

Cuestionando el consentimiento en las Cortes: una crítica socio-legal a los acuerdos indígenas-industria*

Charis Kamphuis**

Universidad Thompson Rivers (Canadá)

Carlos Quispe Dávila***

Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (Perú)

Recibido: 20 de mayo del 2020 | Aceptado: 30 de septiembre del 2020 | Modificado: 9 de octubre 9 del 2020

Cómo citar: Kamphuis, Charis y Carlos Quispe Dávila. "Cuestionando el consentimiento en las Cortes: una crítica socio-legal a los acuerdos indígenas-industria". *Latin American Law Review*, no. 06 (2021): 53-85, doi: <https://doi.org/10.29263/lar06.2021.03>

Resumen

En este artículo argumentamos que los contextos legales y sociales en que típicamente se producen los acuerdos indígenas-industria en América Latina presentan enormes disparidades de poder y marcadas diferencias epistemológicas. La literatura estudiada aquí apoya la conclusión de que muchos de dichos "acuerdos" pueden carecer de legitimidad, e incluso de legalidad. Esto, a la vez, plantea serios interrogantes sobre si dichos acuerdos, al ser suscritos en tales condiciones, se basan en una real noción de consentimiento.

* Gracias a Nnaemeka Ezeani y Judith Acevedo Paz por su asistencia de investigación y al Lic. Francisco Gómez por la traducción. Este artículo y su traducción se han hecho posibles gracias al apoyo financiero brindado por el profesor Dwight Newman, por la Oficina de Investigación de la Universidad Thompson Rivers, y por el Proyecto Justicia y Responsabilidad Corporativa (JCAP). Este artículo actualiza y expande una versión previa y abreviada que se publicó en inglés: Kamphuis, Charis. "Contesting Indigenous-Industry Agreements in Latin America". In *Indigenous-Industry Agreements, Natural Resources, and the Law*, edited by Ibironke Odumosu-Ayanu & Dwight Newman, 171-190, (Routledge, 2021).

** Doctora en Derecho de Osgoode Hall Law School, Universidad de York; profesora asociada en la Facultad de Derecho de la Universidad Thompson Rivers, Kamloops, Canadá. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3200-9790>. ✉ ckamphuis@tru.ca.

*** Abogado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú; especialista legal del Programa Derechos y Justicia Ambiental, de la organización Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR), Lima, Perú. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3337-7499>. ✉ cqdavila@gmail.com.

Señalamos este importante punto con el fin de abordar aspectos más precisos, que se relacionan con los procesos ya realizados, y también con aquellos que puedan ejecutarse en el futuro bajo las mismas condiciones. ¿Qué ocurre cuando una comunidad se moviliza con el fin de impugnar la legalidad de un acuerdo suscrito con una empresa del sector extractivo, por cuestionar su posición de que fue realmente consentido? ¿Qué sucede si la compañía o el Estado presentan un documento con las firmas de anteriores líderes comunitarios que presuntamente avalaron el consentimiento? Por último, si la compañía y el Estado se muestran insensibles ante las preocupaciones de una comunidad acerca del acuerdo, ¿puede la comunidad acudir a los tribunales? y ¿qué opciones reales tiene para encontrar justicia? En este artículo examinamos algunas de estas cuestiones, tomando a Perú como caso de estudio, y en la conclusión analizamos su significación para el actual desarrollo normativo respecto al derecho de los pueblos indígenas a un consentimiento libre, previo e informado.

Palabras clave

Derecho internacional público, Perú, pueblos indígenas, derecho a la consulta, extracción de recursos naturales, protección de los derechos humanos, caducidad, acción de amparo.

Challenging consent in court: A socio-legal critique of Indigenous-industry agreements

Abstract

In this article we argue that the legal and social contexts that typically inform the formation of Indigenous-industry agreements in Latin America are marked by enormous power disparities and stark epistemological differences. The literature reviewed here supports the conclusion that it is likely that many of these “agreements” lack legitimacy, and even legality. This in turn raises serious questions about whether or not agreements formed under current conditions could possibly rest on any meaningful notion of consent.

We make this important point in order to focus on a narrower set of questions, of the present but also very much one of the future, as we face the aftermath in the years and decades to come, of the proliferation of agreements under present circumstances. What happens when a community mobilizes in order to challenge the legality of an agreement signed with a company in the extractive sector, contesting the idea that it actually consented? What happens if the company and / or the State present a document with signatures of former community leaders that allegedly represent consent? Finally, if the company and the state are unresponsive to a community's concerns about the deal, can the community resort to the courts? In this article we examine some of these issues by referring to Peru as a case study, and in conclusion we analyze their significance for ongoing normative developments in relation to Indigenous peoples' right to free, prior and informed consultation and consent.

Keywords

Public International Law, Peru, Indigenous Peoples, Right to Consultation, Extraction of Natural Resources, Protection of Human Rights, Limitation Period, Amparo Action.

A MODO DE INTRODUCCIÓN: EL CONTEXTO DE LOS ACUERDOS INDÍGENAS-INDUSTRIA EN AMÉRICA LATINA

El principio que reconoce que la extracción de recursos en tierras indígenas —sea que estas tengan propiedad reconocida, o que se encuentren en proceso de reconocimiento— solo puede producirse siempre que exista de por medio un proceso de consulta libre, previa e informada con las comunidades afectadas hizo su primera aparición en la escena legal internacional en el art. 15.2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (Convenio 169, en adelante). A partir de entonces este principio se ha reiterado en muchas proclamaciones de derecho internacional, en las constituciones o la jurisprudencia constitucional de muchos países en todo el mundo, y en las políticas financieras de inversores y corporaciones internacionales. El principio de que la consulta debe efectuarse con el fin de obtener el “consentimiento libre, previo e informado” de los pueblos indígenas afectados ha seguido recibiendo aceptación y apoyo desde su articulación, en 2007, en el artículo 32.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (UNDRIP, por sus siglas en inglés). En su informe final de 2013 ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, el entonces Relator Especial para la Situación de los Derechos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, James Anaya, planteó que existe una norma general de derecho internacional respecto a que las actividades extractivas no deben realizarse en los territorios de los pueblos indígenas sin contar con su consentimiento previo, libre e informado¹. Esta conclusión es consistente con la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos². No obstante, hay que señalar que el significado preciso de este consentimiento sigue siendo controversial³.

-
- 1 James Anaya, *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*, UNGAOR, 24th Sess, A/HRC/24/41 (2013), párr. 27. Anaya enfatiza que esta norma se aplica en “el escenario estándar” en que los Estados o las terceras partes empresariales promueven la extracción de los recursos naturales dentro de los territorios indígenas. Sin embargo, identifica también un preferible modelo político-económico de desarrollo de los recursos, que no es el modelo de negocios prevalente: párrs. 8-17.
 - 2 En decisiones de la Corte Interamericana, como en el caso *Saramaka v. Surinam* (sentencia del 28 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), se reconoció el derecho de libre determinación indígena en virtud de los pactos internacionales de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, a pesar de que el Estado de Surinam no había ratificado el Convenio 169: “[...] Al respecto, en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1 [común de los PIDCP y PIDESC], los pueblos podrán ‘proveer[r] a su desarrollo económico, social y cultural’ y pueden ‘disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales’ para que no se les prive de ‘sus propios medios de subsistencia’.” Añade la Corte que “conforme al art. 29.b de la Convención Americana, esta Corte no puede interpretar las disposiciones del derecho a la propiedad (art. 21) de dicho instrumento en el sentido que limite el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por Surinam en dichos Pactos. La Corte considera que el mismo razonamiento aplica a los pueblos tribales”.
 - 3 David Szablowski, “Operationalizing Free, Prior, and Informed Consent in the Extractive Industry Sector. Examining the Challenges of a Negotiated Model of Justice”. *Canadian Journal of Development Studies* 1, n.º 2 (2010): 116. Especialmente controversial es la posibilidad de un derecho sustantivo indígena al consentimiento (o a negar el consentimiento), fundamentado en el derecho indígena a la autodeterminación y al ejercicio de jurisdicción sobre los recursos. No obstante, como mínimo hay cierto consenso en cuanto a que

Los países de América Latina han estado en la primera línea de estos desarrollos legales globales. De los países del mundo que han ratificado el Convenio 169, aproximadamente dos tercios (es decir, 15 países) son de América Latina y el Caribe⁴. Luego de que se adoptase la UNDRIP, distintos países latinoamericanos desarrollaron legislaciones para regular el derecho a la consulta previa, y hasta 2015 cuatro países andino-amazónicos (Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú) habían aprobado sus respectivas legislaciones en esta área⁵. La legislación en los tres primeros países mencionados se enfoca específicamente en sectores de extracción de recursos naturales, mientras que en el Perú la legislación aplica a todos los tipos de decisiones estatales⁶. No sorprende la atención que se presta en la región a estos instrumentos de derecho, dado que muchos Estados latinoamericanos reclaman soberanía sobre territorios que están habitados, y reclamados también, por pueblos indígenas.

Muchos países de Latinoamérica poseen algunos de los más ricos yacimientos mundiales de minerales y petróleo, y han adoptado una economía política extractiva común, regida por la globalización económica neoliberal⁷. Esto se refiere, entre otras cosas, al uso del derecho doméstico (normas de rango legal, principalmente) para atraer y facilitar la inversión extranjera en proyectos extractivos a gran escala, al uso del derecho económico internacional para proteger a los inversionistas foráneos respecto a ciertos tipos de decisiones estatales, y al empleo del derecho corporativo y el derecho tributario para incrementar las ganancias de

se requiere el consentimiento cuando una propuesta de proyecto puede impactar significativa y adversamente a una comunidad, como, por ejemplo, mediante su desplazamiento. Véase caso *Saramaka v. Surinam* (2007), párr. 134. También Anaya, *Informe del Relator 21 Sess*, párr. 65.

- 4 Estos países son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela.
- 5 Patricia Urteaga, "Implementation of the Right to Prior Consultation in the Andean Countries: A Comparative Perspective". *Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law* 50, n.º 1 (2018): 7-8.
- 6 El desarrollo normativo del derecho de consulta previa en estos cuatro países no ha sido uniforme. Ecuador y Bolivia han avanzado en normativas sectoriales, enfocándose el primero principalmente en hidrocarburos y el segundo en minería e hidrocarburos. Colombia también ha expedido una normativa sectorial, principalmente en hidrocarburos, minería e infraestructura, y aunque sus estándares más altos han ido consiguiéndose a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la práctica esto no se ha traducido necesariamente en una verdadera garantía de ese derecho. Perú es el único país con una normativa general, aplicable a todos los sectores que quieran impulsar procesos de consulta; no obstante, es el que menos procesos ha desarrollado desde la promulgación de dicha normativa. Véase: Merino, Roger y Carlos Quispe, "Consulta previa y participación ciudadana en proyectos extractivos. Los límites de la gobernanza ambiental". *Policy Brief*, n.º 5 (2018): 1-9.
- 7 Fábio De Castro, Pitou van Dijck y Barbara Hogenboom, *The Extraction and Conservation of Natural Resources in South America: Recent Trends and Challenges* (Amsterdam: CEDLA, 2014), 6-7. De esta política económica extractiva no han escapado los países con Constituciones "progresistas", como Ecuador y Bolivia (neo-extractivistas progresistas o post-neoliberales, en los términos de Acosta y Eichler). Rickard Lalander y Anna Laing refieren que aun cuando se reconocen derechos indígenas desde una óptica "decolonial", en la práctica estos derechos han seguido subordinados al mantenimiento del modelo extractivo que, a título de interés nacional, desplaza a los indígenas de sus territorios. Véase: Alberto Acosta, "Posextractivismo: del discurso a la práctica -Reflexiones para la acción", *International Development Policy* 9 (2017): 77-101; Jessika Eichler, "Neo-extractivist controversies in Bolivia: indigenous perspectives on global norms". *International Journal of Law in Context* 15, n.º 1 (2019): 88-102; Anna Laing, "Resource Sovereignties in Bolivia: Re-Conceptualizing the Relationship between Indigenous Identities and the Environment during the TIPNIS Conflict". *Bulletin of Latin American Research* 34, n.º 2 (2015): 149-166; Rick Lalander, "Ethnic rights and the dilemma of extractive development in plurinational Bolivia". *The International Journal of Human Rights* 21, n.º 4 (2017): 464-481.

las compañías y transferirlas a otros países fuera de donde operan⁸. Dentro de este marco, la extracción de minerales por intereses foráneos se ha intensificado en América Latina en los últimos veinte años⁹.

En el contexto de una intensa y continua extracción de recursos, y a la luz de la amplia difusión de los principios de consulta y consentimiento, identificamos casos donde las compañías extractivas que operan en América Latina han buscado establecer acuerdos directamente con las comunidades afectadas. Muchas, para conseguir el acuerdo de las comunidades en lo que toca al respeto por los derechos humanos, han esgrimido el argumento del “caso de negocios” (*business case*)¹⁰. La idea aquí es que los acuerdos incrementen la rentabilidad de una compañía mediante el logro de una mayor estabilidad social para proyectos específicos, impactando positivamente en la reputación corporativa.

Entonces, los acuerdos indígenas-industria se establecen principalmente fuera de los procesos formales de consulta estatalmente regulados. Esto se debe a que las legislaciones latinoamericanas sobre la consulta se han enfocado exclusivamente en la regulación estatal del proceso, dejando de lado los eventuales acuerdos que se podrían establecer entre la empresa y la comunidad. La relación entre esos procesos estatalmente regulados y los acuerdos indígenas-industria en Latinoamérica se examinará a lo largo de este artículo.

Junto con estos procesos normativos, el desarrollo del extractivismo neoliberal en América Latina coincide con graves y endémicos conflictos sociales¹¹. De acuerdo con el último informe de la organización Global Witness, 212 personas defensoras de la tierra y del medio ambiente fueron asesinadas durante el 2019. Más de dos tercios de los asesinatos ocurrieron en Latinoamérica, posicionada constantemente como la región más afectada desde que Global Witness comenzó a publicar datos en 2012¹². Estas cifras coinciden con las señaladas en el informe de Front Line Defenders, organización no gubernamental que refiere que en 2019 se registró el asesinato de 304 defensores y defensoras. El 40% defendía la tierra, los derechos de los pueblos indígenas y el medio ambiente¹³.

8 Véase De Castro, Van Dijck y Hogenboom, *Extraction and Conservation*. Véase también Anaya, *Informe del Relator 21 Sess*, párr. 74.

9 Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe*, 2016, LC/G.2680-P (Santiago: 2016), párr. 107; Organización de los Estados Americanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, OROEA/Ser.L/V/II.Doc.47/15 (2015), párr. 15.

10 Global Affairs Canada, “Canada’s Enhanced Corporate Social Responsibility Strategy to Strengthen Canada’s Extractive Sector Abroad. Doing Business the Canadian Way: A Strategy to Advance Corporate Social Responsibility in Canada’s Extractive Sector Abroad” (2014), 8; Anaya, *Informe del Relator 24 Sess*, párr. 29; OCDE, *Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales* (OCDE Publishing, 2011), párr. 40; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de las NN. UU. para “proteger, respetar y remediar”*, UNGAOR, 17th Sess, UN Doc A/HRC/17/31 (2011), párrs. 8, 14.

11 OEA y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos*, OROEA/Ser.L/V/II.Doc.49/15 (2015), párrs. 48-50.

12 Global Witness, *Defender el mañana. Crisis climática y amenazas contra las personas defensoras de la tierra y del medio ambiente* (Londres: Global Witness, 2020).

13 Front Line Defenders, *Informe desde la Línea del Frente* (Dublín: FLD, 2020).

En 2016, el Proyecto Justicia y Responsabilidad Corporativa (JCAP, por sus siglas en inglés), radicado en Canadá, publicó un estudio sobre los incidentes de violencia y criminalización en América Latina relacionados con la operación de compañías mineras canadienses en la región. El estudio encontró que, entre 2000 y 2015, hubo 44 fallecidos y 403 heridos graves en incidentes relacionados con 28 diferentes compañías de esa nacionalidad¹⁴. En suma, en la región latinoamericana los conflictos en torno a la tierra y el medioambiente se tornan a menudo violentos, y en demasiados casos resultan asesinados, lesionados, amenazados, investigados y criminalizados los líderes comunitarios que se oponen a los proyectos extractivos o que los critican.

Lo antes expuesto demuestra que en los últimos veinte años se ha venido desarrollando una situación paradójica. El derecho a la consulta previa ha sido ampliamente respaldado por los gobiernos y los tribunales de los países latinoamericanos; sin embargo, simultáneamente, se ha producido la intensificación de los proyectos extractivos en tierras indígenas y con ello han proliferado conflictos violentos vinculados a varios de esos proyectos, así como, de manera más general, han sido promulgadas legislaciones y políticas proextractivas¹⁵. Al hacer esta observación, nuestro propósito no es realizar un completo examen de este fenómeno y de sus posibles explicaciones¹⁶; más bien, lo hacemos con la finalidad de establecer un conjunto más preciso de argumentos e investigaciones sobre la formalización, en este contexto, de los acuerdos indígenas-industria.

En la sección 1 de este artículo nos referimos a las contribuciones de académicos y activistas que comparten nuestra inquietud respecto a que los contextos socio-legales que sustentan la formalización de los acuerdos indígenas-industria en América Latina están marcados por enormes disparidades de poder y patentes diferencias epistemológicas. Sus conclusiones aportan serios cuestionamientos sobre si los “acuerdos” indígenas-industria establecidos en estas condiciones se basan realmente en alguna significativa noción de consentimiento. El examen de esa literatura apoya la reflexión de que, muy probablemente, muchos de esos acuerdos en América Latina carecen de legitimidad y, quizá, hasta de legalidad.

Mencionamos este importante punto con el fin de resaltar una cuestión más precisa, que es del presente, pero tiene también mucho del futuro, en la medida en que nos enfrentamos, en los años y las décadas por venir, a la proliferación de acuerdos bajo las actuales condiciones. ¿Qué ocurre cuando una comunidad se moviliza a fin de hacer público su cuestionamiento

14 Justice and Corporate Accountability Project, *The “Canada Brand”: Violence and Canadian Mining Companies in Latin America* (JCAP, 2016).

15 En un estudio sobre Colombia, César Rodríguez-Garavito formula una observación similar, y pregunta: “¿Cómo es posible esta coexistencia del orden y el caos (esta coexistencia del mayor formalismo legal y la más extrema violencia)?”. Véase César Rodríguez-Garavito, *Etnicidad.gov: Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados* (Bogotá: Dejusticia, 2012). Véase también De Castro, Van Dijck y Hogenboom, *Extraction and Conservation*; Roger Merino, “The politics of extractive governance: Indigenous peoples and socio-environmental conflicts”. *Extractive Industries and Society* 2, n.º 1 (2015).

16 Varios autores han realizado investigaciones sobre la compatibilidad conceptual y política del derecho internacional de los derechos humanos y la globalización neoliberal: Roger Merino, “Critical Human Rights and Liberal Legality: Struggling for ‘The Right to Have Communal Rights’”. *Philosophy Study* 3, n.º 3 (2013): 246; Umut Özsü, “Neoliberalism and Human Rights: The Brandt Commission and the Struggle for New World”. *Law & Contemporary Problems* (2018); David Kennedy, “The International Human Rights Regime: Still Part of the Problem?”, en *Examining Critical Perspectives on Human Rights*, eds. Rob Dickinson et al. (Cambridge University Press, 2012), 19.

sobre la legalidad de un acuerdo suscrito con una industria, así como la idea de que realmente se llegó a ese acuerdo con su consentimiento libre? ¿Qué ocurre si la compañía o el Estado sostienen que un documento con las firmas de anteriores líderes comunitarios demuestra la existencia del consentimiento? Y si la compañía y el Estado se muestran insensibles ante las inquietudes de la comunidad acerca del acuerdo, ¿puede la comunidad recurrir a los tribunales judiciales? y ¿qué posibilidades reales tiene para encontrar justicia?

En la sección 2 respondemos algunas de esas preguntas, tomando al Perú como caso de estudio. Comenzamos con un resumen de las principales características del marco normativo que fundamenta la formalización en ese país de los acuerdos indígenas-industria. Completamos esa sección compartiendo la experiencia de San Andrés de Negritos (en adelante Negritos o comunidad de Negritos), una comunidad campesina que ha decidido cuestionar, ante las instancias judiciales peruanas, la constitucionalidad de dos acuerdos/contratos suscritos con la minera Yanacocha, que es propiedad mayoritaria de la corporación transnacional Newmont Mining Corporation. Esta experiencia revela tanto las interesantes posibilidades como los obstáculos procedimentales que se presentan cuando se trata de cuestionar acuerdos ilegítimos en América Latina. Hasta la fecha, la respuesta judicial a la demanda de Negritos pone de relieve la necesidad de una adecuada revisión de los acuerdos indígenas-industria en estas circunstancias, un tópico que retomaremos en la conclusión de este artículo.

Nuestro análisis considera el contexto latinoamericano como región, para luego tomar a Perú como caso de estudio, por dos razones. La primera, porque Perú exhibe muchas semejanzas con otros países latinoamericanos, y probablemente también con muchos en vías de desarrollo en otras partes del mundo. Su historia y su presente democrático están marcados por profundos problemas con el Estado de derecho, con las extremas desigualdades sociales, la arraigada dependencia económica respecto a la extracción de recursos, y los endémicos y violentos conflictos sociales enraizados en la desigualdad social. La segunda, porque al propio tiempo posee una relativamente poderosa historia en cuanto al reconocimiento, la regulación, el enjuiciamiento, la reforma legal y la movilización política en relación con los asuntos indígenas, y cuenta igualmente con una de las mayores poblaciones indígenas en América Latina. En 2011, Perú fue el primer país de la región que reguló el derecho a la consulta¹⁷. Finalmente, muchas características clave de la tradición constitucional y procesal peruana son compartidas por otros países latinoamericanos.

Todo esto convierte a Perú en sujeto de un provechoso caso de estudio, para examinar las posibilidades y los obstáculos cuando se trata de implementar el derecho a la consulta y el consentimiento, y de examinar las inquietudes teóricas y prácticas que existen respecto a la formalización de los acuerdos indígenas-industria en esos contextos. Aunque cada país tiene características propias, la dinámica expuesta en el caso de estudio de este artículo indudablemente tendrá eco en otros países latinoamericanos, y posiblemente en otros países del mundo. En nuestra conclusión exploramos la significación de este estudio para los desarrollos normativos que están en curso respecto al derecho indígena a la consulta, al consentimiento y a la formalización de acuerdos indígenas-industria, ya sea independientemente o en conjunción con más amplios procesos estatalmente dirigidos.

17 Esta ley se promulgó en respuesta a un conflicto excepcionalmente violento entre las fuerzas de seguridad peruanas y una amplia coalición de comunidades indígenas que protestaban contra leyes que promovían las inversiones y la extracción de recursos en sus territorios.

1. INVESTIGACIÓN CRÍTICA SOBRE LA CONSULTA, EL CONSENTIMIENTO Y LOS ACUERDOS INDÍGENAS-INDUSTRIA EN AMÉRICA LATINA

En 2010, David Szablowski observó que existían pocos estudios sobre la implementación efectiva del derecho de los pueblos indígenas al consentimiento, y en particular sobre los verdaderos arreglos institucionales necesarios para dar a este principio un significado concreto en diferentes contextos¹⁸. En su opinión, cuando las comunidades indígenas carecen de derechos legales sobre los recursos, y se ven obligadas a aceptar “lo que piensan que pueden obtener en tales circunstancias”, esto queda lejos de ser un consentimiento¹⁹. Tras referirse a los desarrollos en derecho internacional público en los regímenes privados transnacionales y en la política corporativa, concluyó que “sobre el consentimiento libre, previo e informado se discute en todas partes, pero no resulta exagerado decir que no se practica en ninguna”²⁰. Además, expresó su preocupación en cuanto a que, si continúan sin resolverse los desbalances, el consentimiento terminaría convirtiéndose en un arma de doble filo para los pueblos indígenas. Como remedio parcial a esto, Szablowski argumentó que el concepto de consentimiento “informado” debe infundir obligaciones fiduciarias (el *deber* de informar) en la relación contractual entre la industria y las comunidades, requiriendo así un alejamiento del enfoque clásico neoliberal del consentimiento que aparece comúnmente en el derecho de contratos²¹.

Esas aserciones, relativamente avanzadas para el momento en que se hicieron, conducen al cuestionamiento de los acuerdos indígenas-industria. En su informe de 2013, el Relator Especial James Anaya articuló un estándar normativo para evaluar la legitimidad de esos acuerdos. Específicamente se esforzó en describir las condiciones legales que permiten aceptar una propuesta de proyecto “en términos que sean equitativos y justos”²². Anaya propuso un enfoque de derechos humanos que caracteriza el consentimiento como una salvaguarda de los derechos indígenas de forma más general. De manera más importante, ese marco aprehende dos aspectos: primero una contextualización legal y negociadora más amplia, dentro de la cual se conforma el acuerdo; segundo, la sustancia del acuerdo en sí mismo.

En relación con el primer aspecto, Anaya argumentaba que la protección de los derechos civiles y políticos básicos (libertad de expresión, incluyendo el derecho a oponerse a proyectos sin sufrir represión y criminalización) es un prerrequisito para la formalización de legítimos acuerdos. Sin embargo, un contexto más amplio debe incluir también sistemas regulatorios que reconozcan y protejan todo el espectro de los derechos indígenas, y la aplicación de sanciones cuando sean violados²³. Igualmente, se refirió a la propia dinámica de la negociación,

18 Szablowski, “Operationalizing Free, Prior, and Informed Consent” 116. En un estudio, representantes indígenas no pudieron mencionar un solo ejemplo de la implementación efectiva de este derecho.

19 *Ibíd.*, 120.

20 *Ibíd.*, 127.

21 *Ibíd.*, 124-125.

22 Anaya, *Informe del Relator 24 Sess*, párr. 41.

23 *Ibíd.*, párrs., 41-46. Anaya señala otras tres importantes precondiciones: (1) mecanismos que permitan la participación de los pueblos indígenas en el planeamiento estratégico estatal con respecto al uso de los recursos naturales y el ordenamiento territorial: párrs. 49-51; (2) el deber de debida diligencia de las compañías, que incluye el respeto por el derecho internacional de los derechos humanos y la consulta y la negociación justas y

señalando que los procedimientos de consulta deben atenuar el desbalance de poder entre las compañías y los pueblos indígenas. A este fin, señaló que los Estados deben crear mecanismos para el intercambio de información y para asegurar que los pueblos indígenas tengan una adecuada capacidad de negociación²⁴.

Habiendo establecido esas condiciones contextuales, Anaya identificó las características fundamentales de los “acuerdos equitativos centrados en el respeto de los derechos”. En su criterio, estos acuerdos deben proteger derechos y mitigar el impacto sobre ellos del desarrollo de la extracción de recursos²⁵. Como modelo preferido, los acuerdos deben asegurar también una genuina asociación a largo plazo entre las compañías y los pueblos indígenas, de manera que estos últimos participen efectivamente en el proceso de toma de decisiones y en los beneficios, así como en el control regulatorio²⁶. De acuerdo con Anaya, estos estándares sustantivos para la formalización de los acuerdos son los requeridos por el derecho internacional de los derechos humanos.

En esta senda, Elisa Morgera ha argumentado que el principio de participación equitativa en los beneficios ha recibido insuficiente atención por parte de los organismos internacionales y los expertos de derechos humanos en esta área²⁷. Morgera aboga por la expansión de los argumentos de Anaya mediante una interrelación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional medioambiental. Argumenta que una lectura doctrinal combinada de estas dos áreas apoya un concepto positivo en derecho internacional respecto a la participación equitativa en los beneficios. Sostiene que este principio no es solo una salvaguarda procesal, sino también un derecho sustantivo que forma parte integral de los derechos de los pueblos indígenas relativos a los recursos naturales²⁸.

Continuando esta línea de desarrollo doctrinal, tanto Morgera como Anaya conceptúan explícitamente su enfoque como alternativa para los obstáculos que puedan enfrentar la consulta, el consentimiento y la participación en los beneficios. Morgera se refiere al riesgo de que

adecuadas: párrs. 52-57; y (3) la regulación extraterritorial de las actividades de las compañías por los Estados en que están registradas: párrs. 47-48.

24 Anaya, *Informe del Relator*, 24 Sess, párr. 67.

25 *Ibíd*, párrs. 73-77.

26 Anaya señala que los beneficios deben incluir los beneficios financieros directos y la compensación por los efectos adversos, y que ambos deben determinarse en proporción a lo que los pueblos indígenas suministran a la compañía a cambio, incluyendo el acceso a la tierra y a los recursos, así como lo que los pueblos indígenas pueden perder, incluyendo las alternativas para un desarrollo futuro.

27 Elisa Morgera, “Under the Radar: Fair and Equitable Benefit-Sharing and the Human Rights of Indigenous Peoples and Local Communities Connected to Natural Resources”. *The International Journal of Human Rights* 23, n.º 7 (2019). La única referencia basada en tratados, respecto a los pueblos indígenas en derecho internacional de derechos humanos, aparece en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT. No obstante, esta disposición solo se refiere al derecho de los pueblos indígenas “a participar” en los beneficios que resulten del uso, el manejo y la conservación de sus recursos naturales “cuando sea posible”. El concepto de compartir beneficios está totalmente ausente en la UNDRIP, y solo tuvo su primera aparición explícita en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Saramaka* (2007), que lo menciona como una “salvaguarda” del derecho de los pueblos indígenas a la libre disposición de sus recursos naturales. Posteriormente al caso *Saramaka*, el derecho a compartir beneficios se ha adoptado en otros casos vistos por la Corte Interamericana, así como por otros órganos internacionales.

28 Morgera, “Under the Radar”.

la participación en los beneficios pueda convertir aspectos complejos en simples transacciones financieras, reforzando así las ventajas de los poderosos y legitimando la pérdida de recursos por parte de los vulnerables²⁹. Anaya especifica que los acuerdos no deben ser resultado de “presiones indebidas”, y que el acceso a los servicios básicos no debe condicionarse a la aceptación de los proyectos extractivos. Indica también que el Estado y la compañía deben impedir la manipulación o la intimidación de los líderes indígenas por parte de funcionarios públicos o privados³⁰, y advierte que “el consentimiento no es un mecanismo independiente que puede prescindir de la legitimación”³¹. Tanto Szablowski como Anaya y Morgera evidencian una conexión entre los desarrollos en el derecho internacional de los derechos humanos respecto a la consulta y el consentimiento indígena, y la formalización de los acuerdos indígenas-industria; los tres elaboran la fundamental propuesta de que el derecho internacional de derechos humanos debe tratar de alguna manera el asunto de los acuerdos privados.

No obstante, brindan muy poca orientación sobre cómo pueden examinarse acuerdos cuestionables en los casos en que se presenten conflictos sobre aspectos sustantivos o de procedimiento³². La desatención a este asunto es preocupante, a la luz del hecho de que al menos en América Latina se materializan en la práctica muchos de los factores que obstaculizan la observancia del derecho al consentimiento³³. Riccarda Flemmer y Almut Schilling-Vacaflor estudiaron cuarenta procesos de consulta estatalmente conducidos en Bolivia, y cinco en Perú, realizados de acuerdo con la normativa interna que regula el derecho de consulta respecto a propuestas de proyectos extractivos en ambos países. En el informe que publicaron en 2015, concluyeron que la implementación de ese derecho está abismalmente alejada de los ideales de derechos humanos de quienes trabajan en el desarrollo de normas a ese respecto a nivel internacional³⁴.

Flemmer y Schilling-Vacaflor encontraron que las formalidades para la realización de las consultas, incluyendo los procedimientos, los límites temporales, el alcance y la necesaria información, fueron impuestas en buena medida por el Estado. Además, las consultas experimentaron graves asimetrías, enormes deficiencias en cuanto a información y conocimiento, e inadecuaciones interculturales. Todo esto afectó la legitimidad del proceso y la participación efectiva de los grupos indígenas involucrados. Notablemente, las consultas se vieron a menudo recargadas con un amplio espectro de inquietudes comunitarias no relacionadas

29 Ibid., 6.

30 Anaya, *Informe del Relator 24 Sess*, párrs., 24-25.

31 Ibid., párr., 31.

32 Ibid., párr., 78.

33 Además de los estudios discutidos aquí, véanse también: Due Process of Law Foundation, *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú* (Washington: DPLF/OXFAM, 2011); Amanda Fulmer, Angelina Snodgrass Godoy y Philip Neff, “Indigenous Rights, Resistance and the Law: Lessons from a Guatemalan Mine”. *Latin American Politics and Society* 50, n.º 4 (2008): 91.

34 Riccarda Flemmer y Almut Schilling Vacaflor, “Unfulfilled Promises of the Consultation Approach: The Limits to Effective Indigenous Participation in Bolivia’s and Peru’s Extractive Industries”. *Third World Quarterly* 37, n.º 1 (2016): 172. Véase también: Deborah Delgado-Pugley, “Contesting the Limits of Consultation in the Amazon Region: On Indigenous Peoples’ Demands for Free Prior and Informed Consent in Bolivia and Peru”. *Revue Générale de Droit* 43 (2013): 151.

directamente con el proyecto extractivo en cuestión³⁵. Finalmente, observaron que los acuerdos que se alcanzaron entre las autoridades gubernamentales y las comunidades indígenas fueron débiles, carentes de mecanismos de seguimiento, y que normas clave fueron subsiguientemente ignoradas³⁶.

Basándose en esos hallazgos, Flemmer y Schilling-Vacaflor concluyeron que, aunque puede ser que Bolivia y Perú estén al frente de las consultas estatalmente conducidas, ambos países carecen de precondiciones necesarias que aseguren que esos procesos satisfagan la necesidad de protección de los derechos de los pueblos indígenas. En ambos países el Estado se ha esforzado en realizar consultas sin cambiar el *statu quo*. En último término, las comunidades indígenas no tienen en verdad ni voz ni voto respecto a las actividades extractivas, carecen de canales permanentes de participación política, sus necesidades sociales y económicas no son satisfechas, y son ignorados sus derechos básicos a la tierra, al territorio, a la autonomía y al poder político. Por demás, estos autores observaron que, si esas precondiciones no se tienen en cuenta, los procesos de consulta pueden terminar teniendo consecuencias muy negativas para el empoderamiento de las comunidades³⁷. Un estudio realizado en 2017 sobre numerosos acuerdos compensatorios establecidos entre comunidades indígenas amazónicas y grandes compañías petroleras y gasíferas, apoya la conclusión de que acuerdos pobremente fundamentados pueden empeorar la situación de las comunidades³⁸.

En 2018, las ONG Oxfam y CooperAcción publicaron un comprehensivo estudio, escrito por Ana Leyva, sobre los 38 procesos de consulta de proyectos mineros y petroleros que realizó el Estado peruano en los seis años siguientes a la implementación de la normativa sobre consulta previa³⁹. El estudio evidenció numerosas deficiencias graves en esos procesos, semejantes a las identificadas por Flemmer y Schilling-Vacaflor. Leyva observó que los participantes indígenas en las consultas mostraron un profundo desconocimiento de las funciones básicas del Estado, de las obligaciones legales de las compañías y de sus propios derechos⁴⁰. Quizá una de las conclusiones adicionales más importantes de Leyva es que las consultas se celebraron *después* de que el Estado ya había tomado todas (o casi todas) las decisiones clave sobre los proyectos⁴¹. Como resultado de esas deficiencias, observó que los acuerdos

35 Una crítica similar se plantea por Merino, quien señala que en la práctica los procesos de consulta han servido como canales para que los pueblos indígenas expresen sus aspiraciones y formulen demandas respecto a asuntos pendientes del Estado; sin embargo, estas demandas han terminado atrapadas en complejos enredos institucionales, lo que ha resultado en la pérdida de fe hacia al proceso, y en el peor de los casos en situaciones de conflicto. Los mecanismos de participación existentes no han logrado canalizar las demandas indígenas, y si bien se ha expandido su práctica, esta solo ha sido débil y no ha mostrado un compromiso real de traducir las demandas indígenas en propuestas concretas de política pública. Véase Roger Merino, "Re-politicizing participation or reframing environmental governance? Beyond indigenous' prior consultation and citizen participation". *World Development* (2018): 75-83.

36 Véase Flemmer y Schilling Vacaflor, "Unfulfilled Promises".

37 Ídem.

38 Este estudio analizó los acuerdos formados a partir de 2002: Glenn Shepard Jr., "Compensation to Native Communities of the Lower Urubamba by the Camisea Consortium: Impacts, Benefits and Failures" (2017).

39 Ana Leyva, *Consúltame de verdad: Aproximación a un balance sobre consulta previa en el Perú en los sectores minero e hidrocarburífero* (Lima: CooperAcción, Oxfam, 2018).

40 *Ibíd.*, 53.

41 *Ibíd.*, 65-6, 68.

Estado-comunidades a los que se arribó tenían poca —si alguna— importancia respecto a la protección de los derechos de las comunidades involucradas en la futura ejecución de los proyectos extractivos que se proponían⁴². En vez de eso, los acuerdos se limitaban a reproducir obligaciones del Estado y de la compañía, en lugar de establecer las condiciones necesarias para que el proyecto respetara los derechos de las comunidades. Por lo regular los acuerdos simplemente recogían las demandas de las comunidades de resolver injusticias históricas y de acceder a los servicios públicos, con el único compromiso por parte del Estado de trasladarlas a las autoridades competentes⁴³. En los pocos casos en que contaron con apoyo legal independiente las comunidades lograron asegurarse beneficios económicos directos, pero incluso no consiguieron obtener cláusulas adicionales sobre la protección del medio ambiente⁴⁴.

César Rodríguez-Garavito ha realizado un minucioso trabajo de campo, principalmente en Colombia, pero también en Ecuador, Chile y Perú, sobre la implementación de las consultas con los pueblos indígenas⁴⁵. Identificó que las consultas son altamente procedimentales/técnicas (en vez de considerar aspectos sustantivos); que se focalizan principalmente en el justiprecio monetario de daños anticipados; y que están plagadas de endémicas malinterpretaciones (que a veces se producen intencionalmente por parte de funcionarios corporativos y estatales). Y quizá lo más significativo es que encontró que las condiciones de negociación son a menudo tan coercitivas (física y económicamente) y tan asimétricas, que la libre participación y el libre consentimiento son imposibles en la práctica⁴⁶. Incluso cuando los acuerdos se formalizan, las demandas sustantivas de las comunidades se diluyen, y los términos de los acuerdos crean nuevas dependencias (respecto a expertos y compañías), así como divisiones internas y conflictos⁴⁷.

Sobre la base de estos hallazgos, concluyó que la consulta es el nuevo mecanismo creado para absorber a los pueblos indígenas y legitimar una economía política global basada en la “acumulación mediante la desposesión”⁴⁸; argumenta que en la práctica la consulta está siendo reducida a un derecho procedimental formal (debido proceso y libre contratación) basado en la “ficción liberal” de la igualdad formal (“a nivel de simple campo de juego”), lo que

42 Ibid., 21, 55-6.

43 Ibid., 21, 55, 67, 69-70. El estudio de Leyva también cita hallazgos similares por la Defensoría del Pueblo en 2016: nota 19 al pie de página 53.

44 Ibid., 24.

45 Rodríguez-Garavito, *Etnicidad.gov*. Esta investigación incluye 88 entrevistas con líderes, funcionarios y expertos, junto con un trabajo de observación participante en comunidades y con organizaciones de base.

46 Ibid., 37.

47 Ibid., 39. A pesar de esta profunda crítica, Rodríguez-Garavito cree que el derecho a la consulta puede tener un efecto emancipatorio, cuando sus procedimientos se usan estratégicamente para desafiar o posponer proyectos de extracción de recursos o introducir innovaciones legales que ayuden a abordar las preocupaciones sustantivas de las comunidades: 12, 40-42.

48 Ibid., 6, 22-23, 26. Rodríguez-Garavito argumenta que el derecho a la consulta indígena se ha convertido en parte integrante de la constitución de “campos minados sociales” en Latinoamérica, término que utiliza para describir los contextos altamente violentos dentro de los cuales los pueblos indígenas son desposeídos de sus territorios en favor de la extracción de recursos: 5. Tanto Rodríguez-Garavito como Merino (“Extractive Governance”) se basan en el concepto de desposesión desarrollado por David Harvey en *El ‘nuevo’ imperialismo: acumulación por desposesión* (CLACSO, 2005).

deja sin atender las cuestiones del poder, del derecho al autogobierno y de las condiciones materiales necesarias para genuinas deliberaciones⁴⁹.

Estas conclusiones, extraídas de la observación directa en el terreno, son apoyadas por el trabajo de Urteaga, quien realizó un estudio comparativo textual de las disposiciones legales concernientes a las consultas dirigidas en Perú, Colombia y Ecuador. Su trabajo investiga cómo los tecnicismos y los procedimientos operan en cada país para disminuir la significación política de los derechos en cuestión⁵⁰. En similar sentido, Merino y Quispe⁵¹ señalan que la consulta no se puede concebir como “un solo momento”, pues su objetivo debe ser iniciar un proceso continuo de negociación sobre “los términos de convivencia entre el desarrollo de la actividad y los pueblos que se verán impactados por esta”. Más aun porque en los procesos de consulta realizados en Perú se evidencia que las demandas de las comunidades indígenas terminan trascendiendo los alcances regulados en la legislación peruana. Las demandas llegan a involucrar asuntos históricamente pendientes como pagos de compensaciones y remediaciones ambientales por impactos anteriores.

El análisis de Urteaga, como el de Merino y Quispe respecto a las disposiciones legales sobre la consulta, junto con las observaciones en el terreno mencionadas anteriormente, sustentan la crítica teórica que hace Merino sobre los regímenes de consulta establecidos en América Latina. En otro trabajo, Merino argumenta que el pensamiento predominante sobre la consulta indígena como mecanismo para reducir los obstáculos a la inversión extranjera, creados por los conflictos sociales (p. ej. el “caso de negocios”), revela su enraizamiento en la legalidad colonial y en la economía política del liberalismo clásico⁵². En oposición a esto, propugna porque se reconozcan como fundamentales el derecho al territorio y el derecho a la autodeterminación, más allá de la legalidad colonial liberal⁵³. En adición, plantea que las negociaciones no deben limitarse al aspecto de los beneficios de las actividades extractivas, sino que deben permitir la consideración del punto esencial: el propio “modelo extractivista”⁵⁴.

49 Ibid., 16, 22-23.

50 Urteaga identifica cuatro agrupaciones de tecnicismos: (1) la definición del derecho a la consulta; (2) los sujetos del derecho de consulta; (3) los temas a consultar; (4) los plazos para la realización de la consulta: Urteaga, “Implementation”, 18-20. Véase también Elizabeth Salmon, quien señala que el reconocimiento de derechos en Perú ha generado efectos indeseables, incluyendo interpretaciones restrictivas: Elizabeth Salmon, “The Struggle for Laws of Free, Prior, and Informed Consultation in Peru: Lessons and Ambiguities in the Recognition of Indigenous Peoples”. *Pacific Rim Law and Policy Journal* 22, n.º 2 (2013): 356.

51 Véase Merino y Quispe, “Consulta previa”, 9.

52 Roger Merino, “Prior Consultation: Law and the Challenges of the New Legal Indigenism in Peru”. *Hendu* 5, n.º 1 (2014): 19-22. Una característica de esta legalidad es su insistencia en que ciertas personas deben ser sacrificadas a favor del interés nacional y de los alegados beneficios económicos para todos (26). Puede revisarse también Salmon, para una referencia a los objetivos comerciales que fundamentan el derecho a la consulta en Perú: Salmon, “The Struggle”, 354.

53 Merino, “Legal Indigenism”, 23-24.

54 Merino, “Extractive Governance”, 90. Se define el extractivismo como “todas las actividades económicas que remueven grandes cantidades de recursos naturales [...] de los ‘países en vías de desarrollo’, usualmente en áreas habitadas por comunidades pobres o indígenas, y generalmente para su exportación como materias primas”: 85.

Robert Coulter⁵⁵ extiende la anterior crítica sobre el derecho a la consulta, y señala que el consentimiento (en los términos inicialmente previstos por la UNDRIP) ha sido reducido, en el mejor de los casos, a un derecho procedimental que en vez de salvaguardar los derechos sustantivos, simplemente permite que los pueblos indígenas puedan negociar los términos financieros de las violaciones de sus derechos. En su criterio, el derecho al consentimiento ha desviado la atención respecto a los derechos sustantivos más fundamentales de los pueblos indígenas: “los derechos a la posesión, al uso, al disfrute, al beneficio, a la enajenación o no de las tierras y los recursos naturales, a la autodeterminación, al control de las actividades que afectan directa y seriamente a los pueblos y comunidades indígenas y sus recursos”⁵⁶. Afirma que el concepto de consentimiento está tan pobremente definido que “en la práctica es necesaria alguna forma de monitoreo para impedir el abuso, el fraude, la corrupción y los tratos deshonestos”⁵⁷.

Al igual que Coulter, Nathan Yaffe aboga por alguna forma de monitoreo independiente, realizado por terceros, de los acuerdos indígenas-industria⁵⁸. Yaffe fundamenta en parte su recomendación, en su análisis de las políticas de consentimiento indígena ejecutadas por varios actores internacionales del sector privado, incluyendo compañías individuales, tales como el Consejo Internacional de Minería y Metales (CIMM) y la Corporación Financiera Internacional. Su análisis incluye un caso de estudio publicado en la *Guía del CIMM*, de un acuerdo suscrito entre la corporación minera estadounidense Newmont y una comunidad de Surinam⁵⁹. Yaffe concluye que el enfoque del sector privado sobre el consentimiento indígena es con frecuencia pura o predominantemente comercial, y que constituye una “apreciación poco convincente, liberal e individualista” del asunto⁶⁰. Argumenta que el papel dominante del sector privado en la implementación del derecho al consentimiento mediante acuerdos beneficiosos, “altera radicalmente” los fundamentos normativos del derecho indígena a la autodeterminación⁶¹, y advierte que esto debería activar alarmas sobre el “experimento de procesos de consentimiento indígena controlados por las corporaciones”⁶².

55 Robert Coulter, “Free, Prior, and Informed Consent: Not the Right it is Made Out to Be” (documento presentado en la conferencia *Free, Prior and Informed Consent: Pathways for a New Millennium* [Conferencia sobre el consentimiento previo, libre e informado: en camino hacia el nuevo milenio], celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Colorado, Estados Unidos, el 31 de octubre de 2013. Véase Robert Coulter, “The Law of Self-Determination and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”. *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs* 15, n.º 1 (2010).

56 Coulter, “Free, Prior and Informed”, 3.

57 *Ibíd.*, 2.

58 Nathan Yaffe, “Indigenous Consent: A Self-Determination Perspective”. *Melbourne Journal of International Law* 19, n.º 2 (2018): 39-45.

59 *Ibíd.*, 27.

60 *Ibíd.*, 4-5.

61 *Ibíd.*, 37. Yaffe argumenta que el enfoque del sector privado ejemplifica el “desvío normativo” del consentimiento previo, libre e informado, definido como la brecha entre el consentimiento como parte de una agenda normativa más amplia, que deriva de la autodeterminación y la búsqueda práctica del consentimiento indígena en ausencia de un marco de autodeterminación: 1-2.

62 *Ibíd.*, 4-5.

La investigación que aquí revisamos incluye cinco métodos diferentes para enfocar el tópico de la consulta y el consentimiento indígena, y del proceso que conduce a la formalización de los acuerdos con la industria o el Estado: 1) la interpretación de las normativas de derecho internacional; 2) la recopilación de datos mediante trabajo de campo; 3) el análisis del marco normativo aplicable; 4) el análisis de la política corporativa; y 5) la crítica teórica. Casi todos los académicos mencionados comparten una específica experticia sobre asuntos latinoamericanos, y otros son expertos en derecho internacional. Quienes han realizado trabajos de campo en la región, han coincidido en señalar las profundas disparidades de poder y los vacíos de información existentes. Argumentan que las actuales condiciones institucionales exacerban u omiten mejorar estos aspectos: a) procesos pobremente diseñados; b) profunda carencia de acceso a la información; c) ausencia del reconocimiento y el reforzamiento de los derechos sustantivos indígenas, incluyendo el de la autodeterminación; y, d) ausencia de salvaguardas y de supervisión de los acuerdos que se establecen con los representantes de los sectores privados, o público/privados. Los hallazgos de estas investigaciones se aplican por igual a las consultas/negociaciones y los acuerdos realizados por funcionarios privados, y a los que realizan funcionarios públicos. Finalmente, esas conclusiones se reafirman con los hallazgos de los investigadores que se enfocan en el análisis textual de las legislaciones y de las políticas, incluyendo las políticas corporativas.

Significativamente, todos esos investigadores comparten la inicial observación de Szablowski respecto a que, *en la práctica*, hay escasos ejemplos de acuerdos que presten atención a los estándares reconocidos de derechos humanos. Ellos también comúnmente aseveran que los clásicos enfoques contractuales de fondo liberal sobre el consentimiento comportan el riesgo de que se legitimen acuerdos inequitativos que perpetúen las desigualdades, y que incluso dejen a las comunidades en peores condiciones. Varias de estas investigaciones concluyen que el derecho indígena al consentimiento libre e informado debe basarse en el derecho a la autodeterminación *en la práctica*, y que son necesarias más transformaciones radicales del contexto social y político, con el fin de que se consideren los fundamentos históricos, económicos y políticos del despojo de los pueblos indígenas, y de su continua marginalización.

2. CUESTIONAMIENTO LEGAL DE LOS ILEGÍTIMOS ACUERDOS INDÍGENAS-INDUSTRIA EN PERÚ

El conjunto de las investigaciones revisadas en la sección anterior sustenta la conclusión de que, bajo las actuales condiciones, los acuerdos entre los pueblos indígenas latinoamericanos y los representantes de la industria extractiva son raramente resultado de consultas y consentimientos libres e informados que sean significativos, legítimos y emancipadores; y que incluso, en aquellos procesos que formalmente son llamados “consulta previa”, en la práctica, la casuística demuestra que se han reducido a ser espacios para el traslado de información, respecto de decisiones que ya han sido tomadas. La presente sección transmite la experiencia, hasta la fecha, de la comunidad campesina peruana San Andrés de Negritos, en sus esfuerzos por cuestionar la legalidad de un mal llamado “acuerdo”, suscrito con la minera Yanacocha. El relato comienza con una reseña del complejo marco legal peruano relativo a los acuerdos que se establecen mediante los procesos de consulta estatalmente conducidos. Luego expone la experiencia de la comunidad de Negritos como un caso de estudio de la dinámica de los acuerdos ilegítimos, y finalmente describe la vía para cuestionar tales acuerdos ante los

tribunales peruanos, así como las posibilidades y los obstáculos que ha enfrentado esa comunidad hasta la actualidad.

a. El marco legal

Existen aproximadamente 9,385 comunidades campesinas y nativas en Perú⁶³. Las comunidades campesinas por lo general están situadas en la zona andina, caracterizada por su riqueza en minerales, y las comunidades nativas se ubican en la región amazónica del país, que posee grandes recursos forestales, petrolíferos y gasíferos. Muchas de estas comunidades —no todas— adquirieron el título de propiedad comunal durante los años de la reforma agraria, de manera que la gobernanza de los acuerdos indígenas-industria en Perú se basa en el entretendido de dos aspectos principales:

- 1) el estatus de las comunidades campesinas y nativas de acuerdo con las disposiciones legales internacionales y domésticas que reconocen los derechos indígenas⁶⁴; y,
- 2) los términos legales que regulan la adquisición, por parte de los inversionistas, de los derechos de superficie y de extracción de recursos en las tierras comunales tituladas. Un conjunto de disposiciones constitucionales, de legislaciones y de interpretaciones jurisprudenciales conforman la matriz del derecho positivo estatal que rige las luchas sobre las respuestas a esas cuestiones. Esto incluye las disposiciones legales de los años 1970 y 1980 sobre la reforma agraria, y las correlativas estipulaciones constitucionales y reglamentaciones neoliberales que se iniciaron en los años 1990 y se extienden hasta el día de hoy, así como un puñado de estatutos y de interpretaciones jurisprudenciales sobre los derechos indígenas que se produjeron a la vuelta del milenio⁶⁵.

Las legislaciones sobre la reforma agraria estipularon, en 1969 y 1974, que los pueblos indígenas serían denominados en lo sucesivo comunidades campesinas y nativas⁶⁶. Subsiguientes disposiciones legales reconocieron a estas comunidades como personas jurídicas, con características culturales especiales, instituciones políticas de autogobierno, propiedad comunal y otras varias instituciones comunitarias, incluyendo la autonomía política y económica. Esto comprendía la norma, incluida en la Constitución en 1979, conforme la cual la propiedad comunal solo podía ser alienada con el voto de los dos tercios de los miembros de

63 De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), existen 6,682 comunidades campesinas y 2,703 comunidades nativas en el Perú. Véase: Instituto Nacional de Estadística e Informática. *Directorio de comunidades nativas y campesinas. Censos nacionales 2017: XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas. III Censo de Comunidades Nativas y I Censo de Comunidades Campesinas* (Lima: INEI, 2018), 14, 281.

64 Véase, por ejemplo, la referencia a muchas indicaciones al Perú de la Comisión de la OIT: Salmon, "The Struggle" 366, 373.

65 Para una descripción completa de la relación entre estos marcos legales, véase: Charis Kamphuis, "Litigating Indigenous Dispossession in the Global Economy: Law's Promises and Pitfalls". *Brazilian Journal of International Law* 14, n.º 1 (2017): 165.

66 Para un resumen de estos eventos, véase Salmon, "The Struggle" 372.

una comunidad. Sin embargo, tras el golpe de Estado, en 1993 el presidente Alberto Fujimori detuvo el programa de titulación comunal y promulgó una nueva Constitución, eliminando la norma de los dos tercios. También introdujo leyes para facilitar la inversión extranjera en el sector extractivo, particularmente en tierras de propiedad comunal, y sucesivos gobiernos han continuado haciendo lo mismo. Esto incluye legislaciones que facilitan la conversión de la titulación comunal en titulación individual, y expeditan la concertación de acuerdos entre las compañías y las comunidades, al requerir que para ello basta con el voto de una escasa mayoría de los miembros de la comunidad presentes en cualquier reunión⁶⁷.

Luego de que, a finales de la primera década del 2000, se produjeran violentos conflictos entre la policía y manifestantes indígenas opuestos a las reformas legales facilitadoras de la inversión extranjera en el sector extractivo (conflicto conocido internacionalmente como el “Baguazo”), en 2011 se aprobó la Ley N.º 29785 sobre la consulta indígena (Ley del derecho de consulta). Esta ley, junto con su reglamento de 2012, obliga a las entidades estatales a consultar a los pueblos indígenas antes de emitir disposiciones reglamentarias o realizar actos administrativos que pudieran afectar directamente sus derechos. Significativamente, este régimen legal excluye de forma explícita las consultas promovidas por compañías privadas, y no menciona los acuerdos indígenas-industria, de manera que quedaron esencialmente sin regular este tipo de negociaciones y acuerdos con las comunidades.

La ley peruana sobre la consulta es controversial por varias razones, y no menos debido al hecho de que muchas disposiciones que demandaban los indígenas se omitieron en la versión final⁶⁸. Uno de sus aspectos más controvertidos es su estrecha definición de pueblos indígenas. La carga de la prueba sobre la indigenidad recae en las comunidades, que deben probar “objetivamente” su condición de indígenas, mediante, entre otras cosas, la demostración de que son descendientes directos de pobladores que habitaban el país en la etapa colonial y que han conservado algunas, o todas, las instituciones sociales, económicas, culturales y políticas ancestrales. En 2012, el Ministerio de Cultura añadió otros dos requisitos: que las comunidades deben haber mantenido una lengua indígena, y que deben residir en su territorio originario⁶⁹. Estos condicionantes son mucho más restrictivos que los que se establecen en el Convenio 169 y en la UNDRIP, y son ampliamente criticados⁷⁰. La limitativa definición peruana de la calidad de indígena, a los propósitos de aplicar las disposiciones nacionales sobre la consulta, ha servido para excluir a muchas comunidades campesinas y nativas que no pueden ajustarse a los

67 Por supuesto, esto podría ser solo una pequeña fracción de la comunidad. Para un recuento detallado de la transición de las leyes de reforma agraria a las leyes pro-inversión, véase: Kamphuis, “Litigating Indigenous Dispossession”.

68 Véanse: Delgado, “Contesting”; Salmon, “The Struggle,” 385-7; Claire Wright, “Indigenous Mobilization and the Law of Consultation in Peru: A Boomerang Pattern?”. *International Indigenous Policy Journal* 5, n.º 4 (2014): 8; Almut Schilling-Vacaflor y Riccarda Flemmer, “Conflict Transformation through Prior Consultation? Lessons from Peru”. *Journal of Latin American Studies* 47, n.º 4 (2015): 811. Muchas organizaciones indígenas han cuestionado posteriormente la ley, entre otras razones debido a la definición restrictiva de “pueblos indígenas”.

69 Directiva N.º 003-2012/MC, art. 7.1, aprobada mediante Resolución Ministerial N.º 202-2012-MC (2012).

70 El Comité de Expertos de la OIT ha criticado regularmente el enfoque del Estado peruano para definir a los pueblos indígenas. Véase: OIT, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Pueblos Indígenas y Tribales: Observaciones de Perú, ILC.98/III/1A (2009), párr. 686-687; OIT, Comisión de Expertos: Observaciones de Perú, ILC.100/III/1A (2011), párr. 794-795.

requisitos que se les exigen⁷¹. Ampliamente se piensa que la intención del Estado era excluir a las tierras de las comunidades campesinas en las que se localiza la mayoría de los proyectos mineros⁷². Hay múltiples reportes sobre los esfuerzos del Gobierno por excluir a ciertas comunidades de la legislación sobre la consulta, incluyendo el pago a consultores privados para que demostraran “científicamente” la inexistencia de pueblos indígenas en ciertas zonas⁷³.

Las legislaciones aplicables a la posesión de la tierra y a la extracción de recursos les crean una enorme presión a las comunidades campesinas y nativas que poseen título de propiedad comunal, pero que no disfrutaban del derecho a la consulta reconocido por la ley del Estado, al momento de autorizar o no el desarrollo del extractivismo en formas que son bastante inconsistentes con las legislaciones de reforma agraria y con la Constitución peruana⁷⁴. Por ejemplo, el año 2015, en Perú fue aprobado un marco normativo que permite la venta de tierras u otras transacciones privadas entre poseedores de títulos de propiedad comunal y actores privados, contando con la aprobación de solo una magra mayoría de votos de los líderes comunitarios presentes en las reuniones⁷⁵.

En Perú también se han fortalecido las disposiciones legales sobre la expropiación, en provecho de los inversores privados y los titulares de derechos de servidumbre minera⁷⁶. Por ejemplo, después de que una compañía minera solicita la expropiación de tierras comunales, las comunidades campesinas o nativas solo tienen 15 días para reunirse directamente con representantes de la compañía y llegar a un acuerdo. Si esto no ocurriera, el ministerio que

71 Véase Salmon, “The Struggle”, 169.

72 Leyva, *Consúltame de verdad*, 38-39. No fue sino hasta el 2015 que se incluyó en el registro a las comunidades campesinas.

73 Urteaga, “Implementation”, 18. Véanse también: Leyva, *Consúltame de verdad*, 39-40; Juan Carlos Ruiz, “Ministerio de Cultura bloquea la consulta previa de las concesiones mineras e invisibiliza a los PPII en Espinar”. *Instituto de Defensa Legal: Justicia Viva*, 16 de abril 2015.

74 Para un análisis completo sobre este tema, véase: Kamphuis, “Litigating Indigenous Dispossession”.

75 Decreto Legislativo N.º 1192 (2015), *Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de Interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura*; Decreto Supremo N.º 001-2015-EM, *Aprueba disposiciones para procedimientos mineros que impulsen proyectos de inversión*. Comentaristas han denunciado estas leyes de 2015, porque contravienen disposiciones de la *Ley General de Comunidades Campesinas*, así como el derecho internacional relativo a la consulta y el consentimiento, y por obstaculizar la autonomía política y los derechos de las comunidades bajo el derecho nacional e internacional, en cuanto al establecimiento de sus propias estructuras de gobernanza y sus procedimientos de toma de decisiones: Álvaro Másquez y Juan Carlos Ruiz, “Gobierno aprueba norma que consagra intromisión en autonomía de Comunidades Campesinas”. *Instituto de Defensa Legal: Justicia Viva*, 15 de enero 2015; Juan Carlos Ruiz, “¿El sexto paquetazo normativo? La aprobación de los DL N.º 1192 y N.º 1210”. *Instituto de Defensa Legal: Justicia Viva*, 1 de octubre, 2015.

76 Decreto Legislativo N.º 1192, cuya Décima Disposición Complementaria Final fue modificada por el Decreto Legislativo N.º 1210. Esta modificación mantiene una exención, para los pueblos indígenas, de las disposiciones de expropiación de la ley, pero cambia la versión anterior al remover a las comunidades campesinas de dicha exención, presumiblemente de acuerdo con la posición del Estado de que las comunidades campesinas no son indígenas. Véase Ley N.º 30025 (2013), *Ley que facilita la adquisición, expropiación y posesión de bienes inmuebles para obras de infraestructura*. Esta ley autoriza a los inversores privados a adquirir tierras para proyectos de infraestructura, y permite procedimientos especiales para la expropiación. Véase también la Ley N.º 30327 (2015), *Ley de promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible*. Esta otra ley simplifica los procedimientos para obtener servidumbres y expropiaciones de tierras “desocupadas”, que pudieran incluir a las tierras no tituladas de las comunidades campesinas.

corresponda está plenamente facultado para aprobar la expropiación⁷⁷. Notablemente, la ley peruana constriñe de forma severa el monto de la compensación a pagar, incluyendo el correspondiente a las tierras de propiedad comunal⁷⁸. Estas coercitivas condiciones legales conforman el contexto jurídico en el cual tienen que negociar los acuerdos con el sector privado los titulares de propiedad campesinos y nativos que no son beneficiarios de la ley sobre el derecho a la consulta, por no ser reconocidos como indígenas por el Estado.

La situación es solo relativamente mejor para los pueblos indígenas peruanos que han obtenido el reconocimiento estatal bajo la ley de 2011 sobre el derecho a la consulta⁷⁹. Entre otras limitaciones, esta legislación impone muy breves y estrictos marcos de tiempo, incluyendo un máximo de 120 días para llevar a cabo el proceso de consulta⁸⁰. Este proceso se inicia informalmente cuando las autoridades estatales que proponen una medida legislativa o administrativa creen que esta puede afectar directamente a una comunidad identificada como indígena⁸¹. La autoridad estatal *puede* entonces comenzar a preparar reuniones con las comunidades así identificadas, “para informarles sobre el propuesto Plan de Consulta”⁸². Una vez que se publican el plan y la medida estatal propuesta que se someterán a consulta, comienza el proceso formalmente. Las comunidades tienen entonces 30 días para designar a sus representantes, y entre 30 y 60 días para revisar la información sobre la medida propuesta⁸³. Esto es seguido por la fase de evaluación interna, en la que las comunidades tienen 30 días para tomar una decisión, ya sea la de establecer un acuerdo con la autoridad estatal o la de oponerse a la medida que se propone⁸⁴. Si la comunidad no está de acuerdo, el máximo de tiempo que se le concede para un “diálogo intercultural” es de 30 días⁸⁵ antes de que la correspondiente entidad estatal deba adoptar una decisión⁸⁶.

77 Decreto Supremo N.º 014-92-EM, *Ley General de Minería* (1992), art. 37. Esta ley carece de todo criterio que limite o guíe el ejercicio de la discreción estatal en cuanto a aprobar la solicitud de una compañía para expropiar tierras comunales. La única limitación aparece en la Constitución, que hace referencia a la “necesidad pública” o el “interés nacional”.

78 La compensación por expropiación, incluso de tierras comunales, solo puede valorarse en términos de su valor comercial, fijado por el valor, presente y futuro, de cualquier mejora y cultivo existente en el momento en que se solicita la adquisición o la expropiación: Decreto Legislativo N.º 1192, art. 13.1.

79 Ministerio de Cultura, *Base de datos de pueblos indígenas u originarios, Lista de pueblos indígenas u originarios*: <https://bdpi.cultura.gob.pe/pueblos-indigenas>. En 2018, Leyva observó que un poco más de la mitad de todas las comunidades indígenas de Perú había sido registrada por el Gobierno en su base de datos de los pueblos indígenas: Leyva, *Consúltame de verdad*, 67.

80 Decreto Supremo N.º 001-2012-MC, *Reglamento de la Ley N.º 29785*, art. 24.

81 *Ibíd.*, art. 14.

82 *Ibíd.*, art. 15.

83 *Ibíd.*, arts. 10, 18.1. Para cualquier comunidad no incluida inicialmente, o para una decisión estatal para la cual no se planificó la consulta, las comunidades solo tienen 15 días después de la publicación de un plan de consulta o la decisión administrativa para solicitar que se incluyan en el proceso de consulta: art. 9. Sin embargo, en su investigación, Leyva señaló que los procesos de consulta generalmente son propuestos por el Estado, y los pueblos indígenas rara vez han tratado de iniciar el proceso de forma independiente.

84 Decreto Supremo N.º 001-2012-MC, art. 19.7.

85 *Ibíd.*, art. 20.6. Este periodo puede extenderse previo acuerdo entre las partes.

86 *Ibíd.*, art. 23. Véase también: *Ley del derecho de consulta previa*, arts. 11-15.

En el antemencionado estudio de Ana Leyva, de 2018, sobre todas las consultas realizadas entre 2012 y 2018 de acuerdo con este régimen, se encontró que la mayoría se efectuó en un término de entre 49 y 90 días, un marco de tiempo mucho más breve que el máximo establecido⁸⁷. Además, la mayor parte de ese tiempo transcurrió entre la publicación de la posible decisión y la celebración de la reunión informativa. Increíblemente, Leyva reportó que el tiempo transcurrido entre la reunión informativa y la reunión para adoptar la decisión interna fue a menudo extremadamente breve. A veces esos dos eventos estuvieron separados por solo unos pocos días, o incluso se produjeron en un mismo día⁸⁸. En otras palabras, en la práctica las comunidades tuvieron escaso tiempo para evaluar las medidas propuestas y sus impactos, y para hacer contrapropuestas.

Cuando se alcanza un acuerdo entre el Gobierno peruano y una comunidad indígena, las regulaciones se aplican a ambas partes. De mucho interés es el reconocimiento, en esas regulaciones, de que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en los beneficios de las actividades extractivas, y el derecho a una compensación equitativa por cualquier perjuicio que hayan sufrido. Pese a esto, en el estudio de Leyva se revela que los acuerdos estatales con las comunidades indígenas no contenían ninguna de esas disposiciones, y que carecían totalmente de cualquier cláusula de protección. Hay que observar también que las regulaciones no hacían ninguna referencia a remedios para un posible incumplimiento, por parte del Estado, de la realización de una consulta apropiada o de la aplicación de los términos de un acuerdo⁸⁹. Curiosamente, en 2013 se creó una Comisión Multilateral Permanente, dotada de amplias prerrogativas para supervisar la implementación de la ley sobre la consulta. Sin embargo, en 2016 el mandato de esa Comisión fue limitado exclusivamente al seguimiento de los acuerdos adoptados en los procesos de consulta. Hay que señalar que la Comisión no era independiente, y que solo estaba integrada por representantes estatales, principalmente miembros del Poder Ejecutivo⁹⁰.

En términos de jurisprudencia, desde 2008 el Tribunal Constitucional de Perú ha decidido varios casos sobre los derechos indígenas, y la mayor parte de las decisiones se emitieron entre 2008 y 2011. Los primeros casos confirmaron que, en el sistema monista peruano, ciertos derechos indígenas reconocidos en derecho internacional están directamente incorporados en la Constitución⁹¹. En este marco, el derecho constitucional peruano ha reconocido que las comunidades indígenas tienen el derecho constitucional a la propiedad comunal; el derecho a la

87 Leyva, *Consúltame de verdad*, 57-58.

88 *Ibíd.*, 57-58, 68.

89 Para una discusión reciente de este tema, véase: Maritza Quispe Mamani, “La ‘inconventionalidad’ de las consultas previas en el Perú: ¿Es posible declarar la nulidad de los acuerdos de consulta previa que fueron aprobados sin observar los estándares internacionales?”. *Instituto de Defensa Legal: Área de Justicia Constitucional* (el 8 de marzo 2020) en línea: <https://www.idl.org.pe/portfolio/13163-2/>. Quispe Mamani está de acuerdo en que en la práctica las consultas del Estado peruano, dentro de los parámetros de la ley del derecho a la consulta, no están cumpliendo con lo establecido en los instrumentos internacionales pertinentes, ni en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (páginas 2, 10). En este contexto, razona que la acción de amparo es la vía idónea para exigir la nulidad de todo acto estatal que contradiga este derecho (páginas 9, 10).

90 Leyva, *Consúltame de verdad*, 15.

91 STC N.º 007-2007-PI/TC (19 junio 2007), párr. 36. Esto se refiere fundamentalmente a la jurisprudencia de la Corte IDH y al texto completo de la Convención 169 de la OIT.

consulta libre, previa e informada; el derecho de autodeterminación⁹²; y finalmente el derecho a una participación equitativa en los beneficios de la extracción de recursos que impactan sus tierras y su sustento⁹³.

Si bien resultan notables, estos avances jurisprudenciales tienen sus limitaciones⁹⁴. Por ejemplo, en los casos decididos hasta la fecha, muy pocos se refieren a demandas planteadas inicialmente por organizaciones indígenas, y dentro de estos, son menores aquellos que cuestionan las actividades realizadas por empresas extractivas en territorios indígenas. El caso de la comunidad de Negritos (descrito anteriormente), es uno de los pocos que han llegado a competencia del Tribunal Constitucional con el planteamiento de la protección de los derechos sustantivos de una comunidad específica, respecto a una propuesta de proyecto extractivo y que pretende cuestionar la constitucionalidad de un llamado “acuerdo”. Los casos que se han decidido no han tocado otros aspectos clave, como los relacionados con la ausencia de consulta apropiada (cumpliendo con los requisitos de la jurisprudencia peruana), o relacionados con un consentimiento deficiente o fraudulentamente obtenido⁹⁵. Resulta significativa la relativamente escasa jurisprudencia constitucional en Perú sobre los derechos campesinos e indígenas, si se tiene en cuenta que esos derechos fueron ya reconocidos en la Constitución de 1979, y que las normas sobre los derechos indígenas se incorporaron a la Constitución a inicios de los años 1990. Claramente hay un vacío de considerable envergadura entre la articulación de normas/derechos, por una parte, y por la otra al acceso a los tribunales⁹⁶.

La descripción del derecho a la consulta que tienen los pueblos indígenas peruanos no estaría completa sin hacer referencia a los derechos civiles. Hay que recordar que, en el marco establecido por Anaya, el respeto a los derechos civiles y políticos es una precondition básica para la legitimación de los acuerdos. En otras palabras, la legitimidad de los acuerdos indígenas-industria no se puede analizar aisladamente de las circunstancias que enfrentan las comunidades cuando deciden oponerse a un proyecto. La historia de numerosos conflictos medioambientales en Perú indica que cuando las comunidades se han opuesto a los proyectos, tanto las compañías como los funcionarios estatales se han mostrado a menudo

92 Recogido en la sentencia del caso *Tres Islas*, Exp. N.º 1126-2011-HC, publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, el 4 de octubre, 2012.

93 Pedro Grández, “Sobre el emergente derecho constitucional indígena en el espacio interamericano: Notas sobre el derecho a la consulta desde la experiencia peruana”, en *XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015), 373. Véase también: Kamphuis, “Litigating Indigenous Dispossession”.

94 Algunas investigaciones sostienen, además, que la jurisprudencia constitucional del Perú en el área de la consulta no cumple con los estándares establecidos por la Corte IDH. Véase: Grández, “Emergente Derecho”.

95 Kamphuis, “Litigating Indigenous Dispossession”. En otras palabras, los desarrollos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional peruano se han centrado en aspectos de la justicia como reconocimiento (tales como la garantía de los derechos lingüísticos y la defensa del multiculturalismo), en vez de aspectos de la justicia como redistribución, y que se puedan relacionar con el análisis de casos sobre la situación de desposesión territorial que afecta a los pueblos indígenas. Por ejemplo, véase la sentencia Exp. N.º 0889-2017-PA/TC, publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, 20 de junio 2018.

96 Para referencias sobre la brecha de implementación entre la legislación nacional sobre derechos indígenas y la realidad sobre el terreno, véase: Salmon, “The Struggle”, 373. Salmon argumenta también que hay barreras al acceso a la justicia en Perú, que han contribuido a una situación en la que se han presentado pocos casos de derechos indígenas contra Perú en el sistema interamericano de derechos humanos: 367.

incapaces o mal dispuestos a manejar con efectividad la situación⁹⁷. Al igual que en cualquier otra parte de América Latina, los líderes comunitarios que critican las propuestas de proyectos son frecuentemente intimidados, difamados, hostigados, amenazados, e incluso son objeto de agresiones corporales. Cuando las comunidades peruanas recurren a la protesta o a la desobediencia civil, se enfrentan frecuentemente al uso de la fuerza por parte de las autoridades policiales, que se ponen al servicio de las compañías⁹⁸.

En Perú, la criminalización del disenso se ha extendido a personas de otros países que actúan en favor de las comunidades afectadas por la minería. En un caso muy preocupante ocurrido en 2017, Jen Moore, miembro de una ONG canadiense, fue detenida y se le prohibió permanentemente regresar a Perú, luego de que exhibiera un filme documental acerca de la empresa minera canadiense Hudbay en las comunidades en las que esta compañía explota una gran mina de cobre⁹⁹. Las autoridades peruanas defendieron su decisión con el argumento de que Moore constituía una amenaza para el orden público¹⁰⁰. Esto refleja el criterio, mantenido durante muchos años por ciertos funcionarios públicos, de que quienes se oponen al predominante modelo extractivista entorpecen el progreso de la nación. Significativamente, algunas comunidades campesinas ubicadas en el área de operaciones de la Hudbay han firmado con la compañía acuerdos de traspaso de tierras y compensación, y otras muchas están siendo presionadas para que hagan lo mismo. Al propio tiempo, las fuerzas de seguridad al servicio de la Hudbay han reprimido violentamente a los miembros de las comunidades que protestan contra el proyecto minero¹⁰¹. Las acciones contra Moore, emprendidas por el Gobierno peruano, demuestran que los acuerdos entre Hudbay y las comunidades locales se firmarán sin la presencia de defensores internacionales de los derechos humanos.

Este breve recuento de legislaciones clave peruanas, aplicables a las tierras de propiedad comunal (o cuya titulación como tales se reclama), ayuda a fundamentar y resaltar muchas de las críticas que se describen en la sección anterior. Teniendo en cuenta las múltiples deficiencias que presenta el régimen legal de la consulta en Perú¹⁰², muchas comunidades campesinas

97 Véanse: Anthony Bebbington et al., "Anatomies of Conflict: Social Mobilization and New Political Ecologies of the Andes," en *Subterranean Struggles: New Dynamics of Mining, Oil and Gas in Latin America*, eds. Anthony Bebbington y Jeffery Buries (Austin: University of Texas Press, 2013); Renata Bregaglio et al., *Diagnóstico nacional sobre la situación de la seguridad y el respeto a los derechos humanos: referencia particular al sector extractivo en el Perú* (Lima: Centro de Colaboración Cívica, 2013).

98 Charis Kamphuis, "La extracción extranjera de recursos mineros y la privatización del poder coercitivo: Un estudio de caso sobre la empresa de seguridad Forza". *Apuntes, Revista de Ciencias Sociales* 68 (2011): 63-108; EarthRights International, Instituto de Defensa Legal y Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, *Convenios entre la Policía Nacional y las empresas extractivas en el Perú. Análisis de las relaciones que permiten la violación de los derechos humanos y quiebran los principios del Estado democrático de Derecho* (Perú, 2019).

99 John Dougherty, "InvestigativeMEDIA releases online version of Hudbay Minerals documentary 'Flin Flon Flim Flam'". *InvestigativeMEDIA*, 31 de diciembre 2015.

100 Ministerio del Interior, Comunicado Mininter N.º 008-2017, el 22 de abril, 2017. En el año 2019, un juzgado peruano de primera instancia falló que las decisiones del Ministerio en el caso de Moore violaron sus derechos constitucionales: Expediente 03172-2017-0-1801-JR-PE-01.

101 Dougherty, "Flin Flon Flim Flam".

102 Los investigadores citados a lo largo de esta sección están de acuerdo en que la legislación carece de precondiciones básicas para una efectiva implementación de la consulta: (1) instituciones estatales capaces de balancear con justeza grupos diversos; (2) medidas para reducir los desbalances de poder en la consulta;

y nativas están totalmente excluidas de su aplicación, incluyendo aquellas que obtuvieron sus títulos de propiedad comunal a seguidas de la reforma agraria. A pesar del estatus legal de una comunidad, no existe una específica regulación de los acuerdos que se negocian entre la industria y las comunidades indígenas, incluyendo las campesinas y nativas. Las disposiciones generales sobre la extracción de recursos y sobre las tierras se aplican a muchas de las comunidades campesinas o nativas que no son reconocidas como indígenas por el Estado peruano. Estas agrupaciones deben tratar directamente con las compañías privadas, en el marco de agresivos límites de tiempo y de extraordinarias asimetrías de poder. Además, la oposición a las propuestas de proyectos enfrenta a menudo su criminalización por las autoridades estatales, y las recientes acciones del Gobierno han provocado que las comunidades queden desprovistas de la ayuda de defensores y expertos internacionales en derechos humanos. Esta detallada descripción del contexto doméstico peruano confirma que, en las actuales condiciones, se presentan serios riesgos de que los acuerdos entre los actores de la industria y las comunidades indígenas incumplan los básicos criterios de legitimidad, e incluso de legalidad.

b. La dinámica de los acuerdos ilegítimos

La experiencia de la comunidad campesina San Andrés de Negritos, cuyos miembros residen en la región Cajamarca de los Andes peruanos, permite obtener alguna comprensión sobre cómo pueden conformarse los acuerdos ilegítimos con la industria, y cómo subsiguientemente pueden ser cuestionados. Aunque la historia del despojo contemporáneo que ha sufrido esta comunidad comenzó décadas atrás, su lucha por impugnar un acuerdo ilegítimo con la minera Yanacocha —de la cual es principalmente propietaria la compañía estadounidense Newmont— es sobre todo una historia del presente. Además, la experiencia de la comunidad de Negritos revela algunos de los obstáculos legales que pueden presentarse cuando una comunidad se moviliza para cuestionar un acuerdo ilegítimo. Dado el contexto y la dinámica de las consultas que se están realizando actualmente en América Latina, y el concomitante riesgo de que se materialicen acuerdos ilegítimos entre los actores de la industria y los pueblos indígenas, la experiencia de Negritos resulta extraordinariamente valiosa.

La comunidad de Negritos adquirió su título de propiedad comunal como resultado de la aplicación de la Ley de Reforma Agraria de 1969, y de un decreto emitido en 1974 por el entonces presidente de la República, que otorgó a la comunidad el título de propiedad sobre 14,375 hectáreas de tierra. Sin embargo, poco después del establecimiento de la mina Yanacocha en el área, en 1993 y 1995 la comunidad supuestamente consintió en transferir a la compañía la titulación sobre aproximadamente 1,400 hectáreas de sus tierras a cambio de unos \$48,000.00 dólares estadounidenses. Este acuerdo se plasmó en dos diferentes contratos, firmados por la compañía y por representantes comunitarios luego de que la primera solicitara la

(3) la unión de los procesos de toma de decisiones con acuerdos vinculantes; (4) el reconocimiento de la autodeterminación y la autonomía: Schilling-Vacaflo y Flemmer, "Conflict Transformation", 813-4. Véase también Urteaga, "Implementation". Merino argumenta que las leyes peruanas sobre la consulta fueron diseñadas para informar y convencer a los pueblos indígenas de que acepten decisiones ya tomadas por el Estado: Merino, "Legal Indigenism", 22.

expropiación de tierras comunales¹⁰³. Acto seguido la minera Yanacocha hipotecó una parte de la propiedad transferida (609 hectáreas) a cambio de \$85 millones de dólares estadounidenses. Asimismo, entre 1991 y 1994 las autoridades del Estado iniciaron la aplicación de medidas para convertir la titulación comunal de Negritos en titulaciones individuales de base familiar, seguida por la decisión estatal, en 1995, de anular la personalidad jurídica de la comunidad. Esto permitió que Yanacocha realizara subsiguientemente la compra de tierras a propietarios que ya eran entonces particulares. La comunidad de Negritos alega que los documentos que facilitaron la realización de todo ese proceso fueron firmados por un puñado de líderes comunitarios corruptos; que los miembros de la comunidad fueron desinformados, sobornados o compulsados para que firmaran ciertos documentos complementarios; que la comunidad como conjunto nunca fue apropiadamente consultada o siquiera informada acerca de esos tratos; y que mucho menos conocían sus derechos bajo el derecho constitucional peruano y el derecho internacional que eran aplicables en aquel momento¹⁰⁴.

La gradual decisión de la comunidad de Negritos de recurrir a los tribunales comenzó una década después de los eventos antes narrados, en conjunción con un despertar general de protestas campesinas, la toma de conciencia sobre los derechos y el crecimiento de organizaciones de la sociedad civil en Perú y en toda América Latina. Las protestas campesinas contra la Yanacocha se iniciaron en 2004; en 2006 fue asesinado un líder comunitario de Negritos opuesto a la minería, y resultó muerto un manifestante por efectivos del servicio de seguridad de la minera¹⁰⁵. Pese a todo esto, los miembros de la comunidad persistieron en su protesta, y recaudaron el dinero necesario para recopilar documentación de varios ministerios gubernamentales; luego entregaron este gran volumen de documentos a abogados *pro-bono*, para que los analizaran. Entusiasmados por lo que descubrieron en los documentos, los miembros de la comunidad apelaron a la compañía, a varios funcionarios públicos y decisores administrativos con el fin de que reconocieran sus derechos y respondieran a sus quejas, pero sin resultados. Finalmente, en 2011 la comunidad presentó su demanda ante un tribunal de primer grado en Cajamarca, alegando que su propiedad comunal había sido transferida sin una apropiada consulta, sin libre e informado consentimiento, y que el pago que había recibido por esa transferencia era totalmente injusto e inequitativo¹⁰⁶.

Aunque los hechos esenciales del caso Negritos ocurrieron a principios y mediados de los años 1990, la literatura revisada en las secciones precedentes demuestra que muchas comunidades peruanas continúan enfrentándose a similares asimetrías de poder. Se sienten abandonadas y carecen de conocimiento sobre sus derechos, de asesoría independiente, de acceso a información clara y entendible sobre el impacto de las propuestas de proyectos, de experiencia previa en la negociación con las compañías, y de práctica en procesos judiciales. A menudo

103 Un acuerdo fue un “acuerdo de expropiación”, y el otro un “acuerdo de servidumbre minera”. Sin embargo, es ampliamente reconocido que, bajo las leyes peruanas de minería, un acuerdo de servidumbre minera equivale a una expropiación. Véase: Kamphuis, “Litigating Indigenous Dispossession”.

104 Para una descripción completa de la serie de complejos eventos que tuvieron lugar en relación con estos acuerdos y transferencias de tierras, véase: Kamphuis, “Litigating Indigenous Dispossession”.

105 Véase Charis Kamphuis, “Foreign Mining, Law and the Privatization of Property: A Case Study from Peru”, *Journal of Human Rights & Environment* 3, n.º 2 (2012): 239.

106 Para una descripción completa del recurso de la comunidad de Negritos a la ley, y sus argumentos legales, véase Kamphuis, “Litigating Indigenous Dispossession”.

las comunidades enfrentan también situaciones desventajosas, que incluyen la pobreza, la exclusión social y amenazas de violencia si se oponen a los proyectos. Como en el caso Negritos, en el presente los acuerdos y el acceso a la tierra aún se consiguen empleando el engaño y procurando dividir a los miembros de la comunidad, desconociendo o impidiendo activamente los procesos de consulta y propiciando negociaciones secretas con líderes comunitarios que apoyan a la compañía a cambio de obtener ventajas personales.

Como en el caso Negritos, sigue existiendo el riesgo significativo de que los acuerdos indígenas-industria se logren en el peor de los escenarios, mediante la corrupción, la extorsión o la deshonestidad, y en el mejor consiguiendo que las comunidades negocien acuerdos sin entender plenamente las leyes aplicables ni las consecuencias sociales, medioambientales y económicas de las actividades mineras. Todo esto hace que el litigio iniciado por la comunidad de Negritos resulte instructivo, porque examina la cuestión de cómo un acuerdo entre una compañía extranjera y una comunidad indígena (poseedora de un título de propiedad comunal), logrado de manera probablemente inconstitucional, o ilegal, puede ser impugnado ante los tribunales sobre la base de principios constitucionales y de derecho internacional.

c. La impugnación de los acuerdos ilegítimos ante los tribunales

Como indicamos, en 2011 la comunidad de Negritos presentó una demanda constitucional de amparo contra los acuerdos que había firmado con Yanacocha a principios y mediados de los años 1990. De acuerdo con lo que dispone el Código Procesal Constitucional de Perú, en esas circunstancias el recurso de amparo es la única acción disponible para reivindicar los derechos constitucionales de campesinos y nativos¹⁰⁷. En principio esto pudiera permitir un tipo de revisión judicial de los acuerdos indígenas-industria, lo que resulta posible debido a tres importantes características del derecho constitucional peruano. Primera, el recurso de amparo permite que las comunidades soliciten un remedio para las violaciones de los derechos campesinos y nativos ya reconocidos explícitamente en la Constitución y en la legislación interna. Segunda, las comunidades pueden reforzar sus reivindicaciones haciendo referencia a ciertos principios internacionales de derechos humanos, y específicamente de derechos indígenas que están directamente incorporados en la Constitución peruana y por ello son legalmente vinculantes. Tercera, el recurso de amparo permite a las comunidades presentar su demanda directamente contra las acciones u omisiones de una parte privada, como, por ejemplo, los de una compañía del sector extractivo.

De interés adicional es el hecho de que esas características del derecho constitucional peruano son similares a las de una serie de otros países latinoamericanos¹⁰⁸. Dado que la comunidad de Negritos presentó su acción de amparo contra una específica transferencia de sus intereses patrimoniales, ejecutada en los contratos firmados con la Yanacocha, y dado que

107 Véanse sentencias del Tribunal Constitucional del Perú N.ºs 00906-2009-AA/TC y 04611-2007-AA/TC citadas en Quispe, "La 'inconveniencia'" ; Omar Cairo, "El panorama general del proceso de amparo en el Perú". *Palestra Tribunal Constitucional: Revista de doctrina y jurisprudencia* 3, n.º 8 (2008): 153-157.

108 La acción de amparo en Perú es similar a la existente en Brasil, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Guatemala y Nicaragua. Véase Allan R Brewer-Carías, *El proceso de amparo en el derecho constitucional comparado de América Latina* (México D.F.: Porrúa, 2016).

el Código Procesal Constitucional se refiere a cualquier acción u omisión cometida por un actor privado o público que viole un derecho constitucional, parece que la causa de acción del recurso de amparo puede contemplar más ampliamente los acuerdos indígenas-industria.

Desde que presentó la demanda de amparo, la comunidad de Negritos ha enfrentado muchos desafíos y obstáculos tanto dentro como fuera de los tribunales¹⁰⁹. La demandada Yanacocha respondió de inmediato objetando la admisibilidad de la demanda¹¹⁰. Sin embargo, solo una de sus objeciones ha prevalecido tanto en primer como en segundo grado: la referente a que el plazo para presentar la demanda ha prescrito. Conforme los arts. 2 y 44 del Código Procesal Constitucional peruano, una demanda de amparo debe ser presentada dentro de un término de 60 días a partir de que el demandante: 1) adquiera conciencia de la violación de un derecho, y 2) sea capaz de presentar la demanda. El código reconoce también excepciones a esta norma general, incluyendo supuestos en los que las acciones violatorias de derechos son continuas, o las alegadas violaciones son resultado de omisiones.

En 2015, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en segundo grado, mantuvo que el plazo de prescripción de 60 días había comenzado a contar a partir de la fecha precisa, a mediados de los años 1990, en que un grupo de líderes comunitarios firmó el acuerdo con la Yanacocha, mediante el cual se transfirió en favor de la compañía la titularidad y los intereses patrimoniales sobre las tierras de propiedad comunal. Esta Sala razonó que la comunidad debía haber conocido la transferencia de sus tierras, dado el hecho de que el cambio de titulación se había inscrito en los registros públicos, y dado que los miembros de la comunidad pudieron constatar perfectamente las subsiguientes operaciones de la mina en las tierras que habían sido hasta entonces de propiedad comunal. La Sala Civil caracterizó como una excusa conveniente las inquietudes constitucionales comunitarias acerca del acuerdo. Igualmente rechazó considerar el argumento de que la norma del plazo de prescripción debía ser interpretada equitativamente, fundamentada en que los miembros de la comunidad carecían de suficiente conocimiento sobre sus derechos sustantivos y procesales, y sobre la naturaleza y las consecuencias del acuerdo con Yanacocha. Por último, también desestimó el argumento de que el acuerdo impugnado representaba violaciones y omisiones continuadas respecto a los derechos de la comunidad, que pudieran constituir una excepción al plazo de prescripción de 60 días. Basándose en todo esto, rechazó analizar la demanda de la comunidad sobre su fondo¹¹¹.

Al proceder de esta manera, la Sala Civil de Cajamarca hizo una apreciación formalista del consentimiento cuando estimó que las firmas del documento de acuerdo eran motivo suficiente para que comenzara a correr el plazo de 60 días. Este razonamiento ignoró el hecho de que las alegaciones sustantivas centrales presentes en la demanda eran precisamente que sus títulos de propiedad se transfirieron a la compañía sin su consentimiento informado y sobre la base de la desinformación, de falsedades o de extorsión, y en algunos casos sin su conocimiento. En otras palabras, el enfoque del tribunal de apelaciones sobre el consentimiento, en el contexto del plazo de prescripción, ignoró la realidad social y cultural de esas interacciones

109 Véase Kamphuis, "Litigating Indigenous Dispossession".

110 Primera Sala Especializada en lo Civil de Cajamarca, Exp. N.º 00315-2011-1-0601-JR-CI-01, Resolución N.º 25, el 16 de junio, 2014.

111 Corte Superior de Justicia de Cajamarca, Sala Civil Permanente, Exp. 00315-2011-0-0601-JR-CI-01, Resolución N.º 33, el 5 mayo, 2014.

iniciales entre los miembros de la comunidad y los representantes de Yanacocha. En vez de eso, la Sala preconcebía que la comunidad se interrelacionaba con Yanacocha como un sofisticado actor legal, dotado de plena conciencia y capaz de tener en cuenta todos sus derechos procesales y sustantivos. Actualmente la comunidad está cuestionando la decisión ante el Tribunal Constitucional peruano. Sin embargo, a la fecha de publicación de este artículo lleva aproximadamente cinco años ante dicha instancia, y aún no se ha realizado siquiera una sola audiencia para conocer el caso¹¹².

CONCLUSIÓN: MECANISMOS EQUITATIVOS DE SUPERVISIÓN BASADOS EN DERECHOS

Este artículo ha reseñado la literatura que evalúa las regulaciones existentes, en varios países latinoamericanos, del derecho de las comunidades indígenas a la consulta previa, libre e informada, así como la implementación de este derecho en el terreno (sección 1), incluyendo los esfuerzos de la industria por negociar acuerdos directamente con las comunidades afectadas. A partir de todo esto, el artículo revisa el contexto legal peruano con el fin de establecer la relación entre las consultas conducidas por el Estado de acuerdo con las disposiciones vigentes, y los desregulados acuerdos indígenas-industria (sección 2). Sobre esta base hemos argumentado que las condiciones legales y políticas imperantes en muchos países latinoamericanos generan un serio riesgo de que las comunidades concierten acuerdos con compañías extractivas bajo relaciones asimétricas, es decir, en ausencia de información suficiente y sin pleno conocimiento de su significado y sus consecuencias. Los acuerdos indígenas-industria se han producido sin las necesarias salvaguardas de los derechos humanos, e incluso a veces como resultado de prácticas inapropiadas o ilegales.

Los esfuerzos realizados por la comunidad de Negritos para cuestionar los acuerdos con la minera Yanacocha, relativos a la transferencia de sus intereses patrimoniales, han puesto al descubierto una vía para el escrutinio judicial de acuerdos probablemente inconstitucionales. El orden constitucional peruano contiene tres características clave que hacen esto posible: 1) reconoce los derechos de propiedad comunal de las comunidades campesinas y nativas; 2) incorpora ciertos derechos indígenas internacionalmente reconocidos; y 3) autoriza la presentación de demandas dirigidas directamente contra una compañía por violación de derechos. Estas características forman parte también de los sistemas legales de una serie de otros países latinoamericanos. Es un marco legal que resulta interesante, por cuanto sujeta los contratos privados a un escrutinio constitucional, sobre la base de las normas que protegen los derechos campesinos y nativos¹¹³.

112 Exp. N.º 5212-2015-AA/TC, que llegó a la competencia del Tribunal Constitucional el 04/09/15, conforme puede acreditarse en el portal Web del TC: https://www.tc.gob.pe/consultas-de-causas/detalles-consulta?id_exp=447031.

113 Identificamos una interesante investigación acerca de la relación entre el derecho público, la *judicial review* y el derecho privado de los contratos; véase Roger Merino, “La tutela constitucional de la autonomía contractual. El contrato entre poder público y poder privado”, en *El derecho civil patrimonial y derecho constitucional* (2009): 43; Roger Merino, “Legitimando el abuso en el contrato: El pleno casatorio sobre transacción extrajudicial y los contratos contaminados”. *Actualidad Civil y Procesal Civil, Normas Legales* (2010): 221.

Sin embargo, la dinámica social y legal del caso Negritos pone de relieve que les puede costar a las comunidades una gran cantidad de tiempo llegar a comprender que poseen una base legal para impugnar un acuerdo injusto, encontrar un apoyo legal adecuado y manejar todo lo que se requiere para llevar un caso adelante. Aunque el plazo de prescripción contemplado en el Código Procesal Constitucional peruano es muy breve, la norma se articula con importantes referencias al conocimiento y la capacidad del demandante para presentar una demanda. Además, el código estipula ciertas excepciones a la norma. En principio esto dotaría a los tribunales de discreción para tener en cuenta las circunstancias sociales de un demandante. No obstante, hasta la fecha los tribunales han escogido ignorar esto en el caso Negritos, favoreciendo una estrecha interpretación del plazo de prescripción, lo que convertiría la demora de la comunidad en un obstáculo absoluto a la consideración constitucional substantiva de su caso.

Las observaciones y los hallazgos en el caso de Negritos ameritan un análisis respecto a las investigaciones reseñadas en la sección 1 del presente artículo. Esto incluye el trabajo de los autores que hemos intentado considerar a nivel normativo y teórico, la relación entre el derecho indígena a la consulta/consentimiento y el derecho a la autodeterminación, el problema de las desigualdades de poder, la herencia del derecho colonial, y los significados de consentimiento y de conocimiento en el contexto de los acuerdos indígenas/industria. Incluye también las extendidas críticas de las disposiciones legales sobre la consulta en América Latina, y el sólido consenso en torno a que, en principio y en la práctica, tales disposiciones han dejado de considerar esos aspectos normativos y teóricos. En su lugar, han tendido a aplicar el concepto formalista y liberal que se asocia al derecho contractual clásico.

La experiencia de la comunidad de Negritos revela que esas mismas inequidades, asimetrías de poder e impropiedades que conducen a las comunidades a concertar acuerdos ilegítimos, les impiden también iniciar impugnaciones legales de manera oportuna. Pese a la existencia de potenciales vías para el establecimiento de un escrutinio judicial de los acuerdos indígenas-industria, en la práctica la lógica de la igualdad formal contenida en el derecho contractual liberal puede impedir el cuestionamiento de acuerdos que pudieren haber suscrito comunidades indígenas con industrias. En otras palabras, existe una significativa relación entre, por un lado, la ausencia de consideración de las cuestiones del contexto social y del poder en la conceptualización y la implementación de los derechos a la consulta y al consentimiento/acuerdo, y por otro lado, la ausencia de consideración de esos mismos aspectos en las normas de procedimiento, normas que funcionan como barreras interpuestas ante el escrutinio judicial de los acuerdos indígenas-industria.

Esta observación debe considerarse como muy importante por quienes buscan desarrollar equitativos enfoques normativos y prácticos de la consulta y el consentimiento indígenas. Como hemos señalado, la literatura reseñada en este artículo ha criticado las formas en que esos derechos se han articulado e implementado en América Latina. El caso de estudio de Negritos se añade a esa crítica, al revelar que los desarrollos normativos en esta área han fallado también en la consideración de los obstáculos procedimentales para la defensa de esos derechos, incluyendo la actuación de los tribunales. En particular han fallado al no lograr la articulación de las normas que deben regir cómo las comunidades pueden cuestionar la legitimidad de acuerdos pasados con la industria, sobre la base de aspectos sustantivos o procedimentales.

La actual dinámica social y legal en Latinoamérica indica que esos no son fallos sin importancia. Hay una clara necesidad de mecanismos capaces de evaluar con precisión la validez de los acuerdos que se establecen entre la industria y las comunidades indígenas, comparándolos con los criterios normativos sustantivos de los derechos indígenas. Tales mecanismos

deben ser salvaguardas contra los enfoques formalistas y discriminatorios del consentimiento, como se ejemplifican en las decisiones emitidas hasta la fecha por los tribunales peruanos en el caso Negritos. Esos mecanismos deben adoptar enfoques equitativos y contextuales sobre las cuestiones normativas y procedimentales. En resumen, el concepto adelantado por Anaya de acuerdos centrados en derecho debe acompañarse con el desarrollo de equitativas causas de acción, de adecuadas normas del plazo de prescripción y de apropiados estándares normativos, todos igualmente centrados en derechos, para analizar debidamente los acuerdos indígenas-industria establecidos después de consumados los hechos.

Mientras que las compañías continúen buscando establecer acuerdos beneficiosos con los pueblos indígenas latinoamericanos en las presentes condiciones, hay problemas y habrá más respecto a esos acuerdos. En ausencia de mecanismos especializados de supervisión, los tribunales serán con frecuencia el único foro en que puedan resolverse las reivindicaciones de derechos y de distribución equitativa, y asegurarse la legitimidad y la legalidad de pasados acuerdos. No obstante, la revisión judicial solo será posible si los procedimientos legales existentes permiten a las comunidades acceder en la práctica a los tribunales¹¹⁴. Está en juego la capacidad que tengan las comunidades para emplear los derechos sustantivos indígenas, a fin de remediar las pasadas y presentes violaciones que se han consagrado en esos llamados “acuerdos”.

REFERENCIAS

1. Acosta, Alberto. “Posextractivismo: del discurso a la práctica. Reflexiones para la acción”. *International Development Policy* 9, (2017): 77-101.
2. Anaya, James. *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*, UNGAOR, 21st Sess, UN Doc. A/HRC/21/47 (2012).
3. Anaya, James. *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*, UNGAOR, 24th Sess, A/HRC/24/41 (2013).
4. Bebbington, Anthony, Denise Humphreys-Bebbington, Jeff Bury, Leonith Hinojosa-Valencia and Maria Luisa Burneo. “Anatomies of Conflict: Social Mobilization and New Political Ecologies of the Andes”. En *Subterranean Struggles: New Dynamics of Mining, Oil and Gas in Latin America*, edited by Anthony Bebbington and Jeffery Buries. Austin: University of Texas Press, 2013.
5. Bregaglio Lazarte, Renata; Jean Franco Olivera, Rosa Arévalo, Rubén Vargas y José Alejandro Godoy. *Diagnóstico nacional sobre la situación de la seguridad y el respeto a los derechos humanos. Referencia particular al sector extractivo en el Perú*. Lima: Centro de Colaboración Cívica, 2013.

114 Las palabras de la abogada peruana Maritza Quispe resuenan con este argumento, aunque se refieren a los acuerdos inconstitucionales entre el Estado y las comunidades: “Nos encontramos ante temas muy complejos, frente a los cuales existe un gran reto de parte de los jueces y juezas constitucionales. Empecemos con flexibilizar los requisitos de procedencia para acceder a un proceso constitucional [de amparo], reconociendo y protegiendo las diferencias culturales de grupos minoritarios que fueron históricamente discriminados”: Quispe, “La ‘inconvencionalidad’”, 11.

6. Brewer-Carías, Allan. *El proceso de amparo en el derecho constitucional comparado de América Latina*. México D.F.: Porrúa, 2016.
7. Cairo, Omar. "El panorama general del proceso de amparo en el Perú. Segunda parte". *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista de Doctrina y Jurisprudencia* 3, n.º 8 (2008): 170-181.
8. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe, 2016* (LC/G.2680-P). Santiago: CEPAL, 2016.
9. Coulter, Robert. "Free, Prior, and Informed Consent: Not the Right it is Made Out to Be". Indian Law Resource Center (2013).
10. Coulter, Robert. "The Law of Self-Determination and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples". *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 15, n.º 1 (2010): 1-16.
11. De Castro, Fabio, Pitou van Dijck and Barbara Hogenboom. *The Extraction and Conservation of Natural Resources in South America: Recent Trends and Challenges*. Amsterdam: CEDLA, 2014.
12. Delgado-Pugley, Deborah. "Contesting the Limits of Consultation in the Amazon Region: On Indigenous Peoples' Demands for Free Prior and Unformed Consent in Bolivia and Peru". *Revue générale de droit* 43, (2013): 151-181.
13. Dougherty, John. "InvestigativeMEDIA releases online version of Huidbay Minerals documentary 'Flin Flon Flim Flam'". *Investigative MEDIA*, 31 de diciembre de 2015, <https://www.investigativemedia.com/investigativemedia-releases-online-version-of-huidbay-minerals-documentary/>.
14. Due Process of Law Foundation, DPLF. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Washington: DPLF/OXFAM, 2011.
15. EarthRights International, Instituto de Defensa Legal y Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. *Convenios entre la Policía Nacional y las empresas extractivas en el Perú. Análisis de las relaciones que permiten la violación de los derechos humanos y quiebran los principios del Estado democrático de Derecho*. Lima: ERI, 2019.
16. Eichler, Jessika. "Neo-extractivist controversies in Bolivia: indigenous perspectives on global norms". *International Journal of Law in Context* 15, n.º 1 (2019): 88-102.
17. Flemmer, Riccarda and Almut Schilling-Vacaflor. "Unfulfilled Promises of the Consultation Approach: The Limits to Effective Indigenous Participation in Bolivia's and Peru's Extractive Industries". *Third World Quarterly* 37, n.º 1 (2016): 172-188.
18. Front Line Defenders. *Informes desde la Línea del Frente*. Dublin, FLD, 2020.
19. Fulmer, Amanda; Angelina Snodgrass Godoy and Philip Neff. "Indigenous Rights, Resistance and the Law: Lessons from a Guatemalan Mine". *Latin American Politics and Society* 50, n.º 4 (2008): 91-121.
20. Global Affairs Canada. "Canada's Enhanced Corporate Social Responsibility Strategy to Strengthen Canada's Extractive Sector Abroad. Doing Business the Canadian Way: A Strategy to Advance Corporate Social Responsibility in Canada's Extractive Sector Abroad". 2014, 1-12.
21. Global Witness. *Defender el mañana. La crisis climática y amenazas contra defensores de la tierra y del medio ambiente*. Londres: Global Witness, 2020.
22. Grández, Pedro. "Sobre el emergente derecho constitucional indígena en el espacio interamericano: Notas sobre el derecho a la consulta desde la experiencia peruana". En *XII*

- Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, editado por Magdalena Correa y Paula Robledo, 373-395. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
23. Harvey, David. *El 'nuevo' imperialismo: acumulación por desposesión*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.
 24. Instituto Nacional de Estadística e Informática. *Directorio de comunidades nativas y campesinas. Censos nacionales 2017: XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas, III Censo de Comunidades Nativas y I Censo de Comunidades Campesinas*. Lima: INEI, 2018.
 25. Justice and Corporate Accountability Project. *The "Canada Brand": Violence and Canadian Mining Companies in Latin America*. York, Ontario: JCAP, 2016.
 26. Kamphuis, Charis. "La extracción extranjera de recursos mineros y la privatización del poder coercitivo: Un estudio de caso sobre la empresa de seguridad Forza". *Apuntes, Revista de Ciencias Sociales* 68, (2011): 63-108.
 27. Kamphuis, Charis. "Foreign Mining, Law and the Privatization of Property: A Case Study from Peru". *Journal of Human Rights and the Environment* 3, n.º 2 (2012): 217-253.
 28. Kamphuis, Charis. "Litigating Indigenous Dispossession in the Global Economy: Law's Promises and Pitfalls". *Brazilian Journal of International Law* 14, n.º 1 (2017): 165-225.
 29. Kennedy, David. "The International Human Rights Regime: Still Part of the Problem?" En *Examining Critical Perspectives on Human Rights*, edited by Rob Dickinson, Elena Katselli, Colin Murray and Ole W. Pedersen. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
 30. Laing, Anna. "Resource Sovereignties in Bolivia: Re-Conceptualizing the Relationship between Indigenous Identities and the Environment during the TIPNIS Conflict". *Bulletin of Latin American Research* 34, n.º 2 (2015): 149-166.
 31. Lalander, Rickard. "Ethnic rights and the dilemma of extractive development in plurinational Bolivia". *The International Journal of Human Rights* 21, n.º 4 (2017): 464-481.
 32. Leyva, Ana. *Consúltame de verdad. Aproximación a un balance sobre consulta previa en el Perú en los sectores minero e hidrocarbonífero*. Lima: CooperAcción; Oxfam, 2018.
 33. Másquez, Álvaro y Juan Carlos Ruiz. "Gobierno aprueba norma que consagra intromisión en autonomía de Comunidades Campesinas". *SERVINDI*, 17 de enero 2015, <https://www.servindi.org/actualidad/121474>.
 34. Merino, Roger. "La tutela constitucional de la autonomía contractual. El contrato entre poder público y poder privado". En *El derecho civil patrimonial y derecho constitucional*, editado por Gaceta Jurídica. Lima: Gaceta Jurídica, 2009.
 35. Merino, Roger. "Legitimando el abuso en el contrato. El pleno casatorio sobre transacción extrajudicial y los contratos contaminados". *Actualidad Civil*, (2010): 221-276.
 36. Merino, Roger. "Critical Human Rights and Liberal Legality: Struggling for 'The Right to Have Communal Rights'". *Philosophy Study* 3, n.º 3 (2013): 246-261.
 37. Merino, Roger. "Prior Consultation: Law and the Challenges of the New Legal Indigenism in Peru". *Hendu* 5, n.º 1 (2014): 19-28.
 38. Merino, Roger. The politics of extractive governance: Indigenous peoples and socio-environmental conflicts". *The Extractive Industries and Society* 2, n.º 1 (2015): 85-92.

39. Merino, Roger. "Re-politicizing participation or reframing environmental governance? Beyond indigenous' prior consultation and citizen participation". *World Development* 111 (2018): 75-83.
40. Merino, Roger y Carlos Quispe. "Consulta previa y participación ciudadana en proyectos extractivos. Los límites de la gobernanza ambiental". *Policy Brief*, n.º 5 (2018): 1-9.
41. Morgera, Elisa. "Under the Radar: Fair and Equitable Benefit-Sharing and the Human Rights of Indigenous Peoples and Local Communities Connected to Natural Resources". *The International Journal of Human Rights* 23, n.º 7 (2019): 1098-1139.
42. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE. *Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales*. OCDE Publishing, 2011.
43. Organización de los Estados Americanos, OEA y Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos*. OROEA/Ser.L/V/II.Doc.49/15, 2015).
44. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*. UNGAOR, 17th Sess, UN Doc A/HRC/17/31, 2011.
45. Organización de los Estados Americanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. OROEA/Ser.L/V/II.Doc.47/15, 2015.
46. Organización Internacional del Trabajo, OIT. *Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Pueblos Indígenas y Tribales: Observaciones de Perú*. ILC.98/III/1A, 2009.
47. Organización Internacional del Trabajo, OIT. *Comisión de Expertos: Observaciones de Perú*. ILC.100/III/1A, 2011.
48. Özsu, Umut. "Neoliberalism and Human Rights: The Brandt Commission and the Struggle for New World". *Law and Contemporary Problems* 81 (2018): 139-165.
49. Quispe Mamani, Maritza. "La 'inconventionalidad' de las consultas previas en el Perú: ¿Es posible declarar la nulidad de los acuerdos de consulta previa que fueron aprobados sin observar los estándares internacionales?" *Instituto de Defensa Legal. Área de Justicia Constitucional*, 8 de marzo de 2020, <https://www.idl.org.pe/portfolio/13163-2/>.
50. Rodríguez-Garavito, César. *Etnicidad.gov: Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Bogotá: Dejusticia, 2012.
51. Ruiz, Juan Carlos. "¿El sexto paquetazo normativo? La aprobación de los DL N° 1192 y N° 1210". *Instituto de Defensa Legal: Justicia Viva*, 1 de octubre de 2015.
52. Ruiz, Juan Carlos. "Ministerio de Cultura bloquea la consulta previa de las concesiones mineras e invisibiliza a los PPII en Espinar". *Instituto de Defensa Legal: Justicia Viva*, 16 de abril de 2015.
53. Salmon, Elizabeth. "The Struggle for Laws of Free, Prior, and Informed Consultation in Peru: Lessons and Ambiguities in the Recognition of Indigenous Peoples". *Pacific Rim Law & Policy Journal* 22, n.º 2 (2013): 353-356.

54. Schilling-Vacaflor, Almut and Riccarda Flemmer. "Conflict Transformation through Prior Consultation? Lessons from Peru". *Journal of Latin American Studies* 47, n.º 4 (2015): 811-839.
55. Shepard Jr., Glenn. "Compensation to Native Communities of the Lower Urubamba by the Camisea Consortium: Impacts, Benefits and Failures" (2017): 1-34.
56. Szablowski, David. "Operationalizing Free, Prior, and Informed Consent in the Extractive Industry Sector. Examining the Challenges of a Negotiated Model of Justice". *Canadian Journal of Development Studies* 30, n.º 1-2 (2011): 111-130.
57. Urteaga-Crovetto, Patricia. "Implementation of the Right to Prior Consultation in the Andean Countries: A Comparative Perspective". *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 50, n.º 1 (2018): 7-30.
58. Wright, Claire. "Indigenous Mobilization and the Law of Consultation in Peru: A Boomerang Pattern?". *International Indigenous Policy Journal* 5, n.º 4 (2014): 1-16.
59. Yaffe, Nathan. "Indigenous Consent: A Self-Determination Perspective". *Melbourne Journal of International Law* 19, n.º 2 (2018): 39-45.