

## INFORME N° 011-2009-DP/AMASPPI-PPI

### EL DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS:

Opinión de la Defensoría del Pueblo sobre Dictamen recaído en los proyectos de Ley N° 413/2006-CR, 427/2006-CR Y 2016/2007-CR; que, en un texto sustitutorio propone una Ley que regula el derecho de consulta previa a los pueblos indígenas, pendiente de evaluación por el Pleno del Congreso de la República

En cumplimiento de su deber constitucional de defensa de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, así como de supervisión de la administración estatal, la Defensoría del Pueblo ha realizado un análisis del Dictamen de consulta previa a los pueblos indígenas, para determinar si dicha propuesta ha sido desarrollada en el marco de las garantías que determina el Convenio 169 y otros instrumentos internacionales ratificados por el Perú.<sup>1</sup>

En tal sentido, para la elaboración del presente documento se ha tomado como referencia los criterios elaborados por organismos internacionales, tales como: los Informes de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), las publicaciones del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, manuales sobre el diálogo de la Organización de Estados Americanos (OEA) y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), entre otros. Cabe indicar que el análisis defensorial también se enriquece de la experiencia de trabajo desarrollado por el Programa de Pueblos Indígenas -de nuestra institución-<sup>2</sup>.

El presente informe tiene como objetivo contribuir de manera constructiva a que la implementación normativa del derecho a la consulta se ajuste a las normas internacionales y a nuestra Constitución Política, a fin de:

- i) Impulsar la institucionalización del diálogo y prevenir conflictos sociales.
- ii) Promover la inclusión de los pueblos indígenas en las políticas públicas y erradicar la discriminación en el proceso de toma de decisiones del Estado.
- iii) Contribuir al ejercicio efectivo de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

## 1 ANTECEDENTES

Con fecha 7 de enero de 2008, mediante Oficio N° 511-2007-2008ICPAAAE-CR, la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología del

<sup>1</sup> La Asamblea General adoptó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas el 13 de septiembre de 2007. Si bien este instrumento internacional no tiene carácter vinculante para los Estados - como sí lo tiene el Convenio 169- es preciso tomar en cuenta que al ser un documento que reconoce los derechos de los pueblos indígenas en una amplia gama de cuestiones, crea un marco para la discusión y el diálogo entre los pueblos indígenas y los Estados. En ese sentido, la Declaración tiene la potencialidad de crear consecuencias jurídicas en los Estados, ya que constituye un marco de referencia sobre los derechos a cuyo reconocimiento, garantía e implementación deben aspirar los países.

<sup>2</sup> Anteriormente denominado Programa de Comunidades Nativas.

Congreso de la República, solicitó la opinión de la Defensoría del Pueblo sobre el Proyecto de Ley N° 2016-2007-CR, que propone una Ley de Consulta y Participación de los Pueblos Indígenas en Materia Ambiental.

El 22 de mayo del 2008, con Oficio N° 411-2008-DP/PAD, nuestra institución emitió respuesta a dicho pedido, a través del Informe N° 019-2008-DP/ASPMA.PCN, en donde se concluyó lo siguiente:

“[...] la Defensoría del Pueblo considera un avance importante el Proyecto de Ley que busca regular el ejercicio del derecho de consulta, sin embargo considera que se deben agregar precisiones al mismo conforme se señala en el presente texto; y realizarse un debate público para enriquecer la propuesta legislativa dada la importancia de los derechos de consulta y participación”.

Posteriormente, el 14 de noviembre de 2008, la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología emitió un Dictamen favorable<sup>3</sup> al texto sustitutorio de los siguientes Proyectos de Ley:

- Proyecto de Ley N° 413/2006-CR que tiene por objeto regular la consulta previa en las comunidades indígenas para la explotación de recursos naturales.
- Proyecto de Ley N° 427/2006-CR que desarrolla el derecho a la consulta previa a que se refiere el Convenio 169.
- Proyecto de Ley N° 2016/2007-CR que tiene como objeto garantizar el consentimiento previo, libre e informado de los actos legales o administrativos y los proyectos referidos a ordenamiento territorial, realización de actividades de exploración y explotación de recursos naturales y obras de infraestructura que puedan afectar los derechos de los pueblos indígenas.

Sobre el referido Dictamen, el 05 de noviembre del 2008, mediante Oficio N° 627-2008-DP/PAD, dirigido a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, la Defensoría del Pueblo informó lo siguiente:

En tanto la participación ciudadana en general, como la consulta en particular, constituye procesos, y no simples actos, es importante no circunscribir la consulta a la mera realización de actos de naturaleza electoral, los que pudiendo ser parte del proceso, no lo agotan. Además, la búsqueda de consensos puede verse, en ocasiones, dificultada porque se centra en la formación de mayorías a través de procesos electorales.

La Defensoría del Pueblo considera que la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República debe incluir precisiones al texto sustitutorio del Proyecto de Dictamen recaído en los Proyectos de Ley N° 413/2006-CR, 427/2006-CR y 2016/2007-CR, que propone regular el derecho de consulta previa a los pueblos indígenas; por ello la Defensoría del Pueblo se encuentra elaborando una opinión sobre dicha propuesta normativa [...]

El 15 de octubre de 2008, a través del Oficio N° 331/2008-2009/CPAAAAE-CR, remitido por la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, se solicitó a la Defensoría del Pueblo, emita opinión respecto al Proyecto de Ley N° 2767, que propone crear la Mesa Permanente de Concertación con las Comunidades Nativas y Pueblos Originarios.

<sup>3</sup> En adelante se denominará a dicha propuesta como el Dictamen de consulta previa.

El 26 de septiembre del 2008 se instaló una Comisión Multipartidaria con la participación proporcional de representantes de todos los grupos parlamentarios. El Congreso de la República acordó que dicha comisión estaría encargada de evaluar y recomendar los lineamientos y las políticas públicas destinadas a brindar solución a la problemática de los pueblos indígenas. Entre los temas que viene analizando dicha Comisión está el derecho a la consulta previa a la adopción de medidas legislativas por el Congreso de la República.

## **2 SOBRE EL DICTAMEN RECAÍDO EN LOS PROYECTOS DE LEY N° 413/2006-CR, 427/2006-CR Y 2016/2007-CR; QUE, EN UN TEXTO SUSTITORIO PROPONE UNA LEY QUE REGULA EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

El Dictamen recaído en los Proyectos de Ley N° 413/2006-CR, 427/2006-CR y 2016/2007-CR, busca regular el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa e informada así como su derecho a expresar su consentimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 6°, 7° y 15° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes, aprobado mediante la Resolución Legislativa N° 26253.

El citado dictamen establece que los pueblos indígenas tienen derecho a ser consultados cuando en sus tierras, o en el ámbito de influencia de las mismas, se planeen la realización de proyectos relacionados con ordenamiento territorial, actividades extractivas u obras de infraestructura. El procedimiento de consulta se debe guiar obligatoriamente por los principios de buena fe, transparencia, oportunidad, libertad, información adecuada y veraz, así como el respeto a los usos y costumbres, normas y valores culturales de los pueblos indígenas. El no respetar el derecho de consulta conllevaría un vicio de validez o inaplicación del acto legal o administrativo.

También incluye el dictamen una definición operativa de pueblos indígenas. Se señala que estos pueblos tienen derechos anteriores a la formación del Estado Peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se reconocen a si mismos como tales.

De acuerdo con el dictamen, la decisión de los pueblos indígenas respecto a su conformidad o disconformidad con las actividades a realizar no tiene carácter vinculante, pero resulta obligatorio para el Estado ponderar la opinión que se exprese y, de ser el caso, prever la indemnización que corresponda, conforme lo establecido en el artículo 15° del Convenio 169 de la OIT. Del mismo modo se regula la oportunidad del procedimiento de consulta en distintos procedimientos, incluyendo el ordenamiento territorial, la realización de actividades extractivas y de obras de infraestructura.

De otro lado, se prevé que en caso de grave afectación o amenaza al ambiente y en casos de reiterado incumplimiento de compromisos socio ambientales asumidos por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, los pueblos indígenas puedan solicitar la realización de consultas para pronunciarse sobre la continuidad de la ejecución y finalización de las actividades.

Por otra parte, se regula el deber de información previa, cuando un acto normativo o administrativo pueda afectar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, sus

usos y costumbres, la autoridad estatal competente está obligada a informarles adecuadamente respecto de los motivos del acto, sus consecuencias probables y los mecanismos de participación ciudadana relevantes al respecto; cuando el acto a tomar requiera el conocimiento de información especializada o de documentos de cierta complejidad técnica, éstos deben ser redactados de manera que se facilite su comprensión y en la lengua de la población afectada. Si la complejidad del estudio lo exige, la autoridad competente debe facilitar, versiones simplificadas, sin perjuicio de recurrir a una asesoría calificada; o cuando la omisión de difusión de información adecuada previa a la decisión, es causal de nulidad del acto administrativo.

Respecto a la regulación de la consulta se requiere que previamente el Estado proporcione a los miembros de los pueblos indígenas, información oportuna, de manera adecuada y apropiada, clara y completa, en el idioma del pueblo indígena y a través de sus organizaciones representativas, considerando sus formas tradicionales de vida, a fin de que pueda ser comprendida plenamente.

Finalmente, se señala que la autoridad competente para aplicar y fiscalizar su cumplimiento es el Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos - INDEPA. También se indica que las consultas están a cargo de la Oficina Nacional de Procesos Electorales – ONPE, e incluye la participación de todos y todas los integrantes de las comunidades afectadas por el sistema de voto universal.

Del mismo modo, se hace referencia en el dictamen que en todos los procesos de consulta participa la Defensoría del Pueblo en calidad de veedor. También se indica que los pueblos indígenas participantes en el procedimiento de consulta podrán acreditar como veedores a representantes de sus organizaciones representativas, así como las de organismos internacionales cuya función sea la promoción de los derechos humanos.

De la revisión general del dictamen señalado podemos indicar que el mismo no desarrolla de manera integral el contenido esencial de este derecho, por cuanto:

- El Dictamen sólo se refiere al derecho a la consulta con relación a la realización de actividades económicas vinculadas los recursos naturales. Sin embargo, la consulta también se aplica a otros temas como la educación, salud, entre otros. Al respecto, es necesario una ley marco que contemple de manera integral el alcance del derecho a la consulta sobre aquellas medidas administrativas o legislativas, susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas.
- El Dictamen de consulta previa que analizamos establece que es responsabilidad del Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (INDEPA) contar con un padrón electoral que identifique a las personas que serán consultadas. Al respecto, el derecho a la consulta no es un proceso electoral, por ello dicha propuesta no se enmarca en lo establecido por el Convenio 169.
- No ha señalado las etapas procedimentales mediante las cuales debe desarrollarse el proceso de consulta.
- No detalla que la responsabilidad de realizar procesos de consulta le corresponde a las diversas instituciones de la administración pública, en todos los niveles y sectores del Estado.
- Se omite considerar que la consulta siempre debe ser previa. Así, en el artículo 8° se propone una consulta con posterioridad a la toma de decisión del Estado.
- Sólo enumera algunos principios del derecho de consulta pero no se desarrolla su contenido.

- No señala expresamente las características o elementos esenciales del derecho a la consulta, que hagan posible establecer claramente su connotación jurídica especial y distinta de otros derechos como la participación política.
- No precisa cómo se determinarán las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas que participarán en los procesos de consulta.
- No ha considerado la posibilidad que, finalizado un proceso de consulta, no se llegue a un acuerdo con los representantes de los pueblos indígenas. Estos supuestos requieren definir -de forma clara- las garantías que ofrece el Estado en tales casos, así como los mecanismos legales que tienen los pueblos indígenas para el respeto y protección de sus derechos.
- El Dictamen plantea que el Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos Amazónicos y Afroperuanos (INDEPA) sea el director de todos los procesos de consulta. En este aspecto, hay que considerar que lo óptimo es que el responsable del proceso de consulta sea la entidad que prevé adoptar una medida. En todo caso, el INDEPA podría tener una función de promoción, supervisión y fiscalización de cumplimiento del derecho a la consulta y el respeto de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.
- Se omite considerar la función de supervisión de la Defensoría del Pueblo, establecido por el artículo 162° de la Constitución y su autonomía constitucional, al establecerle una calidad de veedor.

Este diagnóstico inicial hace necesario que se desarrolle un análisis más detallado sobre la definición y características del Derecho a la Consulta. Por ello, a continuación desarrollaremos los principios y alcances de dicha institución, distinguiéndola de otras instituciones similares, y al mismo tiempo proveer de elementos que permitan enriquecer el contenido del dictamen.

### **3 SOBRE EL DESARROLLO DE UN MARCO LEGAL DEL DERECHO A LA CONSULTA**

Durante los últimos veinte años la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de prestar una atención especial a los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas. Como resultado de ello, varios instrumentos internacionales tratan los derechos de los pueblos indígenas o incluyen estipulaciones pertinentes a ellos.

El principal documento jurídicamente vinculante dedicado completamente a los derechos de los pueblos indígenas es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales<sup>4</sup> (en adelante el Convenio 169). Este fue ratificado por el Perú en 1993 mediante la Resolución Legislativa N° 26253, por tanto, las disposiciones referidas al derecho a la consulta son de cumplimiento obligatorio. El incumplimiento de la consulta, o su realización sin observar sus características esenciales, compromete la responsabilidad internacional de los Estados<sup>5</sup>.

Al respecto, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, en el documento “Principios

<sup>4</sup> La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es uno de los organismos especializados de las Naciones Unidas que desarrollan una actividad más intensa en defensa de los derechos de los pueblos indígenas, en particular sus derechos económicos y sociales.

<sup>5</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, Sentencia de 28 noviembre 2007, Serie C. N° 172. Consulta: 24 de abril de 2009. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.doc)

Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile”, visibiliza que:

[...] La Comisión de Expertos de la OIT ha establecido que “las disposiciones sobre consulta, y en particular el artículo 6, son las disposiciones medulares del Convenio 169 sobre las cuales reposa la aplicación de las demás disposiciones”<sup>6</sup>, reiterando en diversos informes que la “**consulta y participación constituyen la piedra angular del Convenio 169** en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo”<sup>7</sup>. [el resaltado es nuestro].

El derecho a la consulta, consagrado en el citado convenio internacional, se aplica a todas las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, independientemente del sector o nivel de gobierno. En razón de ello, es necesario establecer, a través de una norma marco de rango legislativo, los principios que regirán e inspirarán su ejercicio, los requisitos procedimentales aplicables por el Estado, entre otros aspectos. Ello permitirá superar la dispersión conceptual y la dificultad para entender el contenido de este derecho por las diversas entidades del Estado. El actual desarrollo sectorial y por cada nivel de gobierno del Convenio 169, con relación a la consulta, no ha permitido garantizar una aplicación homogénea ni adecuada de éste derecho<sup>8</sup>.

En este sentido, le corresponde al Congreso de la República el desarrollo legislativo del contenido del derecho a la consulta, tal como ha sido expuesto en las recomendaciones de la por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la Organización Internacional del Trabajo OIT<sup>9</sup>, en su informe emitido en la 79ª reunión, por la cual “*La Comisión insta al Gobierno a avanzar, inmediatamente, con la participación de los pueblos indígenas, en el diseño de mecanismos apropiados de*

<sup>6</sup> Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe de la CEACR 2004/75ª reunión. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, Ecuador, párrafo 3. Consulta: 24 de abril de 2009.

<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs2.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=9571&chapter=6&query=%23subject%3D20%40ref%2B%23ANO%3D2007&highlight=&querytype=bool&context=0>

<sup>7</sup> Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, Paraguay. Solicitud directa, párrafo 8. Consulta: 24 de abril de 2009.

<http://staging2.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs2.pl?host=status01&textbase=iloilc&document=702&chapter=13&query=C182%40ref%2B%23ANO%3D2007&highlight=&querytype=bool&context=0>

<sup>8</sup> Durante los últimos años, se han pronunciado diversas opiniones sobre el derecho a la consulta. Esta gama de opiniones revela la existencia de una dispersión conceptual y la dificultad para entender el contenido de este derecho. Así, por ejemplo, actos tan diversos como pedir una opinión a líderes indígenas, la realización de una audiencia pública o taller informativo, el acuerdo entre una empresa y una comunidad para el uso de tierras, y en general cualquier hecho que implique el relacionamiento comunitario en el marco de un proceso de negociación entre empresas y comunidades, son considerados “consulta”. En el extremo de este problema, se observan casos en los que poblaciones no indígenas acaban demandando el derecho a la consulta, ya que perciben a este derecho como la “receta mágica” que permitirá defender los derechos de los ciudadanos frente a las empresas que realizan actividades extractivas en el país. Finalmente, la “consulta” se ha hecho tan común que se ha olvidado considerar las características que definen, diferencian y caracterizan a este derecho, de cierta manera, desconociendo los alcances del Convenio 169.

<sup>9</sup> La Comisión de Expertos, órgano de control de la OIT, fue creada en 1926 y está compuesta por veinte juristas independientes. Tiene el mandato de vigilar la aplicación de los convenios ratificados por los Estados miembros de la OIT. Mediante sus observaciones y solicitudes directas, la Comisión de Expertos fija las pautas necesarias para que los Estados cumplan de manera adecuada con el contenido de los convenios internacionales del trabajo ratificados. Consulta: 24 de abril de 2009. [http://www.ilo.org/global/What\\_we\\_do/InternationalLabourStandards/ApplyingandpromotingInternationalLabourStandards/CommitteeofExperts/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/global/What_we_do/InternationalLabourStandards/ApplyingandpromotingInternationalLabourStandards/CommitteeofExperts/lang--es/index.htm)

*participación y consulta y lo exhorta a consultar a los pueblos indígenas antes de la adopción de las medidas referidas en los artículos 6 y 17, 2), del Convenio y a proporcionar informaciones sobre el particular*<sup>10</sup> [el resaltado es nuestro]

Por ello, debe resaltarse la importancia del interés y esfuerzo desplegado por la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología en la construcción de una norma que regule el derecho a la consulta previa. Por ello, la Defensoría del Pueblo considera que dada la importancia del tema, legislar sobre la materia debe considerar el establecimiento de una ley marco, mediante la cual se garantice el desarrollo efectivo de un proceso de consulta en las diversas entidades y niveles del Estado, cuando se trate de medidas administrativas o legislativas que afecten directamente a los pueblos indígenas.

Por ello, conforme lo señaló la Defensoría del Pueblo en sus Informes N° 016-2008-DP/ASPMA.PCN y N° 019-2008-DP/ASPMA.PCN, es importante que en el Perú cuente con una norma general que desarrolle el contenido esencial requerido para poder identificar un proceso como “consulta”, que garantice el ejercicio real del derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, así como los principios y aspectos básicos de este derecho, aplicables en todo acto administrativo o legislativo que los puedan afectar.

Es necesario resaltar que el derecho a la consulta -en el marco de un sistema democrático- promueve la inclusión de un sector importante de la población, el cual ha sido históricamente excluido del proceso de toma de decisiones estatales. En tal sentido, la consulta no debe ser entendida solamente como una obligación derivada del Convenio 169<sup>11</sup>, sino también como parte de la cultura de diálogo que debe primar en la gestión del Estado para el fortalecimiento de la gobernabilidad democrática<sup>12</sup>.

Esta característica es reconocida por la Comisión de Expertos (CEACR) cuando señala que ***“la consulta es el instrumento previsto por el Convenio para institucionalizar el diálogo, asegurar procesos de desarrollo incluyentes y prevenir y resolver conflictos”***<sup>13</sup> [el resaltado es nuestro]

Cabe señalar que diversos conflictos sociales<sup>14</sup> se suscitaron o agudizaron precisamente por la adopción de decisiones por parte del Estado sin atender el derecho a la consulta de los pueblos indígenas. En este contexto también se constata una creciente demanda de

<sup>10</sup> Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe de la CEACR 2008/79ª reunión. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 2009, Perú, párrafo 6. Consulta: 24 de abril de 2009. [http://www.dar.org.pe/hidrocarburos/observacion\\_c169\\_peru.pdf](http://www.dar.org.pe/hidrocarburos/observacion_c169_peru.pdf)

<sup>11</sup> Según el artículo 6.1 a) del Convenio N° 169, los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

<sup>12</sup> Hay que considerar, como un paso fundamental para garantizar la gobernabilidad democrática, la creación y el mantenimiento de espacios de diálogo institucionalizados en los que las diversas instancias del Gobierno y todos los sectores sociales, incluso los más marginados, puedan abordar, en forma conjunta, los temas que preocupan a la sociedad.

<sup>13</sup> Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe de la CEACR 2004/75ª reunión. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, Ecuador, párrafo 3.

<sup>14</sup> Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe de la CEACR 2008/79ª reunión. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 2009, Perú, párrafo 6. “La Comisión toma nota que el 19 de mayo de 2008 se aprobó el decreto legislativo núm. 1015, mediante el cual se modificó el número de votantes que se requerían para disponer del territorio comunal [...] ante la crítica generalizada, esta norma fue modificada el 28 de junio de 2008 por el decreto legislativo núm. 1073 que también flexibiliza las condiciones para disponer del territorio comunal. Indican que esta legislación no ha sido consultada”.

inclusión en los procesos de toma de decisión en las diversas instancias del Estado por parte de los propios pueblos indígenas.

La Defensoría del Pueblo ha advertido que en el proceso de análisis, debate y aprobación de los proyectos de ley por el Congreso de la República, se necesita afianzar los canales de diálogo con los representantes de los pueblos indígenas. Para ello se requiere contar con **procedimientos específicos y adecuados** para garantizar el derecho a la consulta<sup>15</sup>.

Con relación a la planificación y adopción de las medidas legislativas o administrativas, las consultas deben responder a procedimientos formalizados, sistemáticos, replicables y transparentes tal como lo ha señalado el Relator Especial de las Naciones Unidas para este tema<sup>16</sup>. Este requisito responde a la necesidad de dotar de seguridad jurídica a todo acto del Estado, así como a los objetivos de adecuación y representatividad de las consultas a los pueblos indígenas, evitando arbitrariedades y conflictos innecesarios. La adopción de dichos procedimientos debería ser en sí mismo un proceso consensuado, con la participación activa de los pueblos indígenas.

Por estas consideraciones, en opinión de la Defensoría del Pueblo, el Congreso debería establecer mediante una ley marco los principios y aspectos básicos del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, que sirva de base para la posterior reglamentación en materias específicas<sup>17</sup>. Siendo consecuente con los objetivos de dicha norma, su contenido debiera ser desarrollado contando con los aportes previos de las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas<sup>18</sup>.

### **3.1 Con relación a las Disposiciones Generales**

#### **3.1.1 Objeto de la Ley**

La norma que regule el derecho a la consulta previa debe desarrollar desde una perspectiva intercultural el contenido, los principios y aspectos básicos de este derecho, garantizando la intervención de los pueblos indígenas en el proceso de toma de decisiones del Estado, sobre aquellas medidas administrativas y/o legislativas que pudieren afectarles, de tal manera que se pueda asegurar las condiciones de igualdad y pleno ejercicio de sus derechos económicos, sociales y culturales.

#### **3.1.2 Definición del derecho a la consulta**

<sup>15</sup> El Relator Especial de Naciones Unidas para este tema refiere que la expresión “procedimientos adecuados” debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta. También señala que no hay un único modelo de procedimiento apropiado y éste debería tener en cuenta las circunstancias de los pueblos indígenas, así como la naturaleza de las medidas consultadas. Sobre el procedimiento a utilizarse, indica que éste debería tomar en cuenta la opinión de los diferentes pueblos que participan en la consulta, de manera que el procedimiento sea considerado apropiado por todas las partes.

<sup>16</sup> Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. “Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile” Párr. 34. Consulta: 24 de abril de 2009. [http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator\\_especial\\_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf](http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf)

<sup>17</sup> Defensoría del Pueblo, Informe N° 019-2008-DP/ASPMA.PCN, Comentarios al Proyecto de Ley de Consulta y Participación de los Pueblos Indígenas en Materia Ambiental, remitido al Congreso de la República mediante oficio N° 511/2007-2008/CPAAAE-CR.

<sup>18</sup> El Relator Especial de Naciones Unidas para este tema, indica que no deben confundirse las “instituciones representativas de los pueblos indígenas” con las “organizaciones más representativas” de estos pueblos.



A partir de una lectura integral del Convenio 169, el derecho a la consulta puede ser definido como *el derecho de los pueblos indígenas a que la adopción de medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarlos directamente, sea antecedida de un proceso de diálogo entre sus instituciones representativas y el Estado. El proceso de consulta tiene por finalidad llegar a un acuerdo o consentimiento sobre las medidas administrativas o legislativas propuestas, en el marco de un diálogo intercultural de buena fe, basado en la generación de relaciones que propicien la equidad y el respeto.*

### 3.1.3 Ámbito del derecho a la consulta

La obligatoriedad de realizar procesos de consulta no se limita sólo a las medidas que la administración pública adopta para autorizar o regular proyectos de desarrollo, infraestructura, tierras o recursos naturales<sup>19</sup>, sino que se extiende incluso ante cualquier medida administrativa o legislativa capaz de afectar a los pueblos indígenas. Es decir, medidas vinculadas con el ejercicio y pleno respeto de sus derechos fundamentales, individuales y colectivos, como por ejemplo el derecho a la salud, educación, identidad cultural y otros.

En cualquier caso, la Defensoría del Pueblo considera que debe consultarse previamente toda medida legislativa o administrativa cuando se prevea que la implementación de las medidas, los pudiera afectar directamente. El carácter positivo o negativo de los posibles efectos es un factor que en ambos supuestos resulta irrelevante.

En tal sentido, resulta necesario que tomando en consideración lo anteriormente expuesto el Dictamen de consulta previa establezca con claridad:

- a) Cuáles son las medidas que corresponde consultar, y
- b) Qué es lo que se debe entender por “medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas”.

### 3.1.4 Finalidad del derecho a la consulta

El Convenio 169 señala que la finalidad del derecho a la consulta es garantizar la inclusión de los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisión del Estado sobre aquellas medidas administrativas o legislativas que pudiera afectarles. Esta inclusión se realiza a través de procesos de diálogos interculturales con los pueblos indígenas para lograr su consentimiento o llegar a un acuerdo, efectuados de buena fe, con participación real y efectiva de estos pueblos.

---

<sup>19</sup> La Defensoría del Pueblo, en el Informe Extraordinario sobre los Conflictos Socioambientales por Actividades Extractivas en el Perú ha señalado la importancia de las actividades extractivas para el país. Asimismo, también es claro que los riesgos ambientales y sociales de las actividades extractivas son mayores que los de otros sectores, pero de allí no se desprende que el país deba abandonar estas actividades, ya que aportan recursos e ingresos esenciales para el desarrollo nacional. Más aún, las actividades extractivas también se realizan en países desarrollados en los cuales la preocupación ambiental es prioritaria en las agendas nacionales, lo que permite desarrollar la actividad de manera que se puedan controlar sus externalidades negativas, a esto debemos apuntar. La existencia de importantes riesgos ambientales implica, empero, que debemos ser particularmente cuidadosos respecto de la gestión ambiental y social de los proyectos, a la vez que debemos lograr una transferencia de beneficios significativos de tales proyectos al país y a los pueblos indígenas u originarios.

Los procesos buscan garantizar que las decisiones del Estado protejan derechos fundamentales de los pueblos indígenas y los incluyan en la gestión y desarrollo de políticas públicas que les conciernan. Por ello, corresponde al Estado peruano implementar los mecanismos que garanticen un proceso de diálogo intercultural y respetuoso con los pueblos indígenas con el deseo sincero de conseguir su consentimiento o de llegar a un acuerdo en forma previa al momento en que el Estado adopte cualquier tipo de medida administrativa o legislativa.

Aunque corresponde al Estado -y es su responsabilidad- adoptar la decisión final sobre las medidas administrativas o legislativas, esta no debe realizarse sin agotar los procedimientos adecuados que busquen lograr el consentimiento o el acuerdo con los representantes de los pueblos indígenas.

El carácter “adecuado” o no de la consulta a los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas, no responde a una fórmula unívoca, sino que depende en gran medida del ámbito o alcance de la medida específica que es objeto de consulta y de la finalidad de la misma.

Es necesario resaltar la importancia de lograr que el diálogo intercultural entre el Estado y los actores involucrados con relación a la decisión que se adopte no se agote con el derecho a la consulta, sino que el diálogo deba extenderse a su implementación, seguimiento y evaluación mediante el derecho a la participación ciudadana, ya que esto permitirá garantizar la participación de los pueblos indígenas en la implementación de la medida, conseguir su sostenibilidad en el tiempo y vigilar si su implementación se adecua a los compromisos adoptados, respetando sus derechos individuales y colectivos.

### 3.1.5 Sujetos del derecho a la consulta: ¿Quiénes serán consultados?

El Convenio 169 reconoce a los pueblos indígenas el derecho a ser consultados a través de sus instituciones representativas<sup>20</sup>. Previamente, es necesario conocer quiénes conforman los “pueblos indígenas”<sup>21</sup>. Para ello, dicho Convenio no establece una definición pero nos refiere dos criterios para la identificación de los pueblos indígenas<sup>22</sup>:

- Un elemento objetivo por el cual, un grupo humano se considera como un colectivo distinto al resto de la sociedad al descender de las poblaciones que originalmente habitaban el país al momento de la conquista, colonización o establecimiento de las fronteras actuales. Este colectivo tiene estilos de vida tradicionales, cultura y manera de vivir distintos de los otros sectores de la población nacional, organización social propia, y costumbres y leyes tradicionales. Estos elementos pueden ser cumplidos de forma total o parcial<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Artículo 6 del Convenio N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

<sup>21</sup> Pese a que no existe una definición única y libre de ambigüedades, el término “pueblos indígenas” ha sido adoptado por un gran número de gobiernos, agencias internacionales y, sobre todo, movimientos de pueblos que se auto-identifican como indígenas. Esta denominación ha alcanzado difusión internacional en el contexto de los debates relativos a los derechos de los “pueblos originarios”, los “nativos”, las “poblaciones indígenas”, “comunidades”, entre otras denominaciones.

<sup>22</sup> Artículo 1 del Convenio N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

<sup>23</sup> El Convenio N° 169 deja abierta la categorización como indígena al cumplimiento de uno o varios criterios considerados bajo el rubro de «continuidad histórica», lo que permite, por ejemplo, la inclusión de grupos que han perdido sus territorios ancestrales, pero que conservan algún o algunos de los aspectos que los distinguen como indígenas frente al resto de la sociedad. De aquí se infiere también que el término indígena no sólo se

- Un elemento subjetivo es la conciencia de pertenecer a un colectivo distinto del resto de los sectores de la población nacional.

Ahora bien, respecto al caso peruano, cabe mencionar que la Constitución Política en el Capítulo VI, referido al “régimen agrario y de las comunidades campesinas y nativas”, no se hace una mención expresa a los pueblos indígenas. La Carta Magna reconoce sólo dos formas de organización, como son: las comunidades campesinas<sup>24</sup> y nativas<sup>25</sup>, como personas jurídicas autónomas en su organización, trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo<sup>26</sup>. Sin embargo, a partir de una reforma del texto constitucional, el Capítulo XIV del Título IX sobre Descentralización, se hace una referencia directa a las comunidades nativas y pueblos originarios. Como vemos, el texto constitucional no hace referencia a la denominación específica de pueblos indígenas.

Posteriormente, a partir la Ley N° 27811, Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos, se trata de dar contenido a este término, estableciendo que la denominación “indígenas” comprende y puede emplearse como sinónimo de “originarios”, “tradicionales”, “étnicos”, “ancestrales”, “nativos” u otros vocablos, por lo que no es necesario que los pueblos indígenas se denominen a sí mismos como tales, pudiendo utilizar nomenclaturas distintas para su auto identificación. También debe incluirse como pueblos indígenas a aquellos que se encuentran en situación de aislamiento o contacto inicial.

Sin embargo, pese a lo establecido por la citada ley, las diferentes denominaciones han traído consigo una serie de confusiones e interpretaciones disímiles respecto a quienes conforman los pueblos indígenas en el Perú, que incluso han llegado a considerar que las comunidades campesinas no constituyen pueblos indígenas<sup>27</sup>. Por ello, la Comisión de

---

refiere a la población originaria de un territorio determinado sino también, a aquellos pueblos que, no siendo nativos de un territorio, habitaban en éste antes de la llegada de los grupos culturalmente distintos a los que vencieron o dominaron.

<sup>24</sup> El artículo 2º de la Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, establece que estas comunidades son reconocidas por el Estado como organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.

<sup>25</sup> El artículo 8º de la Ley 22175, Ley de Comunidades Nativas las define: “Las Comunidades Nativas tienen origen en los grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso”.

<sup>26</sup> Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe de la CEACR 2008/79ª reunión. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 2009, Perú, párrafo 3. “La Comisión toma nota que el Gobierno informa que el reglamento de la ley núm. 28945, Ley del Instituto Nacional de Pueblos Andinos, señala en su artículo 2 las definiciones que abarcarían a los pueblos andinos, pueblos amazónicos y pueblos afroperuanos. La Comisión toma nota que según el Gobierno las comunidades campesinas y las comunidades nativas están incluidas en el reconocimiento de sus derechos étnicos y culturales como colectividades similares a los pueblos indígenas, enfatizando los aspectos sociales, políticos y culturales. Esta afirmación parece ser positiva en el sentido de que confirma anteriores memorias del Gobierno y comentarios de la Comisión en el sentido de que las comunidades indígenas están cubiertas por el Convenio independientemente de su denominación.”

<sup>27</sup> Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe de la CEACR 2008/79ª reunión. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 2009, Perú, párrafo 2. “Las comunicaciones indican que en Perú se utilizan diversas categorías para referirse y reconocer a los pueblos indígenas y como resultado no queda claro a quién se aplica el Convenio. Explican que la

Expertos en Aplicación de convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT ha manifestado lo siguiente:

*La Comisión nota que según las comunicaciones habría diferentes grados de aplicación del Convenio según la denominación de la comunidad. Observa, además, que la terminología utilizada en las diferentes leyes genera confusión y que **la denominación o diferentes características de los pueblos no afectan su naturaleza en lo que concierne al Convenio si se encuentran comprendidas en el artículo 1, párrafo 1), del Convenio** [el resaltado es nuestro]*

*[...] parece haber diferencias en la aplicación del Convenio, especialmente en cuanto a su alcance. **La Comisión considera que, en la medida en que las comunidades campesinas reúnen los requisitos del artículo 1, párrafo 1, del Convenio, deben gozar de la protección integral del Convenio independientemente de las diferencias o similitudes con otras comunidades, e independientemente de su denominación** [el resaltado es nuestro]*

*[...] La Comisión señala una vez más a la atención del Gobierno **que las variadas denominaciones y tratamiento legislativo genera confusión y dificulta la aplicación del Convenio**<sup>28</sup> [el resaltado es nuestro]*

Desde hace varios años, la Comisión se refiere a esta cuestión, por ello en 1998, en una solicitud directa “la Comisión se permite sugerir al Gobierno que proporcione un criterio unificado de las poblaciones que son susceptibles de ser cubiertas por el Convenio, ya que las varias definiciones y términos pueden dar lugar a confusión entre poblaciones campesinas, indígenas, nativas, de la sierra, de la selva y de la ceja de selva”<sup>29</sup>.

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

En consecuencia, Comisión de Expertos en Aplicación de convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT *está solicitando nuevamente al Gobierno que:*

*[...] **proporcione**, en consulta con las instituciones representativas de los pueblos indígenas, **un criterio unificado sobre los pueblos susceptibles de ser cubiertos por el Convenio**, que ponga fin a la confusión resultante de las varias definiciones y términos*

---

categoría jurídica de «pueblos indígenas» no se encuentra en la Constitución, que el sujeto jurídico creado por la colonia y admitido por la Constitución y la mayor parte de la legislación es el de «comunidad». Indican que en el país hay comunidades campesinas y nativas y que se encuentran registradas 6.000 comunidades. Se refieren concretamente a leyes que utilizan los términos «comunidades nativas», o «campesinas» o «pueblos indígenas» de forma paralela a veces, y diferenciada otras, y que además hay diferencia en los grados de aplicación del Convenio. Indican, por ejemplo, que en el caso de las comunidades nativas se han venido dando una serie de medidas afirmativas para garantizar mejor el derecho a la consulta; sin embargo, se habrían producido pocos avances en el cumplimiento del Convenio cuando se trata de comunidades campesinas de la costa y de la sierra del país”.

<sup>28</sup> Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe de la CEACR 2008/79ª reunión. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 2009, Perú, párrafo 4.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

y a proporcionar informaciones sobre el particular. Además, insta al Gobierno a que tome las medidas necesarias para garantizar que todos quienes estén comprendidos en el artículo 1 del Convenio queden cubiertos por todas sus disposiciones y gocen de los derechos contenidos en el mismo en igualdad de condiciones, y a proporcionar informaciones sobre el particular<sup>30</sup> [el resaltado es nuestro]

Por todo lo anteriormente expuesto, consideramos importante remarcar que independientemente de la denominación empleada, lo que importa es su reconocimiento como sujetos de derechos, individuales y colectivos, reconocidos a nivel nacional e internacional, teniendo en cuenta los criterios objetivo y subjetivo del Convenio 169.

### 3.1.6 Identificación y registro de pueblos indígenas y de sus instituciones representativas<sup>31</sup>

La determinación de qué población es indígena y cuál no lo es, resulta primordial para aplicar el procedimiento de consulta. Ahora bien, con respecto a la identificación de los pueblos indígenas en el Perú, debemos anotar que a la fecha, es responsabilidad del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (INDEPA) elaborar y mantener actualizada la estadística de pueblos andinos, amazónicos y Afroperuanos. Esta función a la fecha sólo es cumplida parcialmente, puesto que sólo se cuenta con una relación de comunidades campesinas y nativas. Sólo se identifican como pueblos indígenas, a aquellos que se organicen como comunidades, sin incorporar el caso de las comunidades que no han iniciado su proceso de reconocimiento, de aquellas que se encuentren en trámite, el caso de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o contacto inicial, o incluso, de las poblaciones indígenas que viven en las ciudades<sup>32</sup>.

En consecuencia, no se cuenta con un registro oficial indígena, que nos permita identificar a un individuo como indígena andino o amazónico, partiendo del auto reconocimiento (criterio de identificación subjetivo), independientemente del colectivo al que pertenezca. Sobre el particular podemos indicar que, los diversos esfuerzos esgrimidos desde el Estado no resultan suficientes, por lo siguiente:

- La identificación de las personas, tarea a cargo del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), no registra como dato de identificación de la persona, su auto reconocimiento como indígena.

<sup>30</sup> Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Op. cit.

<sup>31</sup> El dictamen de consulta previa señala que: "Para la aplicación de la presente Ley, son pueblos indígenas todos aquellos que están comprendidos en el artículo 1º del Convenio 169" Aunque dicha definición parece ser suficiente, no debemos olvidar que en el Perú se utilizan indistintamente diversos términos para referirse a los pueblos indígenas (pueblos originarios, poblaciones andinas u amazónicas, comunidades campesinas o nativas, entre otros). En tal sentido, remitirse al Convenio 169 no es suficiente, ya que la situación jurídica de comunidad no necesariamente implica que sus miembros se auto identifiquen como indígenas u originarios. Por otro lado, esto tampoco permite considerar a aquellas poblaciones rurales que no están organizadas comunalmente, pero sí conservan parcial o totalmente las características consideradas en el Convenio 169.

<sup>32</sup> El Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH) editó y presentó durante el 2008 el texto "Los pueblos originarios de la Ciudad de México. Atlas Etnográfico". Pablo Yanes, el investigador y funcionario del Gobierno del Distrito Federal que comentó el documento subrayó la necesidad de construir una nueva mirada sobre las ciudades, "cada vez más pluriculturales y, otra, sobre los pueblos indígenas, cada vez más urbanos; ambos estudios serían una muy buena ruta de investigación, producción y conocimiento encaminado a la definición de políticas públicas". "En el Atlas se advierte la construcción de un nuevo sujeto político, que son los indígenas urbanos, tanto en su modalidad de comunidades de residentes como de pueblos, en el caso del Distrito Federal." Consulta: 24 de abril de 2009. Disponible en: <http://www.cd hdf.org.mx/index.php?id=dfeago08moravazquez>

- El censo indígena, que efectúa el Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (INEI), se realiza únicamente a la población indígena amazónica, a partir de encuestas efectuada sólo a los jefes de las comunidades y no persona a persona. Es decir la población indígena andina y aquella que vive fuera de sus comunidades a lo largo del territorio nacional aún no es incorporada adecuadamente en este tipo de estadísticas.
- En el Censo Nacional 2007, a nivel de criterio objetivo, para identificar a los pueblos indígenas, el INEI ha utilizado sólo la variable lengua; sin embargo a nivel de criterio subjetivo se omitió desarrollar la variable “auto identificación”.

Por lo expuesto, la determinación de la población indígena en el Perú aún no se ajusta a lo establecido por el Convenio 169. Ello también dificulta la identificación de sus instituciones representativas.

Es necesario remarcar que los pueblos indígenas ejercen su derecho a la consulta a través de sus instituciones representativas<sup>33</sup>. Ello quiere decir que adicionalmente a la identificación de los propios pueblos, es necesario contar con una identificación y registro de sus instituciones representativas. Al respecto, INDEPA aún no cuenta con un registro oficial de instituciones representativas de los pueblos indígenas en el Perú.

Corresponde a los pueblos indígenas establecer sus propios mecanismos de representación (instituciones representativas) ante el Estado. Adicionalmente, siguiendo la indicación de la Comisión de Expertos, es necesario resaltar la importancia de prever la participación de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas en la fijación de los criterios y mecanismos de identificación. Esto podría resultar útil para elegir una terminología adecuada que genere aceptación e identificación en la población, en vez del rechazo por temor a la discriminación que tradicionalmente acompañó el término indígena.

### 3.1.7 Principios<sup>34</sup>

Recientemente el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, ha manifestado que:

El ejercicio del deber de consultar a los pueblos indígenas debe ser interpretado de forma flexible, dependiendo de la medida objeto de la consulta, y de las circunstancias específicas de cada país, incluyendo la institucionalidad y procedimientos constitucionales. Sin embargo, los órganos internacionales de derechos humanos han desarrollado una serie de criterios que sientan los criterios mínimos y requisitos

<sup>33</sup> Artículo 6 del Convenio N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

<sup>34</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que para la efectividad del goce y ejercicio de los derechos humanos por las personas es esencial una interpretación correcta de las normas que los consagran a fin de identificar las obligaciones del Estado. Al respecto, en el sistema interamericano, existe la idea de integralidad en las letras c) y d) del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La primera no permite que se interprete ninguna norma en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”. Por su parte, el artículo 29.c) refleja la posición del sistema interamericano en el sentido de que los tratados no conceden derechos humanos sino sólo los reconocen y que pueden existir derechos humanos, aunque no hayan sido formalmente reconocidos en un cuerpo jurídico.

esenciales del deber estatal de la consulta a considerar para hacer operativa y válida la consulta en circunstancias específicas<sup>35</sup>. [el resaltado es nuestro]

En tal sentido, la Defensoría del Pueblo considera pertinente que la ley marco que regule el proceso de consulta a los pueblos indígenas establezca principios rectores, que permitan:

- a) Suplir los vacíos normativos.
- b) Servir de parámetros para la emisión de otras disposiciones de carácter específico, relativas a la consulta.
- c) Resolver las controversias que puedan suscitarse durante la implementación de la Ley.

Por ello, proponemos los siguientes principios:

- a. **Legalidad.** Las autoridades de la administración pública deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y los tratados internacionales ratificados, en particular aquellos que versan sobre derechos humanos<sup>36</sup>, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.
- b. **Libertad.** La participación de los pueblos indígenas en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno.
- c. **Oportunidad.** El proceso de consulta debe ser realizado siempre de forma previa a la decisión de implementar una medida legislativa o administrativa.
- d. **Representatividad.** El proceso de consulta debe ser realizado mediante la participación de las instituciones y organizaciones que representan a los pueblos indígenas.
- e. **Inclusividad**<sup>37</sup>. Los pueblos indígenas que pueden resultar afectados con la medida deben estar representados en el proceso de consulta. A mayor inclusión, mayor es la legitimidad que se logra para alcanzar los acuerdos deseados.
- f. **Presunción de identidad.** El derecho a la consulta le corresponde a los pueblos indígenas a través de sus instituciones u organizaciones representativas. En tal

<sup>35</sup> Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. "Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile" 24 de abril de 2009.

<sup>36</sup> Los tratados de derechos humanos, a diferencia de otros tratados internacionales, confieren derechos a los individuos frente al Estado, el que, a su vez, tiene obligaciones para con ellos. La Corte Interamericana en su Opinión Consultiva 02/82, expresó: "La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes [...]. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción..." Un orden internacional de protección de los derechos humanos, sin embargo, pretende como fin último el fortalecimiento de los derechos en el ámbito nacional, en su ordenamiento jurídico y en sus prácticas. Desde este punto de vista, es importante que los Estados conozcan con exactitud el alcance de sus obligaciones en esta materia.

<sup>37</sup> La inclusividad resulta especialmente relevante en contextos donde patrones históricos de exclusión subyacen a los problemas sociales que deben abordarse. La inclusividad es un requisito indispensable para que el proceso de diálogo sea legítimo y el resultado, contundente. Asimismo, refleja el concepto, de que si la inclusividad no es integral, puede comprometer la sostenibilidad de los acuerdos logrados.

sentido, el Estado no puede negar el derecho a la consulta sin antes demostrar la falta de concurrencia de los aspectos subjetivos y objetivos que caracterizan a los pueblos indígenas, de acuerdo al Convenio 169.

- g. **Participación.** Las autoridades de la administración pública deben garantizar que los pueblos indígenas participen en la toma de decisión de las medidas administrativas o legislativas que prevea implementar el Estado.
- h. **Igualdad de Oportunidades**<sup>38</sup>. Las autoridades de la administración pública deben garantizar igualdad de oportunidades para acceder a recursos humanos, financieros y materiales a los pueblos indígenas durante el proceso de consulta.
- i. **Interculturalidad.** El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas, contribuyendo al reconocimiento del valor de las diversas culturas<sup>39</sup>.
- j. **Buena fe.** Las autoridades de la administración pública analizan y valoran la posición de la población indígena durante el proceso de consulta, tomando en cuenta que la finalidad de dicho proceso es llegar a un acuerdo o un consentimiento antes de adoptar una decisión final respecto alguna medida que se prevé realizar.
- k. **Transparencia.** Las autoridades de la administración pública deberán proporcionar información suficiente, necesaria, con adecuación cultural y en su idioma, empleando procesos metodológicos adecuados, a efectos de garantizar un proceso de diálogo real con los pueblos indígenas.
- l. **Flexibilidad.** La consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida, circunstancia y a las características especiales de un determinado grupo étnico o población indígena<sup>40</sup>.
- m. **Accesibilidad.** En ausencia de mecanismos institucionales específicos de consulta a los pueblos indígenas con relación a las medidas administrativas o legislativas, deberán buscarse procedimientos que sean accesibles a la participación del mayor número de pueblos y comunidades indígenas, teniendo en cuenta las limitaciones materiales, institucionales y temporales existentes.
- n. **Igualdad y no discriminación.** El proceso de consulta conjuga la igualdad en el trato y el respeto de la diferencia y la identidad, sin discriminación a los pueblos indígenas.

<sup>38</sup> "Sentarse a la mesa no implica estar en igualdad de condiciones". A modo de ejemplo, se menciona la relativa vulnerabilidad de los pueblos indígenas en América Latina "en términos de capacidades, experiencias, etcétera". cuando entablan conversaciones con representantes del Gobierno. Citado en Informe interno del PNUD "Strategic Outlook on Dialogue", de GERSON, Mark. Junio de 2005, pág. 10.

<sup>39</sup> Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, Sentencia de 28 noviembre 2007, Serie C. Nº 172. Dicha sentencia afirma que el Estado tiene el deber de consultar a los pueblos indígenas según sus costumbres y tradiciones, tomando en cuenta "los métodos tradicionales del pueblo indígena para la toma de decisiones".

<sup>40</sup> El Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, ha señalado que no existe una única fórmula para todos los países y para todas las circunstancias en relación con el ejercicio del deber de consultar a los pueblos indígenas en relación con las medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectar directamente a sus derechos e intereses. Así, el artículo 34 del Convenio 169 establece que "La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país".



### 3.2 Características del proceso de consulta

Desarrollar un proceso en el cual el Estado y los pueblos indígenas, respetándose mutuamente, dialoguen con la finalidad de lograr un consentimiento o llegar a un acuerdo, requiere establecer las características que debe tener tal proceso. En base a lo establecido por el Convenio 169. La Defensoría del Pueblo ha identificado las siguientes características:

- a. **La realización de una consulta es responsabilidad del Estado.** La consulta debe ser realizada por el Estado peruano a través de las instituciones de la administración pública que prevean implementar una medida administrativa o legislativa que pueda afectar de forma directa a los pueblos indígenas.

Dicho proceso deberá ser supervisado y fiscalizado por el Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (INDEPA), a fin de que se realice con las máximas garantías para los pueblos indígenas.

- b. **La Consulta se realiza sobre medidas que pudiesen afectar directamente a los pueblos indígenas.**
- c. **La Consulta es previa a la toma de decisión por el Estado.** La consulta debe realizarse siempre con anterioridad a la toma de una decisión por parte de la institución de la administración pública responsable.
- d. **La Consulta requiere un tiempo razonable que garantice el desarrollo del proceso de diálogo.** Es necesario fijar tiempos razonables para ambas partes, a fin de no afectar el proceso de toma de decisiones de los pueblos y tampoco del Estado.

El carácter “adecuado” de las consultas tiene una dimensión temporal, que depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión. En los términos de la OIT, “**se deben prever los tiempos necesarios** para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales [...] si éstos no se tienen en cuenta, será imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la consulta previa y la participación”<sup>41</sup>. [el resaltado es nuestro]

- e. **La Consulta requiere la participación de instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas que serán consultados.** Los pueblos indígenas eligen a quienes los representarán. Es importante que la institución representativa deba ser definida según la información que proporcionen las propias poblaciones indígenas. Les corresponderá a las autoridades garantizar la participación de las instituciones u organizaciones representativas.

<sup>41</sup> Informe del Comité sobre la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999) Párr. 79.

El Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas ha puntualizado que:

[...] los criterios mínimos de representatividad (i) dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas; (ii) deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos; (iii) debe incluir distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos; y (iv) conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género<sup>42</sup>.

- f. La Consulta requiere una metodología intercultural.** La consulta debe realizarse sobre la base de una metodología intercultural, mediante la cual, se produzca un entendimiento entre los consultados y quiénes la efectúan. Esto implica sensibilizar y capacitar a las autoridades y a los representantes indígenas con herramientas que permitan el diálogo intercultural respetando las costumbres y formas de aprendizaje de ambos actores.

Asimismo, es necesario que la consulta se desarrolle con la participación de profesionales capacitados en herramientas interculturales, que brinden asistencia técnica a los participantes indígenas para procesar la información que reciben, faciliten el desarrollo de propuestas alternativas; y ayuden a los funcionarios que participan a comprender la posición y la motivación de los pueblos, sus instituciones u organizaciones representativas.

- g. La Consulta requiere el uso del idioma o idiomas propios de los pueblos indígenas que serán consultados.** La accesibilidad de los procedimientos de consulta debe tener en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas, particularmente en aquellas áreas donde la lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena.

El artículo 12 del Convenio 169, establece el deber estatal de adoptar “medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”.

El empleo de la lengua materna de los consultados permitirá generar mayor confianza en sus formas de comunicación. Para ello las instituciones del Estado que desarrollen procesos de consulta deben contar con intérpretes registrados y capacitados en los temas que van a ser objeto de consulta.

Los intérpretes deberán estar presentes en todo el proceso para garantizar una comunicación en dos vías: del Estado a los consultados y de éstos al Estado. Su presencia es clave en la etapa de explicación de las propuestas y en el recojo de las opiniones de los representantes indígenas.

La Defensoría del Pueblo considera que es especialmente importante que el Estado cuente con una base de datos de intérpretes registrados y capacitados, para evitar que se realicen actividades con la colaboración de personas que,

---

<sup>42</sup> Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. “Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile” 24 de abril de 2009.

actuando de intérpretes, no cuentan con la capacitación suficiente para transmitir información especializada y no cumplen adecuadamente su rol, lo que limita la participación de los representantes indígenas y de los propios funcionarios del Estado.

- h. La Consulta se desarrolla en lugares que propicien la participación.** La consulta debe realizarse en el lugar que garantice la participación de las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas. El lugar seleccionado debe reunir condiciones de espacio, seguridad y tranquilidad para un diálogo adecuado. Además, la entidad del Estado que esté a cargo debe prever los medios de financiamiento necesarios para el desplazamiento de los representantes de instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas.
- i. La Consulta es un proceso que se agota con la toma de decisión por parte de la institución de la administración pública responsable.** Sin embargo, en caso que los pueblos indígenas no se encuentren de acuerdo con la medida adoptada por el Estado, deben contar con mecanismos legales para cuestionar tal decisión, en caso consideren que se vulneran sus derechos fundamentales.  
*En este aspecto, el derecho a un recurso es de fundamental importancia para la efectividad de los demás derechos humanos y constituye uno de los pilares básicos de un Estado de Derecho*<sup>43</sup>.

### 3.3 Con relación al Proceso de Consulta

Durante el desarrollo del proceso de consulta, se deberán ejecutar acciones adecuadas para que la participación de los representantes de los pueblos indígenas sea real y efectiva en el proceso de toma de decisiones de la entidad, teniendo en cuenta que su finalidad es llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento.

Al respecto, una de las situaciones más comunes es la realización de audiencias públicas o talleres informativos. La Comisión de Expertos de la OIT ha reiterado que *“una reunión de mera información no se puede considerar de conformidad con lo dispuesto en el Convenio”*, particularmente por la falta de establecimiento de un **“diálogo genuino entre ambas partes signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común”**<sup>44</sup>. [el resaltado es nuestro]

#### 3.3.1 De las etapas del Proceso de Consulta

La Defensoría del Pueblo considera que es necesario que la propuesta legislativa establezca las etapas del proceso, a fin de generar seguridad y previsibilidad sobre su desarrollo en los interesados. Adicionalmente las funciones y responsabilidades de los funcionarios del Estado deben estar claramente delimitadas. Por ello, proponemos que el procedimiento tenga en cuenta por lo menos las siguientes etapas:

<sup>43</sup> Al respecto, el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos de violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”

<sup>44</sup> Informe del Comité sobre la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párrafo 90.

- i. **Verificación**<sup>45</sup>. La entidad estatal deberá identificar si el acto administrativo o legislativo que prevé emitir afectará o no los pueblos indígenas, para determinar si resulta procedente o improcedente realizar un proceso de consulta. Para ello deberá solicitar opinión previa al INDEPA, la que será vinculante<sup>46</sup>.
- ii. **Identificación**. De proceder la consulta, la entidad estatal encargada de ejecutar el proceso solicitará al INDEPA la identificación de los pueblos indígenas que resultarían afectados. Además, proporcionará el detalle de las instituciones y organizaciones indígenas que los representan a efectos de la consulta<sup>47</sup>.
- iii. **Publicidad y transparencia**. La entidad competente de adoptar la medida debe publicar la propuesta y notificar a las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas que serán consultadas, empleando medios de comunicación de alcance en la zona en que estos residen.
- iv. **Información**. El Estado brindará información adecuada, empleando métodos y procedimientos culturalmente adecuados, respecto de los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida que se piensa adoptar<sup>48</sup>, a fin de que la evalúen con conocimiento de causa y efecto; dándoseles también la posibilidad de solicitar el asesoramiento técnico necesario, cuando resulte pertinente.

El artículo 7 inciso 3) del Convenio 169<sup>49</sup> señala que:

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

La consulta deberá realizarse tomando en cuenta que se trata de un **proceso**, por lo cual es fundamental que las partes puedan conocer, de manera previa al

<sup>45</sup> La reglamentación sobre el derecho a la consulta debería limitar la discrecionalidad de las entidades públicas y generar una mayor seguridad y previsibilidad para los administrados, en relación a las medidas administrativas y legislativas que requieren ser consultadas.

<sup>46</sup> En esta instancia, los pueblos indígenas que se sientan afectados podrán demandar el cumplimiento del derecho a la consulta, a través de sus organizaciones representativas.

<sup>47</sup> Corresponde a los pueblos indígenas establecer sus propios mecanismos de representación (instituciones u organizaciones representativas) ante el Estado.

<sup>48</sup> En el caso de los proyectos sobre aprovechamiento de recursos naturales, la información que se suministre, debería abarcar por lo menos los siguientes aspectos:

- Naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto.
- Las razones o el objeto del proyecto y/o actividad.
- La duración del proyecto y/o actividad.
- Los lugares de las zonas que se verían afectados.
- Una evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa.
- Las instituciones o sectores que probablemente intervendrán en la ejecución del proyecto y/o actividad propuesta.
- El procedimiento (s) que pudiere (n) traer consigo el proyecto y/o actividad.

<sup>49</sup> Defensoría del Pueblo. Petroleras, Estado y Pueblos Indígenas: El Juego de las Expectativas. Lima: Defensoría del Pueblo, 1998, pág. 46.

diálogo, la información necesaria respecto a la medida que busca implementarse. La buena información conduce a buenos juicios o decisiones.

v. **Evaluación interna.** Las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas deben contar con un tiempo razonable para la evaluación interna con los pueblos, a efectos de analizar cabalmente la materia consultada lo cual debe servir para brindar una adecuada respuesta al Estado<sup>50</sup>.

vi. **Proceso de diálogo**<sup>51</sup>

El proceso de consulta se caracteriza por constituir un diálogo de **buena fe** entre los representantes del Estado, a través de la entidad que planea adoptar una medida, y los representantes de los pueblos que podrían ser afectados directamente. La Comisión de Expertos de la OIT considera que es consustancial a toda consulta la instauración de un clima de **confianza mutua**<sup>52</sup>.

El cumplimiento de la consulta “de buena fe”, como estipula el Convenio 169, responde a la exigencia de cumplir con el objeto último de dicha obligación. En esta línea de pensamiento, los órganos de control de la OIT han subrayado en múltiples ocasiones que **la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal**, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”<sup>53</sup>, que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basados en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas<sup>54</sup>.

De lo anterior se desprende que ambas partes, tanto las autoridades del Estado como los propios pueblos indígenas, deben realizar todos los esfuerzos para generar un clima de confianza y respeto mutuos en el que la consulta se lleve a cabo de buena fe.

Esto requiere que ambas partes sean concientes de la importancia del diálogo para acercar posturas divergentes y para propiciar una mayor inclusión de los pueblos indígenas en las estructuras institucionales del Estado. Como ha

<sup>50</sup> Como lo afirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 28 de noviembre de 2007, en el caso Saramaka vs. Surinam.

<sup>51</sup> “El diálogo es un proceso de genuina interacción mediante el cual las personas cambian gracias al aprendizaje adquirido por su profunda disposición a escuchar. Cada una de ellas se esfuerza por incluir las inquietudes de los otros en su propia perspectiva, aun cuando el desacuerdo persista. Ninguno de los participantes renuncia a su identidad, pero cada uno reconoce suficientemente la validez de las reivindicaciones humanas de los demás, y en consecuencia actúa en forma diferente hacia los otros” Citado en SAUNDERS, Hal. A Public Peace Process: Sustained Dialogue to Transform Racial and Ethnic Conflicts. Nueva York: Palgrave, 1999, pág. 22.

<sup>52</sup> La generación de un clima de confianza es particularmente importante en relación con los pueblos indígenas, por la desconfianza que persiste por parte de éste sector de la población hacia las instituciones del Estado y el sentimiento de marginación que encuentran sus raíces en realidades históricas antiguas y complejas, y que no terminan de superarse aún.

<sup>53</sup> Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF), GB.295/17; GB.304/14/7 (2006), párrafo 42.

<sup>54</sup> Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), GB.294/17/1; GB.299/6/1 (2005), párrafo 53.

apuntado la OIT, un clima de “enfrentamientos, violencia y desconfianza recíproca es una barrera fundamental para llevar a cabo consultas productivas”<sup>55</sup>.

Debe existir un tiempo razonable para que ambas partes desarrollen un proceso de reflexión y evaluación, debate y formulación de propuestas que permitan tener la posibilidad de llegar a acuerdos. Ello también requiere que los representantes del Estado y de los pueblos indígenas logren una apropiación compartida del diálogo<sup>56</sup> ya que los resultados del mismo dependen del desempeño de ambas partes<sup>57</sup>.

El diálogo no se refiere al acto físico de hablar, sino a la apertura de mentes<sup>58</sup>, a la oportunidad de aprender mediante la *autorreflexión*: “la gente comienza a darse cuenta de que todos tienen parte de la verdad”. A una escala más amplia, esta característica del diálogo puede llevar al desarrollo del “conocimiento público” que puede permitir que el cambio positivo sea más sostenible<sup>59</sup>.

El proceso de consulta deberá realizarse empleando los lineamientos establecidos por el INDEPA, tomando en consideración los requisitos y opciones de diálogo<sup>60</sup> más adecuados a los métodos y tradiciones de las instituciones u organizaciones representativas consultadas.

- vii. **Decisión.** La decisión sobre la implementación de la medida legislativa o administrativa debe corresponder a la institución de la administración pública competente para adoptar la medida como consecuencia del proceso de consulta. La deliberación de la autoridad debe implicar un cuidadoso proceso en el que se consideran y sopesan las alternativas. Estas decisiones conllevan importantes

<sup>55</sup> Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), GB.283/17/1; GB.289/17/3 (2001), párrafo 107.

<sup>56</sup> Para crear un sentido de apropiación compartida del diálogo en los participantes, el proceso de consulta deberá dar lugar a conversaciones sobre lo realmente importante. Al respecto, hay que diferenciar el diálogo legítimo del “simulacro” de diálogo, en el que la comunicación es solo de una vía, y de un debate o negociación, en el que cada uno de los participantes se centra en obtener los mayores beneficios.

<sup>57</sup> Para contribuir al proceso de diálogo es preciso que las partes desarrollen conductas favorables tales como: a) Demostrar empatía, es decir comprender verdaderamente la postura de la otra persona en lugar de reaccionar ante ella. b) Mostrarse abiertos a expresar el punto de vista propio, respetando las reglas del diálogo. c) Mantener un tono respetuoso, hasta en las situaciones más extremas. d) Entablar conversaciones sobre lo que realmente importa. e) Asumir la responsabilidad, de manera individual y colectiva, tanto del problema como de la solución. f) Desbloquear las emociones, “escuchar las razones del corazón, que la razón suele ignorar”. g) Tener el coraje de reconocer las diferencias y, más aún, de reconocer los puntos en común. h) Demostrar capacidad de cambio. Según lo registrado por PRUITT, Betty en “First Learning Workshop on Democratic Dialogue: Hotel Antigua, Guatemala, May 22-26 2002”, en Pruitt, Reports from Learning Workshops.

<sup>58</sup> Citado en Informe interno del PNUD “Strategic Outlook on Dialogue”, de GERSON, Mark. Junio de 2005, pág. 7.

<sup>59</sup> Como sugiere Ramón Daubon de la Fundación Interamericana y la Fundación Kettering.

<sup>60</sup> La Organización de Estados Americanos OEA ha señalado que no existe una receta para un diálogo exitoso. Sin embargo, tampoco es necesario diseñar cada proceso de diálogo desde cero, como si no existieran modelos útiles. El campo de trabajo del diálogo ha madurado hasta el punto de contar con una variedad de opciones de proceso bien desarrolladas. Diálogo Democrático – Un Manual para Practicantes. Disponible en:

<http://www.democraticdialoguenetwork.org/index.pl?lang=es>

consecuencias y en ese proceso, en definitiva, los valores cumplen un rol principal<sup>61</sup>.

**Acuerdo total o consentimiento.** En caso de existir consentimiento de los pueblos indígenas expresado a través de sus representantes, la entidad estatal competente debe enriquecer su decisión con los aportes derivados del proceso de consulta, respetando íntegramente los acuerdos adoptados en la Resolución que da por aprobada la medida.

**Acuerdo parcial.** Cuando exista un consentimiento parcial, la entidad estatal competente debe enriquecer su propuesta con los aportes de los representantes indígenas formulados en el proceso de consulta, a fin de adecuar la medida o desistirse de ella.

**No consentimiento.** Si no se llega a un acuerdo, el Estado debe evaluar su decisión de adoptar la medida, adecuarla o desistirse de ella. Así mismo, debe fundamentar su decisión en las consideraciones derivadas de los hechos y el derecho. Adicionalmente, le corresponde informar a los representantes de la población involucrada la decisión adoptada, así como las razones que lo motivan.

Ello se debe a que la responsabilidad final para adoptar la decisión corresponde a las autoridades de los órganos del Estado con competencia en el tipo de medida a adoptar, en el marco del sistema constitucional, democrático y representativo. Por tal motivo, las autoridades y funcionarios públicos, al tomar una decisión, asumen las responsabilidades y deberán rendir cuentas sobre las consecuencias de aquella<sup>62</sup>.

Sin perjuicio de lo descrito, es necesario recordar la obligación del Estado de garantizar el respecto a los derechos de los pueblos indígenas a través de las diversas entidades públicas. Esto implica entender que las garantías del derecho internacional de los pueblos indígenas y las correspondientes obligaciones del Estado no se limitan a “derechos instrumentales”<sup>63</sup> como la consulta y la participación.

<sup>61</sup> Por ejemplo, cuando se restringen derechos individuales o colectivos en favor de la seguridad, o viceversa, o cuando se restringen asuntos medioambientales en favor del desarrollo económico, o viceversa.

<sup>62</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979 -2004. Primera edición, 2005. Consulta: 24 de abril de 2009. Disponible en:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/cuarto%20de%20siglo.pdf>

“Adicionalmente, el incumplimiento de una obligación internacional, por acción u omisión del Estado, genera la responsabilidad de éste, la que se traduce en la obligación de reparar íntegramente todo perjuicio, tanto material como moral, que el hecho haya causado. En el marco del sistema interamericano aplicable por la Corte, el hecho ilícito que genera la responsabilidad consistirá en la violación de alguna de las obligaciones establecidas en la Convención en perjuicio de una persona sujeta a la jurisdicción del Estado responsable.”

“La Corte Interamericana se ha pronunciado sobre la responsabilidad de los Estados en varias de sus sentencias, siguiendo la teoría de la responsabilidad objetiva desde su primer fallo, donde insiste en que no es necesario tener en cuenta “elementos de naturaleza psicológica, orientados a calificar la culpabilidad individual de sus autores”. También ha establecido que puede haber responsabilidad del Estado por actos presumiblemente cometidos por particulares, concluyendo que el Estado puede incurrir en responsabilidad internacional de manera directa, por actuaciones de sus agentes, e indirecta, por dejar de actuar ante acciones de particulares que infringieran los derechos de la Convención.” En materia de derechos humanos, por lo tanto, el Estado no puede limitarse a no incurrir en conductas violatorias de tales derechos, sino que, además, debe emprender acciones positivas, que serán todas las necesarias para posibilitar que las personas sujetas a su jurisdicción puedan ejercer y gozar sus derechos humanos.”

<sup>63</sup> La Comisión de Expertos (CEACR) señala que “la consulta es el **instrumento** previsto por el Convenio para institucionalizar el diálogo, asegurar procesos de desarrollo incluyendo y prevenir y resolver conflictos”

Adicionalmente, los pueblos indígenas tienen el derecho a recurrir a procedimientos administrativos o jurisdiccionales ágiles, accesibles, efectivos y eficientes en defensa de los derechos que consideren vulnerados.

### **3.4 Sobre la participación del Estado**

#### **3.4.1 Entidad encargada de realizar el proceso de consulta**

Como mencionamos anteriormente, la responsabilidad de realizar un proceso de consulta recae directamente en el Estado. En efecto, es la entidad pública de nivel nacional, regional o local que prevé realizar alguna medida administrativa o legislativa que pueda afectar directamente a los pueblos indígenas, la llamada a realizar el proceso de consulta, en cumplimiento de las disposiciones establecidas en una futura la ley marco que regule la consulta.

#### **3.4.2 Entidad encargada de velar por el respeto de los derechos indígenas en los procesos de consulta**

A partir de la Ley N° 28495 se creó el Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos Amazónicos y Afroperuanos (INDEPA)<sup>64</sup>, quien es actualmente el responsable de promover la inclusión y la participación de los Pueblos Indígenas y Afroperuanos, siendo el ente rector de las políticas públicas para la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Considerando ello, en opinión de la Defensoría del Pueblo, el INDEPA deberá velar por el respeto de los derechos de los pueblos indígenas; y, la supervisión y fiscalización del desarrollo de procesos de consulta, encargándose de las siguientes funciones:

- Establecer los criterios, para la identificación de los actos administrativos o legislativos que sean susceptibles de afectar a los pueblos indígenas.
- Establecer el ámbito de aplicación del proceso de consulta, con la información que le proporcione el organismo estatal encargado de organizar el proceso de consulta.
- Identificar los pueblos indígenas que deberán ser consultados.
- Identificar a los líderes, autoridades comunales y organizaciones indígenas que representarán a los pueblos indígenas que serán consultados, sobre la base de la propuesta elaborada por los propios indígenas.
- Proponer una metodología acorde a las costumbres que emplean los pueblos indígenas para tomar sus acuerdos a fin de que éste sea replicado en la respectiva consulta, o, en su defecto proponer otro sistema, siempre que no desnaturalice sus métodos tradicionales.
- Establecer los criterios para efectuar la fiscalización de los procesos de consulta.
- Señalar qué información debe ser compartida con los pueblos consultados, en atención de cada caso.
- Brindar asistencia técnica a los pueblos indígenas.
- Demás que se considere pertinente.

---

<sup>64</sup> Organismo público ejecutor, adscrito al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social.



La Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la Organización Internacional del Trabajo OIT, ha solicitado al Estado Peruano “que, *con la participación y en consulta con los pueblos indígenas*, proceda a dotarse de las instituciones y mecanismos previstos por el artículo 33 del Convenio, que se asegure de que tales instituciones o mecanismos *disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones*, y que proporcione informaciones sobre las medidas adoptadas al respecto”<sup>65</sup>[las cursivas son nuestras]

Por otro lado, a fin de dar cumplimiento a las recomendaciones formuladas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), el INDEPA deberá identificar las situaciones urgentes relacionadas con la explotación de recursos naturales que pongan en riesgo las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos indígenas, a fin de que se establezcan medidas especiales que resulten necesarios para salvaguardar a los pueblos indígenas.

### 3.4.3 Sobre la participación de ONPE y RENIEC

Como ya se ha indicado líneas arriba, la Defensoría del Pueblo no se encuentra de acuerdo con la propuesta de reducir a la consulta a un sistema de voto universal vía consulta popular y, en consecuencia que sean la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), con el apoyo del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), los que realicen la consulta.

Como hemos señalado de manera reiterada, la consulta es un **proceso** basado en el diálogo respetuoso, franco y abierto entre el Estado y los pueblos indígenas, que tiene por finalidad llegar a un acuerdo o consentimiento de los pueblos indígenas sobre la medida a ser implementada. La consulta no puede reducirse a un solo momento (acto) en donde se convoca a los ciudadanos mayores de edad a emitir su decisión: a favor o en contra del proyecto, plan o programa que prevé realizar el Estado. Si ello fuese así se reduce los alcances del Convenio 169, así como la participación de los pueblos indígenas, en la medida en que no podrán expresar sus puntos de vista ni propuestas.

### 3.4.4 Sobre la participación de la Defensoría del Pueblo

Es necesario recordar al Congreso que, tal como lo señalamos en el oficio N° 627-2008-DP/PAD de fecha 5 de noviembre de 2008, remitido a la Comisión de Pueblos Andinos Amazónicos y Afroperuanos, de acuerdo al artículo 162° de la Constitución y al artículo 1° de la Ley N° 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, el rol de nuestra institución es supervisar el cumplimiento de las funciones de la administración pública, no encontrándose previsto el rol de veeduría. En tal sentido nuestra institución no puede

<sup>65</sup> “La Comisión recuerda, como ya lo ha establecido anteriormente, que los artículos 2 y 33 son complementarios, y que para una correcta aplicación del artículo 2 que dispone que «los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos», es indispensable la creación de instituciones o mecanismos apropiados contemplada en el artículo 33. El Convenio prevé que todo el sistema de aplicación de sus disposiciones se haga de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblos indígenas. Esto supone la creación de los órganos y mecanismos adecuados a esos fines”. Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe de la CEACR 2008/79ª reunión. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 2009, Perú, párrafo 5.

desempeñar dicha tarea, más aún cuando su rol de supervisor ya está delimitado por la Constitución Política del Perú y desarrollado por la citada Ley Orgánica.

Asimismo, corresponde a nuestra institución, en virtud de su condición de órgano constitucional autónomo, la facultad de precisar su organización, sus objetivos institucionales y la prioridad de sus actividades, en función de su disponibilidad presupuestaria conforme fuera comunicado a la Presidencia del Congreso mediante Resolución Defensorial N° 007-2004/DP.

En tal sentido, la participación de la Defensoría del Pueblo en los procesos de consulta que deban realizar las instituciones de la administración pública, se cumplirá de acuerdo a su mandato constitucional de protección de los derechos fundamentales y supervisión de la administración estatal, en concordancia con sus objetivos y prioridades institucionales, y considerando los recursos presupuestarios con que cuenta la institución.

### **3.5 Con relación a las Disposiciones Complementarias Finales**

#### **3.5.1 Sobre la reglamentación de la ley marco del derecho a la consulta**

La responsabilidad de reglamentar de la Ley, desarrollando la obligación de las instituciones de la administración pública de realizar procesos de consulta, debe corresponder al INDEPA. Sin embargo la Defensoría del Pueblo considera que, de manera previa a su aprobación, el reglamento debe ser sometido a un proceso de consulta previo con los pueblos indígenas interesados y sus instituciones u organizaciones representativas.

Por tal motivo, debe señalarse de forma expresa la responsabilidad del INDEPA de publicar, en un plazo de 60 días calendario, la propuesta de reglamento que deberá ser consultada a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas a nivel nacional, a efecto de que la norma a aprobarse sea el producto de un proceso de consenso.

## **4 DIFERENCIAS DEL DERECHO A LA CONSULTA CON OTROS DERECHOS O MECANISMOS LEGALES**

### **4.1.1 El derecho a la consulta y la consulta popular**

En virtud de lo señalado en el presente informe, la Defensoría del Pueblo considera que es errado entender al proceso de consulta como un proceso electoral a modo de consulta popular del cual participan los ciudadanos indígenas identificados en un padrón en ejercicio de su derecho a la participación política.

Este mecanismo no garantiza un diálogo intercultural entre el Estado y las instituciones representativas de los pueblos indígenas, tampoco un proceso de reflexión y debate, y sobre todo no permite enriquecer las decisiones de las instituciones de la administración pública con propuestas adicionales. En este orden de ideas concretizar el derecho a la consulta a través de un proceso de tipo electoral, reduce el derecho a la consulta e impide la realización de su finalidad social.

Además, es necesario precisar que en una consulta popular la expresión de la voluntad ciudadana a través de una votación individual y secreta no obliga a aportar ninguna clase justificación de sobre las preferencias asumidas<sup>66</sup>. Limitar el derecho a la consulta a una consulta popular contrasta con el contenido esencial del derecho a la consulta. Para este último, la valoración de las observaciones o sugerencias presentadas por la población sólo requiere de justificaciones expresas, debidamente sustentadas, incluso técnicamente, y discutidas mediante mecanismos de diálogo y deliberación.

#### 4.1.2 Derecho a la consulta y el derecho a la participación

El derecho a la consulta no es el único mecanismo para que los pueblos indígenas sean incluidos en la gestión y desarrollo de políticas públicas que les conciernan, ya que adicionalmente tienen el derecho a la participación. Recordemos que los pilares del Convenio 169 de la OIT son el derecho a la consulta y el derecho a la participación<sup>67</sup>.

Como se observa en el presente documento, la consulta posee un contenido esencial propio que la distingue del derecho a la participación. Así, el ámbito de protección del derecho a la consulta es la finalidad de lograr un acuerdo o consentimiento previo a la adopción de medidas administrativas o legislativas por el Estado. A diferencia, el ámbito de protección del derecho a la participación es la libre intervención en el ámbito político, económico, social y cultural, lo cual caracteriza su amplitud de intervención en los diversos niveles de organización, público y privado.

Con relación a la amplitud del derecho fundamental a la participación, el Tribunal Constitucional ha señalado:

*El derecho a la participación en la vida política, económica, social y cultural de la nación, reconocido en el artículo 2°, inciso 17, de la Constitución, constituye un derecho fundamental **cuyo ámbito de protección es la libre intervención en los procesos y la toma de decisiones en el ámbito político, económico, social y cultural**. La participación política constituye un derecho de contenido amplio e implica la intervención de la persona, en todo proceso de decisión, en los diversos niveles de organización de la sociedad. De ahí que éste no se proyecta de manera restrictiva sobre la participación de la persona en el Estado-aparato o, si se prefiere, en el Estado-institución, sino que **se extiende a su participación en el Estado-sociedad, es decir, en los diversos niveles de organización, público y privado**. Tal es el caso, por ejemplo, de la participación de las personas en la variedad de asociaciones, con diversa finalidad, o la participación en todo tipo de cargos; la característica común de todos ellos es que su origen es un proceso de elección por un colectivo de personas. Piénsese en la junta directiva*

<sup>66</sup> Ley Orgánica de Elecciones. Ley N° 26859, artículo 28 "Opciones para el caso de consultas populares. El elector vota marcando "APRUEBO" o "SI", cuando está a favor de la Propuesta hecha o "DESAPRUEBO" o "NO" si está en contra".

<sup>67</sup> Cabe señalar que el artículo 5. c) del Convenio 169 prescribe que al aplicar sus disposiciones "deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo".

*de la asociación, del colegio profesional, de los cargos precedidos por elección en las universidades, públicas y privadas [...]*<sup>68</sup>. [el resaltado es nuestro]

En tal sentido, los pueblos indígenas tienen el derecho a participar en los procesos y la toma de decisiones en el ámbito político, económico, social y cultural en los niveles público y privado. Por ello, en los casos que no corresponda una consulta, podrán ejercer su derecho a la participación ante el Estado o el sector privado, conforme a los alcances de este derecho.

Al respecto, el Convenio 169 hace varias referencias a los ámbitos de participación de los pueblos indígenas, como detallamos a continuación:

- *Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.* (Artículo 2)
- El Estado debe establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole, responsables de políticas y programas que les conciernan. (Artículo 6, b)
- [...] dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. (Artículo 7,1)
- Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. (Artículo 15, 1)
- Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades. (Artículo 15, 2)

Es de vital importancia diferenciar que el derecho a la consulta se refiere sólo a las medidas administrativas y legislativas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas, por tanto en los demás procesos del ámbito público y privado es posible el derecho a la participación conforme lo establecen las normas nacionales e internacionales.

Por lo expuesto, una vez tomada la decisión por el Estado en el marco del proceso de consulta, es necesario que el Estado posibilite a los pueblos indígenas iniciar un proceso de seguimiento y evaluación de la implementación de las medidas resultantes de un proceso de consulta, el cual deberá basarse en indicadores

<sup>68</sup> Tribunal Constitucional. EXP. N.º 5741-2006-PA/TC. Publicado el 27 de julio de 2007.

desarrollados en la etapa de diseño de la medida estatal que permitan a estos pueblos hacer ejercicio de su derecho a la participación.

#### 4.1.3 El Derecho a la consulta y el derecho a la propiedad de las tierras de los pueblos indígenas<sup>69</sup>

Sobre el derecho de propiedad la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

*El artículo 21 de la Convención Americana reconoce el derecho a la propiedad privada. A este respecto establece: a) que “toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”; b) que tales uso y goce se pueden subordinar, por mandato de una ley, al “interés social”; c) que se puede privar a una persona de sus bienes por “razones de utilidad pública o interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”; y d) que dicha privación se hará mediante una justa indemnización. Los bienes pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor. [las cursivas son nuestras]*

*Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones sobre el concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en un grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras<sup>70</sup>. [las cursivas son nuestras]*

Sobre el derecho a la consulta, la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la Organización Internacional del Trabajo OIT ha llamado la atención del Gobierno peruano respecto al incumplimiento del derecho a la consulta sobre medidas que afectan el derecho a la propiedad o posesión de las tierras de los pueblos indígenas. Cabe señalar que según el artículo 17, 2), del Convenio 169, deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.

La Comisión de Expertos también ha expresado que se refirió a una cuestión similar en 1998 con relación a la Ley N° 26845 (documento GB.273/14/4)

<sup>69</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el derecho de propiedad en el caso La Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.

<sup>70</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979 -2004. Primera edición, 2005. Consulta: 24 de abril de 2009. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/cuarto%20de%20siglo.pdf>

declarando «en virtud del artículo 17, 2), del Convenio “cada vez que los gobiernos contemplen adoptar medidas que afecten la capacidad de los pueblos indígenas o tribales para enajenar o transmitir sus derechos sobre sus tierras fuera de su comunidad deben realizar consultas previas con ellos”. Además dicho informe recordó al Gobierno su obligación de consultar en el caso del artículo 17, 2), incluso sobre el alcance e implicaciones de las medidas propuestas<sup>71</sup>.

Por ello la Comisión de Expertos ha expresado su preocupación por el hecho de que diez años después de emitido dicho informe aún se reciban comunicaciones alegando falta de consulta previa respecto a la adopción de las medidas contempladas en los artículos 6 y 17, 2), del Convenio<sup>72</sup>. Es preciso recordar que el Convenio 169 establece que “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

Por otro lado, el inciso 2) del artículo 15º del Convenio 169 consagra el derecho de consulta de los pueblos indígenas en aspectos referidos a la explotación de recursos naturales existentes en sus tierras:

*En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. [el resaltado es nuestro]*

La consulta vinculada a los recursos naturales también tiene la finalidad de lograr un acuerdo o consentimiento, ya que el artículo 6, 2) del Convenio 169 conlleva una obligación plenamente aplicable al proceso de consulta, aunque no necesariamente a su resultado, ya que dicho Convenio no contempla un derecho a veto<sup>73</sup>. Eso significa que el Estado no está obligado legalmente a aceptar una oposición o una imposición sobre las materias en las que le corresponde decidir, ya que es su responsabilidad.

<sup>71</sup> Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe de la CEACR 2008/79ª reunión. Observación individual sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 2009, Perú, párrafo 6.

<sup>72</sup> Íbidem.

<sup>73</sup> En el Diccionario de la Real Academia Española, gramaticalmente, VETO, término que no figura en el texto de la Constitución Política del Perú, es una palabra de origen latino que significa -yo vedo o prohíbo-, empleada usualmente para designar -según expresa el diccionario del idioma "Derecho que tiene una persona o corporación para vedar o impedir algo”.

Usado principalmente para significar el atribuido según las Constituciones al jefe del Estado o a la segunda Cámara, respecto de las leyes votadas por la elección popular”. En el régimen Constitucional de los Estados Unidos y la República de Argentina el veto constituye lo que se ha denominado poder negativo del Presidente. Ha sido fundado como una defensa de la autoridad ejecutiva, así como también como una garantía adicional o un último recurso contra las sanciones legislativas precipitadas, inconvenientes o violentas. Para sus defensores, el veto constituye un freno saludable puesto en manos de los gobernantes contra los excesos de las legislaturas; mientras que para sus adversarios, su supresión permite poner el cuerpo legislativo en condiciones de que gravite sobre el mismo la responsabilidad de sus actos. Consulta: 28 de abril del 2009. <http://www.jurisprudencia.gob.sv/explois/indice.asp?nBD=1&nItem=31348&nModo=3>

Por ello, el resultado de la consulta dependerá de los acuerdos logrados por los representantes del Estado y los pueblos indígenas a partir de la capacidad de ambas partes para llevar a cabo un diálogo intercultural de buena fe. Así, como se ha expresado líneas arriba, en caso de existir consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas a través de sus representantes, la entidad competente debe respetar el acuerdo y considerar íntegramente los aspectos acordados en la Resolución que aprueba la medida.

En este sentido debe ser interpretado el artículo 6º inciso 2) del Convenio 169 donde se establece que *“las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”* [las cursivas son nuestras]

Adicionalmente es necesario aclarar que la consulta consagrada en el artículo 15º inciso 2) del Convenio 169 debe ser entendida como una **práctica mínima obligatoria** por parte de los Estados que lo suscribieron. Empero, al tratarse de un estándar mínimo, será decisión de cada Estado Parte otorgar mayores garantías como consecuencia de los procesos de consulta.

#### a. El derecho a la propiedad y el Acuerdo Previo en el Perú<sup>74</sup>.

Nuestra Constitución reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo, conforme a los incisos 8) y 16) del artículo 2º de la Constitución, sino como una garantía institucional, a tenor del artículo 70º, según el cual el Estado garantiza la inviolabilidad de la propiedad, la cual debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley<sup>75</sup>.

Bien vale tener presente que la Constitución señala que a nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley. La Constitución no utiliza la fórmula de “interés general” sino una más restrictiva que se refiere a la “necesidad pública”.

Pues bien, en esto hay una evolución favorable. Hace unas décadas se podía expropiar<sup>76</sup> por varias razones, algunas imprecisas y libradas a la interpretación. Lo podía hacer no sólo el Congreso sino también el Ejecutivo. Y lo que es más grave, el pago del justiprecio podía hacerse en ciertos casos por cuotas o mediante la entrega de bonos (deuda del Estado), que el expropiado estaba obligado a aceptar. Hoy en día esto ha cambiado. Las causales de expropiación son sólo dos: la seguridad nacional y la necesidad pública.

La expropiación sólo la puede ordenar el Congreso y, esto contribuye, desde luego, a una mayor protección de la propiedad, acorde con las finalidades del

<sup>74</sup> Tema ampliamente desarrollado en el Informe de Adjuntía N° 001-2006-DP/ASPMA.MA del 14 de noviembre de 2006.

<sup>75</sup> El artículo 70 de la Constitución política del Perú de 1993 señala: “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio”

<sup>76</sup> La expropiación es un mecanismo legal por el cual el Estado adquiere forzosamente la propiedad de un particular, pagando lo que se llama el “justiprecio”.

Estado Social y Democrático de Derecho, que reconoce la función de mercado<sup>77</sup> y la función social que el ordenamiento reserva a la propiedad, la cual es inherente al derecho mismo.

Sin perjuicio de lo descrito, el alcance de la figura de “necesidad pública” continúa siendo materia de debate. Por ello, es frecuente encontrar diversas opiniones sobre su alcance<sup>78</sup>. Esta podrá ser delimitada a partir de los pronunciamientos de las instancias jurisdiccionales.

Por otro lado, en atención a la distinción legal que existe entre el derecho a la propiedad -comúnmente llamado terreno superficial- y los recursos naturales, que se otorgan a los particulares, conforme al artículo 66 de la Constitución, a través de sistemas de concesión, el artículo 7º de la Ley N° 26505<sup>79</sup> (modificada por la Ley N° 26570), señala que: **“la utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se precisará en el Reglamento de la presente Ley”**<sup>80</sup> [el resaltado es nuestro]

Cabe mencionar que, en opinión de la Defensoría del Pueblo, esta norma tiene carácter declarativo o explicativo, debido a que la concesión otorga un derecho a explorar y explotar recursos naturales, siendo éste un derecho diferente al de la propiedad. Por tanto, el otorgamiento de una concesión no implica *per se* una afectación al derecho de propiedad del titular del predio. En tal sentido, para que el titular de una concesión pueda ejercer su derecho a la explorar o explotar recursos naturales debe obtener primero los permisos, autorizaciones y licencias correspondientes de las diversas entidades competentes. Adicionalmente, debe obtener el permiso del propietario de la tierra o, como segunda vía, recurrir a una servidumbre en la vía administrativa. Lo contrario supondría una limitación al derecho de propiedad proscrita por la Constitución.

Por lo tanto, las formas para que la utilización de las tierras de las comunidades por parte de las empresas sea válida, son:

**Primera opción.- Mediante un “acuerdo previo” con la comunidad.** El acuerdo previo puede tener diversas formas legales, se rige por las normas generales de uso y transferencia de la propiedad inmueble contenidas en el Código Civil, así como por la legislación agraria. En tal sentido, la Comunidad y la empresa pueden negociar la forma más favorable a sus intereses, en ejercicio de su libertad de contratación, en caso lleguen a acuerdo. Por ejemplo, mediante el

<sup>77</sup> El derecho a la propiedad privada posibilita la libertad en las transacciones económicas dentro del mercado.

<sup>78</sup> “la expropiación de la tierra para la realización de actividades extractivas en las tierras de los pueblos indígenas no es viable en el marco constitucional y legal peruano” en DE LA PUENTE, Lorenzo. Legislación Ambiental en la Minería Peruana. Aleph Impresiones SRL. Lima, 2005. pág. 191.

<sup>79</sup> Norma derogada por el Decreto Legislativo 1064, disposición que entrará en vigencia al día siguiente de la publicación de su Reglamento en el Diario Oficial El Peruano. Establece en su Disposición Complementaria Derogatoria lo siguiente: “Deróguense los Títulos I, II, III, IV y la Séptima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 653, la Ley N° 26505, con excepción de lo previsto en su artículo 10 modificado por Decreto Legislativo N° 1015, y todas las normas que se opongan a lo establecido en el presente decreto legislativo”. Adicionalmente, la Ley N° 29261 deroga los Decretos Legislativos N° 1015 y 1073, y restituye la vigencia de los artículos 10 y 11 de la Ley N° 26505.

<sup>80</sup> Reglamento del Artículo 7 de la Ley N° 26505, referido a las servidumbres sobre tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos. Decreto Supremo N° 017-96-AG, publicado el 19 de octubre de 1996, modificado por el Decreto Supremo N° 015-2003-AG, publicado el 07 de mayo de 2003.



arrendamiento de tierras, la venta, la donación, el usufructo, o cualquier otra forma de contratación. En este marco, las comunidades tienen la posibilidad de negociar su participación en los beneficios que reporten las actividades a desarrollarse en sus tierras.

**Segunda opción.-** En caso no se obtuviera el acuerdo previo, la empresa puede iniciar un procedimiento administrativo por el cual el Ministerio de Energía y Minas impone una servidumbre a favor de una empresa sobre el predio de una comunidad. En el caso de la actividad minera, si la servidumbre enerva el derecho de propiedad no sería viable. Si la servidumbre es posible se fija una indemnización. Si la solicitud de imposición de servidumbre afecta a un pueblo indígena debe ser sometida a consulta por parte del Estado y, en este proceso, las comunidades tienen la posibilidad de solicitar las compensaciones o su participación en los beneficios que reporten las actividades a desarrollarse en sus tierras.

Como se observa, a diferencia de la expropiación, el procedimiento de servidumbre sí es viable legalmente, aunque su aplicación no siempre es recomendable por consideraciones de carácter social, ya que el sentido común enseña que la imposición de una servidumbre, luego de un desacuerdo entre el titular de la tierra y empresa, condicionará negativamente las buenas relaciones que deben establecerse entre las comunidades y la empresa durante el tiempo que demande el pleno desarrollo del proyecto.

#### **b. El Derecho a la consulta, el Acuerdo Previo y el traslado y reubicación de los pueblos indígenas**

Como hemos señalado, la expropiación de la tierra para la realización de actividades extractivas no es viable en el marco constitucional. Por ello, sólo existen dos opciones para acceder a las tierras de los pueblos indígenas: 1) el acuerdo previo con la comunidad, 2) la imposición de servidumbre por el Estado previo a un proceso de consulta.

En el primer caso, **en la vía del acuerdo previo**, cuando la comunidad o pueblo indígena prevea que la disposición de sus tierras también implica un traslado total o parcial de sus integrantes a otro lugar, tiene habilitado su derecho a negociar los términos más adecuados de dicho traslado, es decir, acordar la forma más favorable a sus intereses. El proceso de negociación y los acuerdos logrados se rigen por la Constitución, las normas nacionales (especialmente las civiles y del régimen agrario) y los tratados sobre derechos humanos, especialmente, el Convenio 169.

Si las partes no logran un acuerdo previo, la empresa puede acudir a solicitar una servidumbre en la vía administrativa, dispuesta por el Estado. Cuando dicha imposición implique un traslado total o parcial de los integrantes de una o más comunidades a otro lugar, los procedimientos para su establecimiento deben cumplir con lo dispuesto por la Constitución y los tratados sobre derechos humanos, especialmente, el Convenio 169. Es decir, previa consulta.

Al respecto, el artículo 16º inciso 2) del Convenio 169 establece lo siguiente:

*Quando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa<sup>81</sup>. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados<sup>82</sup>.*

Quando se les reubique, se les debe proporcionar tierras de calidad equivalente y con el mismo (o mejor) título legal que las tierras perdidas, que les permita subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Sin embargo, si los pueblos interesados lo desean, podrán aceptar otras formas de pago por las tierras que han perdido, con las garantías apropiadas.

Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación. En todos los casos, se requiere un plan integral para el reasentamiento y la rehabilitación de los pueblos o comunidades desplazadas, el cual debe ser diseñado con su participación.

Los pueblos indígenas afectados tienen derecho a ser indemnizados totalmente por toda pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su reubicación. Asimismo, tienen derecho a participar de los beneficios que reporten las actividades desarrolladas en sus tierras.

Adicionalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia del caso Saramaka<sup>83</sup>. considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento de éstos, según sus costumbres y tradiciones.

Es necesario señalar que las obligaciones derivadas del Convenio 169 no exigen como “resultado del proceso” un consentimiento como condición para adoptar la

<sup>81</sup> Tras haber recibido una información clara y cabal sobre todos los hechos y cifras pertinentes.

<sup>82</sup> Los pueblos interesados tienen la oportunidad de expresar sus preocupaciones mediante un “procedimiento adecuado”. Este podría consistir en una audiencia o investigación pública, pero pueden haber otras soluciones más apropiadas al caso.

<sup>83</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, del 28 de noviembre de 2007, es un importante precedente jurídico internacional relacionado a la consulta y las tierras de los pueblos indígenas. La Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones. Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.

medida por el Estado. En el marco del sistema constitucional, democrático y representativo la decisión final le compete al *Estado-institución*. Ello se debe a que la responsabilidad de adoptar una decisión corresponde a las autoridades de los órganos del Estado responsables de implementar la medida.

Sin embargo, la referencia explícita de la Corte Interamericana a la consulta y el consentimiento se debe al deber de responsabilidad del Estado de proteger los derechos fundamentales sustanciales de los pueblos indígenas que pueden verse afectados por un proyecto de gran magnitud, en particular, el derecho a la supervivencia como pueblo. Comprender esto implica entender que las garantías del derecho internacional de los pueblos indígenas y las correspondientes obligaciones del Estado no se limitan a “derechos instrumentales” como la consulta y la participación.

Por tal motivo, las autoridades y funcionarios públicos al tomar una decisión asumen las responsabilidades y deberán rendir cuentas sobre las consecuencias de sus decisiones. Adicionalmente, en caso que los pueblos indígenas consideren que se vulneran sus derechos fundamentales con la medida adoptada por el Estado, deben contar con mecanismos legales accesibles para cuestionar tal decisión.

## 5 CONCLUSIONES

Del análisis realizado, la Defensoría del Pueblo concluye:

### 5.1. Sobre el Dictamen de consulta previa a los pueblos indígenas<sup>84</sup>

El Dictamen recaído en los Proyectos de Ley N° 413/2006-CR, 427/2006-CR y 2016/2007-CR, que propone una regulación sobre el derecho de consulta previa a los pueblos indígenas, no desarrolla de manera integral el contenido esencial de este derecho, por cuanto:

- Se superponen los alcances del derecho a la consulta con los del derecho a la participación, desconociéndose su distinta naturaleza jurídica y contenidos.
- Limita el derecho a la consulta a la realización de actividades económicas vinculadas a tierras, recursos naturales, infraestructura y ambiente, restringiendo los alcances del Convenio 169, el cual establece que debe realizarse un proceso de consulta cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas, susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas.
- No establece una definición integral del derecho a la consulta.
- No desarrolla el contenido de los principios rectores del derecho a la consulta y obvia algunos principios que contribuyen a garantizar su pleno ejercicio.
- El proceso de consulta se implementaría sólo en aquellos sectores del Estado, vinculados a la gestión de los recursos naturales y la infraestructura, dejando de lado otros como la educación y la salud.

<sup>84</sup> El día martes 11 de noviembre de 2008, la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos del Congreso de la República aprobó el Dictamen recaído en los Proyectos de Ley N° 413/2006-CR, 427/2006-CR y 2016/2007-CR, que propone regular el derecho de consulta previa a los pueblos indígenas.

- El artículo 8 del Dictamen excede los alcances del derecho a la consulta establecido en el Convenio 169, el cual precisa que éste se aplica previamente a la adopción de las medidas administrativas o legislativas.
- No se prescribe ninguna medida tendiente a superar el problema de la falta de identificación de los pueblos indígenas y de sus organizaciones representativas, conforme a los criterios objetivo y subjetivo desarrollados en el Convenio 169.
- El establecimiento del padrón electoral como forma de identificación de los pueblos indígenas, no se enmarca en lo establecido por el Convenio 169.
- Se equipara el derecho a la consulta a un proceso electoral, el cual es una manifestación de un derecho distinto (participación política).
- Se asignan inadecuadamente las responsabilidades de las entidades del Estado. Así, se encarga la función de desarrollar los procesos de consulta a la ONPE, desconociendo que corresponde implementar la consulta a la entidad del Estado que prevé adoptar determinada medida administrativa o legislativa.

## 5.2. Sobre el ejercicio del derecho a la consulta

- a) Considerando que el establecimiento de mecanismos eficaces de consulta contribuyen a prevenir y resolver conflictos mediante el diálogo, y disminuyen las tensiones sociales, la Defensoría del Pueblo subraya la necesidad de desplegar esfuerzos para generar consensos en cuanto a los procedimientos, de facilitar su acceso dándoles amplia difusión y de crear un clima de confianza con los pueblos indígenas que propicie un diálogo productivo.
- b) El derecho a la Consulta le asiste a los pueblos indígenas y se ejerce a través de un procedimiento organizado y dirigido desde y por el Estado, el cual tiene como finalidad obtener el consentimiento de los pueblos indígenas acerca de la medida administrativa o legal propuesta.
- c) El Convenio 169 brinda protección integral a los pueblos indígenas, independientemente de la denominación que en el Perú se aplique para hacer referencia a estos, tales como: “pueblos indígenas”, “pueblos originarios”, “comunidades campesinas”, “comunidades nativas”, “pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial”, entre otras.
- d) Es necesario contar con un registro oficial indígena, que nos permita identificar a un individuo como indígena andino o amazónico, conforme a los criterios objetivo y subjetivo desarrollados en el Convenio 169.
- e) Adicionalmente a la identificación de los propios pueblos, es necesario contar con una identificación y registro de sus instituciones representativas. Al respecto, INDEPA aún no cuenta con un registro oficial de instituciones representativas de los pueblos indígenas en el Perú.
- f) Existen diferencias sustanciales entre el derecho a la consulta y la participación ciudadana, lo que se explica a partir de su alcance y finalidad:

- El derecho a la consulta corresponde solamente a los pueblos indígenas. Se hace efectivo cuando una entidad del Estado prevé tomar una medida legislativa o administrativa que afecta directamente a los pueblos indígenas. Tiene la finalidad de lograr un acuerdo o consentimiento. Su ámbito de ejercicio es el sector público, es decir se ejerce ante el Estado.
  - El derecho a la participación ciudadana le corresponde a todas las personas. Es un derecho que salvaguarda y propicia la libre intervención en el ámbito político, económico, social y cultural. No tiene por finalidad lograr un acuerdo o consentimiento. Su ámbito de ejercicio es el sector público y privado.
- g) Existen diferencias sustanciales entre el derecho a la consulta y el acuerdo previo, lo que se explica a partir de su alcance y finalidad.
- El derecho a la consulta es un “derecho instrumental” que posibilita el ejercicio de otros derechos de los pueblos indígenas, por ejemplo: a la identidad cultural, a la propiedad, a la integridad, al desarrollo, etcétera. Su ámbito de ejercicio es el sector público.
  - El acuerdo previo es un proceso de negociación entre particulares (por ejemplo: comunidades y empresas) derivado del derecho de propiedad y tiene como finalidad proteger la función económica y social de este derecho. Su ámbito de ejercicio es el sector privado.
- h) Las obligaciones del Estado no deben limitarse a posibilitar el ejercicio de “derechos instrumentales” como la consulta y la participación, puesto que se deben respetar y garantizar todos los derechos de los pueblos indígenas a través de las diversas entidades públicas.
- i) Sobre el derecho a la consulta, la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la Organización Internacional del Trabajo OIT ha llamado la atención del Gobierno peruano con relación al incumplimiento del derecho a la consulta.

### 5.3. Sobre la necesidad de contar con una ley marco sobre el derecho a la consulta

#### a) Las características del derecho a la consulta son:

- Es un proceso de diálogo.
- Su realización es responsabilidad del Estado.
- Se aplica a las medidas que pudiesen afectar directamente a los pueblos indígenas.
- Es previa a la toma de decisión por el Estado.
- Requiere un tiempo razonable que garantice el desarrollo del proceso de diálogo.
- Se ejerce a través de las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas que serán consultados. Corresponde a estos establecer sus propios mecanismos de representación (instituciones representativas) ante el Estado.

- Requiere una metodología para el diálogo intercultural.
  - Requiere el uso del idioma o idiomas propios de los pueblos indígenas que serán consultados.
  - Se desarrolla en lugares que propicien la participación.
  - El proceso se agota con la toma de decisión por parte de la institución de la administración pública responsable.
- b) Los principios que deben guiar todo proceso de consulta son: Legalidad, libertad, oportunidad, representatividad, inclusividad, presunción de identidad, participación, igualdad de oportunidades, interculturalidad, buena fe, transparencia, flexibilidad, accesibilidad e igualdad y no discriminación, conforme se ha detallado en el cuerpo del presente informe.
- c) Se debe incluir una identificación de las etapas que debe atravesar un proceso de consulta, a fin de generar seguridad y previsibilidad sobre su desarrollo, por ello incluimos la siguiente propuesta:
- Verificación
  - Identificación
  - Publicidad y transparencia.
  - Información.
  - Evaluación interna.
  - Proceso de diálogo.
  - Decisión.
- d) Cada vez que se prevea adoptar una medida administrativa o legislativa, susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, es responsabilidad del Estado realizar previamente un proceso de consulta, a fin de que los aportes de la población indígena incidan (construcción conjunta) en la decisión que finalmente se adopte. Dicho proceso de diálogo tiene por finalidad lograr un acuerdo o un consentimiento.
- e) Las obligaciones derivadas del Convenio 169 no exigen como “resultado del proceso” un consentimiento o acuerdo como condición para adoptar la medida por el Estado. Ello se debe a que la responsabilidad final para adoptar la decisión corresponde a las autoridades de los órganos del Estado con competencia en el tipo de medida a adoptar, en el marco del sistema constitucional, democrático y representativo. Por tal motivo, las autoridades y funcionarios públicos, al tomar una decisión, asumen las responsabilidades y deberán rendir cuentas sobre las consecuencias de aquella.
- f) En caso de existir consentimiento de los pueblos indígenas expresado a través de sus representantes, la entidad estatal competente debe enriquecer su decisión con los aportes derivados del proceso de consulta, respetando íntegramente los acuerdos adoptados en la Resolución que aprueba la medida.
- g) Cuando exista un consentimiento parcial, la entidad estatal competente debe enriquecer su propuesta con los aportes de los representantes indígenas

formulados en el proceso de consulta, a fin de adecuar la medida o desistirse de ella.

- h) Si no se llega a un acuerdo, el Estado debe evaluar su decisión de adoptar la medida, adecuarla o desistirse de ella. Así mismo, debe fundamentar su decisión en las consideraciones derivadas de los hechos y el derecho. Adicionalmente, le corresponde informar a los representantes de la población involucrada la decisión adoptada, así como las razones que lo motivan.
- i) Los pueblos indígenas tienen el derecho a recurrir a procedimientos administrativos o jurisdiccionales ágiles, accesibles, efectivos y eficientes en defensa de los derechos que consideren o resulten vulnerados como consecuencia de la decisión adoptada por la entidad estatal.
- j) El INDEPA es el ente rector encargado de la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas en la administración estatal. Como tal, debe tener un rol activo en el desarrollo del proceso de consulta, promoviendo, supervisando y fiscalizando el respeto de los derechos de los pueblos indígenas. Para ello se requiere fortalecer dicha entidad en el marco del proceso de reforma del Estado y dotarla de los recursos presupuestales necesarios, a fin de que cumpla con:
  - Establecer los criterios para identificar los actos administrativos o legislativos que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas.
  - Determinar el ámbito de aplicación del proceso de consulta, con la información que le proporcione el organismo estatal responsable de adoptar la decisión.
  - Identificar a los pueblos indígenas que deben ser consultados.
  - Identificar a los líderes, autoridades comunales y organizaciones indígenas que representarán a los pueblos indígenas que serán consultados, sobre la base de la información proporcionada por los propios indígenas.
  - Desarrollar los lineamientos que permitan la aplicación de una metodología en el proceso de consulta, acorde a las costumbres que emplean los pueblos indígenas y sus representantes para tomar sus acuerdos.
  - Establecer los criterios y el procedimiento para efectuar la fiscalización de los procesos de consulta.
  - Verificar que los pueblos indígenas consultados cuenten con toda la información necesaria en los casos materia de consulta.
  - Adoptar las medidas necesarias para que los pueblos indígenas cuenten con asistencia técnica y asesoramiento en los temas a ser consultados.

5.4. La Defensoría del Pueblo tiene por función supervisar a la administración pública, de conformidad con lo establecido por el artículo 162° de la Constitución y el artículo 1° de la Ley N° 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, y por ende, no corresponde encargarle la veeduría de los procesos de consulta.

5.5. La participación de la Defensoría del Pueblo en los procesos de consulta que deban realizar las instituciones de la administración pública, se cumplirá de acuerdo a su mandato constitucional de protección de los derechos

fundamentales y supervisión de la administración estatal, en concordancia con sus objetivos y prioridades institucionales, y considerando los recursos presupuestarios con que cuenta la institución.

- 5.6. Los proyectos de normas que afecten directamente a los pueblos indígenas deben ser consultados previamente a las instituciones u organizaciones representativas de estos pueblos.

## 6 RECOMENDACIONES

### **Recomendar al Congreso de la República:**

- a) Modificar y ampliar el Dictamen recaído en los Proyectos de Ley N° 413/2006-CR, 427/2006-CR y 2016/2007-CR; con un texto sustitutorio que proponga una ley marco que garantice que el derecho a la consulta sea entendido como *el derecho de los pueblos indígenas a que la adopción de medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarlos directamente, sea antecedida de un proceso de diálogo entre sus instituciones representativas y el Estado, cuya finalidad sea el llegar a un acuerdo o consentimiento sobre las medidas propuestas, en el marco de un diálogo intercultural de buena fe, basado en la generación de relaciones que propicien la equidad y el respeto.* en cumplimiento al Convenio 169 y lo solicitado por la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la Organización Internacional del Trabajo OIT.
- b) Promover la participación de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas y, de ser el caso, de los diversos sectores de la administración pública y la sociedad civil, en la elaboración de un proyecto de ley marco sobre el derecho a la consulta; acorde al Convenio 169 y conforme a lo solicitado por la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la Organización Internacional del Trabajo OIT.
- c) Aprobar una ley marco sobre el derecho a la consulta que contenga la naturaleza esencial del derecho, sus principios rectores, etapas procedimentales y garantías; a fin de asegurar la correcta aplicación por el sector público de este derecho, cada vez que se prevea adoptar medidas legislativas y/o administrativas, que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas, conforme al Convenio 169.
- d) Dotar al INDEPA del presupuesto necesario para el cabal cumplimiento de sus funciones, conforme al Convenio 169 y lo solicitado por la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la Organización Internacional del Trabajo OIT.

Lima, mayo de 2009.