

# TLC con EE.UU y aplicabilidad del Convenio OIT-169 para proteger los derechos de los pueblos indígenas de Perú

Marlene Castillo Fernández

## Introducción

El Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos, oficialmente denominado Acuerdo de Promoción Comercial, acordado entre las partes negociadoras, fue aprobado tal cual por el Congreso Peruano el 27 de junio del 2006 y está actualmente pendiente de su aprobación por el Congreso norteamericano. Este tratado fue aprobado sin la consulta previa a las poblaciones indígenas, al que se ha obligado el Estado Peruano con la firma del Convenio OIT-169 en 1994. A pesar de la iniciativa ciudadana de referéndum que ingresó oficialmente al Congreso, organizada y liderada por la Coordinadora "TLC Así No", con activa participación y movilización social de la Confederación Campesina del Perú (CCP), Foro Salud, Convención Nacional del Agro (CONVEAGRO), entre otros.

La identificación de mayores riesgos para sus posibilidades de futuro y la valoración del TLC como el gran impedimento para afirmar y profundizar sus derechos hacia el logro de la necesaria democratización social, política, económica y cultural del Perú, es una evaluación que comparten las centrales nacionales de las federaciones campesinas y amazónicas. El presente análisis explora algunos impactos probables de los acuerdos comprendidos en el TLC - capítulos de propiedad intelectual, inversiones y medio ambiente - en la aplicación actual y potencial de las normas del "Convenio 169 de la OIT sobre pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes", tomando en cuenta la problemática actual de los derechos indígenas en el Perú, vinculados a dichos acuerdos.

## La población y los pueblos indígenas: propios y ajenos para el Perú oficial

Por lo menos, 6.8 millones de personas, una cuarta parte de la población peruana, puede ser considerada indígena en razón a que la

pareja-jefe del hogar utilizan una lengua indígena – quechua o aymara, o una de las numerosas lenguas en el Amazonas - de manera más frecuente que el castellano, según los resultados del reciente estudio del Banco Mundial (2005). De las cuales, alrededor de 5 millones (18% de la población nacional) están organizados en comunidades campesinas (5,818 en el año 2002) y comunidades nativas (1,225 en el año 2005). La extensión de la tierra con título de propiedad comunal del 75% de las Comunidades, asciende a 19.7 y 11.0 millones de hectáreas respectivamente, lo que en su conjunto representa el 24% del territorio nacional.

La comunidad indígena, desde el año 1969 denominada comunidad campesina o comunidad nativa, es la institución de mayor antigüedad y significación política en la historia popular “no oficial” de la vida republicana del país. Esta institución se fue configurando en el marco de la dominación colonial española y en oposición a ella, en base a las diversas culturas originarias que tenían en el ayllu su institución étnica básica común (el origen materno comunal) y al nuevo ordenamiento impuesto a semejanza de las Comunidades de Castilla del imperio español (el origen paterno). Sin embargo, su existencia legal fue reconocida por el Estado peruano, después de un siglo de declarada la independencia política del Perú. Reconocimiento ratificado por la Constitución Política vigente, que ha incorporado además el respeto a su identidad cultural, la vigencia del derecho consuetudinario para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial. Así mismo, si bien constitucionalmente el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación, no se ha avanzado en el desarrollo normativo correspondiente a nivel de derechos colectivos políticos básicos como los planteados por el Convenio 169-OIT.

Incluso, en el contexto normativo de esa ausencia, el Congreso tenía la obligación de aprobar la realización del Referéndum sobre la aprobación o desaprobación ciudadana del TLC con EE.UU, marco en el cual se hubieran expresado también y de modo visible las Comunidades, en armonía con el Artículo 6 del Convenio OIT-169, cuyos incisos establecen "1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones

representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (...) y 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas". Contrariamente, no se dio curso a la consulta ciudadana en general, ni de los pueblos indígenas representados por sus Comunidades en especial, las que son oficialmente identificables.

El contexto de negociación del TLC, encuentra a las organizaciones indígenas debilitadas institucionalmente, aún sin recuperarse del impacto del proceso de violencia política armada interna, de liberalización de la economía nacional y de las crisis del sistema de partidos tradicionales. En contraste, ese contexto encuentra al gobierno central con legitimidad económica mundial por las buenas cifras macroeconómicas y con pérdida de legitimidad interna por la continuidad de la inequidad social, ambos resultados compatibles con la continuidad de la política neoliberal. Pero un gobierno, el anterior y el actual, totalmente ajeno a la demanda de democratizar la relación entre el Estado y las Comunidades, y el Estado mismo con la inclusión plena de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, agenda que constituye el núcleo de aprendizaje político que nos deja ese proceso de violencia.

Un proceso que ha sido el más prolongado (1980-2000), cruento (69 mil víctimas) y desestructurador en nuestra historia republicana desde el siglo XX. En palabras del Informe de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación: *"En el mapa del Perú, la intensidad de la violencia aparece como una mancha oscura a lo largo de la sierra y la selva de la mitad central del país"* (CVR 2004: 21) que se superpone en lo fundamental con la de peruanos y peruanas monolingües quechuas, aymaras y de lenguas amazónicas. *"De cada cuatro víctimas de la violencia, tres fueron campesinos o campesinas cuya lengua materna era el quechua, un amplio sector de la población históricamente ignorado – hasta en ocasiones despreciado – por el Estado y por la sociedad urbana, aquella que sí disfruta de los beneficios de la comunidad política"* en palabras de Salomón Lerner, quien presidió la CVR (Discurso 28.08.2003)

La tensión entre la apuesta del gobierno peruano por el "TLC Sí o Sí" y las obligaciones de consulta del Convenio OIT-169 facilitadas por un Referéndum promovida por el "TLC Así No" se resolvió por la imposición, la negación de esta vía democrática. En un futuro próximo, se escuchará una vez más, el coro de voces de peruanos, que como *Primitivo Quispe*, volverán a repetir: "*Entonces, mi pueblo era pues un pueblo, no sé, un pueblo ajeno dentro del Perú*" (poblador ayacuchano que brindó su testimonio en la audiencia pública de Ayacucho el 8 de abril del año 2002. Citado en el Informe de la CVR).

### **Biodiversidad y protección intelectual en el TLC: desprotección de los derechos colectivos de los indígenas/campesinos**

Antes de la negociación y aprobación del TLC, la firma del Convenio OIT-169, dio uno de sus primeros frutos de desarrollo normativo con la Ley 27811 sobre "Régimen de protección de conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos" (10.08.2002). Definiendo que los Pueblos indígenas son pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se auto reconocen como tales; incluyendo en esta denominación expresamente a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las comunidades campesinas y nativas. Así mismo, el conocimiento colectivo es definido como conocimiento acumulado y transgeneracional desarrollado por los pueblos y comunidades indígenas respecto a las propiedades, usos y características de la diversidad biológica; el que está incluido en el componente intangible contemplado en la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena".

Esta Ley avanzó al establecer que: "El Estado peruano reconoce el derecho y la facultad de los pueblos y comunidades indígenas de decidir sobre sus conocimientos colectivos" (Art.1º); "Los conocimientos colectivos forman parte del patrimonio cultural de los pueblos indígenas" (Art.11º) y "Por ser parte de su patrimonio cultural, los derechos de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos colectivos son inalienables e imprescriptibles" (Art 12º). Estableció además medidas específicas en

armonía con dos de los objetivos que se propuso la ley, garantizar que el uso de los conocimientos colectivos se realice con el consentimiento informado previo de los pueblos indígenas y evitar que se concedan patentes a invenciones obtenidas o desarrolladas a partir de conocimientos colectivos de los pueblos indígenas del Perú, sin que se tomen en cuenta estos conocimientos como antecedentes en el examen de la novedad y nivel inventivo de dichas. La Segunda Disposición Complementaria exige la presentación del contrato de licencia de uso de conocimientos colectivos como requisito para obtener una patente de invención.

El avance de este régimen especial, será minimizado por la naturaleza de los Acuerdos firmados en el capítulo dieciséis sobre derechos de propiedad intelectual. Por ejemplo, por medio del Acuerdo 16.3, el Perú se comprometerá a adherirse al *Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales* (Convenio UPOV), por tanto tendrá que ampliar el otorgamiento de Derechos de Obtentor a quienes no sólo hayan creado sino también descubierto una variedad. Pero no se refiere a la definición clásica de variedad en el argot científico, sino a una que facilite patentar plantas, pues variedad es asumida como un conjunto de plantas distinguibles de cualquier otro conjunto por la expresión de por lo menos un carácter genotípico y por tener aptitud de propagarse como una unidad sin alterarse. Por otra parte, mediante el Acuerdo 16.6 cada Parte se comprometerá a permitir la obtención de patentes para cualquier invención, sea de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sea nueva, entrañe una actividad inventiva - sinónimo de "no evidentes" - y sea susceptible de aplicación industrial - sinónimo de "útiles". A pesar, de que los gobernantes saben que estas facilidades son las que han permitido y están permitiendo que la "uña de gato", la "maca", el "sacha inti", productos originarios hayan sido patentados fuera y sobre los cuales se iniciaron acciones oficiales para su nulidad.

El propio Instituto de Defensa del Consumidor y la Propiedad Intelectual, INDECOPI-Perú, que promovió la Ley 27811 mencionada, admite que la carta de entendimiento "side setter" adjunta al TLC no obliga a EE.UU a cumplir con los requisitos que el régimen legal peruano establece en materia de acceso a los Recursos Genéticos y la protección de los

Conocimientos Tradicionales, tales como la suscripción de contratos de acceso en los que se prevea el cumplimiento de los requisitos de consentimiento informado previo y reparto justo de beneficios, los que, además deben ser aprobados por la autoridad nacional. “De esta manera queda siempre abierta la posibilidad de biopiratería, ya que el cumplimiento de los ítems reconocidos por ambos países queda al libre albedrío de las corporaciones y las comunidades que celebran estos contratos”. La Carta tampoco ha considerado la necesidad de proteger por derecho de propiedad intelectual los conocimientos tradicionales vinculados a los recursos genéticos (2006).

La suscripción de este capítulo del TLC, facilitará el “saqueo legal” de la biodiversidad del Perú, uno de los 5 países mega diversos del planeta, que es un logro principalmente de los pueblos indígenas, originarios y descendientes hasta hoy. En términos de Antonio Brack: *“La diversidad de recursos genéticos es un logro de los grupos humanos aborígenes, que durante un proceso de al menos 10,000 años, han domesticado plantas nativas, las han seleccionado y adaptado a los pisos ecológicos, y han domesticado especies de la fauna”*. En el Perú existen 182 especies de plantas domesticadas nativas, 174 son de origen andino, amazónico y costeño, y 7 de origen americano. Los grupos aborígenes poseen conocimientos importantes respecto a usos y propiedades de especies, técnicas de manejo y conservación in situ, de diversidad de recursos genéticos 4,400 especies de usos conocidos, entre ellas 1,200 alimenticias y 1,408 medicinales, y 5 especies de animales domesticados (2005).

Porque los recursos genéticos del Perú son de importancia estratégica mundial, Estados Unidos no permitirá barreras al desarrollo de la biotecnología y las patentes sobre los recursos genéticos que demandan las empresas americanas y transnacionales. Es la misma razón por la cual EEUU no ha ratificado el Convenio sobre Diversidad Biológica (Río 1992), que sí suscribió Perú.

**Inversiones y Medioambiente en el TLC: riesgos de supervivencia de los pueblos indígenas/campesinos en las cuencas andinas y amazónicas**

Los Acuerdos del capítulo diez del TLC sobre inversión se “aplicarán a una empresa estatal u otra persona cuando ésta ejerza cualquier autoridad regulatoria, administrativa u otra autoridad gubernamental que le hubiera sido delegada por esa Parte, tales como la autoridad de expropiar, otorgar licencias, aprobar transacciones comerciales o imponer cuotas, tasas u otros cargos” (Art. 10.1, inciso 2). Por lo que en el caso Peruano, se aplica no sólo al gobierno central sino también a los gobiernos regionales y locales que forman parte del nuevo ordenamiento político territorial resultante de la reforma descentralizadora del Estado en el año 2002. Es evidente que estos niveles de gobierno son los más cercanos y directos para la aplicación y desarrollo normativo del Convenio OIT-169, porque las Comunidades Campesinas y Nativas están localizadas en por lo menos el 70% del total de municipios, mayormente andinos y amazónicos del país (Directorio 2002 del PETT-Ministerio de Agricultura).

Una de las principales amenazas para la protección de los derechos básicos de los pueblos indígenas proviene de la aceptación de la “expropiación indirecta” como causal de controversia y de reclamación que se somete al arbitraje internacional, porque en la práctica significaría que el Estado abdicaría de su función reguladora del bien común y facilitaría la privatización de ese bien, especialmente afectando la propia supervivencia de una buena parte de los pueblos indígenas. Y es que la determinación de esta situación de expropiación indirecta considera “la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión” (Anexo 10-B del Art. 10.7). Es decir, las expectativas de ganancias (futuras) de los inversionistas norteamericanos.

Aceptación que va en contra corriente de las demandas de protección de sus derechos colectivos expresadas por las poblaciones indígenas “no contactadas”, las Comunidades Nativas y Comunidades Campesinas en potencial o abierto conflicto con inversiones en hidrocarburos – petróleo (caso de los Schuar en la cuenca de las aguas corrientes, apoyados por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana AIDSESP) y gas (gaseoducto de Camisea y grupos amazónicos) – o inversiones mineras metálicas – oro y plata (casos de

Combayo y otros apoyados por la Coordinadora Nacional de Comunidades Afectadas por la Minería, CONACAMI).

Están resistiendo ante la inacción del Estado y los riesgos que conlleva la ampliación de la extracción, en base a la experiencia de los pasivos ambientales de las operaciones mineras y de fundición (850 según inventario INACC, 20.09.2006) que se ubican a lo largo del territorio peruano. Cuyo impacto negativo y acumulativo constituye un serio perjuicio para la salud y es una importante causa de malestar social entre las comunidades locales, al haber causado casos graves de filtraciones, drenaje ácido y contaminación de cuerpos acuíferos, así como otros efectos negativos en la biodiversidad y los ecosistemas (Banco Mundial 2005). Resisten ante el crecimiento de concesiones mineras en nuevas zonas con ecosistemas frágiles y en contextos de escasez de agua por efecto del cambio climático mundial, acelerado en estos últimos tres años con el aumento explosivo de los precios del oro y la plata entre otros. Y es que su drama de supervivencia empieza desde la fase de exploración, tornándose irreversible la situación de salud y la migración con la disminución drástica y la contaminación del agua afectando el consumo humano, la actividad productiva (pesca, agricultura, ganadería) y perturbando la propia cultura y afectando sus derechos a una vida digna.

En el Perú, la Constitución establece que "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". (Art. 66). La obligación contraída con el Convenio de la OIT-169 debería haber llevado al desarrollo normativo e institucional correspondiente a fin de que los derechos de los pueblos interesados en los recursos naturales existentes en sus tierras sean protegidos y a 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 (Art. 16). Con mayor razón cuando existen regiones como Huancavelica, Apurímac, Ayacucho – las más pobres del

país, donde la superficie de las Comunidades equivale al 79%, 60% y 43% y donde el área de las concesiones mineras representan el 27%, 27% y 18% del total regional respectivamente.

Actualmente no se obliga a realizar consultas a las comunidades antes de otorgar las concesiones mineras en el ámbito territorial comunal. Tampoco a verificar la disponibilidad y usos de agua correspondientes a los derechos consuetudinarios de las comunidades, se otorgan las licencias de agua para uso no agrario sin ese previo requisito. Con el TLC, toda medida que pretenda regular para proteger estos derechos podría ser calificada como "expropiación indirecta"; incluso, si por razones de bien común y en aplicación del Convenio de la OIT, dado el alto riesgo de la explotación, el Estado pretendiera no otorgarle la concesión minera para la explotación también podría recurrir el inversionista a esa figura.

Por otra parte, de acuerdo al Capítulo sobre Medio Ambiente, reduce los acuerdos sólo a la regulación legal en materia de protección ambiental – no comprendiendo el campo de prevención de riesgos - y sólo es válida para EE.UU cuando son establecidas y ejecutadas por el gobierno central Peruano. Desconociéndose así las competencias que la Constitución en materia de ordenamiento territorial y ambiental asigna a los gobiernos regionales y locales. De este modo, por ejemplo, si un gobierno local decide no otorgar licencia de funcionamiento a una planta industrial, potencialmente contaminadora de la red de aguas que usan las Comunidades, en aplicación de los artículos No. 23º y 70º de la Ley General del Ambiente (No. 28611, del 15.10.06) y el artículo 7º del Convenio de la OIT-169, esta decisión podrá ser objeto de acusación de violación del TLC.

**Lo que está en juego a futuro es la propia gobernabilidad democrática del país como nación**

El TLC con EE.UU creará precedente, y puede ser exigido en otros Acuerdos bilaterales o multilaterales suscritos por Perú, con lo cual tendería a generalizarse sus efectos e impactos en la afectación de los derechos de los pueblos indígenas y la minimización de la aplicabilidad del Convenio OTI-169. Nace por aprobación legal pero sin plena

legitimidad social, una vez más se ha decidido por, sin y en contra de los derechos legítimos de los pueblos indígenas. El efecto e impacto que tendrá el TLC será contrario a la aspiración que el Convenio busca proteger cuando afirma que "1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural".

Consultores ajenos al conflicto de intereses al interior de la Nación Peruana, como los del Banco Mundial, logran atisbar lo que está en juego, cuando afirman en alguna de sus conclusiones que: *"Un elemento central que se trata a lo largo de este informe es la profunda y casi trágica dicotomía entre las sobresalientes perspectivas y crecimiento del sector minero por un lado, y las difíciles relaciones antagónicas entre las partes involucradas en el sector, por otro". "En gran medida el antagonismo entre los actores del sector está alimentado por los enormes contrastes económicos y por un resentimiento social con profundas raíces" (2005).*

## **Bibliografía**

Brack, Antonio. Septiembre 2005. "Biodiversidad del Perú: firmeza necesaria". En la revista Actualidad Económica, edición especial "TLC Así No". Centro de Asesoría Legal del Perú.

Banco Mundial, Unidad de Gestión del País-Perú, 2005. "Riqueza y sostenibilidad: dimensiones sociales y ambientales de la minería en el Perú. Resumen ejecutivo".

Ballón, Francisco y Defensoría del Pueblo. 2002. "Introducción al Derecho de los Pueblos Indígenas".

CEPES, 2005. Informativo Legal Agrario No. 21. "Legislación de Comunidades Campesinas y Nativas".

Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2003. "Un pasado de violencia, un futuro de paz. 20 años de violencia 1980-2000. Qayna ñakariyninchik paqarintaq hawkalla kawsakuyninchik 20 wata sipinakuy".

Guillete Hall y Harry Patrinos, 2005. "Pueblos indígenas, pobreza y desarrollo humano en América Latina 1994-2004". Nota de prensa, Banco Mundial (Washington 18.05.2005).

INDECOPI, Gerencia de Estudios Económicos, 2006. "Biodiversidad y conocimientos tradicionales en el Acuerdo de Promoción Comercial Perú-EEUU"

Instituto del Bien Común, 2003. "Atlas de Comunidades Nativas de la Selva Central". Lima, Perú.

Defensoría del Pueblo, 2006. "Informe Defensorial No. 103. El Proyecto Camisea y sus efectos en los derechos de las personas".

Páginas web: [www.minen.gob.pe](http://www.minen.gob.pe); [www.inacc.gob.pe](http://www.inacc.gob.pe);  
[www.defensoria.gob.pe](http://www.defensoria.gob.pe)

### **Acerca de la Autora**

Marlene Castillo Fernández: peruana, ingeniera agrónoma con magíster en Producción y Extensión Agrícola y Maestría en Desarrollo Regional de los Andes, especializada en desarrollo rural territorial participativo. Actualmente labora en el Centro Peruano de Estudios Sociales (Lima y Huancavelica) y es miembro activo del colectivo "Piura Vida Agro – Godofredo García Baca).