



PONENCIA:

“EL CONVENIO 169 OIT SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES: DERECHO A LA CONSULTA Y PARTICIPACIÓN EN EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES”

Elaborado por:

**Wuille M. Ruiz Figueroa
Abogado**

**SEMINARIO: Gobernabilidad y las Industrias Extractivas en Territorios
Indígenas
Fundación Canadiense para las Américas - FOCAL**

Lima, 1-2 Febrero 2007

EL CONVENIO 169 OIT SOBRE PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES: DERECHO A LA CONSULTA Y PARTICIPACION EN EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES

I.	El Convenio 169 OIT	3
II.	El derecho a la consulta previa, libre e informada	4
III.	Pueblos indígenas y recursos naturales	7
IV.	Los recursos naturales ¿tuyo, mío o de quiénes?	9
	IV.1. Los recursos naturales, patrimonio de la nación o propiedad de los particulares	11
	IV.2. Cosmovisión indígena de los recursos naturales y desarrollo sostenible	13
	IV.3. Recursos naturales e hidrocarburos	15
V.	Es posible otra situación	16
	A manera de conclusión	19

ANEXOS

- A. Mapa. Lotes con contrato para operaciones petroleras en exploración y explotación. Noviembre 2006
- B. Mapa Lotes con contrato para operaciones petroleras. Nov. 2006
- C. Contratos de exploración y explotación. Octubre 2006
- D. Manual de Operaciones del Banco Mundial. Políticas Operacionales
- E. Manual de Operaciones del Banco Mundial. Normas de procedimiento.

La aprobación del Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes (en adelante el Convenio), significó un importante avance en el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas. Si bien en el creciente escenario del derecho internacional de derechos humanos existen normas, principios y declaraciones sobre los que se puede invocar la defensa y protección de los pueblos indígenas, sin embargo, es de destacar que el Convenio es, hasta el momento, el único instrumento normativo a nivel internacional, que consagra de manera singular, los derechos de estos pueblos, y establece obligaciones no sólo a los Estados, sino que en la perspectiva de interpretación de los derechos humanos, estas obligaciones se hacen extensivas a toda la sociedad en su conjunto.

La cuestión de los recursos naturales resulta de vital importancia para los pueblos indígenas, quienes habitan territorios de donde se extraen estos recursos. Existe una tensión permanente entre condiciones de pobreza de estos pueblos y demandas por inclusión en relación con el beneficio de las riquezas que se producen por parte de las empresas.

En tal sentido, el Convenio aparece como el instrumento jurídico que puede sustentar una relación más armoniosa en la sociedad a partir del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas contenidos en el referido instrumento.

I. EL CONVENIO 169 OIT

Desde la visión asimiliacionista en el que estaba fundado el Convenio N° 107 de la OIT, adoptado en 1957, se pasó con el Convenio, a una visión donde se reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas, se respeta la identidad cultural y el derecho a la autonomía. Asimismo, el Convenio reconoce el derecho a la consulta previa, libre e informada y el de participación; así como a la obtención de beneficios en razón de la explotación de los recursos naturales de los lugares en los que tradicionalmente habitan.

El Convenio fue adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, y entró en vigor el 5 de septiembre de 1991 con la ratificación de Noruega y México. Actualmente, el Convenio ha sido ratificado por diecisiete países a nivel mundial, de los cuales, tres son de Europa (Noruega, Dinamarca y Países Bajos), uno de Oceanía (Fiji) y trece de América.

Es relevante mencionar que de estos trece países, ocho son de América del Sur (Colombia, Bolivia, Paraguay, Perú, Ecuador, Argentina, Venezuela, Dominica y Brasil). El 6 de noviembre de 2006, se informó que el congreso de diputados de España decidió ratificar el Convenio. Igualmente, el gobierno de Chile, durante la actual gestión de la Presidenta Michael Bachellet ha expresado el compromiso de aprobar la ratificación del Convenio. Es de recordar, que el proyecto de ratificación del Convenio, se encuentra en el Senado Chileno desde el año 2001.

A pesar de haber sido ratificado por tan pocos países, en comparación por ejemplo con el Convenio N° 182, sobre las peores formas de trabajo infantil, el cual ha sido ratificado por 150 estados, el Convenio se ha convertido en un poderoso instrumento normativo que es invocado en defensa y protección de los pueblos indígenas ante instancias locales, regionales, nacionales e internacionales.

En el caso del Perú, el Convenio fue ratificado según resolución legislativa N° 26253 del dos de diciembre de 1994, y es vigente para el país a partir del 2 de febrero de 1995, esto es así en razón que según el estatuto de la OIT, todo convenio es vigente un año posterior a la fecha en que fuera recibido por la OIT el instrumento de ratificación.

Todo tratado que es suscrito y ratificado por el país en ejercicio de su soberanía, ingresa a formar parte del derecho nacional, en consecuencia, el Estado peruano está obligado a cumplir las disposiciones establecidas en el Convenio.¹

II. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA.

El derecho a ser consultados en forma previa, libre e informada, es uno de los derechos fundamentales reconocidos a los pueblos indígenas a través del Convenio.

El artículo 6.1 establece que los gobiernos deberán

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

¹ Constitución Política del Perú, artículo 55°, “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor, forman parte del derecho nacional”

En consecuencia, no depende de la buena voluntad de los gobiernos si se realiza la consulta o no, es una obligación y responsabilidad el garantizar que se implementen dichos procesos de consulta. Tampoco es un simple mecanismo de participación o que se reduce a simples actos de información.

La Comisión de Expertos de la OIT, en un informe sobre el caso de Paraguay del año 2003, ha señalado que *“...el espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio N° 169 en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo”*².

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia emitida sobre la comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, señaló el 31 de agosto de 2001, que

“El Estado de Nicaragua, es responsable por (violar el) derecho a la propiedad en forma activa, consagrado en el artículo 21° de la Convención (Convención Americana sobre Derechos Humanos), al otorgar una concesión a la compañía SOLCARSA para realizar en las tierras (de) Awas Tingni, trabajos de construcción de carreteras y de explotación maderera, sin el consentimiento de la Comunidad Awas Tingni”

El Banco Mundial, a través de la Política Operacional 4.10 del 1° de Julio 2005, ha establecido las normas de procedimiento que deben aplicarse a los proyectos de inversión que afecta a los pueblos indígenas, a fin que durante todo el ciclo del proyecto, se establezcan procesos de consulta previa, libre e informada, conforme está detallado en el referido documento³.

Algunos enunciados de esta política operacional, señalan que:

a) La “consulta previa, libre e informada” es una consulta que tiene lugar en forma libre y voluntaria, sin manipulación, interferencia o coerción externa. Con ese fin, las partes consultadas tienen acceso previo a la información sobre el

² OIT. Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, CEACR: Observación individual sobre el Convenio 169, 1989, Paraguay, Párrafo 8 (2003).

³ Banco Mundial. Manual de Operaciones del Banco Mundial, Normas de Procedimiento del Banco, Política Operativa 4.10, Julio 2005. Reemplaza a la Directriz Operacional OD 4.20. <http://wbln0018.worldbank.org/>

propósito y la magnitud del proyecto propuesto, facilitada de una manera apropiada desde el punto de vista cultural y en la lengua adecuada;

b) En los mecanismos de consulta se reconoce a las organizaciones de Pueblos Indígenas existentes, incluidos los consejos de ancianos, los jefes y los líderes tribales, y se presta especial atención a las mujeres, los jóvenes y los ancianos;

c) El proceso de consulta comienza en los primeros momentos del proyecto, debido a que la toma de decisiones entre los Pueblos Indígenas puede llegar a ser un proceso iterativo, siendo necesario disponer de un período de gestación suficiente para comprender cabalmente y para incorporar al diseño del proyecto las inquietudes y las recomendaciones expresadas por los Pueblos Indígenas, y;

d) El proceso de consulta se registra en actas que forman parte de los archivos del proyecto⁴.

Las consultas no deben reducirse a simples actos de información o difusión. Las consultas deben tender a la consecución de un acuerdo⁵. Anaya señala que *“Los procedimientos de consulta deben ser diseñados de forma que se les conceda a los pueblos indígenas, la oportunidad de influir de forma efectiva en las decisiones que afectan a sus intereses. Esto requiere que los gobiernos entablen un diálogo con estos pueblos sobre las posibles consecuencias de esas decisiones antes de que éstas sean tomadas. También requiere una serie de garantías procedimentales que tengan en cuenta los propios mecanismos indígenas de toma de decisiones, incluyendo las costumbres y estructuras organizativas pertinentes, y garantizando que los pueblos indígenas tengan acceso a toda la información y a la asesoría que sean necesarias”*⁶

El Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁷, establece diversos artículos que conciernen al derecho de estos pueblos a ser consultados. En el texto se expresa la preocupación *“... por el hecho de que los*

⁴ Banco Mundial. *Ibidem*

⁵ ANAYA, James. Los pueblos indígenas en el derecho internacional. Editorial Trotta, Universidad Internacional de Andalucía, 2005, pp. 235.

⁶ ANAYA, James. *Ibidem*.

⁷ Aprobado por el Consejo de Derechos Humanos el 29 de Junio de 2006 y pendiente de aprobación por la Asamblea General de la ONU.

pueblos indígenas hayan sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, impidiéndoles ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses”. Igualmente, se reconoce “... la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su concepción de la vida, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos”.

En los artículos 10, 18, 19, 23, 30 y 32, se refiere explícitamente al derecho a la consulta. Así, en el artículo 19, se establece que *“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas para obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten”*

III. PUEBLOS INDÍGENAS Y RECURSOS NATURALES

Resulta evidente que los pueblos indígenas han sido permanentemente excluidos de las políticas estatales. Situaciones de marginación, pobreza y discriminación rodean a estos pueblos, a pesar que ellos son herederos milenarios de territorios con abundantes recursos naturales y una variada e ingente biodiversidad. Esta paradoja de pobreza y exclusión de los pueblos indígenas versus las riquezas obtenidas por las empresas en actividades extractivas de recursos naturales, es una constante en la realidad de los países de América Latina que es necesario modificar.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe sobre el Perú⁸, señaló que *“... fue informada sobre la explotación desmesurada de los recursos naturales y materia prima de la selva peruana en territorios indígenas. La acción de empresas madereras y petroleras en esas zonas, sin la consulta y consentimiento de las comunidades afectadas, ocasiona en numerosos casos un deterioro en el medio ambiente, y pone en peligro la supervivencia de estos pueblos...”*

Ante las demandas de los pueblos indígenas por inclusión y goce de beneficios de las riquezas que se producen, las empresas extractivas suelen argumentar que ellos

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú. Capítulo X, Los derechos de las comunidades indígenas. OEA/Ser.L/V/II.106. Documento 59, revisado 2 junio 2000

cumplen pagando sus impuestos al Estado, brindando empleo y apoyando a las comunidades cubriendo algunos servicios que en realidad corresponden al gobierno. A su vez, desde el Estado se argumenta que también cumplen conforme a las normas establecidas, y distribuyen los fondos recaudados por concepto de impuesto, canon y regalías.

Un análisis sobre la distribución de la renta petrolera en el Perú, a cargo del Programa Energía, Ambiente y Población del Banco Mundial, concluyó que la renta se distribuyó porcentualmente el año 2000 entre el Tesoro Público (50 %), los gobiernos regionales y municipales de las zonas productoras (39.3 %), Perupetro, Ministerio de Energía y Minas, Osinerg (0.05%). El resto, es distribuido entre los gobiernos regionales y municipales de las zonas no productoras, y entre universidades, el Instituto Peruano de la Amazonía y el Comité de Administración de los recursos para la capacitación-CAREC.

En el caso del Perú, la Ley N° 28322⁹ establece que el 30% del monto que se distribuya a los gobiernos locales de la municipalidad o municipalidades donde se explota el recurso natural (minero, hidroenergético, pesquero, gasífero y forestal) será destinado a inversión productiva para el desarrollo sostenible de las comunidades donde se explote el recurso natural. Mediante el Decreto de Urgencia N° 028-2006¹⁰, se ha aprobado que los gobiernos regionales y locales en cuyas circunscripciones se explotan recursos naturales petroleros deberán invertir el 5% de los fondos que les fueran asignados por concepto de canon petrolero, para el financiamiento o cofinanciamiento de proyectos de inversión pública y gasto social en las comunidades ubicadas dentro de las zonas de explotación respectivas.

Resulta necesario evaluar la forma cómo se vienen cumpliendo las normas sobre canon y su distribución, así como los proyectos de inversión que se ejecutan, a fin de considerar si con ello se pueden lograr pasos para salir de situaciones de injusticia, desigualdad y discriminación, que vulnera lo consagrado en el Convenio en el artículo 15.1

“Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden

⁹ Ley N° 28322. Publicado el 10 agosto 2004. Modifica artículos de la Ley N° 27506, Ley del Canon.

¹⁰ Decreto de Urgencia N° 028-2006. Publicado el 21 de octubre 2006.

el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”.

El proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, establece en el artículo 26º que *“Los pueblos indígenas tiene derecho a las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como a los que hayan adquirido de otra forma”.*

Sólo para citar dos casos, en el Perú, en Julio del 2005, los Shipibos Konibos de la comunidad Canaan de Cachiyacu, tuvieron que realizar actos de fuerza en contra de la empresa Maple Gas para que se paralice la contaminación y los daños a la salud de la población; esto, a pesar que si se revisa la página web de esta empresa, difunden que sus actividades lo realizan respetando el medio ambiente, la cultura de los pueblos y aún muestran premios obtenidos por su política de protección al medio ambiente.

Durante el 2006, los reclamos del pueblo Achuar y de otras comunidades, en contra de la contaminación y de los daños producidos a sus territorios por parte de empresas petroleras como la OXY y la Pluspetrol, durante cerca de treinta años, fue uno de los casos más difundidos. Además, del impacto ambiental negativo en el río Corrientes y el daño a la flora y fauna, un estudio del Ministerio de Salud realizado entre la población de la cuenca del río Corrientes, arrojó un alto grado de contaminación de plomo y cadmio en la sangre¹¹.

IV. LOS RECURSOS NATURALES ¿TUYO, MÍO O DE QUIÉNES?

La pregunta que trato de abordar en esta parte, es poder distinguir la perspectiva que se encuentra detrás del concepto de propiedad de los recursos naturales en el que está inscrita nuestra Constitución Política y las leyes vigentes, y cómo este concepto es usado para justificar la no participación de los pueblos indígenas en los beneficios que se obtiene de la explotación de los recursos naturales, particularmente en las actividades extractivas.

Según la Constitución Política del Estado peruano,

¹¹ MINISTERIO DE SALUD. Comisión Intrasectorial para la prevención y mitigación de la contaminación por plomo y otros metales pesados. Visita de reconocimiento para la evaluación de la calidad sanitaria de los recursos hídricos y muestreo biológico en comunidades de la cuenca del río Corrientes, Mayo 2006.

“Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”¹²

Según la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales¹³, *“...se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado...”* Como se observa, esta definición es bastante amplia y en ella cabe según esta norma:

- Las aguas: superficiales y subterráneas;
- el suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor, agrícolas, pecuarias, forestales y de protección;
- la diversidad biológica: como las especies de flora, de la fauna y de los microorganismos o protistos¹⁴; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida;
- los recursos hidrocarburíferos, hidroenergéticos, eólicos¹⁵, solares, geotérmicos y similares;
- la atmósfera y el espectro radioeléctrico;
- los minerales;

¹² Constitución Política del Perú. Artículo 66°.

¹³ Ley N° 26821, publicado el en El Peruano. Artículo 3°

¹⁴ Los protistos constituyen un grupo de organismos de estructura sencilla, que llevan a cabo actividades complejas. Entre ellos tenemos: bacterias, algas verdiazules, flagelados, ciliados, rizópodos y esporozoarios. Las bacterias constituyen un grupo algo especial entre los protistos. Vistas al microscopio generalmente aparecen como esferas o como bastones rectos o curvos. La longitud promedio de la célula bacteriana es aproximadamente 5 micras, así, una fila de 50 bacterias apenas equivaldría al diámetro del punto final de esta oración. Hay más bacterias en nuestra boca que en la tierra, pero no todas las bacterias producen enfermedades, solamente el 1% de ellas, las demás bacterias tienen funciones útiles para la vida. Las bacterias son de vital importancia y útiles para la humanidad. Nos ayudan a digerir los alimentos. Se devoran los venenos que existen en el aire y el agua. Los científicos usan bacterias vivas para tratar problemas musculares y hasta para quitar arrugas. Producen los huecos en el queso suizo conocido como gruyere y le dan distintos sabores a los quesos. Las bacterias son la forma de vida más antigua de la Tierra, sobreviven y prosperan en los ambientes más rigurosos, en manantiales, en pozos de ácido, en grietas de la tierra, sin luz, sin aire y en temperaturas hasta de 250° C. www.lukor.com/ciencia/bacterias.htm

¹⁵ Los recursos eólicos se refieren al uso de energía a partir de la utilización de la fuerza del viento. Actividad que está en proceso de desarrollo sobre todo en los países de Europa.

- los demás considerados como tales.

Incluso se añade en la amplísima y abierta lista de recursos naturales al paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico.

IV.1. Los recursos naturales, patrimonio de la nación o propiedad de los particulares

¿A qué se refiere la norma cuándo señala que los recursos naturales son patrimonio de la nación?

En esta perspectiva, la norma otorga a toda la nación peruana el patrimonio de los recursos naturales, sin embargo, seguidamente se establece al Estado como gestor o administrador de aquellos recursos. Es decir, es el Estado quien en representación de “toda la nación”, realizará la gestión que concierne al buen uso de los recursos naturales. Lo que se debe poner en relevancia es que esta autoridad en la gestión de los recursos naturales, no significa en modo alguno, que el Estado deba actuar unilateral y arbitrariamente.

Al revisar el fundamento de los congresistas al momento de discutir el dictamen sobre la ley orgánica de recursos naturales, se consideraba que

“En principio, la Comisión consideró las siguientes conclusiones previas: Patrimonio y propiedad son términos que se asemejan, pero no son de igual naturaleza en el Derecho. El patrimonio de la Nación es en principio indivisible y por tanto, cada uno de los habitantes que conforman la Nación no pueden irrogarse el derecho de aprovechar directamente los recursos, máxime si existe una norma por el cual se establece que es el Estado quien tiene la soberanía sobre su aprovechamiento y además no está en conflicto con el hecho que sea la Nación el titular del patrimonio...”¹⁶

¹⁶Exposición del entonces congresista Oswaldo Sandoval Aguirre, Presidente de la Comisión de Ambiente, Ecología y Amazonia, fundamentando el dictamen aprobado en esta comisión sobre la ley orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.
<http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1996/ambiente/lib01/8.1.b.htm>

Esta definición que aparece en la Constitución deviene en muchas personas en una distorsión respecto de la relación entre “recursos naturales y Estado”. Errónea e interesadamente se suele considerar que el Estado se convierte en propietario de todos los recursos naturales. De allí que ciertas actitudes estatales se convierten en arbitrarios y abusivos y que por ejemplo, al celebrarse los contratos o licencias por los cuales se concede a particulares el derecho a hacer uso de tales recursos no son expuestos públicamente los contenidos y alcances de los mismos, o se excluye a los pueblos indígenas que habitan los territorios en que se encuentran aquellos recursos como beneficiarios de aquellos proyectos.

Esta perspectiva también está contenida en la Ley Orgánica para el aprovechamiento de los recursos naturales, al establecerse que,

“Los recursos naturales en su fuente, sean éstos renovables o no renovables son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los recursos naturales, obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos”¹⁷

El sentido de considerar al Estado como “soberano en el aprovechamiento” de los recursos naturales es hacer énfasis en la soberanía del Estado para negociar y administrar estos recursos sin otro interés que el desarrollo del país o de la nación, sin embargo, esto se suele interpretar mal interesadamente, como la facultad autoritaria e irresponsable del Estado en la administración de los recursos¹⁸.

¹⁷ Ley N° 26821, artículo 4°. Ley orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. Publicado el 26 de junio de 1997

¹⁸ Exposición del entonces congresista Oswaldo Sandoval Aguirre, Presidente de la Comisión de Ambiente, Ecología y Amazonia, fundamentando en 1996, el dictamen aprobado en esta comisión sobre la ley orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. “La Constitución al hablar de patrimonio de la Nación se refiere a los recursos naturales en su fuente. Esto es importante porque es el elemento primigenio que, de alguna manera, enmarca el hecho que nosotros consideramos que los recursos naturales al ser patrimonio del Estado no pueden ser dados en venta, excepto - como dice la Constitución - las tierras. Todo el resto de recursos naturales siendo soberanía del Estado pueden ser dados solamente en concesión como derecho real. Los frutos, sin embargo, y los productos obtenidos por concesión tienen la posibilidad de ser propiedad de los titulares de las concesiones.... Aquí, pues, señor, hay una diferencia: la fuente de los recursos naturales es propiedad del Estado. Los frutos, es decir, los productos que salen de esa fuente pueden ser propiedad de particulares que han recibido la concesión del Estado. En ese sentido, se precisa que el recurso natural es patrimonio de la Nación en tanto se mantiene en su fuente. Por lo tanto, se otorga mayor seguridad jurídica a los terceros cuando se precisa que los frutos y productos son de los particulares en tanto que obviamente sean extraídas de acuerdo al título que les otorgue el Estado para su aprovechamiento”

IV.2. Cosmovisión indígena de los recursos naturales y desarrollo sostenible

Desde la perspectiva del derecho de los pueblos indígenas a los recursos naturales, también se estima que:

- i) *existe una profunda relación entre los pueblos indígenas y sus tierras, territorios y recursos;*
- ii) *esta relación entraña diversas dimensiones y responsabilidades sociales, culturales, espirituales, económicas y políticas;*
- iii) *la dimensión colectiva de esta relación es importante; y*
- iv) *el aspecto intergeneracional de dicha relación también es fundamental para la identidad, la supervivencia y la viabilidad cultural de los pueblos indígenas.*¹⁹

El relator especial sobre Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, Rodolfo Stavenhagen, también considera que *“...el conjunto formado por la tierra, el territorio y los recursos, constituye una cuestión de derechos humanos esencial para la supervivencia de los pueblos indígenas...”*²⁰

Para los pueblos indígenas, la relación que existe entre tierras, territorios y recursos naturales es de vital importancia. Ellos consideran que *“...Esos recursos son entregados por el Estado en concesión a terceros, sin el consentimiento de quienes son los propietarios históricos. Estas acciones, en especial las relacionadas a las actividades mineras, hidrocarburíferas y forestales, generan graves daños al medio ambiente, violan los derechos humanos y crean una mayor pobreza local... El Estado que es el principal motor de estas actividades depredatorias, no tiene políticas e instrumentos eficaces para el control y fiscalización de estos daños”*²¹

La ley orgánica que venimos comentando, también establece que el Estado impulsa la transformación de los recursos naturales para el desarrollo sostenible.²² Esto es, que

¹⁹ AYLWIN, José. El concepto de tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional. Pp. 5. Toma la cita de Erica- Irene Daes (Relatora Especial ONU), Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra. Informe Final, Consejo Económico y Social Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/2000/25

²⁰ STAVENHAGEN, Rodolfo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas. E/CN.4/2002/97, del 4 de febrero de 2002.

²¹ AIDSESEP, CONAP, CCP, CNA. Propuesta concertada sobre reforma constitucional.

²² Ley N° 26821, Artículo 7°.

los recursos deben utilizarse de forma racional (con lógica social en beneficio de las grandes mayorías) a fin de garantizar que las generaciones futuras puedan hacer uso de estos recursos.²³

Esta norma considera que,

“El aprovechamiento sostenible implica el manejo racional de los recursos naturales teniendo en cuenta su capacidad de renovación, evitando su sobreexplotación y reponiéndolos cuantitativa y cualitativamente, de ser el caso.

El aprovechamiento sostenible de los recursos no renovables, consiste en la explotación eficiente de los mismos, bajo el principio de sustitución de valores o beneficios reales, evitando o mitigando el impacto negativo sobre otros recursos del entorno y del ambiente”²⁴

En el artículo 29° de la misma norma, se establecen determinadas condiciones generales que deben respetarse para garantizar el aprovechamiento sostenible de los recursos, entre las que se señala el utilizar el recurso natural de acuerdo al título del derecho, es decir, para los fines que fueron otorgados, garantizando el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales; cumplir con las obligaciones legislativas; cumplir con los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y los planes de manejo de los recursos naturales; cumplir con la retribución económica correspondiente.

²³ La primera definición internacionalmente reconocida de desarrollo sostenible o desarrollo continuable se encuentra en el documento conocido como Informe Brundtland (1987), fruto de los trabajos de la Comisión de Medio Ambiente y Desarrollo de Naciones Unidas, creada en Asamblea de las Naciones Unidas en 1983. Dicha definición se asumió en el Principio 3 de la Declaración de Río (1992): "aquel desarrollo que satisface las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades". De esta manera se oficializa un enfoque en el que se compatibilicen los aspectos ambientales, con los económicos y los sociales, desde una perspectiva solidaria tanto intergeneracional como intrageneracionalmente. <http://www.perusostenible.org/index.html>.

¹³ Ley N° 26821, Artículo 28°.

Es de observar que dentro del concepto de esta normativa no se hace alusión a la relación con la persona humana o con los pueblos o comunidades indígenas en las que se deben desarrollar las actividades relacionadas a los recursos naturales. Sin embargo, a pesar de estas omisiones, es posible que en el marco de una interpretación a favor de estos pueblos, deba resaltarse a las posibilidades que le otorga la misma norma en el artículo 5º referidas al derecho de los ciudadanos a ser informados y a participar en la definición y adopción de políticas relacionadas con la conservación y uso sostenible de los recursos naturales. Asimismo, se otorga el derecho de formular peticiones y promover iniciativas de carácter individual o colectivo ante las autoridades correspondientes.

IV.3. Recursos naturales e hidrocarburos

En el caso de los hidrocarburos, las normas sobre la materia establecen que los hidrocarburos in situ son de propiedad del Estado²⁵. Seguidamente, se señala que el Estado a través de Perupetro S.A. es quien tiene el derecho de propiedad sobre los hidrocarburos extraídos, y que este derecho de propiedad es transferido a los licenciatarios, es decir empresas, al celebrarse los contratos de licencia.

En este aspecto se produce un extraño fenómeno traslativo de propiedad y dominio, pues de considerarse tanto en la Constitución Política como en la ley orgánica para el aprovechamiento de los recursos naturales, que la nación es quien tiene el patrimonio de los recursos naturales, con esta ley de hidrocarburos, se traslada la propiedad a Perupetro S.A. y luego a las empresas a través de la celebración de los contratos de licencia.

En la ley sobre hidrocarburos, no existe mención específica alguna a la participación de los pueblos indígenas ni a ser consultados o a que puedan gozar de los beneficios de la explotación de los hidrocarburos, lo que significa una grave omisión, y es la justificación para que los pueblos indígenas no sean incluidos en la consulta y participación de los beneficios de las actividades extractivas.

Una mirada a la cláusula décimo tercera “Protección Ambiental y Relaciones Comunitarias” en el “Nuevo Modelo de Contrato” difundida por Perupetro S.A., no hace mención siquiera a algún proceso de consulta o participación en la perspectiva de lo establecido en el Convenio, tan sólo se refiere a las actividades de información

²⁵ Decreto Supremo N° 045-2005-EM, Aprueban texto único de la ley de hidrocarburos (Ley N° 26221), artículo 7º. Se entiende por hidrocarburos a todo compuesto orgánico, líquido, gaseoso o sólido, que consiste principalmente de carbono e hidrógeno.

cuando sean necesarias a las comunidades al señalar que *“El Contratista en coordinación con PERUPETRO, en las oportunidades que sean necesarias, difundirá ²⁶ a las autoridades locales y comunidades nativas del área de influencia directa del Contrato, los alcances de las actividades de Exploración y Explotación que se derivan del Contrato”²⁷*

En esta regla de juego así definida para las actividades extractivas de las empresas, puede resultar lógico que éstas argumenten que no existe alguna obligatoriedad para ellas respecto a respetar a los pueblos indígenas, de allí que llama la atención que siendo Perupetro S.A. la empresa que en representación del Estado negocia, celebra y supervisa los contratos en materia hidrocarburífera, no haga mención siquiera a la obligatoriedad de las empresas en respetar los procesos y mecanismos establecidos en el Convenio.

Al observar el mapa del Perú con los contratos de exploración y explotación que se encuentran vigentes a octubre del 2006, se asemeja a un terreno que ha sido retaceado o tironeado en varios pedazos y que puede servir a manera de “rompecabezas” para ser ordenado pedazo por pedazo. La reflexión natural y espontánea que emerge es por qué razón, si se extraen grandes riquezas de esos territorios, los pueblos indígenas continúan en situaciones de exclusión, postergación y pobreza.

El 29 de septiembre de 2006, diversas organizaciones de la sociedad civil que conforman el Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, entre las que se encuentran la Asociación Paz y Esperanza, han presentado ante la oficina de la OIT con sede en Lima, el “Informe Alternativo 2006 sobre el Convenio 169 OIT”, a fin que este organismo, luego del respectivo análisis, solicite al Estado los correctivos necesarios en relación a políticas públicas vinculadas a los pueblos indígenas²⁸.

V. Es posible otra situación

A fines de 2006, se anunció en el Perú, la activación de nuevos lotes petroleros en la selva de Loreto, y en medio de un contexto de precios altos, se argumenta que esto va

²⁶ Negrilla y subrayado por parte del autor de la presente ponencia.

²⁷ PERUPETRO. <http://mirror.perupetro.com.pe/downloads/modcon-s.doc>

²⁸ Esta presentación ha sido posible a través de la Confederación General de Trabajadores del Perú- CGTP, conforme a la estructura organizativa de la OIT.

a representar una buena posibilidad para el país. La pregunta es si los pueblos indígenas también perciben que esta nueva actividad petrolera en las zonas donde habitan, les va a traer beneficios o por el contrario les va a significar poner en riesgo la existencia de estos pueblos debido a los previsibles niveles de contaminación que pudieran existir en caso las empresas no cumplan con los requerimientos de protección y seguridad establecidos en las leyes ambientales.

Consideramos que en el contexto de un Estado social y democrático de derecho, sí es posible una situación distinta para los pueblos indígenas en la perspectiva del respeto a los derechos humanos y de los derechos colectivos que tienen como pueblos. Existe amparo internacional, de los cuales el Convenio resulta fundamental, pero también están todos los otros tratados en materia de derechos humanos así como principios, declaraciones, jurisprudencia y proyectos de declaración de derechos.

El Estado, las empresas y los pueblos indígenas son actores directos de este proceso, por lo que deberían establecerse mecanismos adecuados permanentes que permitan el diálogo y la búsqueda de consensos para cambiar esta situación. Un interesante esfuerzo del Banco Mundial lo constituyó el establecimiento de “Mejores prácticas para hacer frente a los impactos sociales de las operaciones de petróleo y gas”, y en ese marco se realizó diversos encuentros y se elaboró documentos concernientes a lograr buenas prácticas de las empresas y los estados en el campo de las actividades extractivas.²⁹

El artículo 15.2 del Convenio es sumamente claro al afirmar que,

“... 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”

Seguidamente señala que,

“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”

²⁹ Banco Mundial. <http://www.worldbank.org/ogsim pact/acercadeestapagina.htm>

Diversas normas han sido aprobadas en el Perú con el fin de implementar procesos de consulta y participación, sin embargo, buena parte de estas normas se reducen a meros actos de información antes que a verdaderos procesos de consulta conforme a lo establecido en el Convenio. Entre ellas, se puede señalar:

- Ley N° 26570, Ley de Servidumbre Minera.
- Ley N° 27037, Ley de Promoción de Inversión en la Amazonía.
- Resolución Ministerial N° 728-99-EM/ VMM, Reglamento de participación ciudadana en el procedimiento de aprobación de los estudios ambientales presentados al Ministerio de Energía y Minas.
- Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH, Aprueba la directiva N° 012-2000-PROMUDEH/ SETAI, Directiva para promover y asegurar el respeto a la identidad étnica y cultural de los pueblos Indígenas, Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas.
- Resolución Ministerial N° 010-2001-EM/ DGAA, Guía de Relaciones Comunitarias.
- Resolución Ministerial N° 596-2002-MEM-DM, Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales en el Sector Energía y Minas.
- Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental.
- Decreto Supremo N° 042-2003-EM, Establece el compromiso previo en forma de declaración jurada como requisito para el desarrollo de actividades mineras y normas complementarias.
- Resolución Directoral N° 006-2004-MTC, Reglamento de Consulta y Participación Ciudadana en el Proceso de Evaluación Ambiental y Social en el Sub sector Transportes.
- Decreto Supremo N° 066-2005-EM, Establece que la Dirección General de Gestión Social es el órgano encargado de la promoción de relaciones armoniosas entre las empresas mineras y la sociedad civil, así como de la prevención y solución de conflictos en el sub sector.
- Decreto Supremo N° 015-2006-EM, Reglamento para la protección ambiental en las actividades de hidrocarburos. Deroga el Decreto Supremo N° 046-93-EM.³⁰

³⁰ASOCIACIÓN PAZ Y ESPERANZA. Informe Alternativo 2006 sobre el Convenio 169 de la OIT, Lima- Perú, octubre 2006, pp. 109.

La Constitución Política del Estado establece a la participación ciudadana en todos los niveles de la vida social, esto puede muy bien ser invocado por los pueblos indígenas en la necesidad de ser incluidos por las políticas públicas y en la generación de diálogo como forma de resolución de tensiones.³¹ Lo cierto es que la falta de mecanismos adecuados de consulta y participación de los pueblos indígenas, por parte del Estado y las empresas, acumula frustraciones, desencantos y ahonda condiciones de exclusión, discriminación y marginación social.³²

El desafío está planteado y en la perspectiva del respeto a los derechos humanos de las personas y de los pueblos indígenas, otra situación mejor, sí resulta posible.

A manera de conclusión

- El Convenio 169 OIT resulta un importante y trascendental marco jurídico en defensa de los pueblos indígenas.
- Entre los derechos reconocidos en el Convenio a favor de los pueblos indígenas, son la consulta previa, libre e informada, así como el derecho a participar de los beneficios que se generen por causa de las actividades extractivas y a ser indemnizados por este propósito.
- A fin de evitar justificaciones de exclusión y marginación, los mecanismos de consulta y participación deben institucionalizarse, sobre todo específicamente en las actividades extractivas.
- Si bien en la legislación peruana está establecido que los recursos naturales son patrimonio de la nación, sin embargo, se produce una distorsión de este concepto al vincularse a los recursos como propiedad del Estado y en consecuencia, la práctica estatal deviene en una suerte de autoritarismo y de poca transparencia en la suscripción de contratos de exploración o de explotación.

³¹ Constitución Política del Perú, artículo 2.17, participación ciudadana.

³² Resulta relevante que en el Perú, la Conferencia Anual de Ejecutivos 2006, evento que congrega a diversos empresarios, haya tenido como lema "Inclusión y desarrollo para todos".

- La cosmovisión indígena respecto a los recursos naturales va asociado íntimamente con el concepto de tierra y territorio, cultura, autodeterminación y desarrollo, visión muy distinta que se maneja desde la perspectiva occidental de considerar sólo la explotación de los recursos en un ánimo de lucro o de parcelación o delimitación del ámbito de propiedades.
- Es posible incorporar en la actividad del Estado y de las empresas las denominadas “buenas prácticas” y cuyo enfoque empiece por reconocer el derecho fundamental de los pueblos indígenas a la consulta y participación, entre otros derechos contenidos en el Convenio 169 OIT y en las leyes respectivas.
- Resulta necesario un sistema de monitoreo del cumplimiento del Convenio 169 en la región andina que evalúe en forma permanente y sistemática la forma en que los pueblos indígenas van siendo respetados en sus derechos.