de mecanismos adecuados para su salvaguarda.

Del mismo modo, se señala que la decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad promotora¹⁵, la cual deberá fundamentar su decisión basada en las sugerencias y recomendaciones planteadas

¹⁴ Reglamento de la Ley 29785 – Ley de Consulta Previa, art. 6.

¹⁵ Reglamento de la Ley 29785 – Ley de Consulta Previa, art. 23.

durante el proceso, además de las consecuencias directas que podría acarrear la adopción, pero que podrá ejecutar perfectamente la medida si es que lo considerase pertinente.

Se deja establecido también que el proceso de consulta sostenido entre una unidad promotora de alguna medida administrativa o legislativa, con una comunidad indígena, no establece ningún tipo de compromiso vinculante, salvo que se llegue a alcanzar un acuerdo como resultado, siendo éste el único supuesto que obliga a las partes a seguir lo establecido en el acuerdo final, producto del proceso.

Finalmente, consideramos importante el mencionar que el reglamento se ocupa de un punto muy importante en lo que se refiere a cuestiones procedimentales, estableciendo como plazo máximo para el proceso de consulta 120 días calendario, que deberán incluir las etapas de publicidad, información, evaluación interna y diálogo¹⁶. Dicho plazo será computado desde la entrega de la propuesta de medida administrativa o legislativa, hasta la firma del Acta de Consulta.

El establecimiento de un plazo máximo resulta de mucha utilidad pues fijado éste, la viabilidad del proyecto no se ve afectada de manera significativa y acaba con las preocupaciones que dejó la promulgación de la Ley 29785, en el sentido de que según ésta, son objeto de consulta previa todo aquél instrumento normativo que sea considerado medida legislativa (basado en el artículo 2 de la Ley de Consulta Previa) asimilable a toda norma legal que sin importar su jerarquía normativa y ámbito territorial de aplicación, prescribe mandatos generales a un número indeterminado de destinatarios. Se podía asumir entonces que se encontrarían la ley, decreto legislativo, ordenanzas regionales y municipales, decretos de urgencia y supremos, resoluciones ejecutiva regionales, así como edictos municipales. Antes de la aprobación, promulgación y eventual publicación debería cumplir con el proceso de consulta previa en la parte de la norma que afecte a los derechos colectivos de las comunidades.

Por otro lado, se solicitaba el establecimiento del tipo de medidas administrativas sujetas a consulta referidas en la ley, pues de lo contrario se amplía el universo de consulta lo cual afectaría el desarrollo de la actividad minera. Entendiéndose como medida administrativa a los actos administrativos propios de la función administrativa, tales como concesiones, permisos, licencias o autorizaciones, lo que podría llevar a pensar que todos los actos administrativos necesarios para el desarrollo de la actividad minera tengan que ser consultados (Cáceres Neyra, 2011). Finalmente el reglamento ha absuelto cualquier tipo de dudas respecto al plazo máximo para llegar a un acuerdo respecto a determinada medida.

2.4 La expropiación por actividades mineras en el Perú

¹⁶ Reglamento de la Ley 29785 – Ley de Consulta Previa, art. 24.

El tema de la expropiación de predios resulta de gran importancia debido a que está estrechamente relacionado con el régimen de derechos de propiedad sobre terrenos superficiales que alberguen en su subsuelo yacimientos mineros.

En cuanto a la propiedad, existen restricciones para su ejercicio, las cuales siempre deben estar fundadas en razones de seguridad nacional y de interés público. Se aplican estas restricciones por parte del Estado, quedando obligado a otorgar el valor de mercado del bien expropiado en compensación por destinar el bien inmueble para otros fines que el propietario hubiera querido darle (Terrazos, 2014). En el caso que nos ocupa, no se ha desarrollado a profundidad el tema de expropiaciones en terrenos de comunidades indígenas, especialmente porque no se le puede otorgar una valorización meramente económica dado que estos terrenos involucran una diversidad de factores como los culturales y sociales. Sin embargo, en el ordenamiento legislativo nacional, en lo que se refiere a temas de actividades de explotación minera, la expropiación es tratada en normas generales como especiales.

La Ley General de Minería, hace referencia a éste caso, señalando que el concesionario está autorizado a establecer servidumbres en terrenos de terceros que sean necesarios para el racional aprovechamiento de la concesión que le ha sido otorgada, además de serle posible la solicitud de expropiación del bien que interfiera con mencionada explotación siempre y cuando se pueda acreditar debidamente la mayor importancia de la actividad minera por sobre la actividad afectada¹⁷.

Sin embargo, debemos mencionar que en la Constitución Política del Perú, de promulgación posterior a la Ley General de Minería, se establece que las únicas causales de expropiación son la seguridad nacional o necesidad pública, por lo cual, habiendo un conflicto entre estos dos señalamientos, y siendo prevalente la Constitución, debemos entender que el artículo de la Ley General de Minería quedaría derogado. Pero, ¿realmente debería ser derogado?

Siendo la minería una actividad tan importante para un país como el nuestro, el cual cuenta con una historia minera forjada desde tiempos pre republicanos, debería reformularse esta limitación. Se debe tomar en cuenta que la minería representa para el Perú el grueso de sus ingresos y que es la actividad que produce mayor valor agregado nacional, involucrando de ese modo el desarrollo de otras actividades a las cuales está ligado.

Se debe entonces replantear el argumento de la no expropiación para fines mineros, desarrollando un sistema mediante el cual sea el Estado como titular de los derechos sobre los yacimientos quien ordene la expropiación de un predio, cuando

¹⁷Decreto Supremo N° 014 – 92 – EM, Texto Único Ordenado de Ley General de Minería (1992) art. 37 inc. 7

su utilización resulte de vital importancia para la continuidad de la explotación de un yacimiento minero (Lastres, E., 2002). Pero además de ello, se debe desarrollar un sistema eficaz mediante el cual se fije de manera justa, el precio que se deberá pagar por parte del concesionario al dueño del predio para hacer efectiva la utilización de éste, requisito sin el cual no se debiera consentir de ningún modo la expropiación.

2.5 Definición Conceptual

Acta de Consulta.-Instrumento público con valor oficial, que contiene los acuerdos que se alcancen como resultado del proceso de consulta, así como todos los actos y ocurrencias desarrollados durante el proceso.¹⁸

Afectación Directa.-Se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al pueblo indígena cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de mencionados pueblos.¹⁹

Desarrollo Sostenible.- El concepto que plantea un mecanismo mediante el cual se puede alcanzar un desarrollo sin poner en riesgo la viabilidad de la vida de generaciones futuras.

El concepto de Desarrollo Sostenible cuenta con tres pilares que lo sostienen, estos son: Aspecto Económico, Social y Ambiental, todos contemplados en la misma dimensión, sin que uno excluya al otro, o alguno tenga mayor relevancia.²⁰

Entidad Promotora.- Es la entidad pública responsable de dictar la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.²¹

Explotación.- Es la actividad más característica de la minería, está destinada a arrancar sustancias y extraerlas a la superficie (Gómez, S.; 2010).

Plan de Consulta.-Instrumento escrito que contiene la información detallada sobre el proceso de consulta a realizarse, el que debe ser adecuado a las características de la medida administrativa o legislativa a consultarse y con un enfoque intercultural.²²

¹⁸ Reglamento de la Ley N°29785 – Ley de Consulta Previa del Perú, art. 3, inc. a

¹⁹ Reglamento de la Ley N°29785 – Ley de Consulta Previa del Perú, art. 3, inc. b

²⁰ Comisión Mundial del Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas. *Informe Brundtland* (1987)

²¹ Reglamento de la Ley N°29785 – Ley de Consulta Previa del Perú, art. 3, inc. g

²² Reglamento de la Ley N°29785 – Ley de Consulta Previa del Perú, art. 3, inc. l

Pueblo Indígena u Originario.-Pueblo que descende de poblaciones que habitaban el país en la época de la colonización y que conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.²³

Recursos Naturales.- Se refiere a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado; a saber: las aguas, el suelo, subsuelo, las tierras, la diversidad biológica, recursos hidrocarburíferos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos, la atmósfera, el espectro radioeléctrico, los minerales y demás considerados como tales²⁴.

Servidumbre.- Establecimiento mediante ley o por voluntad del propietario de un predio, del gravamen de éste en beneficio de otro, que otorgue derecho al propietario del predio dominante de practicar actos de uso del predio sirviente o para impedir al dueño de éste el ejercicio de alguno de sus derechos²⁵.

2.6 Hipótesis

2.6.1 Hipótesis General

- Existe una incorrecta aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo dentro del ordenamiento legislativo nacional, lo cual acarrea consecuencias negativas en lo que respecta a desarrollo de proyectos de aprovechamiento de recursos mineras y protección de derechos colectivos de las comunidades indígenas.

2.6.2 Hipótesis Específicas

- No se aplica de manera adecuada el Convenio 169 de la OIT a la realidad nacional del Perú.
- La Ley de Consulta Previa del Perú no protege de manera adecuada los derechos de los pobladores de las comunidades indígenas y, tampoco facilita el desarrollo de actividades de explotación de recursos minerales.
- Existe una contradicción referida a tratar de integrar a las comunidades indígenas al espectro nacional, en tanto se les aísla legalmente colocándolas en una situación diferenciada al resto de la Nación.

2.7 Variables

²³ Reglamento de la Ley N°29785 – Ley de Consulta Previa del Perú, art. 3, inc. k

²⁴Ley 26821 – Ley Orgánica del Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (1997) art. 3

²⁵Código Civil del Perú (1984) art. 1035

Se establece como la variable independiente, fundamental para el presente estudio, la incorrecta aplicación del Convenio 169 de la OIT dentro de la legislación nacional, lo cual incide de manera directa las siguientes variables.

Las dos variables dependientes que son: el correcto desarrollo de los proyectos de inversión para la explotación de recursos minerales y, la protección de los derechos colectivos de las comunidades indígenas, están estrechamente relacionadas con corroboración de la variable independiente que incide sobre ambas, dependiendo la configuración de éstas, de la confirmación de la existencia de una incorrecta aplicación del Convenio 169 de la OIT dentro de la legislación nacional.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 Diseño Metodológico

El presente trabajo de investigación no experimental descriptivo, se desarrolló a partir del estudio del Convenio 169 de la OIT, el cual da origen, en el ámbito internacional, a la protección de los derechos ancestrales de las comunidades nativas con respecto a las tierras que ocupan.

En el ámbito jurídico nacional se presentan dos figuras que se ven enfrentadas como son la expropiación y los derechos sobre el terreno superficial que ejercen las comunidades nativas e indígenas. En el presente trabajo hemos realizado un estudio conducente a identificar los puntos que configuran una expropiación justificada, de darse el caso, y los puntos que señalan la imposibilidad de este supuesto en amparo de los derechos adquiridos por el convenio objeto del estudio, además de la legislación nacional vigente.

El tema de la titularidad del terreno superficial en favor de las comunidades nativas e indígenas y los derechos que se conceden por la aplicación de la legislación analizada están estrechamente relacionados con la posibilidad de que sea o no efectiva la explotación de los recursos minerales que se pudieran hallar en los terrenos mencionados. Debemos considerar que existe un debate que gira en torno a si se debe respetar el derecho ancestral de las comunidades o si se debe preponderar el desarrollo económico del país. Lo único que nos llevará a alcanzar una respuesta, es el correcto análisis de los instrumentos estudiados.

Habiendo establecido lo anterior, se estudiaron instrumentos que protegen los derechos concedidos a las comunidades, con el objetivo de analizar si es que se están aplicando de manera adecuada, teniendo en cuenta la legislación internacional, así como el comparativo de experiencias en otras latitudes. A partir de mencionado análisis lograremos abordar el tema de la correcta aplicación del Convenio 169 de la OIT (el cual utilizamos como punto de partida respecto al tema de derechos de tierra de las comunidades nativas e indígenas) en el ordenamiento nacional.

Este trabajo de investigación adquiere especial importancia debido a la alta significación económica de la explotación de recursos minerales para el Perú y su desarrollo. Del mismo modo, la importancia de la correcta o incorrecta aplicación de

los derechos sobre las tierras superficiales por la comunidades, podría estar ligada a futuros conflictos sociales resultantes de la explotación de los recursos minerales que se encuentran dentro de los terrenos que ocupan, o incluso podría significar la paralización de obras de infraestructura en beneficio del país, tales como hidroeléctricas, puentes, etc. El gran potencial que tiene en cuestión de producción de conflictos sociales hace importante su estudio, dado que se podrían generar paralizaciones económicas con fuertes consecuencias sociales, tanto para los que habitan la comunidad indígena, como para el resto de la población peruana.

3.2 Enfoque

En el presente trabajo de investigación se ha utilizado el enfoque cualitativo, mediante el cual se buscó identificar la naturaleza profunda de la realidad que engloba el ejercicio por parte de las comunidades nativas e indígenas de los derechos que les otorga tanto la legislación nacional como internacional sobre la tierra ocupada, lo cual nos permitirá, mediante el análisis legislativo interno y comparado, llegar a identificar cómo debería aplicarse los derechos reconocidos en los instrumentos legales vigentes para Perú. Además, mediante el análisis comparado, podremos identificar los puntos que compartimos con realidades exitosas en este aspecto.

Podemos afirmar que nos orientamos hacia el constructivismo en lo que se refiere al análisis integrado de las realidades que hemos repasado. De este modo dejamos en claro que cada realidad es construida socialmente por los sujetos que la integran, por lo cual no existe una verdad única, sino que varía de acuerdo a la realidad que se presenta en cada distinto escenario.

3.3 Instrumento para recolección de datos

El instrumento para la recolección de datos utilizado en el presente trabajo de investigación es el llamado análisis de contenido, mediante el cual hemos logrado reducir y sistematizar la información encontrada principalmente en los cuerpos legislativos en materia de aplicación del Convenio 169 de la OIT, así como el propio convenio. Además de ello nos hemos basado en diversos medios de información tales como libros y documentos electrónicos, además de datos y registros informativos objetivos.

Mediante la aplicación de este instrumento se ha logrado ordenar datos e información dispersa en las diversas fuentes, que contemplan además dispositivos legales internacionales aplicables.

3.4 Técnicas para el procesamiento de la información

En lo que se refiere a las técnicas utilizadas para el procesamiento de la información obtenida, hemos recurrido a las siguientes:

- Analítica.- Mediante esta técnica hemos buscado en primer lugar identificar el problema que nos ocupa, y luego de ello, separar cada uno de sus componentes para poder analizarlos individualmente, de manera tal, que se produzca un estudio más profundo que facilite el entendimiento de la problemática.

- Comparativa.- Mediante esta técnica hemos podido explicar de manera más clara la realidad reinante en cada país estudiado, pues al mostrar los diversos contextos presentes en diversos estados, podremos llegar a tener una visión general sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT en realidades disímiles. Lo anterior a su vez, podrá conducirnos a arribar a una proyección sobre el futuro de la aplicación del convenio en mención en un escenario global, a pesar de las diferencias sociales y geográficas que podríamos encontrar.

CAPÍTULO IV

APLICACIÓN DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

4.1 Análisis de la discusión

El tema de la correcta o incorrecta aplicación del Convenio 169 de la OIT tiene consecuencias en muchos ámbitos, pero podemos afirmar que es el social, el aspecto sobre el cual se producen mayores reacciones.

La inadecuada aplicación del Convenio 169 de la OIT produce dentro de las comunidades indígenas un sentimiento de abandono por parte del Estado, lo cual resulta contradictorio pues es precisamente por esta concepción de abandono histórico, que el Estado busca dar prioridad en lo que se refiere a protección a los pueblos indígenas. La incorrecta aplicación de la norma internacional que protege los derechos colectivos de mencionadas comunidades acarrea conflictos sociales que pueden producir a su vez daños económicos, involucrando de este modo a toda la colectividad nacional.

De otro lado, el hecho que se considere que los pueblos indígenas tienen derechos preferentes por sobre los demás habitantes del país, también podría traer, a largo plazo, un reclamo de una colectividad que se siente relegada ante el trato preferencial que se les otorga las comunidades indígenas. “*¿Por qué sólo la ley de consulta es para las poblaciones rurales y no para los ciudadanos que somos de la zona urbana, si en nuestra Carta Magna indica que todos tenemos derechos por igual?*”²⁶.

La aplicación del Convenio 169 de la OIT y su incorrecta adecuación al ordenamiento nacional no deja satisfechos ni a los miembros de las comunidades indígenas ni al resto de la colectividad nacional, pues una ley que es aplicada inadecuadamente acarrea consecuencias que precisamente se buscaban evitar.

Los hechos producidos en Bagua, encendieron las voces de alarma con respecto a la protección y respeto de las comunidades indígenas, pero lo cierto es que aún no se ha encontrado el mecanismo adecuado para proteger a las comunidades, y al mismo tiempo, no interferir con el desarrollo económico del país. La paralización económica genera el descontento en el resto de la Nación, que se ve afectada

²⁶ Cita a Alcides Cjuno (Cuzco), dentro de *Ley de Consulta Previa y su aplicación en el Perú*. Red Participa Perú.

económicamente por el estancamiento de proyectos de explotación de minerales, principal fuente de ingresos del país.

Del mismo modo, se pueden producir consecuencias negativas a propósito de la afectación del medio ambiente, el cual se ha visto alterado por la expansión de los megaproyectos de inversión que buscan la explotación de minerales, proyectos que son una fuente de ingresos para el país, pero que se ven paralizados como consecuencia de los conflictos sociales, generando inestabilidad económica. Las grandes inversiones sobre áreas social y ambientalmente vulnerables tienen un enorme potencial de generar conflictos socioambientales entre el Estado y organizaciones campesinas, rurales e indígenas, que cuentan con aliados internacionales que impulsan su causa en un marco legal internacional que resalta los derechos de las comunidades indígenas (Soria, 2014). Al considerar que no cuentan con un ordenamiento jurídico nacional que les otorgue garantías, se realiza la desprotección por parte del Estado con respecto a las comunidades indígenas, frente a la comunidad internacional, lo cual a su vez acarrea una visión negativa del Estado, considerándolo socialmente frágil y no atractivo para las inversiones.

Es por ello que resulta más que necesario el analizar si se está cumpliendo con una correcta aplicación del Convenio 169 dentro del ordenamiento nacional, ello puesto que se podrían producir consecuencias negativas principalmente en el aspecto social y económico. Consecuencias que generarían la división del país, al producir la percepción de que se están otorgando derechos preferentes a comunidades, dejando de lado al resto de la Nación, o peor aún, dividir socialmente al país colocando al Estado en medio, al no poder satisfacer las necesidades sociales ni económicas de ambos.

4.2 Efectos en el escenario nacional

La aplicación en Perú del Convenio 169 de la OIT, se realiza a través de la Ley N° 29785, Ley de Consulta Previa y su reglamento. Estos instrumentos tienen como objetivo desarrollar el contenido y los procedimientos del derecho a la consulta para los pueblos indígenas que pudieran ver afectados sus derechos colectivos por la aplicación de determinadas medidas legislativas o administrativas. El incumplimiento de la obligación a desarrollar un proceso de consulta que cumpla con las exigencias del ordenamiento nacional puede implicar la nulidad de la medida promovida, sin perjuicio de la ejecución de garantías constitucionales previstas en la legislación (Lanegra, 2014).

En el ámbito nacional nos encontramos con una Ley de Consulta Previa que debe interpretarse bajo los preceptos establecidos en el Convenio 169 de la OIT. En este sentido, debemos señalar que la correcta aplicación de la Ley no se configura puesto que en ciertos aspectos no cumple e incluso contraviene al Convenio.

Dentro del Convenio podemos observar que en el artículo 14 se señala que se deberá reconocer a los pueblos interesados el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Los derechos señalados en dicho artículo no aparecen estipulados en la Ley de Consulta Previa, no cumpliendo de este modo con lo establecido en el documento de la OIT.

Siendo la declaración de derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que ocupan, un artículo fuerza del Convenio, el hecho que no sea planteado dentro de la ley peruana se traduce en una incorrecta aplicación de lo establecido por la OIT, puesto que se desconoce por omisión uno de los derechos fundamentales que se busca defender mediante el Convenio, y es además, un derecho base que acarrea una serie de consecuencias jurídicas en favor de las comunidades indígenas.

Del mismo modo, en el artículo 15 del Convenio, se hace mención a los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales, dentro de los cuales encontramos a los recursos minerales existentes en las tierras que ocupan, brindándoles el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los mismos. Respecto a este primer párrafo, la Ley de Consulta Previa no declara ningún derecho preeminente en favor de las comunidades indígenas, como tampoco lo hace su reglamento. Debemos señalar entonces que caemos nuevamente en el incumplimiento de uno de los preceptos base establecidos por el Convenio, lo cual nos lleva concluir también ahora, que no se aplica de manera correcta lo señalado por el instrumento de la OIT.

En el segundo párrafo del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT se señala que en el caso que los recursos minerales pertenezcan al Estado o Nación, tal cual lo establece el artículo 66 de la Constitución Política del Perú, los gobiernos deberán establecer procedimientos conducentes a consultar a los pueblos indígenas, a fin de determinar si sus derechos son afectados y en qué medida. Es en este punto en el que se consagra el derecho de las comunidades indígenas a ser consultados. En la Ley de Consulta Previa también se consagra dicho derecho, además el Reglamento de mencionada ley, también hace referencia a este punto, señalando que el Estado está obligado a consultar a los pueblos que pudieran ver vulnerados sus derechos colectivos, determinando el grado de afectación antes de aprobar la medida legislativa o administrativa que faculte el inicio de alguna actividad de exploración o explotación. Podemos anotar que no se hace referencia a una declaración de derechos sobre los recursos minerales, sino a un mecanismo que debe ser ejecutado por el Estado antes de aprobar determinada medida. Se establece en el artículo 6 del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, un derecho de consulta en favor de los pueblos indígenas, mas no existe una proclamación de derechos preferentes respecto del aprovechamiento de recursos minerales ubicados en las zonas geográficas que ocupan las comunidades.

Asimismo, como ya se ha mencionado anteriormente en el presente estudio, la connotación condicional que le da el Convenio a la participación de las comunidades

indígenas con respecto a los beneficios económicos que reporten la explotación de recursos minerales que se encuentren dentro de los territorios que ocupan, al indicar que éstas se beneficiarán “*siempre que sea posible*”, no estableciendo una obligación por parte del Estado, produce una nueva contradicción, pues no se hace mención ni en la Ley ni en el Reglamento a la repartición de beneficios económicos en favor de las comunidades indígenas. De hecho, dentro del ordenamiento nacional no se contempla la participación de manera directa de las comunidades indígenas afectadas con respecto a los réditos económicos producidos por la explotación de los recursos minerales.

Lo que se contempla dentro de la legislación nacional, es la participación en los beneficios económicos por parte de los gobiernos locales y regionales mediante la Ley del Canon, pero sólo se hace mención a las comunidades indígenas cuando se tocan los temas referentes a indemnizaciones. Así, el artículo 7 de la Ley N° 26505, Ley de promoción de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, establece que la utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras, requiere el acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre. Del mismo modo señala que en el caso de servidumbre minera, el propietario de la tierra será previamente **indemnizado** en efectivo por el titular de actividad minera, según valorización que incluya compensación por el eventual perjuicio, lo que se determinará por Resolución Suprema refrendada por los Ministros de Agricultura y de Energía y Minas²⁷.

Encontramos aquí otro punto importante en lo que se refiere al desarrollo del presente estudio, pues reside en este asunto una de las fuentes más importantes en lo que en lo que se refiere a la generación de potenciales conflictos. Tomaremos como ejemplo para plantear el siguiente el escenario, a una empresa minera que cuenta con un proyecto de explotación de minerales sobre territorios de una comunidad indígena en particular, habiendo sido aprobado el proyecto por parte del Estado. Debemos identificar los elementos del escenario:

1. No existe un régimen patrimonial claro, dentro del ordenamiento nacional, que ampare a las comunidades indígenas.
2. El Estado, no está en la obligación de detener un proyecto, en este caso minero, por el hecho de que la consulta realizada a la comunidad indígena rechace dicha posibilidad mediante un proceso de consulta previa.
3. La empresa, deberá indemnizar a la comunidad por la utilización de su territorio para el desarrollo de su proyecto.

Tenemos entonces, una comunidad indígena que no puede ampararse en ninguna figura formal dentro del ordenamiento nacional, pues su régimen de propiedad no

²⁷Ley N° 26505, Ley de promoción de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas – art. 7

está regulado de manera profunda y ordenada. Si bien es cierto, se reconoce el respeto y protección del régimen de propiedad comunal de los pueblos indígenas del Perú, y se excluye la formalización y titulación de predios rurales que propugna el Decreto Legislativo 1089, reconociendo la propiedad comunal de sus tierras²⁸, también es cierto que el hecho de no contar con un régimen de propiedad como el del común de los ciudadanos, les otorga más desventajas que beneficios.

Así, el Estado, a pesar de desarrollar un proceso de consulta previa en favor de las comunidades indígenas, puede aprobar el proyecto consultado así éste no haya contado con aprobación, puesto que no existe un derecho de veto, sino uno de consulta. Aprobado el proyecto, la empresa minera deberá pagar una indemnización en favor de la comunidad, mas no la hará partícipe de manera directa de los beneficios económicos que produzca el desarrollo del proyecto.

Es en el siguiente punto en donde puede surgir el conflicto. La indemnización a pagar está basada en una valorización económica del terreno sobre el cual se realizará la explotación, pero no toma en cuenta los valores culturales, sociales e incluso económicos respecto a recursos naturales, que también deberían formar parte de la indemnización. De este modo, pese a que se han producido experiencias muy positivas en lo que se refiere al pago de indemnizaciones²⁹, también puede producirse el efecto contrario cuando la comunidad considere que no se le está dando el valor que se merecen sus costumbres y modo de vida, más allá del valor económico que le puede significar el terreno. De este modo, el surgimiento de conflictos sociales es una posibilidad latente, y cuando éste se produzca, no sólo paralizará la actividad minera que se estuviera desarrollando, sino también generaría un ambiente de inestabilidad social y económica para la región en la cual se configure dicho escenario.

Los resultados que se pueden producir por la desatención de estos puntos, que son consecuencia de la aplicación inadecuada del Convenio 169 de la OIT, serían nefastos para el normal desarrollo de la actividad minera en el Perú, así como lo serían también para la protección efectiva de los derechos de las comunidades indígenas. En el caso peruano, existe un mandato constitucional de desarrollo sostenible, el cual debe ser cumplido mediante políticas públicas con una visión de derechos y responsabilidades, considerando a la legislación como un medio y no como un fin (Soria, 2014). No basta con contar con instrumentos legales muy elaborados, si en la realidad no se pueden garantizar los derechos que se proclaman.

4.3 Experiencias de aplicación en el ámbito internacional

²⁸Sentencia del Tribunal Constitucional – Exp. 0022-2009

²⁹Segakiato SAC, empresa de transporte fluvial, constituida a partir del pago de dos millones de dólares que se realizó por la explotación del lote 88 y 56 de Camisea, ubicados en los territorios de la comunidad.

El Convenio 169 de la OIT ha sido ratificado al 31 de julio del 2013 por: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, España, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Nicaragua, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú, República Centroafricana y Venezuela³⁰.

El Convenio 169 de la OIT consagra el derecho a consulta previa en favor de los pueblos indígenas que pudieran ver vulnerados sus derechos colectivos. El derecho a consulta viene siendo considerado en el ámbito internacional como de especial significancia en lo que se refiere a proyectos de inversión. Las instituciones financieras han concluido que el financiamiento debe condicionarse a que los proponentes del proyecto obtengan el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas (Imai, 2014). A pesar que el Convenio establece la obligación de consulta para el Estado, la Corporación Financiera Internacional, miembro del Banco Mundial, adoptó la norma del consentimiento, lo cual indica una tendencia internacional importante respecto a la relevancia de consultar a los pueblos sobre la viabilidad de un proyecto de inversión.

A continuación describiremos las experiencias de países de la región con respecto a la aplicación del Convenio 169, basados en un documento oficial de la Organización Internacional de Trabajo³¹, el cual recoge casos judiciales de determinados países, con los cuales, luego de la interpretación de sus sentencias, hemos llegado a identificar la línea legislativa que sigue en cada Estado en particular.

En Argentina, de acuerdo a las sentencias analizadas, podemos concluir que el Estado otorga una protección especial a las comunidades indígenas, no sólo con respecto a los derechos que tienen sobre las tierras que ocupan ancestralmente, sino además protegen su derecho a vivir en un ambiente saludable, que no afecte su calidad de vida. Resalta también la defensa del derecho a participación con el que cuentan las comunidades indígenas, estableciendo que no se puede llevar a cabo ningún proyecto o acción sobre sus tierras, si no se ha realizado antes una consulta que permita conocer el parecer de la comunidad.

Uno de los puntos que resaltan en la jurisprudencia argentina, es la intervención del Defensor del Pueblo, dando a conocer el estado de pobreza y abandono en el cual se encontraban las comunidades indígenas pertenecientes a la Provincia del Chaco, lo cual fue considerado por la Corte Suprema de Justicia argentina como una contravención a la constitución y a los tratados internacionales, entre ellos el Convenio 169 de la OIT, ordenando el suministro inmediato de agua potable y alimentos a la comunidad, dictando una medida cautelar para salvaguardar los derechos de las comunidades indígenas afectadas.

³⁰*Derecho a Consulta Previa*. Ministerio de Cultura del Perú.

³¹*Aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT por tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina*. Organización Internacional de Trabajo

En el caso de Bolivia, se va más allá. Podemos señalar que en el ordenamiento legislativo boliviano la protección de los derechos de las comunidades indígenas es una prioridad. Los órganos del Estado boliviano demandados por saneamiento de tierras en favor de los pueblos indígenas, son los que invocan al Convenio 169 de la OIT para fundar su accionar, y se amparan en él para establecer sus atribuciones con relación al asunto en cuestión.

Lo anterior se debe a que dentro del ordenamiento legislativo boliviano, el Convenio 169 forma parte de un bloque de constitucionalidad sobre el cual se funda el Estado, no permitiendo que ninguna norma infraconstitucional la contravenga, haciéndolas a todas de obligatoria compatibilidad con el instrumento de la OIT, invalidando a todas las normas que se le pudieran oponer.

En el caso de Colombia, podemos observar que, si bien se protege a las comunidades indígenas y se respeta el derecho que las asiste en cuanto a la aplicación de su jurisdicción, el Estado colombiano establece límites a este precepto. El límite es fijado por la subordinación del Convenio 169 con respecto a los derechos establecidos en la Constitución, dejando en claro que el Convenio no tiene rango constitucional y no debe contravenir a la Carta Magna.

Si bien es cierto, el Convenio 169 de la OIT no debe contravenir a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución colombiana, éste Convenio forma parte del bloque de constitucionalidad en lo que se refiere a instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales que forman una unidad con las normas de derechos fundamentales establecidos en el ordenamiento legislativo colombiano. Se podría afirmar que el Convenio señala derechos fundamentales compatibles con los consagrados en la Constitución, pero en cuanto sean contradictorios se otorgará preeminencia a los señalados en el texto constitucional.

Finalmente, analizaremos el caso de Venezuela. Este país, considera al Convenio 169 de la OIT, como una pieza fundamental con respecto a la protección de los derechos de las comunidades indígenas dentro de su ordenamiento legislativo nacional. La situación de Venezuela es particular, puesto que su legislación ha sufrido alteraciones producto de los acontecimientos políticos suscitados en su territorio.

La Constitución venezolana de 1961 contaba con una pequeña sección dedicada a la defensa de los derechos de las comunidades indígenas, pero con la nueva Constitución del año 2000, se comienza a profundizar en este aspecto pero no se llega a desarrollar del todo. Ante este hecho, debemos resaltar la medida adoptada por Venezuela al utilizar al Convenio 169 de la OIT para interpretar y darle alcance a su norma constitucional, ello debido a la falta de desarrollo legislativo en cuanto a la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Esto deja en evidencia que el Estado venezolano otorga un peso legislativo muy importante al Convenio 169, al punto de hacerlo orientador de la política de protección de los pueblos mencionados.

La aplicación del Convenio 169 de la OIT varía de acuerdo a las realidades de cada país en particular, pero todos reconocen el derecho de los pueblos a ser consultados previo desarrollo de un proyecto, así como les reconocen un derecho preferencial en cuanto a sus tierras y los recursos naturales que se encuentren en su subsuelo. Las medidas a adoptar ante la aparición de una gran inversión por motivo de explotación de recursos minerales también obedecen a la política gubernamental aplicable en cada país.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Discusión

La legislación nacional no interpreta de manera adecuada el espíritu del Convenio 169 de la OIT, lo cual genera escenarios de conflictividad con los que se tendrá que lidiar hasta que se desarrolle de manera adecuada un marco normativo que otorgue la protección debida a los pobladores de las comunidades indígenas.

En el Perú existen 52 pueblos indígenas, que cuentan con 47 lenguas nativas³², lo cual dificulta el proceso de integración de estas poblaciones al ordenamiento nacional, por lo cual es necesario constituir sistemas de comunicación que no sean activados sólo cuando surgen conflictos. La necesidad de integrar a estas poblaciones a la colectividad nacional, colocándolos en igualdad de condiciones, reside principalmente en que el Perú se ha constituido como país, basándose en la exclusión de los pueblos originarios³³.

El proceso de integración de las comunidades indígenas al ordenamiento nacional implica también la integración al modelo económico que sigue el país. Si bien es cierto, existen diversas voces que señalan que los pueblos indígenas tienen sus propias prioridades de desarrollo, es necesario indicar que ésta afirmación no es del todo realista.

Ciertamente existen pobladores de comunidades indígenas que se oponen a un sistema de desarrollo económico que pudiera afectar sus derechos colectivos, pero éstos pobladores no tienen una diferencia significativa con cualquier otro poblador de la capital del país que tampoco esté de acuerdo con el modelo económico. La individualidad de los pobladores de las comunidades debe también ser respetada.

Una prueba de que no todas las comunidades se oponen al modelo de desarrollo económico que se aplica actualmente en el país, la encontramos en la provincia de la Convención, en Cuzco, en donde la comunidad indígena Segakiato aplicó el modelo económico reinante en el país para iniciar su empresa de transporte fluvial Segakiato SAC, formada con capital obtenido por la compensación por parte de Pluspetrol por la explotación de los lotes 56 y 88 de Camisea. Al recibir una compensación de dos millones de soles, decidieron invertirlos en su empresa, que para el presente año 2014, proyecta unas ganancias de 12 a 15 millones de soles,

³²Datos del Viceministerio de Cultura

³³Patricia Valbuena, Viceministra de Cultura en Foro Internacional: “Desarrollo, políticas públicas y derechos de los pueblos indígenas: avances y desafíos”

reinvirtiendo el 60% en la empresa y, destinando lo restante a la comunidad, la cual constituye el 100% de trabajadores de la empresa, incluyendo el 90% de empleados administrativos.

No todas las comunidades indígenas, ni todos los integrantes de comunidades indígenas, reniegan del modelo económico. La representante Ruth Buendía, de la empresa asháninka Kemitó Ene, productora de cacao asháninka, afirma *“Necesitamos mejorar la calidad de vida, necesitamos que nuestros hijos salgan de la comunidad”*³⁴. Ello expresa la preocupación de pobladores de las comunidades indígenas por conseguir que generaciones futuras aspiren al desarrollo a través del modelo económico nacional.

Los recursos de las comunidades indígenas indefectiblemente comenzarán a agotarse, incluso si es que no se produjera ningún tipo de actividad extractiva, puesto que el crecimiento poblacional que se vive y, que se acentuará en el futuro, no permitirán que las comunidades indígenas gocen de una protección efectiva, por lo cual, su integración al sistema de desarrollo económico nacional, tal como es solicitado por muchos de los pobladores de éstas comunidades, debe concluirse en un mediano plazo.

5.2 Conclusiones

- El derecho a consulta previa de los pueblos indígenas constituye un pilar fundamental en lo que se refiere a la viabilidad de un proyecto de inversión.
- Los derechos de las comunidades indígenas no alcanzan la protección efectiva al encontrarse bajo un régimen patrimonial que no ha sido debidamente desarrollado, dificultando a su vez el libre ejercicio de derechos patrimoniales que les deberían asistir.
- La Ley de Consulta Previa en el Perú no se encuentra en total concordancia con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, pues no se llega al grado de protección que se les busca dar a las comunidades indígenas en el instrumento internacional.
- En el ámbito internacional, existe una tendencia a otorgarle cada vez mayor relevancia a los derechos de las comunidades indígenas, por lo que el trabajar en la agenda de implementación completa con miras a garantizar sus derechos, es una tarea a realizar con prontitud.
- Más allá de que en experiencias internacionales, la protección a los derechos de las comunidades indígenas esté marcada por la tendencia política de los gobiernos

³⁴Ruth Buendía en Foro Internacional: “Desarrollo, políticas públicas y derechos de los pueblos indígenas: avances y desafíos”

de turno, en el Perú debemos encontrar la manera que dicha protección se convierta en un política de Estado y no de gobierno.

5.3 Recomendaciones

La principal recomendación sería el otorgamiento de títulos de propiedad individuales a los pobladores de las comunidades indígenas. Esto tendría dos efectos que pueden coadyuvar a la convivencia pacífica, lo cual favorece proyectos de inversión, y a su vez, protege de un modo más efectivo los derechos de las comunidades:

- Efecto de protección: Con títulos de propiedad individuales en favor de los pobladores de las comunidades indígenas, se les otorga una protección patrimonial a los derechos que le asistirían como propietario del terreno que ocupa. La ambigüedad en lo que se refiere a la propiedad comunal trae como consecuencia un proceso engorroso en cuanto a toma de decisiones, además de no permitir la libre determinación individual de pobladores que quisieran darle otro destino al terreno que ocupan.
- Efecto de igualdad: Al obtener títulos de propiedad individuales, los pobladores de las comunidades indígenas ostentarían un título igual al que ostentan los habitantes del resto de la Nación, alcanzando de este modo la igualdad que tanto se reclama. Al contar con derechos idénticos, se garantiza igualdad para las comunidades indígenas en el sentido que no tendrán un régimen diferenciado que no cuenta aún con un desarrollo significativo en el país, y al mismo tiempo el resto de la Nación estaría en igualdad de condiciones con los pobladores de las comunidades indígenas, desapareciendo de ese modo la concepción de que se otorga un trato preferencial a los habitantes de determinadas zonas geográficas.

La relación de protección establecida debe darse bajo criterios de reciprocidad, salvaguardando tanto los derechos de los pueblos indígenas, como los derechos del resto de la nación, sin llegar a privilegiar ninguna posición so pretexto de una circunstancia de ubicación geográfica.

Se debe crear mecanismo permanente de diálogo, que no aparezca sólo cuando se suscitan los conflictos. El hecho de esperar a la aparición de fricciones entre las poblaciones indígenas y el Estado, es también caer en el abandono de las comunidades indígenas que precisamente reclaman ello. Los pueblos indígenas deben y quieren ser escuchados, por lo cual un programa de comunicación intercultural permanente, atendería a las peticiones de los pueblos, y además, favorecería la no aparición de nuevos conflictos.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Cáceres, J., (2011) *La Ley de Consulta Previa: Anhelos y frustraciones*. Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia – RAE. Tomo 39.

Convenio 107 de la Organización Internacional de Trabajo (1957).

Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989).

Código Civil del Perú (1984)

Constitución Política del Perú (1993)

Decreto Supremo N°001-2012-MC – Reglamento de la Ley 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo

Diez, A., (2012) *La Consulta Previa y su aplicación en el Perú*. Red Participa Perú.

Durán, H., (2011) *Derecho de Consulta, Derechos Colectivos y culturales: una aproximación conceptual*. Fondo Editorial USMP. Lima.

Gómez Nuñez, S., (1991) *Manual del Derecho de la Minería*. Santiago de Chile, Chile. Editorial Jurídica de Chile

Hardin, G. (1968) *The Tragedy of the Commons*. Science N° 162.

Imai, S., y Kang, S. (2014) *El Riesgo Financiero y el Consentimiento Indígena*. Revista Derecho & Sociedad N° 42.

Lanegra, I., (2014) *Consulta Previa, Minería y Regulación Ambiental en la Legislación Nacional*. Revista Derecho & Sociedad N° 42.

- Lastres, E., (2002) *Comentarios sobre el Régimen de Concesiones en Minería*. Revista de Derecho Minero y Petróleo. Órgano del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía. Año XLX N° 58.
- Ley 29785 – Ley del Derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo
- Ley N° 26505, Ley de promoción de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas
- Ley 26821 – Ley Orgánica del Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (1997)
- Liñán, L., (2002). *La protección procesal del medio ambiente*. Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial.
- Ministerio de Cultura (2013) *Derecho a la Consulta Previa*.
- Organización Internacional de Trabajo(2010) *Aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT por tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina*.
- Rubio Correa, M., (1997) *Estudio de la Constitución Política del Perú*. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ruiz Molleda, J. (2011) *El Desarrollo jurisprudencial por el TC del derecho a la Consulta Previa*. Estado Constitucional Año 1 N° 3.
- Santistevan de Noriega, J.,(1997) *La Defensoría del pueblo y las Comunidades Nativas en “Desarrollo y Participación de las Comunidades Nativas: retos y posibilidades*. Taller de Gráficos SR Ltda, Lima.
- Soria, C., (2014) *¿Cómo superar los conflictos socioambientales?: El Enfoque de los Derechos Humanos y el aporte de la Ley de Consulta Previa en la*

participación normativa y administrativa de los ciudadanos/comunidades indígenas en la gestión de los Recursos Naturales. Revista Derecho & Sociedad N° 42.

Terrazos, J., y Cabrera, J, (2014) *Las Expropiaciones Indirectas en Materia de Inversiones como consecuencia del Ejercicio de la potestad regulatoria y su relación con la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Revista Derecho & Sociedad N° 42.*

Texto Único Ordenado de Ley General de Minería - Decreto Supremo N° '014 – 92 – EM (1992)