

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO Y INVESTIGACIÓN
CENTRO DE CIENCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EN DERECHO – MAESTRÍA.
ÁRE DE CONCENTRAÇÃO – DERECHO AMBIENTAL

**MINERÍA EN TERRITORIO INDÍGENA EN EL PERÚ: UN ESTUDIO A PARTIR DEL
DERECHO AL DESARROLLO EN UN PAÍS MINERO E INDÍGENA.**

Ricardo Antonio Serrano Osorio

Caxias do Sul – RS, Brasil.
2013



UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

**“MINERIA EN TERRITÓRIO INDÍGENA EN EL PERÚ: UN ESTUDIO A PARTIR
DEL DERECHO AL DESARROLLO EN UN PAIS MINERO E INDÍGENA”**

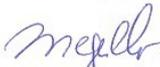
Ricardo Antônio Serrano Osório

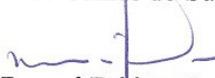
Dissertação de Mestrado submetida à Banca Examinadora designada pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado da Universidade de Caxias do Sul, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direito Ambiental e Novos Direitos.

Caxias do Sul, 18 de abril de 2013.

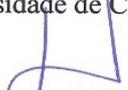
Banca Examinadora:

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
Sistema de Bibliotecas


Prof. Dra. Maria Carolina Rosa Gullo (Orientadora)
Universidade de Caxias do Sul


Prof. Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger
Universidade Federal do Rio Grande


Prof. Dr. Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira
Universidade de Caxias do Sul


Prof. Dr. Sérgio Augustin
Universidade de Caxias do Sul



CIDADE UNIVERSITÁRIA

Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 – B. Petrópolis – CEP 95070-560 – Caxias do Sul – RS – Brasil
Ou: Caixa Postal 1352 – CEP 95020-972 – Caxias do Sul – RS – Brasil
Telefone / Telefax (54) 3218 2100 – www.ucs.br

Entidade Mantenedora: Fundação Universidade de Caxias do Sul – CNPJ 88 648 761/0001-03 – CGCTE 029/0089530

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade de Caxias do Sul
UCS - BICE - Processamento Técnico

O37m Osorio, Ricardo Antonio Serrano
Minería en territorio indígena en el Perú : un estudio a partir del derecho al desarrollo en un país minero e indígena / Ricardo Antonio Serrano Osorio. – 2013.
261 f. ; 30 cm

Apresenta bibliografia.
Dissertação (Mestrado) – Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013.
Orientador: Profª. Dra. Maria Carolina Gullo.

1. Minas e mineração – Índios - Peru. 2. Desenvolvimento econômico – Aspectos sociológicos - Peru. 3. Minas e mineração – Política ambiental - Peru. 4. Desenvolvimento sustentável – Peru. 5. Direito ambiental. I. Título.

CDU 2.ed.: 622(=1.85-82)

Índice para o catálogo sistemático:

- | | |
|---|----------------|
| 1. Minas e mineração – Índios - Peru | 622(=1.85-82) |
| 2. Desenvolvimento econômico – Aspectos sociológicos - Peru | 330.34(85) |
| 3. Minas e mineração – Política ambiental - Peru | 622:502.14(85) |
| 4. Desenvolvimento sustentável - Peru | 502.131.1(85) |
| 5. Direito ambiental | 349.6 |

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária
Ana Guimarães Pereira – CRB 10/1460

Dedicatoria.

En primer lugar, a Dios por la fuerza y protección en mi caminar. En segundo lugar, al esfuerzo de mis padres, Ela Osorio Landa y Ricardo Serrano López, al cual les debo absolutamente todas mis conquistas por ser la fuente de mi inspiración. Por último, a mí querida Dania, por su compañía y alegría durante estos años y, aun que tenga partido al cielo, siempre la recordaré con mucho amor.

AGRADECIMENTOS

Al pueblo brasileiro por el amor brindado desde mi llegada al país, en especial al pueblo gaúcho y paranaense que me acogió con el mayor de los cariños tal como si fuese un coterráneo especial en sus tierras.

Al Prof. Dr. Sérgio Agustín, pues fue la primera persona que creyó y confió en mí, académica y profesionalmente, por lo que le debo un gran respeto, cariño, afecto y admiración por la confianza depositada.

A la Profa. Dra. María Carolina Gullo, por la dedicación en la orientación de este trabajo, pues sin sus valiosas directrices y limitaciones en la redacción del trabajo no hubiese sido posible la conclusión final del mismo.

Al Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Ríos, por su comprensión, apoyo e incentivo en la conclusión de mis objetivos académicos, así como por el cariño que nos une por ser compatriotas y por estar lejos de la misma tierra que nascimos.

A los colegas gaúchos del curso de la maestría en derecho ambiental de la UCS por la paciencia y cariño en la sala de clases. No puedo dejar de expresar un cariño especial por mis colegas y amigos, Bruno Henz, Sergionei Correias, Natacha Jhon y Rachel Cardona y Jerónimo Girón.

A los profesores de la maestría en derecho ambiental de la UCS, Dr. Wilson Steinmetz, Dr. Jefferson Marín y Dr. Alindo Buzke. También agradezco la contribución académica de los profesores de la maestría en derecho económico de la PUC-PR, Dr. Vladimir Passos de Freitas e Dr. Carlos Marés Souza Filho, por sus grandes contribuciones en las salas de clases.

Al personal de la biblioteca de la UCS/RS, UFRGS, PUC/PR, BPP, UFPR, USP, UNICAMP e PUC/Perú, por la amabilidad de ayudarme gentilmente en la búsqueda de libros, revistas, periódicos y documentos a fin de desarrollar este trabajo de investigación.

A la Sra. Irene Costa, por el cariño, las alegrías y el amor que me brindó cuando vivíamos en familia en mis días primeros y duros meses en Brasil.

Por último, agradezco la amistad y el cariño de todos mis amigos brasileiros, en especial a Giulia Milano, Giancarlo Fiorucci, Fleuri da Silva, Felipe Morettini y Renzo Cavani.

“Tu tiempo es limitado, de modo que no lo malgastes viviendo la vida de alguien distinto. No quedes atrapado en el dogma, que es vivir como otros piensan que deberías vivir. No dejes que los ruidos de las opiniones de los demás acallen tu propia voz interior. Y, lo que es más importante, ten el coraje para hacer lo que te dicen tu corazón y tu intuición”.

(Steve Jobs, 2005).

RESUMEN

OSORIO, Ricardo Serrano. **Minería en territorio indígena en el Perú: un estudio a partir del derecho al desarrollo en un país minero e indígena**. 2013. 250p. Disertación (Maestría) – Programa de Pós-graduación en Derecho de la UCS-Brasil. Caxias do Sul, 2013.

El presente estudio tiene por objetivo analizar la posibilidad de admitir la viabilidad de la actividad minera en territorio indígena en el Perú con el fin de estimular y conciliar el desarrollo de un país minero e indígena que, por un lado, precisa de los recursos naturales y, por el otro, necesita de proteger, fomentar e salvaguardar la integridad de los pueblos indígenas que la conforman. En ese sentido, en busca de resultados, primero se pasó a delimitar la organización indígena como sistema social diferenciado en un Estado Multicultural, así como se analizó la importancia de la protección y garantía del respeto a las instituciones indígenas en un Estado de Derecho, en conformidad con los Convenios 169-OIT, la DUNDPI y los precedentes constitucionales del TC peruano. Tal análisis también tuvo en consideración los datos oficiales de la situación indígena en el Perú, según el INEI y la DP. De esa forma, se desarrolló la tesis del misterio del capital indígena propuesto por el ILD, presidida por el economista Hernando de Soto, intentando responder el porqué de los pueblos indígenas peruanos están estancados en el subdesarrollo por la omisión en el reconocimiento del derecho de propiedad de sus territorios. Conforme a las realidades e posiciones sobre las cuestiones indígenas, se analizó la viabilidad de la asociación empresarial entre los agentes económicos del sector minero y los pueblos indígenas con la finalidad de extraer los recursos minerales sosteniblemente en los TIs, teniendo como ideal sobre la asociación la generación de renta y recursos económicos a favor de estos pueblos para que puedan satisfacer sus demandas y necesidades sociales con el fin de alcanzar el desarrollo deseado y el bienestar general en base al principio de la dignidad humana. Esta última posición será desarrollada según la situación actual de las instituciones en el Perú, en conformidad con las teorías de desarrollo como libertad por Amartya Sen en conformidad con las experiencias de la minería en territorios indígenas canadienses y australianos.

Palabras clave: Perú - pueblos indígenas - desarrollo socioeconómico – extracción minera en territorio indígena – asociación empresarial - bienestar social - minería sostenible.

ABSTRACT

OSORIO, Ricardo Serrano. **Mining in indigenous territory in Peru: a study from the right to development in a mining country and indigenous.** 2013. 250p. Dissertation (Master) - Post-Graduation Program in Law UCS-Brazil. Caxias do Sul, 2013.

The present study aims to examine the possibility of allowing the feasibility of mining in Peru indigenous territory in order to stimulate and reconcile the development of a mining and indigenous country on the one hand, requires natural resources and on the other, you need to protect, promote and safeguard the integrity of indigenous peoples within it. In that sense, looking for results, first came to define the indigenous organization as a social system in a State Multicultural differentiated and analyzed the importance of protecting and ensuring respect for indigenous institutions in the rule of law in accordance with ILO Conventions 169, the constitutional precedents DUNDPI and Peruvian TC. Such analysis also took into consideration the official data indigenous situation in Peru, according to INEI and DP. Thus, the thesis developed the mystery of indigenous capital proposed by the ILD, chaired by economist Hernando de Soto, trying to answer the why of indigenous Peruvians mired in underdevelopment by the omission in the recognition of property rights their territories. According to the realities and positions on indigenous issues, we analyzed the viability of the business association between economic agents in the mining sector and indigenous peoples in order to extract mineral resources sustainably in the TIs, taking as an ideal on the association's income generation and economic resources for these people so they can meet their demands and social needs in order to achieve the desired development and well-being based on the principle of human dignity. This position will be developed according to the current situation in Peru institutions, in accordance with the theories of Development as Freedom by Amartya Sen in accordance with the experience of mining in indigenous territories Canadians and Australians.

Keywords: Peru - indigenous peoples - economic development - mining on indigenous lands - business association - social welfare - sustainable mining.

RESUMO

OSORIO, Ricardo Serrano. **Mineração em território indígena no Peru: um estudo a partir do direito ao desenvolvimento num país minerador e indígena**. 2013. 250p. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito da UCS-Brasil. Caxias do Sul, 2013.

O presente estudo tem por objetivo analisar a possibilidade de permitir a viabilidade da mineração em território indígena no Peru com a fim de estimular e conciliar o desenvolvimento de um país minerador e indígena, que, por um lado, precisa que dos recursos naturais e, pelo outro, precisa proteger, promover e salvaguardar a integridade a integridade de dos povos indígenas que a conformam. Nesse sentido, na procura de resultados, primeiro se passou a demarcar a organização indígena como um sistema social de um Estado Multicultural diferenciado e se enfatizou a importância de proteger e garantir o respeito às instituições indígenas no Estado de direito, em conformidade com a Convenção 169-OIT e a DUNDPI, assim como os precedentes constitucionais TC peruano. Tal análise, também levou em consideração a atual situação indígena segundo os dados oficiais em conformidade com as instituições do INEI e da DP. Assim, se desenvolveu a tese do mistério do capital indígena proposto pelo ILD, presidido pelo economista Hernando de Soto, no qual se tentou responder o porquê os peruanos indígenas estão presos no subdesenvolvimento pela omissão no reconhecimento do direito de posse dos seus territórios. De acordo com as realidades e posições sobre as questões indígenas, analisamos a viabilidade da associação empresarial entre os agentes econômicos da mineração e os povos indígenas, a fim de extrair os recursos minerais de forma sustentável nos TIs, tendo como ideal nessa associação a geração de renda e recursos econômicos para os povos indígenas e assim possam atender suas demandas e necessidades sociais, a fim de alcançar o seu desenvolvimento desejado e o bem-estar baseado no princípio da dignidade humana. Esta última posição, será desenvolvido de acordo com a situação atual das instituições do Peru, conforme com as teorias de Desenvolvimento como Liberdade de Amartya Sen, de acordo com a experiência da mineração em terras indígenas canadenses e australianos.

Palavras-chave: Peru - povos indígenas - desenvolvimento econômico - mineração em terras indígenas - associação empresarial - bem-estar social - mineração sustentável.

LISTA DE ABREVIATURAS.

AIDSESEP - Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana
AID - Asociación Internacional de Desarrollo
BID - Banco Interamericano de Desarrollo
BIRD - Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo
BM - Banco Mundial
CEPAL - Comisión Económica para América Latina
CDN - Convención sobre los Derechos de la Niñez.
CIDH - Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CNDH - Coordinadora Nacional de Derechos Humanos
CONST.93. - Constitución Política de la República del Perú de 1993.
CONV.169 - Convenio 169 de la OIT
COPPIP - Coordinadora de Pueblos Indígenas del Perú
CFI Corporación Financiera Internacional
CRP - Congreso de la República del Perú.
DP - Defensoría del Pueblo.
DUNDPI - Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
GTPI - Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas
GBM - Grupo del Banco Mundial
IE - Revisión de las Industrias Extractivas
ILD – Instituto de Libertad y Democracia.
INEI - Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú.
INDEPA - Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Afroperuanos
INRENA - Instituto de Recursos Naturales
IWGIA - International Work Group for Indigenous Affairs
LCP – Ley de Consulta Previa – Ley 29785.
MIDIS – Ministerio de desarrollo y inclusión social (Perú).
MMDS - Minería, Minerales, y Desarrollo Sustentable
MIMDES - Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social
MINSA - Ministerio de Salud

MMSD Minería, Minerales y Desarrollo Sostenible

OIT - Organización Internacional del Trabajo

ONG - Organización no Gubernamental

ONGD - Organización no Gubernamental para el Desarrollo

ONU - Organización de las Naciones Unidas

OPI - Organizaciones de Pueblos Indígenas

ODM - Objetivos de Desarrollo del Milenio

OCDE - Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

PAMA Programa de Adecuación y Manejo Ambiental

PCM - Presidencia del Consejo de Ministros del Perú.

PE - Poder Ejecutivo.

PBI - Producto Bruto Interno

PJ - Poder Judicial.

PNUD - Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

RIE - Reseña de las Industrias Extractivas.

RLCP – Reglamento de la Ley de la Consulta Previa. Decreto Supremo N.001-2012MC

RN – Recursos Naturales.

SUNARP - Superintendencia Nacional de los Registros Públicos

SAM - Sustainable Asset Management.

TC - Tribunal Constitucional peruano

TI's - Territorios Indígenas

UNESCO - Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

UNICEF - Fondo de Naciones Unidas para la Infancia

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN	12
2. LAS INSTITUCIONES INDÍGENAS: FUNDAMENTOS PARA EL DESARROLLO INDÍGENA EN EL PERÚ	14
2.1 La conquista española, el sistema coactivo y la minería colonial en el Perú	15
2.1.1 La evolución del desarrollo indígena y Las Leyes Nuevas de Indias en la colonia.....	23
2.1.2 La <i>mita</i> como actividad minera obligatoria en el Estado inca e colonial.....	27
2.2 Los sistemas sociales y el Estado Multicultural en el Perú	37
2.2.1 Las instituciones indígenas y su relación con el desarrollo.....	40
2.2.2 El Estado Multicultural y su reconocimiento en el Perú.....	46
2.3. El derecho indígena en el ordenamiento jurídico nacional e internacional	50
2.3.1. El sistema jurídico peruano: Arbusto constitucional, legal y jurisprudencial.....	53
2.3.2. Estimulando el desarrollo: Conv.169/OIT y la DUNDPI.....	56
2.4. La situación indígena en el Perú: Variables sociales y económicas	65
2.4.1 Variables demográficas de los pueblos indígenas peruanos.....	66
2.4.2 Variables sociales y económicas de los pueblos indígenas en el Perú.....	71
2.4.3. La pobreza de los pueblos indígenas por las instituciones especializadas.....	81
3. EL MISTERIO DEL CAPITAL DE LOS INDÍGENAS: ¿EN BUSCA DEL DESARROLLO EN BASE A LA PROPIEDAD?	93
3.1. El Estado de Derecho y el principio de dignidad	95
3.1.1. La dignidad, mínimo existencial y política de inclusión indígena.....	95
3.1.2. La sociedad justa y su maximización de bienestar.....	101
3.2. El capital: ¿Como mecanismo de desarrollo en la globalización?	109
3.2.1. La globalización y sus oportunidades.....	113
3.3. La teoría del misterio del capital de los indígenas por Hernando de Soto	118
3.3.1. Críticas al centralismo del capital: propiedad y empresa por el ILD.....	124
3.4. Los derechos de propiedad indígena en el Perú: ¿Activo desactivado?	130
3.4.1. El territorio indígena como capital, ¿muerto?.....	147
4. ¿MINERÍA EN TERRITORIO INDÍGENA PERUANO? - REFLEXIONES SOBRE SUS LIMITACIONES E VIABILIDAD – ¿SOSTENIBLE?	150
4.1. La trascendencia de la minería en el Perú: Desarrollo e conflictividad	152
4.1.1. Los recursos naturales como activo e generador de conflictos sociales.....	163
4.1.2. Delimitando atributos: ¿La unificación del derecho a la consulta y al veto?.....	177
4.1.3. ¿El derecho a la participación económica por la extracción en TIs?.....	184
4.2. Las experiencias internacionales sobre la minería en TIS	197
4.2.1. Los caso de minería en TIs: Canadá e Australia.....	200
4.3. Minería en territorio indígena en el Perú? Limitación y viabilidad	219
4.3.1. Minería, cine y derecho: Reflexiones sobre el escenario de <i>Avatar</i> en el Perú.....	221
4.3.2. Resultado sobre la viabilidad de la minería en territorio indígena en el Perú.....	228
6. CONCLUSIONES	235
7. BIBIOGRAFIA	240

1. INTRODUCCIÓN.

A lo largo de la historia en lo que se refiere al desarrollo de los pueblos indígenas en el Perú, según los datos oficiales del Estado Peruano y las entidades internacionales que velan por su protección, se afirma que la mayoría de estos pueblos estuvo sometido a la degradación humana por la ausencia de la prestación de los servicios públicos básicos y oportunidades de desarrollo humano siendo excluidos por el Estado peruano.

Desde el pasado hasta en la actualidad, se consideró que la condición indígena debe estar sometida al subdesarrollo, no optando así por la promoción de mecanismos económicos para superar su exclusión en el sistema. La concepción del indígena subdesarrollo, según las nuevas tendencias de equilibrio de desarrollo con sostenibilidad, vendría a ser una visión errada en un mundo globalizado que presenta oportunidades de desarrollo para estos pueblos al detentar un gran capital conforme a sus derechos originarios.

Se parte de que la toma de decisiones sobre el destino de los pueblos indígenas sobre su desarrollo es una opción que solamente ellos pueden decidir como grupo, esto es, colectivamente, conforme a sus derechos a la autonomía, autodeterminación y jurisdicción que el ordenamiento jurídico interno e internacional los reconocen. En ese contexto, por un lado los pueblos indígenas son los únicos que decidirán finalmente sobre que mecanismo o opción tomar para alcanzar su desarrollo y, por otro lado, el Estado tiene la obligación de presentarles una serie de mecanismos o medios para alcanzar tal objetivo.

En ese contexto, se analizará a los pueblos indígenas, según el derecho al desarrollo como opción, bajo su autonomía y autodeterminación, sobre aquel mecanismo que determina la incursión de estos al mercado como sujetos activos de la globalización y así obtener instrumentos de desarrollo socioeconómico para la mejora de la calidad de vida de sus integrantes en base de una política de inclusión social respaldada por el Estado peruano.

De esa forma, este trabajo tiene como objetivo analizar si la minería actual en el Perú puede ser un estimulante que contribuya para el desarrollo real y eficiente de los pueblos indígenas, así como delimitar sobre la viabilidad del desarrollo de estos pueblos en base al consentimiento de la extracción de los recursos minerales localizados en sus

territorios, teniendo en consideración las experiencias de diversos países mineros, tales como Canadá, Australia, Estados Unidos y entre otros, que consiguieron conciliar la extracción de estos recursos bajo un modelo de minería sostenible real y eficiente.

Conforme a las experiencias internacionales, a lo largo de este trabajo se buscará reflexionar que el beneficio de ese consentimiento generará un derecho de participación económica directa de los resultados de la extracción mineral por la cesión de la licencia indígena en sus territorios, por lo que, al obtener recursos directos, se buscará satisfacer las necesidades sociales. En síntesis, se considera que participación formal de las empresas mineras en las actividades extractivas en territorios indígenas, solamente se llevará a cabo bajo la licencia social de los pueblos indígenas en base una contraprestación en el accionariado de dichas empresas. Concerniente a la administración eficiente de los recursos económicos obtenidos por los resultados de la actividad minera, se tendrá en consideración la implementación de un fideicomiso de administración bancaria para la ejecución de la prestación de los servicios u obras que sean demandadas por la comunidad indígena.

Por tanto, en el primer capítulo se desarrollará la concepción indígena frente a la llegada de los colonizadores españoles al Perú. Se analizará el encuentro de esos dos mundos y derechos, a profundando sobre la institución de la *mita* en el Estado colonial, así como el subdesarrollo que vivían los indígenas de esa época. Luego, se pasará a analizar los derechos que se encuentran inmersos en los sistemas sociales indígenas, pasando a reflexionar sobre el actual Estado multicultural en el Perú. En esa línea, se analizará los derechos de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, resaltando la importancia de la convención 169 de la OIT y la DUNDPI como instrumentos de desarrollo socioeconómico de los pueblos indígenas. Por último, evidenciamos la actual situación de los pueblos indígenas en el Perú, conforme a los datos oficiales de la INEI, Defensoría del Pueblo y las institucionales internacionales especializadas en cuestiones indígenas.

En el segundo capítulo se abordará el documental del “misterio del capital de los pueblos indígenas amazónicos” presentada por el ILD, presidida por Hernando de Soto, con el fin analizar sobre si actualmente podría viabilizar la minería en el Perú aún que los derechos de propiedad se encontrarse reconocidos y consolidados en el sistema. En ese contexto, partimos de la importancia del Estado de Derecho expresados en el respeto y garantía del principio de la dignidad humana en la elaboración de las políticas

de inclusión de los pueblos indígenas en aras de forjar una sociedad justa que maximice el bienestar social de los pueblos indígenas. En esa línea, se cuestionará si sólo bajo la omnipotencia del capital se podrá generar igualdad de oportunidades que permita alcanzar el desarrollo de los grupos sociales, para que luego después, se enlace con las posiciones que se presentan en el documental del "misterio del capital de los indígenas". Frente a ese análisis, se analizará la actual situación de los derechos de propiedad indígena en el Perú, cuestionando si actualmente los pueblos indígenas cuentan con un capital muerto, o simplemente que éstos no ostentan ningún capital.

En el tercer capítulo, conforme al análisis y resultados del capítulo I y II, se responderá sobre si es posible la viabilidad de la actividad minera en territorios indígenas en el Perú según la realidad nacional y teniendo en consideración la experiencia de los países de Canadá, Australia, Estados Unidos y entre otros países. De esa forma, primero, se destacará la importancia de la actividad minera en el Perú como principal activo o fuente de riqueza, así como el principal generador de conflictos ambientales y multiculturales en el país, así como delimitando potestades sobre los derechos de consulta y veto conforme indica el sistema. En ese contexto, frente a una viabilidad sobre la minería en territorios indígenas, se analizará el derecho de participación económica por la extracción de los recursos minerales a favor de los pueblos indígenas. Frente a tales posiciones, se presentará sobre los resultados sobre tal viabilidad, destacando sobre la urgencia sobre una Nueva Economía Institucional en el sector minero conforme al principio de sostenibilidad minera en un Estado Socioambiental de Derecho en el Perú.

2. LAS INSTITUCIONES INDÍGENAS: FUNDAMENTOS PARA EL DESARROLLO INDÍGENA EN EL PERÚ.

A través del intercambio cultural, económico, social, tecnológico, entre otros, se presentan nuevas oportunidades de desarrollo en una sociedad, pues ese intercambio contribuye para el fortalecimiento de la personalidad del hombre para obtener mecanismos que permitan satisfacer sus demandas sociales.

En lo que respecta a las demandas y el desarrollo de los pueblos indígenas en el Perú, es importante analizar el proceso de desarrollo socioeconómico de estas sociedades para la implementación de nuevas políticas de desarrollo de estos pueblos.

Por tanto, antes de tomar y aplicar políticas públicas de desarrollo de los pueblos indígenas en la actual globalización económica, y aún más cuando se refiere a la participación de estos pueblos en la exploración y explotación minera en sus territorios, se considera que es importante tener en consideración los antecedentes de desarrollo desde la época de la conquista española en el Perú, así como también considerar los dispositivos jurídicos nacionales y internacionales sobre la protección, garantía y mecanismos de desarrollo de los pueblos indígenas, con el fin de estructurar una política de desarrollo inclusivo.

De esa forma, la importancia del conocimiento, fortalecimiento y reconocimiento de las instituciones indígenas, tales como la autonomía, autodeterminación y jurisdicción, es de suma vitalidad cuando se refiere a la implementación de políticas públicas de desarrollo de los pueblos indígenas, pues, se considera que es el primer filtro que deberá ser analizado para después tener en consideración sobre las tendencias o mecanismos de desarrollo a favor de los pueblos indígenas como segundo filtro. Así, en base a estas conducciones es que podremos tener una mejor concepción sobre la viabilidad de la minería en territorio indígena en el Perú.

Por tanto, pasaremos a desarrollar el proceso de desarrollo indígena desde la llegada de los conquistadores españoles al Perú, tanto de la formación del derecho indiano de la colonia hasta los dispositivos jurídicos actuales, delimitando el sistema jurídico social de estos pueblos como grupos diferenciados en el Estado Multicultural conforme a los derechos de los pueblos indígenas según el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

2.1 La conquista española, el sistema coactivo y la minería colonial en el Perú.

El encuentro de dos mundos y de derechos se dio con la llegada de los españoles y portugueses a América. El 12 de octubre de 1492, Cristóbal Colón llegó a un territorio desconocido por los Europeos, por lo que el impacto del encuentro de esos mundos distintos, modificó aspectos culturales, sociales, políticos y económicos de la humanidad. Esa influencia alteró significativamente el desarrollo de los pueblos indígenas en la región, por el intercambio mercantil de ese choque de culturas y la asimilación de nuevos sistemas sociales.

Al llevar a cabo la empresa colonizadora, los conquistadores españoles trajeron consigo e impusieron todo un bagaje cultural, en el cual se encontraban las nociones referentes a su comprensión de lo que es una comunidad políticamente organizada¹.

Conforme al descubrimiento de América y el ritmo que alteró el encuentro de dos mundos y derechos, Carlos Frederico Marés SOUZA FILHO señala que:

O fato é que o descobrimento das Américas, ou melhor, a expansão da Europa para a América, trouxe não apenas profundas alterações neste continente, alterando substancialmente o ritmo e rumo do desenvolvimento, como alterou, também o desenvolvimento europeu. A partir do século XVI a Europa começou a mudar, e tão profundamente, que um novo modo de produção surgiu, culminando com a revolução francesa que “constituiu” os Estados e o Direito contemporâneo².

En lo que se refiere a los procesos civilizatorios y el desarrollo de estos pueblos indígenas en el encuentro de dos mundos y derechos, Darcy RIBEIRO señala que:

Dentro dos processos civilizatórios descritos e pela via da atualização histórica é que foram avassaladas as sociedades americanas de nível tribal, as estruturadas já em estados rurais-artesanais e mesmo os impérios teocráticos de regadio (Inca, Maia, Asteca) para se integrarem no sistema econômico de âmbito mundial, como suas áreas de exploração colonial. Deste modo é que os indígenas americanos e também os negros africanos conduzidos a América saltaram a uma etapa mais alta da evolução humana – enquanto participantes de formações mercantis – mas foram sendo, simultaneamente, engajados como “proletariados externos” das economias metropolitanas³.

Referente a ese encuentro de dos mundos, los españoles no solamente se quedaron sorprendidos por la belleza natural de la tierra descubierta, sino también se sorprendieron de encontrar grupos indígenas amables y respetuosos.

Así, conforme a la admiración de Cristóbal Colón frente a los Reyes de España sobre el descubriendo de América y las características de sus pueblos, Josefina OLIVA destaca que:

¹ DE LA TORRE, Oscar Arnulfo de Lara. **Tierra y derecho: la disputa inmemorial**. Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales RDHES. Año III No. 6. Julio-Diciembre 2011. pp. 119-140, México.

² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 32.

³ RIBEIRO, Darcy. **As Américas e a Civilização: estudos de antropologia da civilização**. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 1983.

Colombo também conta, em suas cartas ao rei de Espanha, a generosidade dos povos da América Central. Conta que os índios, o ajudaram a desencalhar uma mau sem nada pedir em troca, organizados sob a chefia de um poderoso líder. Tal foi à presteza, gentileza e severidade do trabalho, que Colombo escreveu: "Certifico a Vossa Alteza que em nenhuma parte de Castela se colocaria tanto cuidado em todas as coisas, a ponto de poder dizer que não faltou sequer uma agulha que fosse... Acredito que não existe no mundo melhor gente e melhor terra⁴.

En ese sentido, sobre la admiración por las tierras y pueblos descubiertos en la América española, se dio en un momento en el cual se priorizaba la expansión europea para la satisfacción e permanencia de las coronas Portuguesas e Española. Las coronas españolas y portuguesas se encontraban en crisis, por lo que urgía obtener recursos para su subsistencia y sobrevivencia de los imperios.

Resaltando tales descubiertas en América Latina, Carlos SOUZA FILHO aduce que:

As novas terras de América foram achadas, ou descobertas como se diz hoje, em momento de expansão europeia e, provavelmente, já se sabia não só de sua existência, como de homens e mulheres nelas vivendo. Seguramente a ideia que se fazia na Europa era de homens e mulheres selvagens, violentos e desumanos, praticamente animais. Todos os primeiros relatos são pródigos em elogios a terra e as gentes e não se cansam de enaltecer a humanidade dos habitantes, inclusive sua beleza física, sua saúde e sua solidariedade⁵.

Así, en ese proceso de expansión Europea, cabe resaltar que los colonizadores se sorprendieron de encontrar a una América llena de riquezas naturales envuelta en un mundo cultural y natural en el cual su belleza saltaba a la luz. Se considera que la llegada de los españoles a un mundo indígena en el cual mantenían su propia organización social y política, los mantuvo sorprendidos a lo largo de la conquista y consolidación del virreinato en América.

Pero, aún con la admiración de los descubridores sobre la forma y el tipo de vida de los pueblos indígenas y sus relaciones con los demás, no cambio ni influenció para que la conquista española en América sea tan cruel y dolorosa para estos pueblos, pues los conquistadores los mantuvieron sobre al subdesarrollo a lo largo del régimen conforme al sistema que impusieron coactivamente. La abundancia y la codicia por los recursos minerales, esa ambición de acaparar el oro y la plata, fue mucho más fuerte

⁴ OLIVA DE COLL, Josefina. **A resistência indígena**. Porto Alegre, L&PM, 1986. p. 13.

⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. p. 27.

para intentar salvaguardar la integridad de los derechos fundamentales de los indígenas de la época.

Conciérne a la abundancia de los recursos naturales en el Perú, específicamente sobre los recursos minerales, en los primeros años de la conquista española, el Inca Garcilaso de la Vega a través de los "Comentarios Reales de los Incas" expone que:

De la riqueza de oro y plata que en el Perú se saca, es buen testigo España, pues de más de veinticinco años, sin los de atrás, le traen cada año doze, treze millones de plata y oro, sin otras cosas que no entran en esta cuenta; cada millón monta diez vezes cien mil ducados. El oro se coge en todo el Perú; en unas provincias es en más abundancia que en otras, pero generalmente lo hay en todo el reino. Hállase en la superficie de la tierra y en los arroyos y ríos, donde lo llevan las avenidas de las lluvias; de allí lo sacan, lavando la tierra o la arena, como lavan acá los plateros la escubilla de sus tienda, que son las barreduras dellas. (...) La plata se saca con más más trabajo que el oro y se beneficia y purifica con más costa. En muchas partes del Perú se han hallado y hallan minas de plata, pero ningunas como las de Potocsi, las cuales se descubrieron y registraron año de mil quinientos y cuarenta y cinco, catorze años después que los españoles entraron en aquella tierra⁶.

En ese contexto, según los "Comentarios Reales de los Incas", el Perú era un país extremadamente rico en oro y plata, por su abundancia en las minas y las facilidades que se presentaban para encontrar los minerales. Pero, como ya fue mencionado, por un lado se gozaba de una gran abundancia como acción, y por otro lado, como reacción se presentaban la carencia y subdesarrollo de los pueblos indígenas por la opresión española.

En ese sentido, el mismo Inca Garcilaso de la Vega a través de los "Comentarios Reales de los Incas" sostiene que:

También la causó la mucha plata que daban las minas, que tres y cuatro años antes de los que hemos nombrado, llegó a valer un cesto de la yerva que llaman cuca treinta y seis ducados, y una hanega de trigo veinte y cuatro y veinte y cinco ducados; lo mismo valió el maíz, y al respecto el vestir y calcar, y el vio, que las primeras botijas, hasta que hubo abundancia, se vendían a dozientos y a más ducados. Y con ser la tierra tan rica y abundante de oro y plata y piedras preciosas, como todo el mundo sabe, los naturales della son la gente más pobre y miseria que hay en el universo⁷.

⁶ ROSENBLAT, Ángel. **Inca Garcilaso de la Vega. Comentarios reales de los incas.** Edición al cuidado de Ángel Rosenblat del Instituto de Filología de la Universidad de Buenos Aires. 2ªed. Tomo II. Buenos Aires: Emecé Editores, 1945. p. 211.

⁷ ROSENBLAT, Ángel. **Inca Garcilaso de la Vega. Comentarios reales de los incas.** p. 213.

En lo que se refiere a la brutalidad entre la conquista portuguesa y española en América Latina, Carlos SOUZA FILHO destaca que:

Os espanhóis foram muito mais brutais e os portugueses mais dissimulados, apesar do resultado prático ter sido o mesmo, o extermínio de povos, a dominação e o exercício de crueldade. É verdade também que os espanhóis encontraram povos mais preparados para enfrentá-los, como os incas, os astecas, os muíscas, aliar-se a um povo para enfrentar o outro e depois dizimar o aliado, gerar e incentivar cizânia⁸.

Frente a tales acontecimiento, el descubrimiento de América marcó un hito en la historia de la humanidad, pues ese cambio de culturas y su influencia en la forma de ver la vida, modificó a ambos mundos que se colisionaron en una época donde estaba marcada la expansión territorial para la satisfacción y permanencia de las Coronas del viejo continente aún sin su presencia física de los reyes en América, pero el costo que tuvo que asumirse para apoderarse de la abundancia de los recursos minerales, no fue tan sólo alto desde un punto de vista económico, sino que el costo sobre la degradación de los derechos humanos fue devastador.

Debe destacarse que en esa primera fase del encuentro entre españoles y americanos, los primeros no respetaron ni se sometieron a ningún principio de orden jurídico. Apoyándose en la superioridad de sus armas de guerra y en la pretendida superioridad de las formas de vida de la raza a la que pertenecían, de su dominio sobre los viejos habitantes americanos valiéndose de la violencia, la tortura, el engaño y el terror en todas sus modalidades conocidas entonces. Durante este doloroso periodo, víctimas de las confrontaciones, los trabajos forzados bajo el sistema esclavista, la destrucción de sus bases económicas de subsistencia y de las numerosas enfermedades traídas por los forasteros u ocasionados por las nuevas condiciones de vida, las poblaciones fueron drásticamente diezmadas y, en muchos casos, totalmente aniquiladas⁹.

En lo que concierne la conquista española en el Perú, estos se encontraron con un pueblo Inca muy bien organizado en lo que se refiere a las matices de sus sistemas económicos, religiosos, militares, políticos y sociales, siendo su sistema de gobierno el imperio teocrático. El Imperio Inca en los andes estaba basado en el aspecto de un

⁸ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renacer dos povos indígenas para o direito**. p. 29.

⁹ ROLDÁN, Roque Ortega. **Pueblos Indígenas y Leyes en Colombia: Aproximación crítica al estudio de su pasado y su presente**. Bogotá: Tercer mundo Editores, 2000. p. 9.

Estado-iglesia, basados propiamente en los aspectos teocráticos que gobernaba en ese entonces en el imperio inca.

En esa línea, Charles TRUXILLO indica que:

The inca Empire in the Andes (A.D 1300 – 1530) resembled a confessional state, in so far as a state-church complex informed its cultural outlook (Conrad 1984). Andean kingdoms of southeast Asia. In spite of these apparent similarities, periods of pre-Columbian history do not appear to be in sync with those of the Old World: this creates the impression that the Americans entered the mainstream of world history when the Iberians conquered their societies¹⁰

Referente a esa organización del Estado Inca, se resalta la organización de los Ayllu como un importante mecanismo de administración del sistema productivo inca, por lo que Darcy RIBEIRO considera que:

A organização política dos incas, ao tempo da conquista, parecia tender para uma estruturação “geométrica” racionalmente imposta pelo poder imperial. Ela se assentava no ayllu como a unidade elementar do sistema integrado por 100 família e detentor de um território bem delimitado. As unidades superiores eram a “tribo”, composta de 100 ayllu: a “província”, formada por quatro “tribos”, e os “Estados” que reuniam quatro “províncias” em uma administração unificada. Em cada esfera atuavam comandos religiosos, administrativos e militares exercidos todos em nome do Inca¹¹.

La dominación por los españoles estuvo facilitada justamente por haber llegado en un período en el cual el Estado Inca estaba pasando una de sus mayores crisis institucionales. El imperio estaba dividido por la lucha de territorios entre los hermanos Huáscar y Atahualpa, por lo que facilitó la pasividad en la resistencia. Es historia conocida que los españoles tomaron prisionero al Inca Atahualpa en Cajamarca y dio inicio a la debilitación de las instituciones políticas e sociales de tal imperio.

En ese marco del proceso de civilización en América, y en especial del imperio Inca, Darcy Ribeiro señala que:

O esboroamento do Império Inca – enorme, poderoso, militarizado -, face a um pequeno bando de duzentos e poucos aventureiros espanhóis, não se explica apenas pela paralisação moral provocada ante a visão desses estranhos invasores, que lembravam a figura sagrada de Viracocha, o herói civilizador de sua mitologia, também branco e barbudo. Tal como ocorrera

¹⁰ TRUXILLO, Charles A. **By the Sword and the Cross: The Historical Evolution of the Catholic World, 1492-1825**. Minnesota: Greenwood Press, 2001. p. 6.

¹¹ RIBEIRO, Darcy. **As Américas e a Civilização: estudos de antropologia da civilização**. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 1983. p. 156.

no México, a dominação do império incaico tornou-se praticável em virtude de sua estratificação social rígida, dominada por uma estreita camada nobre, facilmente substituível, e da incapacidade de autodefesa característica das camadas subalternas de sociedades despóticas. Aprisionado Atahualpa, o Inca, subjugou-se o império. Substituindo-o por outro Inca, designado por Pizarro, colocava-se a nobreza e a alta burocracia curaca a serviço do espanhol e, com ela, o disciplinado exército, o mitayo humilde e o campesinato submisso¹².

Después de que los españoles se establecieron en el Perú se generaron una serie de conflictos por los intereses sobre las riquezas naturales y la “administración” de los indígenas.

Desde el inicio de la colonización de las Américas por los españoles y portugueses fue establecida la controversia sobre la jurisdicción de los territorios indígenas. Los colonizadores alegaban el derecho de la conquista que les permitía decidir sobre la vida de los habitantes de aquellos continentes y apropiación de las tierras. Ellos fueron contestados por sectores de la Iglesia, principalmente por Fray Bartolomé de Las Casas, el cual argumentara que los mandamientos de Dios no permiten la esclavitud y defendían los derechos originarios de los pueblos indígenas sobre las tierras que ocupaban, o sea, eran derechos que ya existían antes de la llegada de los españoles y portugueses¹³.

Conforme a la corriente indigenista sobre la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en esa época, Carlos SOUZA FILHO señala que:

LAS CASAS construiu na teoria e na prática uma concepção pacifista e de profundo reconhecimento da diversidade cultural das novas terras. Acreditava que era possível uma convivência harmoniosa entre os espanhóis e os índios e, coerente com esse pensamento, criou e foi o principal representante de uma corrente do pensamento que se chama indigenista ou criticista, ao qual se agregaram muitos pensadores do século XVI e XVII¹⁴.

Bartolomé de las Casas consideraba que la libertad y el derecho natural se realizaban de acuerdo con los hábitos, costumbres y tradiciones de cada pueblo: dicho

¹² Idem, *Ibidem*. p. 158.

¹³ BARNADAS, Josep M. **A Igreja Católica na América Espanhola Colonial**. In BETHEL, Leslie (Org, América Latina Colonial) VOL. I. São Paulo: EDUSP, 2004. p. 536.

¹⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. p. 46.

en otras palabras, cada pueblo era libre de reconocer los valores del derecho natural que los regía¹⁵.

Comprova-se, porque todo homem, tanto infiel como fiel, é um animal racional e social, e, por conseguinte, a sociedade ou o viver em sociedade é para todos eles natural. Portando, também será natural que fiéis e infiéis tenham um rei ou chefe. Demonstra se consequência, porque o direito natural e o das gentes são comuns a todos os homens e gerais entre todos eles¹⁶.

Así, bajo los principios desarrollado y defendidos por Bartolomé de las Casas, se interpreta que sus concepciones estaban siempre marcadas bajo el derecho natural como sistema institucionalizado preexistente al hombre y a la aspiración divina. En la defensa de Bartolomé de las casas sobre los derechos de los indios argumentaba la no división de los derechos de las gentes y natural para un cierto sector civilizado, pues él desarrolló la tesis que los fieles y infieles también deberían ser tratados como un solo cuerpo frente a los ojos de Dios.

En esa línea, Carlos SOUZA FILHO sostiene que:

A Espanha construiu um império tão grande que nele o sol jamais se punha. Portugal também! Por ironia da historia e do destino, estes impérios foram construídos com o sacrifício dos povos que tinham sol como divindade¹⁷.

Frente a la construcción de tal imperio en la región, es de dominio común que los reyes de España nunca visitaron las Indias, es decir, a América. Sin embargo, la figura del Rey fue visto en América como la “cabeza” legítima de la monarquía española durante el periodo colonial. Es más, en el virreinato del Perú muchos *limeños* se mantuvieron leales a él hasta el término de las Guerras de Independencia en el siglo diecinueve¹⁸. Esa lealtad a los reyes de España aún que es estos nunca visitaron América, le permitió construir un gran imperio.

Frente a la construcción de la América española, esta fue construida con mucho sacrificio de los pueblos que la conformaban, pues, la ambición por obtener los recursos

¹⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano y los pueblos indígenas**, In: ‘Derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de América Latina’, SANCHEZ, Henrique. Bogotá: Disloque, 1996. p. 15.

¹⁶ SOUZA FILHO, Carlos Marés de. **Princípios para defender a justiça dos índios**. CASAS, FREI Bartolomé de las. In: Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas. Curitiba: Juruá, 1992. p. 18.

¹⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. p. 41.

¹⁸ OSORIO, Alejandra. **El Rey en Lima: El simulacro real y el ejercicio del poder en la Lima del diecisiete**. (Documento de Trabajo, 140. Serie Historia.). Lima: Instituto de Estudios Peruanos IEP, 2004. p. 10.

naturales, específicamente sobre los minerales, era tan grande que tales conquistadores asumieron el costo de la vida de los indígenas con el afán de exportar tales recursos para España.

Por tanto, conforme a los argumentos que fueron expuestos por Bartolomé de las Casas sobre la defensa de los indios en la colonia, se pasará a analizar sobre el tratamiento denigrante de los derechos y el proceso de desarrollo que ostentaban los pueblos indígenas según los dispositivos españoles en base a Las Leyes Nuevas de las Indias en la colonia española en el Perú.

2.1.1 La evolución del desarrollo indígena y Las Leyes Nuevas de Indias en la Colonia.

En el Perú colonial ya se venía generando un clima de sufrimiento y degradación a la condición humana por la ambición en la posición de las tierras indígenas en manos de los colonizadores, además de la explotación cruel, degradante e inhumana de los indígenas en el trabajo en las minas. La degradación de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas estaba muy deteriorada por la ambición de una mayor producción de riqueza a favor de los integrantes del Virreinato. La monarquía española comprendió rápidamente, luego de los primeros años de la conquista, lo arriesgado de dejar a sus agentes de conquista y colonización la libertad absoluta de que gozaron inicialmente. La escandalosa y dramática desaparición física, apenas 50 años después del desembarco español, de una abrumadora mayoría de la población que habitaba los territorios americanos, llevó a los monarcas a expedir innumerables leyes que, por diversos medios, intentaban poner término al genocidio y controlar los abusos y arbitrariedades de sus compatriotas. Estimaba la Corona española, con sobradas razones, que de continuar el proceso de exterminio y aniquilamiento, la obra misma de la colonización se frustraría por la falta de apoyo humano para la construcción de un sistema económico, político y social que podría ser anexado a sus territorios y que duplicaba en extensión al continente europeo¹⁹.

En 1540 Carlos I ordena la reunión de una Junta de Consejeros Reales y juristas de prestigio, para redactar unas leyes que permitan el gobierno de América superando la fase de conquista, y para sustituir a las Leyes de Burgos. Las Leyes Nuevas de Indias determinan: a. la creación de un Consejo de Indias. b. la

¹⁹ ROLDÁN, Roque Ortega. **Pueblos Indígenas y Leyes en Colombia.** p. 10.

fundación de dos nuevas audiencias (la de Perú y la de confines, entre Guatemala y Nicaragua), c. la prohibición de la esclavitud de los indios, todos los indios repartidos quedaban bajo la jurisdicción de la corona, moderación en los repartimientos adquiridos legalmente, d. y prohibición de nuevas encomiendas (lo que implica la condena a muerte de la institución, por agotamiento)²⁰.

De fato, em 1542 CARLOS V, edita o que se chamou as *Nuevas Leyes* que estabelecem as normas fundamentais da vida e organização administrativa da América, trata das condições dos índios, do Conselho das Índias, dos prêmios e recompensas a quem descobrir novas terras²¹.

Así, ante estos graves acontecimientos, y después de la gran defensa de Bartolomé de las Casas por el respeto a la condición humana de los indígenas, el rey de España y emperador del Sacro Imperio Romano-Germano, Carlos V, promulgó en Barcelona el 20 de noviembre de 1542 un cuerpo de disposiciones legislativas de las llamadas pragmáticas (1) conocidas como "Leyes nuevas", cuyo nombre oficial es «Leyes y ordenanzas nuevamente hechas por su majestad para la gobernación de las Indias y buen tratamiento y conservación de los indios». El objeto principal de este conjunto de normas fue la supresión del sistema de encomiendas. A pesar de las leyes, muy avanzadas para su época, la realidad era muy dura para los indios, como se encargaron de poner en manifiesto, en escritos casi incendiarios, personajes como Fray Bartolomé de las Casas²².

Referente a las características principales del derecho indiano, ss destaca que:

A Espanha produziu um sistema jurídico complexo para seu império americano. O chamado *derecho indiano* que pode ser entendido como o conjunto de normas que vigorou para as Índias durante o período colonial. Este conjunto forma sistemas e subsistemas que se compõem por disposição do direito castelhano e por regras especialmente voltadas para a administração espanhola na América e por costumes que nesta prática administrativa se foram estabelecendo com maior ou menos influencia das regras dos próprios indígenas. O direito indiano é, em suma, o direito que os espanhóis aplicavam na América, com instituições próprias ainda que muitas vezes adaptadas das concepções medievais e feudais europeias²³.

²⁰ PEREZ, Rafael Gómez. **Breve historia de la cultura Europea**. Madrid: Rial, 2005. p. 64.

²¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. p. 51.

²² BASADRE, Jorge. **Historia del Derecho Peruano**. 1ra ed. Lima: Editorial Rochas, 1997. p. 45.

²³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. p. 50.

Por outro lado, Corsino Corsino sostiene que:

Na verdade esse processo ao invés de melhorar a condição do índio, levou-o ao empobrecimento e a degradação. Tanto é verdade que para outros (com os quais concordamos), a imposição de uma economia monetária na dinâmica colonial, foi o grande fenômeno de aculturação que conduziu a desorientação e a anulação de suas defesas como grupo étnico. Os índios viram destruído o seu sistema comunitário, baseado numa economia de redistribuição e assistência e substituído por um individualista de tipo mediterrâneo²⁴.

En ese contexto, a pesar de la promulgación de un marco jurídico que protegía los derechos humanos de los pueblos indígenas, aún así había mucho terreno por la frente para consolidar tal sistema.

Posteriormente a los encomenderos y funcionarios – quienes son considerados como los primeros acaparadores de tierra– surgieron otros grandes acumuladores de tierras: los grandes capitanes, mineros, ganaderos que no sólo crearon grandes latifundios, sino que muchos de ellos lograron vincularlo a su nombre constituyendo grandes mayorazgos. De mismo modo la Iglesia, que gracias a su influencia y poder logro hacerse también de grandes extensiones territoriales, a lo largo y ancho de la Nueva España²⁵.

En ese sentido, conforme a la “administración” de los indígenas en esa época, Carlos SOUZA FILHO, afirma que:

Ao lado das “encomiendas”, o direito indiano criou os “resguardos”, porção de terras entregues a uma comunidade, através de seu cacique, para exploração e moradia. A coroa se mantinha como titular do direito de domínio sobre ela. Na realidade o resguardo era uma transferência do domínio de um povo indígena para o Espanhol, ou, dito em outras palavras, era o submetimento de uma comunidade ou povo a autoridade espanhola. Para o controle destas terras era nomeada uma autoridade, o “corregidor de índios”, uma espécie de tutor que repartia como o padre e com o cacique o controle sobre os bens materiais dos indígenas, inclusive mantiveram os resguardos mesmo depois da independência²⁶.

Los principios de la legislación indiana incluían: la propiedad de las tierras correspondía a la Corona, todos los habitantes del continente tenían derecho al acceso a tierras para el cultivo de plantas y crianza de animales, la propiedad se adquiría una vez cumplida la condición de la ocupación; esta ocupación, aún sin títulos, transcurrido

²⁴ SANTOS, Corsino Medeiros dos. **A produção das minas do Alto Peru e a evasão de prata para o Brasil**. Brasília: Thesaurus, 1998. p. 84.

²⁵ DE LA TORRE, Oscar Arnulfo de Lara. **Tierra y derecho: la disputa inmemorial**. p. 126.

²⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. p. 53.

cierto tiempo, daba el derecho a la propiedad²⁷. Sin embargo a pesar de que la propiedad comunal indígena estuvo reconocida y protegida en el orden jurídico virreinal, ya desde ésta época existe un gran contraste respecto a la propiedad de los españoles en relación a la de los pueblos indios. Contraste que poco a poco va aumentando al extenderse la propiedad de los latifundistas hispanos –civiles y eclesiásticos– a costa de las propiedades de los naturales. Esto debido al constante despojo y violación del orden jurídico vigente²⁸.

La insistencia de los indios peruanos para reivindicar unos derechos, reconocidos por ley solemnemente promulgada, demuestra que había en el Perú un clima contrario a la promoción de los naturales. Las pretensiones exclusivistas parecen corresponder a los españoles del Perú desde hace mucho tiempo y más concretamente desde el momento de la conquista. En realidad la Cédula de Honores viene a derogar jurídicamente la situación de privilegios que habían adoptado por derecho de conquista. Ya no hay conquistadores e conquistados, sino súbitos iguales de la Corona.²⁹

Así, poco a poco, la gran propiedad de los latifundistas hispanos se fue extendiendo a costa de la devastación de las comunidades indias, a pesar de la barrera proteccionista de la propiedad comunal indígena. Sin embargo durante los tres siglos de dominación española se dio una persistente lucha de los pueblos indios por conservar su propiedad comunal, ante el constante despojo –antijurídico– realizado por los españoles. La tierra era el fundamento de los *pueblos de indios*, base de convivencia, comunidad e identidad, y la lucha por conservarla constituyó un factor determinante de su cohesión social como pueblos³⁰.

De esa forma, las nuevas leyes sobre la protección de los indios en la colonia, son fruto de la larga lucha de Bartolomé de las Casas en defensa de los derechos de los indios y constituyen fiel reflejo de sus ideas, siendo, sin duda, su principal promotor e inspirador frente al imperio español en el Perú. A pesar de haber logrado el reconocimiento de ciertos derechos para los pueblos indígenas, la realidad era muy dura para los indios, pues el trabajo obligatorio en las minas para la extracción de los minerales era sometida constantemente por parte de los conquistadores.

²⁷ FOGEL, Ramón. **Las luchas campesinas: Tierras y luchas condiciones de producción**. Centro de Estudios Rurales Interdisciplinarios. Asunción: CERI, 2001. p, 21.

²⁸ DE LA TORRE, Oscar Arnulfo de Lara. **Tierra y derecho: la disputa inmemorial**. p. 25.

²⁹ OLAECHEA, Juan B. Labayen. **El indigenismo desdeñado. La lucha contra la marginación del indio en la América Española**. Madrid: Editorial Mapdre, 1992. p. 143.

³⁰ DE LA TORRE, Oscar Arnulfo de Lara. **Tierra y derecho: la disputa inmemorial**. p. 128.

En lo que se refiere al proceso de producción, Darcy Ribeiro destaca que la civilización asume ante el indígena tres caras: extractiva, agrícola y pastoril. O sea, su actitud viene condicionada al sistema económico que se monta en el área invadida. En las zonas selváticas, es la economía extractiva la primera en afectar el hábitat tribal (...)³¹.

Así, frente a la organización del trabajo y el sistema de distribución de social de la producción en el sistema de colonización esclavista, Darcy RIBEIRO señala que:

Com efeito, a organização de trabalho incaica, estritamente regulamentada, sofreu terrível impacto sob a dominação. A medida que sua interferência (esgotadas as reservas de ouro que podiam ser saqueadas) se foi aprofundando até atingir todo sistema produtivo. Tratava-se do enfrentamento de um sistema econômico de caráter coletivista, baseado na organização do trabalho e na distribuição social da produção com um sistema de colonização mercantil-esclavista centralizado na metrópole, fundado na propriedade fundiária, na escravização da força de trabalho, na mercantilização da produção e na busca do lucro pecuniário como força motora de toda a economia³².

Por tanto, dentro del contexto del sistema de producción y trabajo indígena en el Estado colonial, para los fines de investigación de este trabajo, es importante analizar el trabajo obligatorio que se desarrollaba en tal Estado, recaído sobre la institución de la *mita*. De esa forma, el análisis será enfocado sobre cómo la minería administrada por los conquistadores influenciaba para el desarrollo de los pueblos indígenas.

2.1.2 La *mita* como actividad minera obligatoria en el Estado inca e colonial.

La riqueza que el Perú incaico poseía en recursos minerales, vista no como un bien económico o capital en el cual pueda maximizarse la riqueza, eran simplemente fascinante. Aún más, su sistema de tributación era tan justo que no se basaba sobre a entrega de bienes materiales, sino que estaba estrictamente relacionado con la prestación de servicios comunitarios basados sobre la solidaridad y el bien estar común del Estado inca.

En ese contexto, Luis VALCÁRCEL señala que el tributo que daban al Inca en todo el reino era el de cultivar sus tierras, recoger la cosecha y almacenarla en los

³¹ COLOMBRES, Adolfo. **La colonización cultural de la América Indígena**. 2 ed. Buenos Aires: Del Sol, 2004. p. 80.

³² RIBEIRO, Darcy. **As Américas e a Civilização: estudos de antropologia da civilização**. p. 158.

depósitos o llevarla a los tambos de los caminos reales para cuando pasase la gente la gente de guerra. Conforme señala el autor, las minas de oro o de plata eran también exclusivas del Inca y quienes las trabajaban eran exentos de todo otro tributo o servicio. Todo el tributo se reducía a esta prestación de servicios; pero nunca se exigía que el tributario diese nada de lo que había cogido en sus chacaras ni del esquilmo de sus ganados³³.

Frente a ese sistema de tributación inca a través de la fuerza del trabajo en las minas, es importante resaltar que tal trabajo no se medía por la producción o por el monto sobre la extracción de los recursos minerales, sino estrictamente por la labor que realizaban durante el día. Así, conforma al carácter no económico tributario en el sistema inca, se afirma que el tributo en el imperio inca estaba basado en la obligación de tributar a través de la prestación de la fuerza en beneficio de la comunidad tanto labrando la tierra o trabajando en la minas.

Con respecto a la concepción y término de la *mita* en el periodo incaico, Peter BAKEWELL destaca que:

Seu uso do termo quíchua indica claramente que associavam este trabalho para os espanhóis a *mita* imposta anteriormente pelos incas, um recrutamento para vários tipos de trabalho público, inclusive mineração. Os astecas também haviam praticado em seus domínios um tipo de recrutamento (coatequitl). A existência desses antecedentes nativos facilitou sem duvida a criação de recrutamentos por parte dos espanhóis³⁴.

Sobre la promoción de la minería y el trabajo en el Imperio inca, Jean BERTHELOT aduce:

The Inka expanded and organized mining. They shifted peoples so that more might extract the precious metals; regions rich in gold or silver were assigned to provide mit'a energy for the mines. They undertook major public works so as to facilitate the working of the mines and used technical procedures that guaranteed better yields; they controlled the technology, the transport, and the labor required to obtain precious metals³⁵.

³³ VALCÁRCEL, Luis E. **Historia del Perú antiguo. A través de la fuente escrita.** V. 2. Lima: Editorial Juan Mejía Baca, 1984. p. 94.

³⁴ BAKEWELL, Peter. **A mineração na América Espanhola Colonial.** In: *História da América Latina: América Latina Colonial.* BETHELL, Leslie (Org.). Volume II. 1º ed. São Paulo: EDUSP, 2008. p. 119.

³⁵ BERTHELOT, Jean. **The extraction of precious metals at the time of the Inka.** In: *Anthropological History of Andean Polities.* MURRA, John V; WACHTEL, Nathan; REVEL, Jacques. London; Cambridge University Press, 1986. p. 85.

En esa línea, sobre el trabajo en las minas, Luis VALCARCEL indica que cuando el Inca mandaba a construir alguna obra de interés público concurrían gentes venidas de muchos lugares, las cuales se mudaban cada cierto tiempo; los pueblos de los que procedían tenían especial cuidado de acudir con ellos y proveerles de comida y ropa y todo se hacía en perfecto orden. Ese turno era denominado *mita*³⁶.

Conforme al trabajo en las minas a través del sistema de la *mita*, y la clasificación de estas, Jean BERTHELOT señala que:

I want here distinguish between the two categories of mines in terms of their respective beneficiaries: 1. The Inka's mines were grouped in several clearly specified centers and were worked by the people actually living in the region, who were often supplemented by groups of displaced families resettled at the site. The work done by the Indians in these mines represented the tribute that they owed to their sovereign. 2. The community's mines, however, were scattered and quite separate from those belonging to the Inka. Several different communities shared the various works. The extracted metal went to the curacas who, according to the ancient Andean custom, provided the means of subsistence for those whom they employed. The Indian's labor did not, in this case, constitute a personal service owed to the Inka but was one of the traditional relations of reciprocity between the communities and their lords, just as the metals and precious objects subsequently presented by the caciques to the Inka formed a part of the system of "gifts" and counter-gifts, which were free yet obligatory, linking the caciques to their sovereign³⁷.

Concerniente a la administración de la tributación y el trabajo en el imperio inca, Jean BERTHELOT señala que:

Under the Inkas, the caciques may well have kept some of their former privileges, in particular rights to the labor of the lands, the herding of governed (for instance, for the cultivation of their lands, the herding of their flocks, and the upkeep of their homes), but we are here regards the exploitation of the mines and also in their use if gold³⁸.

Tal como sostiene Luis VALCÁRCEL, el trabajo de las minas de oro y de plata de que era tan abundante el Perú corría a cargo de los indios señalados para dicha tarea, a los cuales provenía el Inca de todo cuanto era necesario. Es bien sabido que el oro y la plata sólo podían ser atesorados por el Inca, siendo por tanto incalculable la cantidad reunida en largos años por los monarcas cusqueños. La disposición que dieron

³⁶ VALCÁRCEL, Luis E. **Historia del Perú antiguo. A través de la fuente escrita.** p. 108.

³⁷ BERTHELOT, Jean. **The extraction of precious metals at the time of the Inka.** 1986. p. 81.

³⁸ Idem, *Ibidem*. p. 69.

al trabajo era tan justa y equitativa que no se les hacía servidumbre sino vida muy dichosa³⁹.

Pero, el sistema justo sobre la tributación en el imperio inca llegó a su fin con la administración de la tributación por parte del imperio español. De esa forma. Las comunidades indígenas debían ofrecer un tributo y proveer mano de obra a las empresas mineras y agrícolas mediante una sucesión de regímenes coactivos. Las políticas requerían que las comunidades indígenas residieran en la misma zona geográfica, a menudo bajo la supervisión de la Iglesia, y que poseyesen suficientes tierras y recursos para producir un excedente para impuestos.

Oro y plata. Esa fue la promesa que alentó a los conquistadores españoles que años después del descubrimiento de América se aventuraron a este nuevo continente en busca de El Dorado, aquel lugar mítico en donde el oro era tan común que se despreciaba. Si bien El Dorado quedó en el mundo de la leyenda, los yacimientos de Potosí, Pasco y Castrovirreyña sí fueron testigos de este afán desmesurado de riqueza y supusieron llevar la colonización al techo del mundo americano. Miles de campesinos indígenas sacrificaron sus vidas como consecuencia de la *mita* instaurada como sistema de explotación en la época colonial⁴⁰. De esa forma, el oro y la plata también fueron los mayores incentivos para la vulnerabilidad de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

En ese contexto, después de la conquista, la Corona española asumió el patrimonio sobre todas las tierras nativas, confiando a los colonos españoles la administración de las tierras y la mano de obra indígena mediante el sistema de encomienda, mientras los nuevos colonos recibían vastas extensiones de tierras como concesión. Sin embargo, algunas estructuras precolombinas, tales como los Ayllus Incas recibieron personería jurídica mediante el sistema de reducciones, implantado para facilitar la recolección de tributos. En algunos casos, en las postrimerías de la época colonial, los patriarcas indígenas y sus familias lograron comprar tierras a la Corona.

³⁹ VALCÁRCEL, Luis E. **Historia del Perú antiguo. A través de la fuente escrita.** V. 2. Lima: Editorial Juan Mejía Baca, 1984. p. 109.

⁴⁰ ALVARADO, Omar Escobar; VENTURA, Alberto Rivas plata. **A tajo abierto: explorando la intervención estatal en la actividad minera.** Trabajo de investigación del grupo Ius Et veritas. Nro 35. Lima: Revista Ius, 2009. p. 486-521.

Este es esencialmente el origen del concepto de *comunidad indígena* que ha sobrevivido hasta la época moderna⁴¹.

Tal como se refiere Marcelo RAMÍREZ, el pueblo de indios fue, así, el mejor instrumento de control, sujeción y dominio al servicio de la Corona, más aún que la encomienda o cualquier otro régimen político, laboral y económico. Al mismo tiempo que el pueblo de indios fue expuesto como una empresa civilizadora y evangelizadora, también sirvió como modelo de producción económica y recopilación tributaria⁴².

En lo que se refiere a la organización del trabajo Inca como un sistema económico de producción mercantil-esclavista en la dominación española, Corsino SANTOS aduce que:

O trabalho obrigatório ou *mita*, era uma prática generalizada no Império Inca. Era por esse sistema que se recrutava mão-de-obra, não só para o cultivo das terras pertencentes aos reis e sacerdote como também para a construção de edifícios públicos, fortificações, armazéns, estradas e principalmente para a extração e benefício de metais preciosos como ouro e prata. Por isso não foi fácil aos conquistadores explorar esse costume, usando os índios como servos e semi-servos⁴³.

Así, este sistema impuesto por los españoles a los pueblos indígenas estaba basado por la fuerza del trabajo obligatorio en las minas a favor de la producción del imperio español. La minería o mita castellana era la actividad que obligaba a trabajar a los indígenas en las minas.

Conforme al sometimiento de los indígenas a través de la *mita* castellana,, Peter BAKEWEL sostiene que:

Apesar das salvaguardas legais criadas pela coroa e pelos funcionários, a *mita* sujeitou claramente o índio a um excesso de trabalho. Os testemunhos sugerem que os salários eram pago. Mas a carga de trabalho aumentou, particularmente quando a população nativa nos Andes diminuiu e o rodízio de trabalhadores passou a ser feito com uma frequência superior a estes anos⁴⁴.

⁴¹ PLANT, Roger; HVALKOF, Søren. **Titulación de tierras y pueblos indígenas**. Serie de informes técnicos del Departamento de Desarrollo Sostenible. Banco Interamericano de Desarrollo. Washington, D. C: BID, 2002. pp. 14-86

⁴² RAMÍREZ, Marcelo Ruiz; FERNÁNDEZ, Federico Christlieb. “**La policía de los indios y la urbanización del Altepétl**”, In: FERNÁNDEZ, Federico Christlieb; GARCÍA, Ángel Julián Zambrano (Org.). Territorialidad y paisaje en el Altepétl del siglo XVI. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2006. p. 131.

⁴³ SANTOS, Corsino Medeiros dos. **A produção das minas do Alto Peru e a evasão de prata para o Brasil**. p. 77.

⁴⁴ BAKEWELL, Peter. **A mineração na América Espanhola Colonial**. p. 121.

El régimen colonial había resuelto la necesidad de mano de obra para los principales centros mineros a través de un sistema de mano de obra para los principales centros mineros a través de un sistema estatal ya bien conocido de *migraciones dirigidas* de la población rural nativa (*mita*), para lo cual ésta fue organizada en *reducciones* y grava con un tributo en metálico que estimulaba la migración a las minas⁴⁵. Entre los principales yacimiento mineros en el cual se empleaba la *mita* colonial, en el cual se extraían el oro y plata en el Perú, resalta las minas de Cailloma, Huancavelica, Castrovirreina, etc.

Así, resaltando la institución del trabajo en el cual se empleaba la fuerza del indígena frente al imperio español, Carlos SOUZA señala que:

Instituição trabalhista do direito indiano é a *mita*, que consistia em trabalho obrigatório, remunerado e indígena. Tem semelhanças com a servidão feudal, sem caráter de perpetuidade. A *mita* diferida muito na aplicação em cada região da América espanhola e do povo colonizado. Os povos submetidos aos resguardos eram fortes fontes de trabalho sob *mita*⁴⁶.

En ese escenario, se considera que la libertad estuvo privada por parte de los indígenas al ser obligados a trabajar en la institución de la *mita* castellana, pues si bien es cierto era un trabajo remunerado, éste se desarrolló bajo los estrictos cánones de la esclavitud, sólo que se encontraba disfrazada por los dispositivos jurídicos de esa época.

Frente a la desestabilidad y crisis que se generaba por la explotación de los recursos minerales, James LOCKHART, sostiene que:

Wherever there were rich mines, particularly highland silver mines, the tribute parties were deflected in that direction. The gold rushes of Carabaya and Quito were merely episodes of particularly frightful mortality. Potosí was more typical, and more than typical, because after 1545 Potosí was the goal of tribute parties from all over southern Peru⁴⁷.

En esa línea, conforme al sufrimiento del trabajo en las minas en la colonia, así como la exposición inhumana del trabajo, Jean DESCOLA expone que:

⁴⁵ CONTRERAS, Carlos. **Mineros y campesinos en los andes. Mercado Laboral y Economía campesina en la sierra central, siglo XIX.** Instituto de Estudios Peruanos – Serie: Estudios históricos 12. Lima, IEP, 1988. p. 29.

⁴⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito.** p. 53.

⁴⁷ LOCKHART, James. **Spanish Peru, 1532-1560: A colonial society.** University of Wisconsin Press, London, 1968. p. 208.

Aussi bien la condition des mitayos s'était-elle relativement et quelque peu améliorée depuis la Conquete. Il était interdit aux mineros de retenir les mitayos au-delà de la durée légale de la mita. Et Amat lui-même, bien qu'apparemment peu sentimental, réprouvait certains procédés inhumains, contre lesquels il ordonna que l'on sévît avec rigueur, tel celui pratiqué par des exploitants de mines qui vendirent à d'autres exploitants leur personnel indien, une fois terminé le temps de mita. Amat sélevait véhémentement contre desemblables marchandages, véritables marchés d'esclaves, "contraires aux droits divins et humains", ajoutant, en homme pratique, que "la santé des Indiens était le nerf et principal fondement de la richesse du Pérou"⁴⁸.

Por otro lado, concierne a denigración a la dignidad de la persona indígena por la explotación insostenible del oro y mercurio en el imperio español, Peter BAKEWELL es enfático al indicar que:

(...) as condições de trabalho na mineração e na casa de fundição eram sempre desconfortáveis e frequentemente perigosas. Embaixo da terra, a tarefa menos desagradável era reservada aos operários mais especializados – os *barreiros*, que, com alavancas (barras), cunhas e picaretas, cavavam o minério nos veios. Isto certamente exigia um grande esforço físico em condições difíceis, muitas vezes sob muito calor e sempre pouca ventilação e má iluminação. Bem pior, no entanto, era o papel de bestas de carga reservado aos homens sem especializações, que carregavam os minérios para a superfície; e os *barreiros* eram mais bem recompensados, com salários mais altos e a oportunidade, as vezes lícita as vezes não, de pegar para si pedaços do rico minério. (A mineração de ouro e de mercúrio apresentava seus riscos específicos. Como a maioria das lavras de ouro eram feitas em aluviões situados em áreas baixas e úmidas, os homens que trabalhavam nelas estavam expostos a doenças tropicais. Estavam expostos também muitas vezes ao desconforto de trabalhar longos períodos dentro d'água. Entretanto, muito mais desagradável e perigosa era a mineração de mercúrio em Huancavelica – felizmente para os trabalhadores a única mina permanente de mercúrio da América)⁴⁹.

Así, frente a vulneración de la integridad de los derechos humanos de los indígenas, Carlos SOUZA FILHO, conforme a las posiciones de Bartolomé de las casas, gran defensor de la libertad de los indígenas, señala que:

Porque a liberdade é um direito inserido nos homens por necessidade e por si desde o principio da criatura racional, e por isso é de direito natural. como se diz na primeira distinção, Ius Naturale, onde se vê que existe uma liberdade

⁴⁸ DESCOLA, Jean. **La vie quotidienne au Pérou au temps des espagnols 1710 – 1820**. Cartoné, Hachette, 1977.

⁴⁹ BAKEWELL, Peter. **A mineração na América Espanhola Colonial**. p.126-127.

para todos, e que a escravidão é um ato accidental causado ao ser humano por obra da casualidade e da fortuna⁵⁰.

En ese sentido, referente a la privación a la libertad indígena en la colonia, SOUZA FILHO compara esta institución laboral en el derecho indiano con la servidumbre feudal europea sin carácter de perpetuidad. Su explotación de los indios en las minas era casi todos del mismo trato en toda la América Española. En sus propias palabras resalta que:

Embora essa instituição fosse de origem incaica, do ponto de vista dos índios, a *mita castellana*, expressão do domínio colonial espanhol, estava longe de ser continuadora da *mita* mineira incaica. Dada a forma brutal desse modo de exploração dos índios, muitos autores contemporâneos consideraram a *mita* como uma forma de escravidão disfarçada⁵¹.

En lo que se refiere a la *mita* en la colonia podemos analizar que a lo largo del periodo de la colonización española en el Perú, el trabajo obligatorio en las minas por parte de los indígenas trajo consigo una grave degradación a la condición humana, pues el trabajo en estas minas se daba a través de los esfuerzos violentos para la explotación de los minerales y teniendo como consecuencia la contracción de graves enfermedades para los indios.

Afrontando grandes dificultades y conflictos, los pueblos indígenas sometidos al dominio colonial español consiguieron apropiarse y hacer uso provechoso de algunas de las normas legales que, de alguna manera, favorecían varias de sus más profundas aspiraciones dentro de un sistema de vida tan restrictivo. Por ejemplo, la posibilidad de mantener, al menos en parte, algunos espacios territoriales que les aseguraran condiciones mínimas de supervivencia, según los modos comunitarios de uso de la tierra y demás recursos (...) ⁵².

Por tanto, después de conocer los factores sociales, culturales y económicos básicos que llevaron al proceso civilizatorio en la explotación colonial, se destaca que el subdesarrollo de los pueblos indígenas se explica por la dominación y opresión de los grupos dominantes. En ese proceso de evolución de los pueblos indígenas, el trabajo

⁵⁰ SOUZA FILHO, Carlos Marés. **Princípios para defender a justiça dos índios**. Bartolomé de las Casas. In: MARÉS, Carlos. Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas. p. 19.

⁵¹ SANTOS, Corsino Medeiros dos. **A produção das minas do Alto Peru e a evasão de prata para o Brasil**. p. 78.

⁵² ROLDÁN, Roque Ortega. **Pueblos Indígenas y Leyes en Colombia**. p. 11.

obligatorio, duro y cruel en las minas, marcó un hito sobre el subdesarrollo los pueblos indígenas.

De esa forma, se destaca que el subdesarrollo socioeconómico de los pueblos indígenas en el Perú estuvo acompañado por la apropiación violenta de los territorios indígenas por parte de los colonizadores españoles. La invasión no tuvo conciencia sobre el respeto de los que ya ocupaban estas tierras, por lo que la apropiación a los territorios indígenas tuvo como consecuencia la muerte de millones de indígenas.

En esa línea de subdesarrollo indígena en el imperio español, Carlos SOUZA FILHO señala que:

O subdesenvolvimento é, na verdade, o resultado de processos de atualização histórica só explicáveis pela dominação externa e pelo papel construtivo das classes dominantes internas, que deformam o próprio processo de renovação, transformando-o de uma crise evolutiva num trauma paralisador⁵³.

En lo que concierne al proceso de desarrollo socioeconómico de los pueblos indígenas después de la independencia del Perú bajo el sometimiento español, no hubo grandes cambios e mecanismos de desarrollo para mejorar la calidad de vida de estos pueblos. Se continuó con el mismo modelo español del Estado-Nación liberal europeo en la era de la República, el Perú continuó por varias décadas el mismo modelo y estructura administrativa, económica, social y política impuesta por el imperio español.

Los Estados que surgieron en el siglo XIX en América Latina, tras lograr su independencia de España y de Portugal, siguieron el modelo vigente del Estado-nación liberal europeo. Fue este el que se implantó en Europa tras la revolucionarias burguesas de finales del siglo XVIII y principios del siglo XXI. El modelo en cuestión, que se exportó a América – o, mejor dicho, se importó de Europa a América -, aunaba, como su nombre lo indica, los conceptos de Estado y Nación⁵⁴.

Referente a la producción minera en el Perú del siglo XIX, Carlos CONTRERAS indica que, consistió, si excluimos la minería *sui generis* que fue la extracción de guano, fundamentalmente en producción de plata, continuando con esa característica la tradición de la minería colonial. Si bien sus récords de producción no alcanzaron las cifras espectaculares de finales del siglo XVI y la primera mitad del

⁵³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. p. 50.

⁵⁴ CABEDO, Vicente Mallol. **Análisis de las Constituciones Latinoamericanas**. In: Constituciones, Derechos y Justicia en los pueblos indígenas de América Latina. Lima: Fondo editorial PUCP, 2002. p. 34.

XVII, así mantuvieron un nivel importante que rara vez ha sido destacado por quienes se han ocupado de la historia económica del país⁵⁵.

La minería del siglo XIX debió operar en un marco institucional definido por una política liberal del Estado frente a la economía y el entronizamiento del “imperio del libre cambio” en el mercado internacional. Para enfrentar estos factores la estructura de la producción minera heredada del régimen colonial, se halló mal preparada. El sector minero vio efectivamente desde el inicio del siglo XIX caer uno por uno aquellos mecanismos que durante varios siglos habían permitido su funcionamiento adecuado⁵⁶.

La abolición de los repartos mercantiles (1789) y la *mita* (1812) y los vaivenes por los que atravesó el tributo indígena desde 1812, cuando fue suprimido por primera vez, hasta 1854, cuando fuera abolido definitivamente, cancelaron este mercado dirigido de mano de obra a costos subsidiados por la economía campesina, y colocaron a los mineros frente a la desolarada realidad de un mercado libre de fuerza de trabajo⁵⁷.

La entrega, en cambio del mercado de insumos, del mercado de la plata y del referente a la fuerza laboral, a manos privadas y al simple funcionamiento de fuerzas económicas que carecieron de una mano visible o invisible que las organice, amenazaron el colapso del sector minero y provocaron consecuencias duraderas en su funcionamiento, que facilitarían ulteriormente, su entrega al capital extranjero en el inicio del siglo XX⁵⁸.

En esa línea, Carlos CONTRERAS afirma que los productos mineros más importantes en el Perú del siglo XIX, siguiendo la tradición colonial, eran los metales preciosos; el oro y la plata, pero especialmente esta última. Los otros minerales (el cobre, el estaño el carbón, el plomo, entre otros), que comenzaron a ser significativos a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX, nunca alcanzaron la importancia de la plata. Solamente a finales del siglo XIX (1897) comenzó el cobre a competir con la plata, para desplazarla finalmente después de 1906 como el producto más importante de la minería peruana⁵⁹.

⁵⁵ CONTRERAS, Carlos. **Mineros y campesinos en los andes. Mercado Laboral y Economía campesina en la sierra central, siglo XIX.** p. 22.

⁵⁶ Idem. Ibidem. p. 25.

⁵⁷ Idem p. 30.

⁵⁸ Idem. p. 31.

⁵⁹ DEUSTUA, José R. **El embrujo de la plata. La economía social de la minería en el Perú del siglo XIX.** 1° ed. (serie Historia Económica, 6). Lima. BCR-IEP, 2009. p. 48.

Por tanto, desde el imperio inca, la colonia y los primeros años de la república, siempre el Perú estuvo sometido al crecimiento y ambición de los recursos naturales, específicamente de los minerales.

Por un lado, al analizar la degradación humana de los pueblos indígenas a lo largo de la del Estado colonial en el Perú, se considera que no se la minería no se ha efectivizado como un mecanismo de desarrollo para los pueblos indígenas, contraviniendo el bienestar social de los integrantes de estos pueblos y denigrando su condición humana. Por otro lado, se destaca que el papel de la minería en el crecimiento del país ha sido trascendental a lo largo de su historia, pues, la minería como principal fuente de riqueza nos brinda los recursos económicos que nos permiten satisfacer las demandas del Estado.

De esa forma, después de haber adquirido los aspectos básicos de la conquista y la administración española en cuanto se refiere al desarrollo socioeconómico de los pueblos indígenas de esa época, se considera que se tendrá una mejor concepción de los derechos de los pueblos indígenas.

En esa línea, pasaremos analizar las instituciones del derecho indígena, tales como la autonomía, determinación, jurisdicción conforme al ordenamiento jurídico interno e internacional, resaltando la importancia de la garantía y reconocimiento de estos institutos como punto de partida para la implementación de cualquier mecanismo que conlleve al desarrollo para los pueblos indígenas en el Perú.

2.2 Los sistemas sociales y el Estado Multicultural en el Perú.

La independencia al sometimiento del imperio español en América Latina en el siglo XIX, marcó un hito sobre la nueva estructuración de los Estados bajo una connotación en la formación de sus instituciones.

En esa nueva formación de organización social después de la liberación de la colonización, se considera que se debe optar por nuevos mecanismos de desarrollo de los pueblos indígenas, por lo que la armonización de las instituciones es fundamental para el fortalecimiento del Estado en la construcción de una sociedad con políticas de inclusión social.

En lo que se refiere al fortalecimiento de la especie humana para su desarrollo en aras a la armonización de los grupos sociales, Antonio Carlos Wolkmer aduce que:

O homem, enquanto realidade histórico-social, tende a criar e a desenvolver, no contexto de um mundo natural e de um mundo valorativo, formas de vida e de organização societária. A espécie humana fixa, na esfera de um espaço e de um tempo, tipos e expressões culturais, sociais e políticas, demarcadas pelo jogo dinâmico de forças móveis, heterodoxas e antagônicas. Cada indivíduo, vivendo na dimensão de um mundo simbólico, linguístico e hermenêutico reflete padrões culturais múltiplos e específicos. Sendo a realidade social o reflexo mais claro da globalidade de forças e atividades humanas, a totalidade de estruturas de um dado grupo social precisará o grau e modalidade de harmonização deste⁶⁰.

Sobre la independencia y criterios de la institucionalidad del Estado, concernientes a los pueblos indígenas, SOUZA FILHO aduce que:

O século XIX foi marcado na América Latina, pela criação de Estados nacionais, alguns majoritariamente indígenas, mas construídos a imagem e semelhança dos antigos colonizadores: Estado único e Direito único, na boa proposta de acabar privilégios e gerar sociedades de iguais mesmo que para isso tivesse que reprimir de forma violenta ou sutil as diferenças culturais, étnicas, raciais, de gênero, estado ou condição⁶¹.

En ese contexto, el Estado pasa a reprimir la violencia de las diferentes culturas, etnias, género, entre otras, para equiparar y diferenciar los derechos que se encontraban en sus sistemas sociales bajo el criterio de que los pueblos indígenas tienen derechos diferenciados frente a la sociedad mayor. Así, bajo ese supuesto se debe resaltar que en América Latina no existe país alguno que no se haya estructurado en base de los sistemas jurídicos indígenas. La diversidad cultural en lo que se refiere a los componentes de la sociedad latinoamericana guarda estrecha relación con los pueblos indígenas.

Frente a esos cambios institucionales, Rafael PORTALES señala que en un pasado, casi todos los países adoptaron políticas cuyo objetivo principal consistía en la desaparición de comunidades indígenas o la asimilación de las mismas por la cultura mayoritaria del Estado. En este sentido, los pueblos indígenas fueron despojados de sus tierras naturales, se restringió la práctica de su cultura, lengua y religión tradicionales, y se debilitó notablemente sus instituciones de autogobierno e impartición de justicia. En este sentido, se ha ido produciendo un cambio o giro copernicano en la formulación de

⁶⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 2 edição, revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 61.

⁶¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. p. 63.

dichas políticas públicas. Se ha ido aceptando la idea de que los pueblos indígenas van a existir en un futuro como sociedades distintas y específicas en el seno de un determinado Estado, con ciertos derechos territoriales, culturales y de autogobierno como derechos colectivos específicos y necesarios para su integración real y efectiva⁶².

Las sociedades indígenas que han pervivido, a costa de gran resistencia, no son muy distintas entre sí. Algunas conservan fuertes rasgos de un pasado no capitalista, mientras que otras tienen características, urbanas incluso, que las hacen parecerse a nuestra sociedad más que a las otras, que llamaremos comunidades. Las comunidades son sociedades que conservan tres rasgos distintos principales: la propiedad de la tierra, la familia ampliada y la producción para el consumo. Los pueblos indígenas son conglomerados humanos que habitan en poblaciones con rasgos urbanos, y que no conservan normas de no propiedad de la tierra, de familias ampliadas y/o de producción para el consumo⁶³.

Frente a tales cambios en el escenario jurídico-político, se considera importante diferenciar entre comunidades y pueblos indígenas con el fin facilitar el análisis sobre las instituciones indígenas en el ordenamiento jurídico.

Referente a las comunidades: Lo primero que podría decirse, es que algunas de estas formaciones sociales que llamamos indígenas, conservan unas normas especiales, que obligan a los comuneros organizarse en familias ampliadas, a no reconocer propiedad privada sobre la tierra, y a producir para su propio consumo y no para cambiar. Pero muchos grupos indígenas en cambio, o bien ya no se organizan en familias ampliadas, o bien reconocen propiedad privada de la tierra, o bien producen para el comercio, y han dejado de usar las normas pertinentes. Llamaremos, como hemos dicho, a los primeros grupos comunidades y a los segundos pueblos indígenas⁶⁴.

En ese sentido, José Martínez Cobo sostiene que son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios, o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad

⁶² PORTALES, Rafael Enrique Aguilera. **Políticas multiculturales, conflictos raciales y derechos de minorías en América Latina**. Revista Argumenta - Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP. Jacarezinho. Nº 16 pp. 63 – 82. 2012.

⁶³ CORREAS, Oscar. **Derecho Indígena Mexicano I**. Centro de investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades. CEIICH - UNAM. 1 Ed. México, Ediciones Coyoacán, 2007. p. 69.

⁶⁴ Idem, Ibidem. p. 71.

y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales⁶⁵.

Así, en lo que se refiere a las características de los pueblos indígenas, DANTAS aduce que:

A simples constatação da natureza diversa de cada corpo de regras, já supõe um princípio de diferenciação básico entre uns e outros. Destarte, o ordenamento jurídico como produto da racionalidade moderna ocidental atende, como já foi demonstrado, a princípios da racionalidade formal e o direito consuetudinário dos povos indígenas a outros parâmetros e princípios vinculados a uma racionalidade prática, ao mundo da vida concreta⁶⁶.

Conforme a las acepciones de los pueblos indígenas, Oscar CORREAS aduce que es costumbre de los juristas, pero también de los funcionarios y los ciudadanos, hablar de "sistema jurídicos", para referirse a todas las normas que, piensan, integran el derecho positivo de un país, de una sociedad. Es decir, se habla de las normas como constituyendo un conjunto, un sistema, un "orden" -aunque esto último es más bien una redundancia, porque un orden no puede sino estar constituido por normas: decir "un orden de normas" es un disparate. Sin embargo, las normas no constituyen, por sí mismas, un "sistema"⁶⁷.

Por tanto, antes de envolvernos de fondo sobre las instituciones indígenas, es importante delimitar el tema sobre los sistemas jurídicos. En ese sentido, en primer lugar se cuestiona si: ¿Será que estamos frente a un mismo sistema o existen otros sistemas inmersos? ¿A qué llamaos sistemas jurídicos? Aún más: ¿Acaso los pueblos indígenas están inmerso sobre sistemas sociales diferenciados? En esa línea, pasaremos a responder tales interrogantes.

2.2.1 Las instituciones indígenas y su relación con el desarrollo.

⁶⁵ MARTINEZ COBO, José. **Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas**. Vol. V, Conclusiones, propuestas y recomendaciones. Nueva York: Naciones Unidas (ECN.4/Sub.2/1986/7/ Add.4)

⁶⁶ DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. **O Direito diferenciado: Pessoas, sociedades e direitos indígenas no Brasil**. Tese submetida ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, para a obtenção do título de Doutor em Direito das Relações sociais. Orientador: Dr. Luiz Edson Fachin. Curitiba, 2003. p. 95.

⁶⁷ CORREAS, Oscar. **Derecho Indígena Mexicano I**. p. 26.

Al abordar la importancia del respeto a las instituciones indígenas, tales como el derecho al reconocimiento, a la autodeterminación, jurisdicción, usos y costumbres indígenas, y entre otras, se considera que estamos aceptando el pluralismo jurídico en el sistema.

Concerniente al pluralismo jurídico y al reconocimiento por parte del Estado sobre la existencia de varios sistemas jurídicos, Marco Antonio BARBOSA aduce que:

Esta tendência mais moderna da antropologia jurídica, a do pluralismo jurídico, insiste em que *“toda sociedade possui uma multiplicidade hierarquizada d ordenamentos jurídicos que o Direito Oficial reconhece, tolera ou nega”*. Para ela, existe pluralismo jurídico quando dentro de um campo social determinado podemos encontrar comportamentos relativos a mais de um só ordenamento jurídico⁶⁸.

Referente a los derechos indígenas y su diferenciación como grupos, es importante resaltar que esa diferenciación está basada, entre otras, sobre la autonomía, autodeterminación y jurisdicción, por lo que estos conforman los derechos rectores de todo sistema jurídico diferenciado en un Estado, por el cual éste último está en la obligación de reconocer que dentro de su sistema social existe otros sistemas inherentes.

Los sistemas normativos disponen de ciertas normas de reconocimiento, que permiten a sus usuarios decidir cuáles son las normas que “pertenecen” al mismo. Y nótese, nuevamente, cómo la forma de hablar nos tiende constantes trampas: no son los sistemas los que disponen de tales normas: son los actores sociales los que disponen, y usan, ciertas normas que permiten decir que ciertas otras normas pertenecen al sistema⁶⁹.

En ese contexto, los Estados están obligados a reconocer el libre desarrollo, las instituciones propias y las costumbres de los pueblos indígenas. El Estado debe garantizar el gobierno autónomo y el respeto de sus sistemas normativos dentro de los pueblos indígenas. El uso de sus tierras y la utilización de sus recursos se efectuaran en el beneficio del conjunto de indios que conforman tal comunidad. No existe el provecho o la ganancia individual. Desarrollo humano en conjunto quizá sea el punto de partida para comprender mejor el status antropológico de estos pueblos. Ahora bien, las sociedades indígenas tienen valores, propósitos de vida, formas de razonamiento y

⁶⁸ BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil**. p. 49.

⁶⁹ CORREAS, Oscar. **Derecho Indígena Mexicano I**. p. 31.

decisión, modalidades de organización social, económica y política, significativamente distanciados de los equivalentes de la sociedad nacional mayoritaria⁷⁰.

Tal como señala Vicente CABEDO, no se trata, como algunos sugieren, de que la existencia del Derecho Indígena sea solo expresión de la debilidad del Derecho Estatal y que, tan luego este recobre su vitalidad, el Derecho indígena dejará de existir. Al contrario, la fortaleza del Derecho indígena será también la del Derecho estatal y con ello se contribuirá a la creación de un nuevo Estado de Derecho, democrático y pluricultural⁷¹.

En lo que se refiere a la negación del reconocimiento de este sistema social indígena por parte de los Estados Contemporáneos como único derecho y sistema, Carlos SOUZA FILHO explica que:

O Estado contemporâneo e seu Direito sempre negaram a possibilidade de convivência, num mesmo território, de sistemas jurídicos diversos, acreditando que o Direito estatal sob a cultura constitucional é único e onipresente. O exemplo de cada um dos países latino-americanos, porém, com a existência de várias Nações indígenas com maior ou menor contato com a sociedade, faz por desmentir esta concepção. Não há país na América Latina que possa se dizer constituído de um único povo, a diversidade cultural é imensa e cada povo mantém com maior ou menor rigor sua idiossincrasia e sua organização social e jurídica⁷².

En esa línea de negación de los sistemas sociales, Edson DA SILVEIRA sostiene que:

Negando-se o direito de autodeterminação das “minorias invisíveis” que resistiram ao poderio opressor do estado-nação, se estaria por tabela deixando de reconhecer uma pluralidade de culturas que sempre existiu e que, com a supremacia dos interesses privados do mercado e a sua confusão com as políticas de estado, passou a incomodar quem de fato controla e dita os rumos da sociedade hegemônica⁷³.

⁷⁰ ROLDÁN, Roque Ortega. **Pueblos Indígenas y Leyes en Colombia**. p. 80.

⁷¹ CABEDO, Vicente Mallol. **Análisis de las Constituciones Latinoamericanas**. In: Constituciones, Derechos y Justicia en los pueblos indígenas de América Latina, 2002. p. 204.

⁷² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. p. 71.

⁷³ DA SILVEIRA, Edson Damas. **Meio Ambiente, Terras Indígenas e Defesa Nacional: Direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia Brasileira**. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUCPR, como requisito parcial a obtenção do título de Doutor sob a orientação do Professor Vladimir Passos de Freitas. Curitiba, 2009. p. 12.

En ese sentido, Oscar CORREAS argumenta que los sistemas normativos existen en un tiempo y espacio dado, y dominan a ciertos individuos históricamente situados. Por lo tanto, cada sistema dispone de sus propias reglas de reconocimiento. O, mejor: para cada sistema normativo se da que los usuarios del mismo disponen de reglas de reconocimiento propias y apropiadas para ese sistema, y no para otros⁷⁴.

Según la autodeterminación de los pueblos indígenas es importante señalar que estos pueblos son grupos diferenciados en la sociedad, por su gran diversidad cultural como las costumbres, al idioma, a la religión, a los tipos de cambio de mercancías, modos de subsistencia sobre la captación de los recursos naturales por parte de los pueblos indígenas. Así, el Estado está obligado a mantener y hacer respetar estos derechos para garantizar así su propia identidad nacional.

En ese sentido, el reconocimiento y el respeto por los derechos indígenas por parte del Estado es fundamental en un Estado Democrático y Social de Derecho, por lo que su reconocimiento no quiere decir que este sistema pasará a ser el sistema jurídico principal en el ordenamiento, sino que tales sistemas se encuentran garantizados entre sí.

En lo que se refiere a los sistemas normativos alternativos y su reconocimiento, Oscar CORREAS señala que:

Lo cuestionable es la misma idea de ‘reconocimiento’. Qué se reconoce? El reconocimiento, implica que existen sistemas normativos alternativos? O implica que al ser reconocidos dejan de ser sistemas normativos, para integrarse al llamado derecho mexicano? Si el reconocimiento impone a las normas reconocidas el que su validez dependerá de la opinión de los jueces federales ‘o estatales’, entonces no existirán tales sistemas normativos indígenas⁷⁵.

Reconocer el pluralismo jurídico no significa únicamente reconocer el Derecho indígena. Para hablar de un verdadero pluralismo jurídico debe reconocerse, por un lado, el Derecho consuetudinario indígena y, por otro, el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, sobre la base de este Derecho, por las propias autoridades indígenas. Ambas caras del pluralismo jurídico son de todo punto imposibles de escindir. Por ellos, se puede sostener que en aquellos Estados que reconocen el Derecho indígena, pero que no permiten el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales no existe un auténtico

⁷⁴ CORREAS, Oscar. **Derecho Indígena Mexicano I**. p. 33.

⁷⁵ Idem, Ibidem. p. 119.

pluralismo jurídico (aunque, en todo caso, dicho Derecho sea aplicado por los órganos judiciales estatales)⁷⁶.

En ese sentido, Vicente CABEDO, señala que:

Esta questão da pluralidade jurídica e da dominação do sistema jurídico moderno de tipo ocidental, tem várias consequências e muita importância. O evolucionismo aplicado no campo social (que abordaremos detidamente mais adiante, marca muito o direito de tipo moderno, excessivamente ligado a ideia de desenvolvimento, não como sinônimo de clarificação mas do progresso, com o contorno atribuído ao termo, a partir do século XIX, diretamente ligado à medida de produção matéria! Assim, o Ocidente, desde então, passou a pensar o desenvolvimento como elemento da ciência econômica, criando uma separação entre economia e cultura intelectual. Tal atitude, é preciso que se diga, não se constitui em nada mais do que uma simples escolha cultural do ocidente⁷⁷.

Otra institución del derecho indígena, conforme a la autonomía en sus decisiones como grupos colectivos, recae sobre la institucionalidad de la jurisdicción indígena en base a sus derechos colectivos. En la definición y entendimiento de estos derechos colectivos indígenas, Carlos SOUZA FILHO señala que:

Os direitos coletivos dos povos indígenas não se traduzem em direitos individuais, porque sua existência depende da coletividade como a cultura, o idioma, a religião e o território. Outro aspecto desta apropriação individual é que cada povo dispõe de formas e limites para a aquisição e manutenção de bens, como a propriedade da roça, da borduna, do cocar ou da caça⁷⁸.

Referente a la jurisdicción indígena es importante destacar la actuación del jefe de la comunidad indígena, pues tendrá como alto cargo de administrar justicia y velar por el desarrollo de su pueblo en aras de su bienestar social.

En lo que se refiere a la representatividad en la administración de justicia, es importante identificar cuando se está en frente a un derecho indígena delimitándolo así con el derecho del Estado, pues no se puede confundir en lo que se refiere al pluralismo jurídico que fue desarrollado.

A tentativa de enquadrar o Direito de um povo indígena dentro do Direito estatal equivale a tentar guardar um grande e colorido balão dentro de uma estreita gaveta. Claro que é possível, retirando, por exemplo, todo o ar do

⁷⁶ CABEDO, Vicente Mallol. **Análisis de las Constituciones Latinoamericanas**. In: Constituciones, Derechos y Justicia en los pueblos indígenas de América Latina. p. 77.

⁷⁷ BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil**. p. 33.

⁷⁸ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. p. 172.

balão, o que desvirtuaria sua forma esférica e desnaturaria as cores que o embelezam, deixaria de ser balão, deixaria de ser Direito indígenas. Por outro lado, poder-se-ia deixar de fechar a gaveta, mantendo o balão vivo e colorido, mas então, com a gaveta sempre aberta, desfigurado ficaria o sistema, com a funcionalidade de suas partes comprometida. Assim, é impossível enquadrar dentro de um sistema de gavetas, um sistema de coloridos e flutuantes balões inflados, mas é possível que ambos subsistam em mútuo respeito e admiração⁷⁹.

Así, se considera que la jurisdicción indígena tiene como función principal resolver los conflictos que se generen en ese sistema jurídico, en el cual o marco normativo a aplicar será propiamente el adoptado por ese sistema, sin interferencia alguna del poder estatal, salvo cuando se trata de conflictos de derechos colectivos de los pueblos indígenas y de derechos individuales nacionales.

Claro, a jurisdição indígena é para resolver conflitos internos e aí o direito dos povos indígenas, suas formas e princípios podem valer, mas quando se trata de conflito entre os direitos coletivos dos povos indígenas e direitos individuais nacionais, como a propriedade, já não basta a jurisdição indígena, é necessária a presença do Estado para coibir o direito individual⁸⁰.

Conforme al reconocimiento de los derechos diferenciados, Fernando DANTAS aduce que:

O reconhecimento dos direitos diferenciados indígenas de autogoverno, poliétnicos e de representação, portanto, somente se efetiva a partir da aceitação de uma nova categoria para a cidadania decorrente dos novos sujeitos e direitos reconhecidos, de espaços de construção das lutas políticas empreendidas pelos novos cidadãos, ativos e participantes no ambiente institucional social, jurídico e político, ou seja, cidadãos não múnadas, partícipes em um processo dialógico de construção da realidade social⁸¹.

El problema no es la igualdad de derechos sino el derecho a la diferencia dentro de la homogeneidad cultural mayoritaria dentro de una sociedad. El problema que se nos plantea, por tanto, es ¿cómo hacer viable ese derecho en una sociedad multicultural?, ¿cómo compaginar la diversidad cultural con un ordenamiento jurídico común que reconozca y contemple estas diferencias? En definitiva ¿cómo conciliar

⁷⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. p. 76.

⁸⁰ Idem, Ibidem. p. 191.

⁸¹ DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. **O Direito diferenciado: Pessoas, sociedades e direitos indígenas no Brasil**. Tese submetida ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. p. 127.

estos derechos colectivos y diferenciales con una cierta cohesión política y jurídica en el marco de un Estado nacional?⁸².

Por tanto, ese reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico representa una legitimización jurídica en las estructuras de sus organizaciones sociales. Tal como señala Fernando DANTAS, afirma que,

Assim sendo, reconhecer constitucionalmente as organizações sociais dos povos indígenas, significa a legitimação jurídica dos sistemas simbólicos de representação de cada povo, bem assim do pluralismo cultural e jurídico e da diversidade intrínseca as sociedades indígenas⁸³.

Por tanto, está claro que el reconocimiento y la jurisdicción indígena impone a que estas normas jurídicas de los pueblos sean aceptables, respetadas y garantizadas por el Estado, por lo que también es importante reafirmar en lo que concierne a la toma de decisiones judiciales en donde se involucra al sistemas jurídicos indígenas, éstas no tendrán validez sobre su ordenamiento interno salvo que violen los dispositivos constitucionales versados en derechos humanos.

De esa forma, después de haber analizado brevemente la importancia de las instituciones indígenas, así como de su reconocimiento y respeto, se pasará a analizar si en el Perú se presentan diversos sistemas jurídicos conforme a las características de un Estado multicultural con la finalidad de profundizar sobre el ordenamiento jurídico nacional e internacional así como conocer la actual situación de los pueblos indígenas en el país.

2.2.2 El Estado Multicultural y su reconocimiento en el Perú.

Sobre el reconocimiento y autodeterminación de los pueblos indígenas por parte del Estado Peruano, el Tribunal Constitucional ya se pronunció reiteradamente sobre ese tratamiento diferenciado que tienen los pueblos indígenas⁸⁴.

⁸² PORTALES, Rafael Enrique Aguilera. **Políticas multiculturales, conflictos raciales y derechos de minorías en América Latina**. p. 74.

⁸³ DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. **O Direito diferenciado: Pessoas, sociedades e direitos indígenas no Brasil**.

⁸⁴ El **Tribunal constitucional peruano** bajo el expediente Nro. Exp. Nro. 001126-2011-HC-TC declaró fundada el recurso de agravio constitucional interpuesto por Juana Griselda Payaba Cachique, presidenta de la comunidad Nativa Tres Islas, contra la resolución expedida por la Sala Superior Mixta y de apelaciones de la corte Superior de Justicia de Madre de Dios, en el cual se argumentó el agravios a la

La peculiaridad del pluralismo cultural peruano es que en su territorio conviven una multiplicidad de culturas que tienen dinámicas distintas y que participan desigualmente en los procesos nacionales. Aunque se den algunas excepciones, nuestra mirada de culturas pueden ser agrupadas en tres grandes áreas que guardan correspondencia con nuestras regiones naturales (cultura andina, amazónica y los de tradición hispánica)⁸⁵.

Así, en lo que se refiere a la adopción del multiculturalismo por parte del Estado en base a la conformación y la realidad social del Perú y del reconocimiento de los pueblos indígenas en nuestro sistema jurídico Peruano, el Tribunal Constitucional determinó que:

El multiculturalismo puede ser comprendido de dos maneras: como la descripción u observación de determinada realidad social, y también como una política de Estado que en base al reconocimiento de tal realidad, pretende reconocer derechos especiales a minorías estructuradas e identificadas en torno a elementos culturales. Este tribunal ha dicho que “ la constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural e poliétnico: de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú” (STC 0042-2004-AI-TC, Fundamento 1). Tal reconocimiento constitucional no es una mera declaración formal de principios sin consecuencias tangibles, por el contrario, implica un cambio relevante en la propia noción del Estado y la Sociedad. Así, la inclusión de la perspectiva multicultural (o intercultural) en la Constitución, implica un giro copernicano en el concepto de Nación y, por consiguiente, de la identidad nacional.⁸⁶

La constitución Peruana de 1993 ha reconocido que bajo el principio de la dignidad humana como fin supremo del Estado y de la Nación, y en base a la pluralidad de grupos étnicos en el País, el Estado multicultural y poliétnico, pues bajo este criterio de Nación-Estado, el Perú reconoce la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales a lo largo de su rica historia cultural.

Se entiende al multiculturalismo como el contexto social de las sociedades indígenas inmersas en diversos sistemas sociales con diferentes sistemas jurídicos en un mismo espacio y lugar. Aceptando estos criterios de sistemas sociales indígenas, reconocimiento, autodeterminación y multiculturalismo en el Perú, es importante

comunidad indígena en lo que se refiere a la restricción de su derecho a la autonomía y del reconocimiento indígena.

⁸⁵ OSORIO, Juan M. **Los indios del Perú**. 1°ed. Madrid: Editorial MAPFRE, 1992. p. 243.

⁸⁶ PERÚ. **Resolución del Tribunal Constitucional del Perú TC. Exp. Nro. 001126-2011-HC-TC**. Madre de Dios. Proceso: Juana Griselda Payaba Cachique. Fundamento 13.

remarcar para fines de aplicación del derecho indígena la no política de asimilación de estos pueblos por la "sociedad dominante".

Tal como lo indicó el Tribunal Constitucional peruano:

Debe considerarse también que el reconocimiento de otras culturas o identidades no debe ser confundido con políticas de asimilación. El concepto de asimilación está construido sobre percepciones que observan que otras culturas minoritarias son "menos avanzadas", y como consecuencia de ello estarían irremediabilmente destinadas a perder su identidad en un proceso de "superación cultural", al ser absorbidas por la sociedad dominante. Por el contrario, una visión que pretenda la integración considerando las diferencias culturales o que plantee estrategias de tolerancia por ciudadanías diferentes, es más respetuosa de las realidades e identidad cultural y étnica de los pueblos indígenas. La premisa de la que se parte es que deben dejarse atrás perspectivas que situaban a los pueblos indígenas como culturas de menor desarrollo y valía y pasar a reconocerlas como iguales, con el mismo valor y legitimidad que la llamada cultura dominante. Ello es un proceso que requerirá un cambio progresivo de las instituciones democráticas del Estado y la Sociedad⁸⁷.

Así, en lo que se refiere a adoptar instrumentos o medidas para el desarrollo de los pueblos indígenas, se considera que debe velar el principio de igualdad de oportunidades, tan igual a los valores y legitimidad que ostenta la "cultura dominante".

Por eso, si se refiere a la multiculturalidad es porque, de hecho, constituye un desafío serio y consciente para facilitar una mayor integración social y política en nuestras sociedades. Frecuentemente, el rechazado rápido y violento de personas diferentes a nosotros es una respuesta demasiado común, pero sumamente peligrosa. Indudablemente, la convivencia social y política de distintas culturas y personas en una sociedad no es algo fácil⁸⁸.

La reivindicación de los derechos de las sociedades indígenas en el Perú, no buscan desestabilizar al Estado de derecho cuando se solicita una mayor comprensión en la toma de decisiones que versan sobre sus intereses, pues no se habla de un sistema indígena separado o que no reconoce al sistema jurídico nacional. El Estado es quien representa a estos pueblos y que por más que sus sistemas normativos sean distintos y diferentes, este sistema estará sujeto a la institucionalidad de aquel sistema normativo general.

⁸⁷ PERÚ. **Resolución del Tribunal Constitucional del Perú TC. Exp. Nro. 001126-2011-HC-TC.** Madre de Dios. Proceso: Juana Griselda Payaba Cachique. Fundamento 15.

⁸⁸ PORTALES, Rafael Enrique Aguilera. **Políticas multiculturales, conflictos raciales y derechos de minorías en América Latina.** p. 76.

Lo que se busca con el reconocimiento de los pueblos indígenas es que ese Estado rector opte por colocar mecanismos o alternativos de desarrollo socioeconómico de estos pueblos indígenas. Por tanto, en lo que se refiere a las obligaciones del Estado frente a los pueblos indígenas, una de ellas es fomentar mecanismos de desarrollo de estos pueblos con la finalidad de garantizar su bienestar social mejorando la calidad de vida de sus integrantes, así como facilitarles la prestación de los servicios públicos básicos en aras de su desarrollo humano como punto de partida en la institucionalidad eficaz y eficiente de un Estado Social y democrático de Derecho.

En ese sentido, Adolfo Colombres señala que la sociedad nacional, puede a su vez, asumir ante el indígena tres conductas: declararle a la guerra a muerte para "limpiarla" por medio del genocidio las tierras y eliminar esta "obstrucción" al progreso" (1): incorporarlo compulsivamente a la economía, comisionándole trabajos penosos que se traducirán en una de culturación intensa y, acaso en su muerte, como los huitotos, (2): y la aculturación forzada o dirigida, creando condiciones artificiales de integración, protegiéndolo durante de tiempo suficiente como para que rindan resultados las prácticas desplegadas con mira este fin⁸⁹.

Así, en lo que se refiere a la política de Estado de incorporar a las poblaciones indígenas compulsivamente a la economía, comisionándole trabajos penosos, se debe entender que no es la mejor opción en lo que se refiere a los mecanismos de desarrollo socioeconómico de estos pueblos, pues ningún progreso tanto social ni económico se basa con la denigración de los derechos de los integrantes de estos pueblos.

En ese contexto, es fundamental conocer de qué cuales son los derechos del cual nos referimos a favor de los pueblos indígenas. En ese sentido, podemos resumirlos de la siguiente manera: Derecho a la autodeterminación indígena, derecho a la mantención de la propia cultura, derecho a la opción por un proceso propio de desarrollo, derecho a las ganancias económicas por la utilización y explotación, propia o de terceros, de los recursos naturales localizados en tierras indígenas, derecho a la participación de la consulta previa, derecho al reconocimiento de sus derechos colectivos, derecho a las mejores de las condiciones económicas y sociales, derecho a la salud, educación, subsistencia, trabajo, derecho a la obtención de renda por sus actividades económicas no tradicionales, derecho a la cooperación internacional,

⁸⁹ COLOMBRES, Adolfo. **La civilización cultural de la América Indígena**. p. 51.

derecho a la felicidad individual y colectiva, dejando en *numerus apertus* los demás derechos que puedan surgir a según derecho consuetudinario de estos pueblos.

Frente al reconocimiento de tales derechos, a lo largo de la historia se presentaron una serie de luchas para el respeto de tales derechos a través de movimientos indigenistas. En ese escenario, Juan OSORIO destaca que a partir de la década de los setenta, hoy se ha logrado una revaloración de las culturas indígenas en sus propios términos. De esa revalorización ha emergido con nitidez que el Perú es un País pluricultural, que los términos en que hemos venido planteando la unidad de este país son aparentes y muchas veces motivados por consideraciones ideológicas, y que se hace necesario un replanteamiento del tema sobre la identidad nacional⁹⁰.

En ese sentido, Rafael PORTALES sostiene que las sociedades democráticas modernas tienen que hacer frente cada vez más a grupos minoritarios, a flujos migratorios que exigen el reconocimiento de su identidad, sus patrones culturales y la integración de sus peculiaridades y diferencias culturales, algo que, a menudo, se denomina el reto del “*multiculturalismo*”⁹¹.

En esa perspectiva, se considera que debe haber un replanteamiento sobre la identidad nacional y los desafíos que se tienen que enfrentar por la nueva tendencia sobre el multiculturalismo, se considera que en un primer plano se debe reconocer y admitir que el Perú es un país indígena y que por el hecho de serlo, paralelamente de ser un país minero, es que a cualquier toma de decisión decisiva sobre los destinos de los pueblos indígenas, éstas deben ser tomadas estrictamente sobre la revalorización de los derechos de las presentes y futuras generaciones de estos pueblos.

Por tanto, luego de conocer las instituciones indígenas transcendentales para la implementación de mecanismos de desarrollo indígena en el Perú, nos sumergiremos al análisis sobre el sistema jurídico indígena interno, teniendo en consideración paralelamente a los dispositivos que se encuentran consagrados en el Convenio 169 de la OIT, así como los de la DUNDPI, con el fin de pasar a analizar los actuales mecanismos de desarrollo que tienen los pueblos indígenas.

2.3. El derecho indígena en el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

⁹⁰ OSORIO, Juan M. *Los indios del Perú*. p. 241.

⁹¹ PORTALES, Rafael Enrique Aguilera. *Políticas multiculturales, conflictos raciales y derechos de minorías en América Latina*. p. 64.

El hombre es un ser que está constantemente relacionándose con otras especies para alcanzar aquella tendencia que le permite satisfacer sus requerimientos en la sociedad. Así, la voluntad del hombre para obtener sus demandas guarda un cierto grado de límites en ese propósito, por lo que esa satisfacción de sus necesidades debe ser controlada a través de un delimitador de sus conductas, esto es, necesita estar inmerso en un sistema normativo para esa regulación de acciones. Así, la figura de Estado como ente supervisor de esas relaciones humanas en la sociedad, vela por la permanencia de esa estructura institucional para alcanzar el desarrollo colectivo contrariando los intereses de las clases dominantes.

De esa forma, en lo que se refiere al hombre en la sociedad, Antonio Carlos WOLKMER aduce que:

A tendência natural e espontânea do homem – associar-se a outros seres humanos – parece ser uma condição fundamental na consideração de toda relação entre indivíduo. Sociedade e Estado. Isso nos leva a questionar, não só a natureza do homem, como a própria natureza da sociedade e do Estado, bem como os limites da liberdade do homem e da autoridade. O homem, por natureza, será bom e da autoridade. O homem, por natureza, será bom, social e racional, ou mau, egoísta e destruidor. E a sociedade. Expressa uma realidade racional, fruto da cooperação natural dos homens que buscam a realização de fins que satisfazem suas necessidades, ou uma realidade artificial e fictícia, resultado não de uma associação natural, mas do acordo de vontades. Quando ao Estado, poder-se-á questionar sobre seu sentido, sua natureza e finalidade. O Estado pode ser compreendido ora como um jogo de papéis e funções que se interligam e se complementam na esfera de uma estrutura sistêmica, ora como um aparelho repressivo que tende a defender os interesses das classes dominantes no bloco hegemônico de forças⁹².

En lo que concierne a las relaciones humanas y la satisfacción de sus necesidades, el derecho juega un papel muy importante como instrumento de desarrollo en la sociedad. Una buena estructura del sistema normativo de una sociedad permitirá colocar las reglas de juego en cuanto se refiere a las actuaciones frente a los demás. Hemos comprobado que tan importante es el Derecho para determinar la eficiencia de las actividades económicas y sociales que regula⁹³.

De esa forma, se resalta la importancia del Derecho en la sociedad, señalando que el derecho debe ser entendido como una manifestación simbólica da convivencia social mediante un sistema normativo, por lo que Antonio Carlos WOLKMER señala que:

⁹² WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideología, Estado e Direito**. p. 62

⁹³ DE SOTO, Hernando. **El otro sendero: Una respuesta económica a la violencia**. 3 ed. Lima: Editorial Norma, 2010. Pág. 222.

O direito deve ser compreendido não só como um valor cultural, mas, sobretudo, como a manifestação simbólica da convivência social em um determinado momento histórico que, mediante um sistema de regulamentação normativa, garante a estabilidade e a ordenação da sociedade. O fenômeno jurídico, além de ser um dado histórico-social, expressa, formalmente, não só a constituição e o desenvolvimento de um modo de produção material, senão ainda suas inerentes relações estruturais de poder, segurança, controle e dominação⁹⁴.

En lo que concierne a las relaciones humanas y la satisfacción de sus necesidades, se considera que el derecho juega un papel muy importante como instrumento de desarrollo en la sociedad. Una buena estructura del sistema normativo de una sociedad permitirá colocar las reglas de juego en cuanto se refiere a las actuaciones frente a los demás.

En ese contexto sobre la estructura del poder, dominación, así como los límites que estos ameritan, debemos considerar el respeto que se le debe de tener a la ley en lo que se refiere a su cumplimiento en el marco de un Estado de Derecho. Tiene más sentido adecuar la ley a la realidad que tratar de imponer un cambio en las actitudes de todos nosotros, pues es esa ley el más útil instrumento deliberado de cambio a disposición de los hombres⁹⁵.

Conforme a la institucionalidad del Estado de Derecho, el fortalecimiento de las instituciones jurídicas permitirá la imposición de mecanismos eficientes con el fin alcanzar el desarrollo real y eficiente. Así, cuando nos referimos al desarrollo de la sociedad, también estamos haciendo mención a todos los sistemas sociales que la componen, siendo una de ellas el sistema de los pueblos indígenas.

De esa forma, resaltando la eficacia de las normas jurídicas concernientes a los pueblos indígenas, Marco Antonio BARBOSA señala que:

Relativamente às sociedades indígenas, o alcance e eficácia de suas normas jurídicas estão limitados, principalmente:

- 1) ao espaço territorial que uma sociedade indígena ocupa
- 2) aos componentes da sociedade indígena considerada, e, excepcionalmente, aos sujeitos de outras sociedades que, por alguma razão, ingressem seu espaço de jurisdição
- 3) ao espaço jurídico delimitado e reconhecido pelo Direito estatal como passível de jurisdição próprio da terra indígena;
- 4) ao espaço jurídico mais amplo que o delimitado pela sociedade

⁹⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. p. 163.

⁹⁵ DE SOTO, Hernando. **El otro sendero: Una respuesta económica a la violencia**. P. 222.

dominante, quando a falta de controle desta permite ás sociedades indígenas exercerem, na prática, seus próprios Direitos⁹⁶.

De esa forma, después de tener en consideración la naturaleza del Estado y su rol en la sociedad, se pasará a analizar el actual sistema jurídico indígena peruano, para así comenzar a relacionarlo con el derecho al desarrollo que gozan los pueblos indígenas en el Perú.

2.3.1. El sistema jurídico peruano: Arbusto constitucional, legal y jurisprudencial.

La Constitución de 1993 reconoce algunos derechos colectivos, como el derecho a la identidad étnica y cultural (Art. 2), la educación bilingüe e intercultural (Art. 17), y el castellano, quechua, aymara y las demás lenguas aborígenes como lenguas oficiales (Art. 48). Sin embargo, no reconoce a “los pueblos indígenas” como categoría o sujetos jurídicos, identificables y con derechos como etnia o nacionalidad dentro de un país plurinacional y multiétnico. Solo se reconocen las “comunidades nativas y campesinas”. El término de pueblos indígenas o pueblos originarios viene siendo usado y reconocido en algunas normas, pero al no estar en la Constitución estas reglamentaciones encuentran graves dificultades en la implementación⁹⁷.

En ese contexto, el Tribunal Constitucional Peruano se ha pronunciado sobre la identidad indígena según el principio de la dignidad humana. Este Tribunal ha dicho que “la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú”.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional señala que:

Del artículo 2, inciso 2, de la Constitución, se infiere un reconocimiento de la *tolerancia a la diversidad* como valor inherente al texto constitucional, lo que debe comprenderse, a su vez, como una aspiración de la sociedad peruana. En tal sentido, los individuos no pueden ser arbitrariamente diferenciados perjudicándoseles por motivos basados, entre otros, por su

⁹⁶ BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil**. p. 20.

⁹⁷ UNICEF. **¿Qué está pasando con los derechos de los pueblos indígenas?** Estudio regional: Buenas prácticas, obstáculos y desafíos en la implementación de las recomendaciones del Relator Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, del Comité de los Derechos del Niño y del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en Ecuador, Bolivia y Perú. Myrna Cunningham... [et al.]. UNIFEM, UNICEF, OACNUDH. 146 p. : il. Col.. Managua: CADPI, 2008.

opinión, religión o idioma. Así, toda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada. Con ello se pretende construir una unidad sobre la base de la diversidad, contemplando el derecho a la igualdad como protector de diferentes manifestaciones de la personalidad del ser humano. Es por ello que la Constitución, erigida sobre el reconocimiento de la dignidad de la persona, del que emanan los principios de libertad, igualdad y solidaridad, debe ser concebida desde una concepción pluralista que tutele las diferentes formas de percibir y actuar en la realidad. Así, en la STC 0042-2004-AI/TC, este Tribunal ha dicho que “la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú” [fund. 1]. Pero no solo no desconoce, sino que la Constitución obliga a su tutela y protección. Así, lo específico y complejo de la protección de los grupos minoritarios étnicos ha significado que se planteen medidas constitucionales específicas para su defensa⁹⁸.

Así, el Tribunal Constitucional Peruano determinó que bajo el principio de razonabilidad se debe analizar los casos que verse sobre la identidad de los pueblos indígenas a la luz del principio de unidad integradora y de la Constitución.

Conforme a la posición del TC peruano se indica que:

Dentro del respeto de las costumbres, es decir, la manifestación de la identidad de los pueblos indígenas, pueden existir prácticas que incluyan el no habitar durante determinado tiempo cierto sector de su territorio debiendo observarse cada caso bajo el principio de razonabilidad. El artículo 89 de la Constitución debe interpretarse dentro del resto de enunciados constitucionales y del Convenio N.º 169. Así, en virtud del principio de *unidad de la Constitución* y el *principio de unidad integradora*, desarrollados por la jurisprudencia de este Tribunal [Exp. N.º 05854-2005-PA/TC, f. 12], el resultado de la interpretación constitucional debe considerar la identidad indígena de quien detenta la propiedad y tomar en cuenta sus costumbres⁹⁹.

En ese sentido, el Estado peruano reconoce que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural, por lo que están inmersos todos los sistemas sociales existentes. Así, el Estado peruano reconoce y garantiza la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Esta garantía hace un reconocimiento de que el Estado peruano está conformado por un pluralismo social étnico y cultural¹⁰⁰. Conforme al reconocimiento del pluralismo étnico y cultural, el Estado Peruano a través de la constitución de 1993 el

⁹⁸ PERÚ. **Resolución del Tribunal Constitucional del Perú TC. Exp. n.º 0022-2009-PI/TC.** Caso Gonzalo Tuanama y más de 5000 ciudadanos. Fundamento 3.

⁹⁹ Idem, Ibidem. Fundamento 45.

¹⁰⁰ PERÚ. **Artículo 2, inciso 19 CP;** “‘‘ Toda persona tiene derecho... ‘‘ A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación ‘‘.

Estado también reconoce además del español como lengua oficial, al quechua y al aimara y otras lenguas aborígenes¹⁰¹.

Referente a la organización económica y administrativa de los pueblos indígenas, el Estado también hace un reconocimiento de estas instituciones en rango constitucional. Así, sobre la autonomía en la organización indígena, la constitución de la república también reconoce la libre disposición de las tierras indígenas, fortaleciéndola aún más con el carácter de imprescriptibilidad de estas tierras. La cuestión territorial para los pueblos indígenas está basada en un sentido de espiritualidad, por lo que el Estado peruano se obliga a respetar su identidad cultural¹⁰².

En esa línea, destacando el derecho a la diferencia de los pueblos indígenas, Fernando DANTAS, aduce que:

Proclamar, constitucionalmente, o direito a diferença pelo reconhecimento dos índios e suas organizações sociais significa, pela amplitude e inovação, que este direito configura um verdadeiro princípio constitucional diferenciador, porque é constitutivo da ordem jurídica¹⁰³.

La constitución de la república del Perú otorga mecanismo de protección a los pueblos indígenas, y por otro lado, en la toma de decisiones jurisdiccionales, el poder judicial y el tribunal constitucional del Perú juegan un papel crucial sobre el respeto y garantía de los derechos de los pueblos indígenas.

Así, vale resaltar una resolución del Tribunal Constitucional Peruano, Exp. Nro. 001126-2011-HC-TC, en el cual salvaguarda el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el marco de un Estado democrático de Derecho:

Con ello, los pueblos indígenas han sido proveídos de herramientas legales cuyo objeto es proteger su existencia y su cosmovisión. De esta manera se reconoce el respeto a la diversidad y el pluralismo cultural, lo que tendrá que efectuarse siempre dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, el dialogo intercultural, los principios constitucionales y los valores superiores que la constitución incorpora, tales como la dignidad de la

¹⁰¹ PERÚ. **Artículo 48 CP**; “Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley”.

¹⁰² PERÚ. **Artículo 89. CP**; “Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

¹⁰³ DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. **O Direito diferenciado: Pessoas, sociedades e direitos indígenas no Brasil**. Tese submetida ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. p. 95.

persona, los principios de soberanía de los pueblos, el Estado democrático de Derecho y la forma republicana de gobierno¹⁰⁴.

Por tanto, después de analizar el actual sistema jurídico de protección de los pueblos indígenas en el Perú, es importante conocer los dispositivos internacionales del Convenio 169 de la OIT y la DUNDPI como instrumentos de protección de sus derechos así como estimulante para el desarrollo de estos pueblos.

2.3.2. Estimulando el desarrollo: Conv.169/OIT y la DUNDPI.

En nuestro sistema de fuentes normativas se reconoce a los tratados de derechos humanos como parte de nuestro ordenamiento, así como su reconocimiento a la categoría de rango constitucional. Estos tratados internacionales en DD.HH son los instrumentos que garantizan los derechos y libertades de los pueblos indígenas, pues su aplicación tiene carácter de obligatoriedad para los Estado que aprobaron y ratificaron tales tratados. Así, el el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT, quizá sea el dispositivo de mayor relevancia en ese sistema de fuentes.

Bajo esa posición de tratados internacionales y su adhesión al ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que:

Previamente, debe destacarse que “nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades” (STC N.º 0047-2004-AI/TC, Fundamento 22). Asimismo, este Tribunal ha afirmado que los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional” (STC N.º 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33). De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio N.º 169 mediante Resolución Legislativa N.º 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes¹⁰⁵.

¹⁰⁴ PERÚ. **Resolución del Tribunal Constitucional del Perú TC. Exp. Nro. 001126-2011-HC-TC.** Madre de Dios. Proceso: Juana Griselda Payaba Cachique. Fundamento 16.

¹⁰⁵ PERÚ. **Sentencia del Tribunal Constitucional. EXP. N.º 03343-2007-PA/TC.** Caso Cordillera Escalera. Lima, 2009. Fundamento 31.

El Convenio 169 de la OIT, fue suscrito por el Estado peruano en 1994, entrando en vigencia en 1995. En lo que se refiere al acoplamiento del citado convenio al ordenamiento jurídico nacional, el 19 de mayo de 2010 el Congreso de la República del Perú aprobó la Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio citado y, en el 2012, esta ley fue reglamentada, por lo que se considera que la adecuación al sistema jurídico peruano, en lo que se refiere a la tutela del derecho de consulta previa de los pueblos indígenas, es un gran paso para fortalecer al reconocimiento de los pueblos indígenas en un Estado Multicultural.

La importancia de la protección de los dispositivos internacionales sobre los pueblos indígenas es de suma relevancia frente a cualquier incursión política, o económica ante estos pueblos. El garantía de sus instituciones normativas es de aplicación obligatorio cuando estamos frente a posibles incursiones de los pueblos indígenas en la esfera del mundo económico como mecanismo de desarrollo socioeconómico de los integrantes de sus pueblos con el fin de generar oportunidades con inclusión social.

En lo que se refiere a la protección y respeto por parte de los Estados por los Derechos humanos en el sistema global, Flávia Piovesan indica que:

Se firma así, en el ámbito del sistema global, a coexistencia de los sistemas general y especial de protección de los derechos humanos, como sistemas de protección complementares. El sistema especial de protección realiza el proceso de especificación del sujeto de derecho, en el cual el sujeto pasa a ser visto en su especificidad y concreticidad (ex: se protege a los niños, los grupos étnicos minoritarios, os grupos vulnerables, las mujeres, etc) Ya o sistema general de protección (ex: los pactos de la ONU de 1996) tiene por enderezado toda y cualquier persona, concebida en su abstracción y generalidad¹⁰⁶.

Dentro de los dispositivos de protección internacional de los pueblos indígenas se tiene al convenció 169 de la OIT, suscrito y ratificado por el Perú, cuyo artículo 15 inciso 2) señala que en caso de pertenecer al Estado la propiedad de los minerales los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos para consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si sus intereses serian perjudicados y en qué medida. Asimismo, el artículo 34 de la misma norma dispone que las medidas que se adopten

¹⁰⁶ PIOVESAN, Flávia. **A constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**. Direitos humanos. Visões contemporâneas. São Paulo: Método, 2001. p. 38.

para dar efecto al Convenio deberán de tener en cuenta las condiciones propias de cada país. En ese sentido, se concluye que el convenio 169 no puede ser leído de manera aislada de la legislación nacional¹⁰⁷.

El Tribunal Constitucional del Perú ya delimitó el alcance y reconocimiento de este Convenio Internacional en lo que se refiere a su armonización con nuestro ordenamiento jurídico. Así, el TC peruano señala que:

En el caso del Convenio N.º 169 de la OIT, la situación es distinta. Como ya ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC 03343-2007-PA/TC [fundamento 31], tal convenio forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, como cualquier otra norma debe ser acatada. De otro lado, los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional” [STC N.º 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33]”. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes (Fundamento 9)¹⁰⁸.

Así, bajo la línea de la Convención 169 de la OIT, en lo que se refiere a la protección internacional y la soberanía de los territorios indígenas podemos señalar que:

Específicamente para el caso de los pueblos indígenas, estos no solo legitiman sus derechos especiales en virtud de la distinción cultural, sino también por elementos históricos. En efecto, los pueblos indígenas u originarios, existentes desde antes de la creación del virreinato del Perú y de la República del Perú, ejercían hasta ese momento soberanía sobre sus territorios (artículo b) del Convenio 169, Eso implica la autonomía en la toma de decisiones políticas de la comunidad, incluyendo además la aplicación de sus costumbres jurídicas a fin de resolver conflictos sociales surgidos dentro de la comunidad. Pero esta realidad varió considerablemente con el proceso de conquista y de creación y expansión del Estado Peruano, que decidió obviar toda diferenciación cultural a fin de iniciar la construcción de una sola identidad nacional¹⁰⁹.

¹⁰⁷ PUCP. **A tajo abierto: explorando la intervención estatal en la actividad minera**. Trabajo de investigación del grupo Ius Et Veritas. Lima: Ius Et Veirtas, 2009. p. 486-521.

¹⁰⁸ PERÚ. **Resolución del Tribunal Constitucional del Perú TC. EXP. N.º 0022-2009-PI/TC**. Madre de Dios. Proceso: GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS. Fundamento 9.

¹⁰⁹ PERÚ. **Resolución del Tribunal Constitucional del Perú TC. Exp. Nro. 001126-2011-HC-TC**. Madre de Dios. Proceso: Juana Griselda Payaba Cachique. Fundamento 119.

La Corte Constitucional de Colombia también se ha pronunciado sobre la importancia del Convenio 169 como dispositivo constitucional que respalda y garantiza los derechos indígenas:

7. El Convenio 169 de la OIT -última de las fuentes citadas en la sentencia SU-039 de 1997 como fundamento del derecho a la consulta previa- es el instrumento de mayor relevancia en la interpretación y aplicación de los derechos de los pueblos indígenas en el orden interno, no sólo por el avance que supuso en el respeto por su autodeterminación, sino también porque hace parte del bloque de constitucionalidad, así que sus disposiciones son aplicables directamente en el orden interno, con fuerza constitucional¹¹⁰.

Al analizar la pluralidad de campos socio-jurídicos en el contexto de la globalización, en los tiempos contemporáneos se establece la coexistencia de sistemas jurídicos paralelos tanto a nivel estatal como a nivel interestatal¹¹¹.

En los organismos internacionales ha existido la preocupación de expedir normas destinadas a la protección de los grupos y comunidades indígenas, dentro de las cuales cabe destacar la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, 1969, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación Racial (Asamblea General de la ONU, 1966) y el Convenio número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, adoptados por la reunión de la conferencia General de la OIT, Ginebra 1989. Todos esos instrumentos internacionales, a juicio de la Corte, y en particular el que ahora se examina, son fundamentales para el progreso y desarrollo de los pueblos indígenas en países en América Latina y el Caribe¹¹².

Por otro lado, conforme a la discriminación contra los pueblos indígenas de diversos Estados aún con estos instrumentos internacionales, en base al informe del relator de la ONU Martínez Cobos, Marco Antonio BARBOBA señala que:

¹¹⁰ COLOMBIA. Expediente T-3331151. Acción de tutela presentada por Jovannys Pardo Castro contra la Dirección General Marítima de la Capitanía de Puerto de Cartagena (Dimar). Sentencia de la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Bogotá, 18 de mayo del 2012. Fundamento 7.

¹¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **La globalización del derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación**, Traducción de César Rodríguez, Santa Fé de Bogotá, 1998, Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales e Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA. p. 19.

¹¹² COLOMBIA. **Corte Constitucional Colombiana, C-104-95, 15-III-95, M.P.** Hernando Herrera Vergara) In: ROLDÁN, Roque Ortega. **Pueblos Indígenas y Leyes en Colombia.** p. 123.

José R Martínez Cobo, no Informe final do *Estúdio del Problema de La discriminación contra las poblaciones indígenas feito para a ONU*, abordando o problema do tratamento nos diversos Estados, da cultura e das instituições culturais, sociais e legais das populações indígenas, afirma: "Na enorme maioria dos casos, a situação das populações indígenas no campo cultural é especial, em sentido profundo, dentro das sociedades dos países em que vivem... "A diametral oposição entre a cosmovisão 'moderna', impessoal e racionalmente orientada do mundo 'científico' e a cosmovisão 'tradicional', pessoal e impregnada de concepções mágico-religiosas, é um útil ponto de referência. É preciso assinalar que estas visões do cosmos não se dão em estado puro em nenhum caso, já que sempre existem elementos racionais e mágico religiosos em ambas cosmovisões"¹¹³.

Al margen de los derechos indígenas que reconoce, el Convenio Nro. 169 es especialmente importante por cuanto engendra auténticas obligaciones jurídica para los Estados que lo ratifican, en contraposición a la futura Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU. Por ello, el Convenio, que una vez ratificado pasa a ser ley nacional, con frecuencia sirve de base a las sucesivas reformas constitucionales que, en materia de derechos indígenas, tienen lugar en América Latina¹¹⁴.

Así, la importancia de los derechos humanos de los pueblos indígenas en el contexto internacional es fundamental para la comprensión y defensa de estos pueblos en base al principio de la dignidad de la persona humana. Este es el punto de partida cuando hablamos de derechos y deberes en una sociedad que busca consolidar el bienestar social de sus pueblos.

En el caso del Perú, éste fue el primer país en la región en aprobar la ley y su reglamento sobre la consulta previa. En el caso del Brasil, actualmente la legalización y regulación de la ley de la consulta previa se encuentra en proyecto de ley. En Bolivia, país con un gran número de comunidades indígenas, aún esta ley no cuenta con su reglamentación. Se considera que si los demás países no reglamentan la ley de la consulta previa a las comunidades indígenas ante posibles proyectos que les pueda afectar – conforme al convenio 169 OIT - éstos países asumirán la consecuencia de los conflictos socioambientales y multiculturales por la vulneración al medio ambiente y al sistema normativo indígena.

Así, la importancia de la reglamentación de este dispositivo supranacional se basa en la necesidad de obtener mecanismos que prevengan tales conflictos sociales entre los pueblos indígenas, las industrias extractivas y el Estado. La actuación de los

¹¹³ BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil**. p. 24.

¹¹⁴ CABEDO, Vicente Mallol. **Análisis de las Constituciones Latinoamericanas**. In: *Constituciones, Derechos y Justicia en los pueblos indígenas de América Latina*. p. 57.

gobiernos debe ser inmediata con la finalidad de prevenir posibles conflictos y resolverse estos a través del dialogo. Está claro que frente a este proceso se presentarán dificultades en la implementación de tal ley y reglamentación, pero se debe actuar según los parámetros de la convención de la OIT.

A través de la reglamentación de la ley de la consulta previa se podrá establecer en la agenda pública una mejor política responsable de los recursos naturales y del diálogo con la población indígena, pues se estará frente a una nueva relación entre el Estado y las empresas de actividades extractivas, por el cual dará voz a los pueblos indígenas ante futuras inversiones, voz que aún no es ejercida eficazmente.

Por otro lado, frente al Convenio 169 da OIT, se considera que también es importante conocer los principales dispositivos de la ración de los Derechos de los Pueblos Indígenas como principales instrumentos para la elaboración de políticas de desarrollo para los pueblos indígenas.

En 1993, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas en la ONU completó el texto final del Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas DUNDPI y lo envió a la Comisión de Derechos Humanos, que creó un Grupo de Trabajo para su seguimiento. Algunos temas eran significativamente polémicos desde el punto de vista de los Estados, como por ejemplo: derecho a la libre determinación; derechos colectivos; derecho al territorio y recursos naturales, y principio de consentimiento libre, previo e informado. Finalmente, como corolario de varias décadas de trabajo y de lucha, el 13 de septiembre de 2007 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Dicha aprobación representa un paso histórico en la lucha de los pueblos indígenas; establece parámetros claros para asegurar la dignidad y el bienestar de estos pueblos y reconoce sus derechos individuales y colectivos. Además, la adopción de la Declaración otorga a Estados, agencias de cooperación, donantes internacionales y sociedad civil en general, un claro marco de acción para el diseño y puesta en práctica de políticas que involucren a los pueblos indígenas¹¹⁵.

¹¹⁵ UNICEF. **¿Qué está pasando con los derechos de los pueblos indígenas?** Estudio regional: Buenas prácticas, obstáculos y desafíos en la implementación de las recomendaciones del Relator Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, del Comité de los Derechos del Niño y del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en Ecuador, Bolivia y Perú. Myrna Cunningham. p. 100.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas – DUNDPI, y el Convenio 169 de la OIT, tienen como finalidad garantizar el respeto y la tutela de los pueblos indígenas. Pero, el Tribunal Constitucional peruano determinó que este dispositivo se trata de un instrumento de derecho internacional, debiendo considerarse de igual modo que se trata de una declaración y no de un tratado, por lo que no cabe su ratificación.

Conforme a la posición del Tribunal Constitucional:

Acerca de la DUNDPI, debe tenerse en cuenta que la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó “La Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas” con fecha 13 de septiembre de 2007, cuyo texto fue adoptado con 143 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones. Dicho documento, consta de 46 artículos los cuáles establecen principios jurídicos sobre los pueblos indígenas. Se trata de un instrumento de derecho internacional, debiendo considerarse de igual modo que se trata de una declaración y no de un tratado, por lo que no cabe la ratificación. No obstante ello, debe explicarse que las declaraciones representan un amplio acuerdo y consenso de la comunidad internacional. En efecto, al ser el fruto de negociaciones y aceptación por la mayoría de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conllevan una fuerza moral, además de una evidente orientación de la comunidad internacional hacia el respeto y la tutela de los pueblos indígenas, al plantear un contenido de los derechos humanos en el contexto de los pueblos indígenas (Fundamento 7)¹¹⁶.

La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas hace referencia al derecho a la participación mediante representantes en la toma de decisiones sobre asuntos que afecten a sus comunidades, usando sus propios procedimientos e instituciones para adoptar sus decisiones (Artículo 18); igualmente establece la obligación de celebrar consultas de buena fe, por medio de las instituciones representativas, para obtener su consentimiento (Artículo 19)¹¹⁷.

Tal como se señaló, lamentablemente la DUNDPI no es de aplicación obligatoria en el Perú, por lo que estamos frente a una norma jurídica de carácter *soft law*. Desde la perspectiva del Tribunal Constitucional peruano:

¹¹⁶ PERÚ. **Resolución del Tribunal Constitucional del Perú TC. Exp. n.º 0022-2009-PI/TC.** Caso Gonzalo Tuanama y más de 5000 ciudadanos. Fundamento 7.

¹¹⁷ UNICEF. **¿Qué está pasando con los derechos de los pueblos indígenas?** Estudio regional: Buenas prácticas, obstáculos y desafíos en la implementación de las recomendaciones del Relator Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, del Comité de los Derechos del Niño y del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en Ecuador, Bolivia y Perú. Myrna Cunningham. p. 100.

El contenido de la declaración no es de vinculación obligatoria, lo que no implica que no tenga ningún efecto jurídico. Las declaraciones representan aquellas metas y objetivos a los que la comunidad internacional se impone. Son lo que en el derecho internacional se conoce como *soft law*, esto es, una guía que sin dejar de tener un efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los Estado, representando su contenido un código de conducta sin que sean legalmente vinculantes. En tal sentido, la DNUDPI, será considerada por este Tribunal en su calidad de norma de carácter de *soft law*, sin que se genere una obligación convencional por parte del Estado peruano. (Fundamento 8)¹¹⁸.

Aún que la DUNDPI no tenga esa fuerza de protección internacional como la tiene el Convenio 169, estamos frente a un importante instrumento que puede suplir las garantías necesarias para la protección de estos pueblos. A lo largo de estos años se irá reforzando el carácter de vinculación de estas normas de protección sobre los Estados aún que no tenga el carácter de cumplimiento obligatorio de sus disposiciones.

Pero, conforme indica Álvaro BELLO, hasta ahora muchas de estas declaraciones son *de jure* más que *de facto*, sin efectos reales para los pueblos indígenas, quienes sufren el deterioro de su hábitat y medio ambiente tanto por el sobre uso debido a la escasez de tierras como a causa de los grandes proyectos de desarrollo. Por ello, una medida básica para abrir los espacios de negociación política de los pueblos indígenas con respecto a estos problemas, es su reconocimiento constitucional en el derecho positivo de los modernos estados. Este punto es bastante variable en los países latinoamericanos, en cuanto no todos se reconocen como Estados pluriétnicos y multiétnicos¹¹⁹.

En ese contexto, según los dispositivos internacionales señalados, se considera que la reglamentación de la consulta previa de la convención 169 de la OIT es mucho mas de que cumplir las obligaciones derivadas de la ratificación de este instrumento internacional. El proceso ora iniciado es más genuina expresión del diálogo social democrático que tiene como ideal garantizar los derechos fundamentales de estos pueblos por medio de la conciliación entre el desenvolvimiento económico y la justicia social.

¹¹⁸ PERÚ. **Resolución del Tribunal Constitucional del Perú TC. EXP. N.º 0022-2009-PI/TC.** Madre de Dios. Proceso: Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos. Fundamento 7 y 8.

¹¹⁹ BELLO, Álvaro. **Etnicidad y ciudadanía en América Latina. La acción colectiva de los pueblos indígenas.** Santiago de Chile, CEPAL. (2002), Reporte sobre el Seminario de expertos de la región de América Latina y El Caribe sobre el cumplimiento del Programa de acción adoptado por la Conferencia mundial contra el racismo: intercambio de ideas para una acción futura, México, 1 a 3 de julio de 2002.

Así, se considera que para lograr que estas sociedades sean libres de discriminación, no bastan la legislación apropiada ni la voluntad política; también se requiere una conciencia nacional compartida sobre la composición plurinacional y la necesidad de construir relaciones de interculturalidad. Hay suficiente evidencia de que los pueblos indígenas y sus organizaciones son los principales actores en la lucha por sus derechos. Cuanto más fuerte y amplia sea la unidad de las organizaciones indígenas, más efectiva será la incidencia que podrán lograr sobre los gobiernos y otros actores relevantes. Las condiciones de pobreza, aislamiento y falta de educación debilitan la participación y dificultan o anulan los procesos de incidencia en los gobiernos. En el ámbito de la dirigencia y las organizaciones indígenas, la falta de una agenda indígena común, la fragmentación y las disputas internas también debilitan la participación y menoscaban la posibilidad de incidencia política y social¹²⁰.

Referente a la adopción de medidas de desarrollo indígena, la Convención 169 de la OIT señala que primero se debe centrarse la conservación y garantía de la existencia de estos pueblos sin perjuicio a su desarrollo en la economía global.

En esa línea, el Tribunal Constitucional peruano sostiene que:

(...) Así, la protección otorgada por el convenio se centra en elementos necesarios e indispensables para la conservación y garantía de la existencia de los pueblos indígenas, sin perjuicio de su desarrollo y voluntaria participación en la economía global. Ejemplo de ello será la regulación relativa a las tierras, el reconocimiento y respeto de su identidad y la procura de niveles superiores de educación, salud y calidad de vida¹²¹ (...) (Fundamento 14).

Por tanto, todo desarrollo se relaciona con la necesidad de suplir las necesidades básicas de la persona, pues el ideal es alcanzar una vida plena que supla sus requerimientos para alcanzar la felicidad. Este derecho al desarrollo según los dispositivos internacionales serán expuestos a lo largo de este trabajo.

Los dispositivos internacionales que fueron desarrollados buscan tutelar los derechos indígenas, así como garantizar el derecho al desarrollo, de índole social,

¹²⁰ UNICEF. **¿Qué está pasando con los derechos de los pueblos indígenas?** Estudio regional: Buenas prácticas, obstáculos y desafíos en la implementación de las recomendaciones del Relator Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, del Comité de los Derechos del Niño y del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en Ecuador, Bolivia y Perú. Myrna Cunningham. p. 100.

¹²¹ PERÚ. **Resolución del Tribunal Constitucional Exp. N. 0022-2009. PI-TC.** Caso Gonzalo Tuanama. Lima. Fundamento 14.

económica, cultural, organizacional de los pueblos indígenas. El bienestar social y la mantención de la paz social en los territorios de los pueblos indígenas, es la política de Estado que debe ser estructura con el fin de consolidar las instituciones democráticas para después presentar a estos pueblos mecanismos de desarrollo.

2.4. La situación indígena en el Perú: Variables sociales y económicas.

Cuando se está al frente al análisis de investigación de los pueblos indígenas, nos encontraremos frente a una gran complejidad en lo que se refiere a la determinación de las variables exactas de la situación social, económica, cultural y política de estos pueblos, pues, en algunos casos, los datos oficiales que son ofrecidos por los Estados, no son las verídicas para no mostrar la omisión y ineficiencia en las políticas de protección y mecanismos de desarrollo de los pueblos indígenas. Pero, vamos trabajar en el supuesto que los datos ofrecidos por las instituciones sean los reales.

Está claro que al tratar de temas indígenas nos damos cuenta que estamos frente a una alta complejidad para comprender todas sus dimensiones, pues, al no ser el sistema social al cual nos regimos, conocer sus instituciones merece el auxilio de diferentes ciencias.

Tal como indica Fernando DANTAS:

A complexidade daí decorrente demonstra que determinar as características de uma sociedade particular constitui um árduo trabalho de investigação no sentido de descobrir as variáveis antropológicas, políticas e históricas que interferem no processo de configuração do sujeito. Por isso a categoria abstrata, genérica, unívoca e isolada de sujeito da modernidade não serve de paradigma para definir o sujeito coletivo em que se constituem as sociedades e pessoas indígenas¹²².

Así, al referirse a la promoción del desarrollo de los pueblos indígenas por parte del Estado peruano, debemos conocer los datos oficiales sobre la actual situación de la población indígena concernientes a sus variables sociales y económicas bajo el enfoque del goce de los servicios públicos básicos, tales como el de salud, educación, trabajo, renta indígena y entre otros. Si no veamos.

¹²² DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. **O Direito diferenciado: Pessoas, sociedades e direitos indígenas no Brasil.** p. 88. p. 90.

Por tanto, pasaremos a analizar el segundo filtro para promover mecanismos de desarrollo de los pueblos indígenas en el Perú, pero antes, se considera fundamental conocer la situación social y económica actual de estos pueblos conforme los datos oficiales del INEI, la Defensoría del Pueblo y las Instituciones internacionales especializadas en la protección de los pueblos indígenas.

2.4.1 Variables demográficas de los pueblos indígenas peruanos.

Definir “indígena” no es una tarea fácil. Varía de un país a otro, lo cual obliga a los investigadores a utilizar distintos parámetros, como la lengua, la autoidentificación indígena o la concentración geográfica. Las diferentes definiciones utilizadas para establecer la población indígena no sólo están influenciadas por el comportamiento social y por diversas complejidades técnicas, sino que también dan como resultado estimaciones muy variadas respecto a su tamaño. Sin embargo, es importante poder comparar las diferencias entre las poblaciones indígenas y no indígenas tanto en términos de las brechas sociales y económicas existentes entre ellas como en las mejoras logradas en los grupos¹²³.

El hecho de ser indígena es un concepto social que varía según la época histórica, el contexto cultural y la ubicación geográfica. Los marcadores de fisonomía y cultura (indumentaria, lengua y religión) de diferentes culturas, países y épocas no son fijos ni universales. Por ejemplo, a dos personas que compartan un mismo legado y una misma lengua materna se les puede identificar como integrantes de grupos diferentes (por ejemplo, ladinos e indios en Guatemala o cholos e indios en Perú) y las personas de padres indígenas pueden no considerarse a sí mismos como indígenas. La importancia que diferentes culturas atribuyen a la identificación con determinada categoría étnica o racial tampoco es uniforme entre países, culturas ni épocas. Ser catalogado como indígena¹²⁴ puede tener un significado diferente para una persona que se

¹²³ BANCO MUNDIAL. **Pueblos indígenas, pobreza y desarrollo humano en América Latina 1994-2004**. HALL, Gillette. PATRINOS, Harry Anthony (Orgs.). Direcciones para el desarrollo. Banco Mundial. Coedición con Mayol Ediciones S.A. Washintong D.C., 2006. p. 27.

¹²⁴ Por otro lado, la **Ley de Comunidades Nativas y de desarrollo agrario de las regiones de selva y ceja de selva del Perú**, considera miembros de una Comunidad Nativa, a los nacidos en el seno de la misma y aquellos que, habiendo nacido en otras comunidades, residan en ella en forma permanente¹²⁴. Este dispositivo presenta dos supuestos de identidad indígena, aquellos que nacieron en comunidad, y aquellos que no habiendo nacido en comunidad indígenas, esta forma parte por su condición de residencia permanente con el grupo.

autoidentificada como tal en Bolivia y para otra que lo haga en Guatemala. Quizás esto se deba a las diversas ventajas y desventajas socioeconómicas que conlleva a identificarse como indígena¹²⁵.

Conforme indica el INEI, en el Perú la información sobre lengua materna es particularmente relevante porque es la única información estadística disponible, con representatividad a nivel nacional, capaz de medir la dimensión de etnicidad. Es decir, se considera personas indígenas a aquellas que tienen como lengua materna una lengua originaria: *quechua*, *aimara*, *asháninka* o alguna de las lenguas amazónicas¹²⁶.

En ese contexto, según estudios antropológicos, estas Familias Lingüísticas (en el Perú) agrupan a sesenta (60) etnias: Amuesha, Asháninka, Ashéninka, Caquinte, Chamicuro, Culina, Matsiguenga, Nomatsiguenga, Piro y Resígaro (Familia Arahua); Chayahuita y Jebero (Familia Cahuapana), Amarakaeri, Arazaeri, Huachipaeri, Kisamberi, Pukirieri, Sapitieri y Toyoeri (Familia Harakmbut); Bora, Huitoto-Meneca, Huitoto-Murui, Huitoto-Muiname y Ocaina (Familia Huitoto); Achual, Aguaruna, Candoshi-Murato, Huambisa y Jíbaro, (Familia Jíbaro); Amahuaca, Capanahua, Cashibo-Cacataibo, Cashinahua, Cujareño, Isconahua, Mayoruna, Morunahua, Parquenahua, Pisabo, Marinahua, Mastanahua, Sharanahua, Shipibo-Conibo y Yaminahua (Familia Pano); Yagua (Familia Peba-Yagua), Lamas, Quichua y Kichwaruna (Familia Quechua); Aguano, Ticuna y Urarina (Familia Sin clasificación); Ese'Ejja (Familia Tacana); Muncie, Orejón y Secoya (Familia Tucano); Cocama-Cocamilla y Omagua (Familia Tupi-Guaraní); Arabela, Iquito y Taushiro (Familia Zaparo). Los resultados del II Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonía Peruana, permiten contar con información de las trece familias lingüísticas y de cincuenta y una (51) etnias de las sesenta existentes, no se empadronó como comunidad a nueve de ellas: Cujareño, Isconahua, Morunahua, Parquenahua y Pisabo (Familia Pano), Omagua (Familia Tupi-Guaraní), Aguano (Familia Sin Clasificación), Muncie (Familia Tucano) y Taushiro (Familia Zaparo), debido a que algunas etnias ya no

¹²⁵ BANCO MUNDIAL. **Pueblos indígenas, pobreza y desarrollo humano en América Latina 1994-2004**. HALL, Gillette. PATRINOS, Harry Anthony (Orgs.). Direcciones para el desarrollo. Banco Mundial. Coedición con Mayol Ediciones S.A. Washintong D.C., 2006. p. 29.

¹²⁶ PERÚ. **Decimocuarto Informe Anual de la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República**. Enero - diciembre 2010. 1 ed. Lima: Defensoría del Pueblo del Perú – DP. 2011. p. 203.

conforman comunidades al ser absorbidos por otros pueblos, además de existir etnias que por su situación de aislamiento es muy difícil llegar a ellas¹²⁷.

El país cuenta con una variedad de lenguas indígenas agrupadas en 18 familias lingüísticas: 16 amazónicas y 2 andinas¹²⁸. Hasta el Censo Nacional de 1972, la pertinencia a un pueblo indígena se captaba a través de la categoría “indio”, tomada desde un punto de vista fenotípico. A partir de entonces se empezó a usar como criterio de identificación étnica la lengua hablada o materna. En el XI Censo Nacional de 2007 se siguió usando la lengua materna como criterio único de identificación, a pesar de que organizaciones indígenas nacionales presentaron otras propuestas para la visibilización de los pueblos indígenas y afro descendientes. El Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), realizó en octubre de 2007 el Segundo Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonia Peruana, dentro de los Censos Nacionales (XI de Población y VI de Vivienda), y visitó más de dos mil comunidades indígenas en 11 departamentos (Amazonas, Cusco, Junín, Madre de Dios, Ucayali, Pasco, Huánuco, Loreto, San Martín, Cajamarca y Ayacucho). Para su realización, el INEI suscribió convenios de cooperación interinstitucional con AIDSESEP así como con la Confederación Nacional de la Amazonia Peruana (CONAP). Este censo de comunidades indígenas incluyó un cuestionario especial avalado por la autoridad de cada pueblo indígena. También se recopiló información complementaria sobre las características socio-económicas propias de cada centro poblado: situación geográfica; territorio o extensión que ocupan; características de la infraestructura educativa; servicios de salud; actividad económica; ocupación principal, y migración. Si bien hay avances, se ha constatado que aún quedan vacíos y dificultades para obtener datos desglosados específicos para mujeres, niñas y niños indígenas¹²⁹.

Según los resultados del II Censo de Comunidades Indígenas 2007, los departamentos que concentran el mayor número de comunidades indígenas son: Loreto con 39,5%, Ucayali con 14,4%, Amazonas con 14,2% y Junín con 13,3%, mientras que

¹²⁷ PERÚ. **II Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonía peruana 2007**. Dirección y Supervisión general: Gaspar Humberto Morán Flores. Tomo 1. Dirección Nacional de Censos y Encuestas del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). Lima: INEI, 2008.

¹²⁸ POZZI-ESCOT, Inés. **EL multilingüismo en el Perú**. Lima: Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas, 1998. pp. 298-299.

¹²⁹ UNICEF. **¿Qué está pasando con los derechos de los pueblos indígenas?** Estudio regional: Buenas prácticas, obstáculos y desafíos en la implementación de las recomendaciones del Relator Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, del Comité de los Derechos del Niño y del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en Ecuador, Bolivia y Perú. Myrna Cunningham. p. 146.

los departamentos de Ayacucho y Cajamarca cuentan con menor número de comunidades (0,2% y 0,5%, respectivamente). En el periodo intercensal 1993-2007, el departamento de Loreto presentó el mayor número de comunidades censadas, mostrando un incremento de 5,7 puntos porcentuales, es decir, de 33,7% (492 comunidades censadas) en el año 1993 aumentó a 39,5% (705 comunidades censadas) en el año 2007. En cambio, el departamento de Ucayali presentó la mayor disminución de comunidades indígenas censadas, de 16,7% en 1993 a 14,4% en el 2007. Con respecto a los pueblos étnicos, en el 2007 se observa que los departamentos que registran el mayor número de ellos son: Loreto (54,9%), Ucayali (29,4%) y Madre de Dios (27,5%). En los últimos catorce años, se observa que en el departamento de Loreto, la proporción de pueblos étnicos creció en 4,9 puntos porcentuales, es decir, de 50,0% en 1993 a 54,9% en el 2007, mientras que en el departamento de Cusco, decreció en 4,8 puntos porcentuales (14,6% en 1993 a 9,8% en el 2007)¹³⁰.

Analizando los resultados del II Censo de Comunidades Indígenas 2007, se observa que de los 51 pueblos étnicos registrados, los que presentan el mayor número de comunidades indígenas son los pueblos: Asháninka con 23,0%, Aguaruna (Aguajun) con 15,7%, Quichua con 7,3% y Chayahuita con 6,9%¹³¹.

En ese sentido, según los censos de la población indígena, podemos afirmar que el Estado peruano tiene una alta pluralidad cultural a lo largo de su territorio nacional. En ese sentido, según las variables demográficas presentadas por el INEI, algunas ONG's cuestionan la reducción, y si se quiere llamar de "extinción" de ciertas poblaciones indígenas en el Perú, delimitando de esa forma responsabilidad directa al Estado peruano por su omisión de protección y mecanismos de desarrollo para su subsistencia.

En ese contexto, por un lado el INEI a través del censo del 2007 afirmó que el país existen más de 60 etnias según el último censo, siendo evaluadas y valoradas 51 de las 60 existentes y identificadas, por lo que esas 9 etnias no censadas, en su mayoría no fueron tomados en consideración porque simplemente éstas fueron extinguidas por la falta de protección y mecanismo de desarrollo, viéndose así obligados a forma parte de otros grupos, y en otros casos, llevándolos a la muerte.

¹³⁰ PERÚ. **II Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonía peruana 2007**. p. 63.

¹³¹ Idem, Ibidem. p. 64.

Por otro lado, en el 2010, el Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afro Peruano (INDEPA - ONG) señaló que en el Perú existen 77 etnias indígenas, según lo consignado en la «Propuesta de mapa etnolingüístico 2010» publicada en su portal institucional¹³². Entre los pueblos indígenas ubicados en la Amazonía (332,975 personas), los *asháninkas* y los *awajun* son los más numerosos, pero existen también diversos pueblos *en aislamiento* que viven en zonas del bosque tropical de difícil acceso, así como otros *en contacto inicial* que vivían en aislamiento y que han decidido salir de él y pasar a establecer contacto, sea esporádico o permanente, con otros indígenas o con mestizos y otros miembros de la sociedad nacional. En la zona andina, los pueblos indígenas con mayor población son los quechuas, los aymaras y los uros. Aunque un importante sector de la población indígena se encuentra en las zonas rurales, debe tenerse en cuenta que diversos grupos de familias indígenas han migrado a las ciudades, conservando muchos de ellos aspectos de su identidad cultural originaria, pese a haber dejado sus tierras ancestrales o tradicionales¹³³.

En lo que se refiere a la población indígena en América del Sur, la UNICEF sostiene que, aunque hay amplias variaciones en las estimaciones sobre la cantidad de población indígena, es innegable que Bolivia, Ecuador y Perú están entre los países con mayor proporción de pueblos indígenas en la Región. Conforme indica esta institución, en el Perú, por ejemplo, las estimaciones varían desde 6,5 millones a 12,5 millones de personas (del 25% al 48% de la población del país). El número mayor corresponde a hogares donde el jefe de familia o cónyuge tienen padres o abuelos cuya lengua materna es un idioma indígena. El número menor corresponde a hogares donde el jefe de familia o cónyuge poseen como lengua materna un idioma indígena¹³⁴.

En ese escenario, es importante resaltar que aún que el Estado peruano hace méritos para identificar, diferenciar y determinar con exactitud las variables demográficas de la población indígena según el Censo de 1993 y del 2007 como criterio base y fundamental para implementar políticas o mecanismos de desarrollo para estos pueblos, y a pesar que la constitución de 1993 y la jurisprudencia de los altos tribunales

¹³² PERÚ. **Decimocuarto Informe Anual de la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República**. p. 202.

¹³³ Idem, Ibidem. p. 65.

¹³⁴ UNICEF. **¿Qué está pasando con los derechos de los pueblos indígenas?** Estudio regional: Buenas prácticas, obstáculos y desafíos en la implementación de las recomendaciones del Relator Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, del Comité de los Derechos del Niño y del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en Ecuador, Bolivia y Perú. Myrna Cunningham. p. 146.

declaran y reconocen que el país es un Estado Multicultural, vemos que a lo largo de los años estos pueblos vivieron siendo reconocidos como grupos diferenciados pero desde un punto de vista de ser los excluidos del sistema.

Por tanto, el Perú teniendo una población general de casi 29 millones de habitantes aproximadamente según el censo del 2007, y que de esa cifra general aproximadamente 48% es considerado indígena o que provienen de tales grupos por la integración familiar de la lengua originaria, se puede afirmar que el Perú que está conformada por una alta población indígena y que por ostentar tal condición, las políticas públicas de desarrollo deben de estar aún más enfocadas para estos pueblos puedan alcanzar y vivir bajo un bienestar social.

Según los datos que irán presentarse, se puede reafirmar que el Estado peruano es un Estado Multicultural, un Estado en el cual conviven diferentes subsistemas, siendo uno de ellos los grupos étnico. En ese sentido, en lo que se refiere a la población indígena, el Estado está en la obligación de hacer respetar y garantizar la permanencia sostenible de éstos pueblos en el marco de sus sistemas sociales, por ser parte de grupos diferenciados, por lo que sus territorios, identidad, cosmovisión, usos y costumbres, y sobre todo el Estado en la obligación de generar mecanismos de desarrollo con sostenibilidad en estos pueblos.

Por tanto, se pasará a conocer las características sociales y económicas indígenas, para enfocarnos sobre las dificultades y problemas de estos pueblos en la actualidad. De esa forma, en primer lugar comenzaremos a analizar las características sociales de los pueblos indígenas en el Perú en base al II Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonía 2007.

2.4.2 Variables sociales y económicas de los pueblos indígenas en el Perú.

La Constitución Política establece la obligación del Estado de brindar al educando una formación adecuada, con la finalidad de lograr el desarrollo integral de la persona humana sobre la base del respeto por su identidad cultural. Esto se logra mediante una educación bilingüe e intercultural que responda a las características de la diversidad de los pueblos indígenas, preservando las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país, reconociendo de este modo las lenguas y culturas indígenas

como parte esencial de los procesos de aprendizaje¹³⁵. En el Perú existen aproximadamente un millón de niños, niñas y adolescentes indígenas en edad escolar que requieren un servicio de Educación Intercultural Bilingüe (EIB) que incorpore su lengua originaria y su cultura como medio y objeto de enseñanza, además del castellano¹³⁶.

En el caso de la educación indígena, vemos que el Estado peruano tiene una gran presencia en los centros educativos en el nivel primario, prestando casi en todas las comunidades indígenas tal nivel educativo. En el caso del nivel secundario es distinto, pues, su ausencia es notoria, por lo que en mucho caso los jóvenes indígenas se ven obligados a trabajar en el campo, dejando de lado la inactividad del capital del conocimiento para generar mecanismos de desarrollo organizacional.

Destacando la importancia de la educación, Bernardo KLIKSBERG aduce que:

Em suma, a educação representa, para os países, as famílias e os indivíduos, uma forma de acumulação de grande significância para se contar com oportunidades de desenvolvimento¹³⁷.

Conforme al II Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonía peruana 2007, el INEI sostiene que frente a 1 mil 786 comunidades indígenas censadas, 1 mil 534 tienen centros educativos, de los cuales el 32,1% corresponde al nivel educativo inicial, el 98,4% a primaria y el 16,6% a secundaria. En cuanto a la población estudiantil, se tiene un total de 94 mil 805 alumnos, de los cuales el 11,3% se encuentran estudiando el nivel inicial, el 72,8% el nivel primario y el 15,6% el nivel secundario. Como se puede observar el mayor porcentaje tanto de comunidades como de población estudiantil se concentra en el nivel educativo primario, seguido del nivel secundario y del nivel inicial¹³⁸.

En ese contexto, el estudio *Estado de la niñez indígena en el Perú*, publicado por UNICEF y el INEI, muestra la insuficiente cobertura del sistema educativo en lo que se refiere a este grupo poblacional. Para citar un ejemplo, de acuerdo con lo señalado por los directores de las instituciones educativas en el Censo Escolar 2008, del

¹³⁵ PERÚ. **Aportes para una Política Nacional de Educación Intercultural Bilingüe a favor de los Pueblos Indígenas del Perú**. Series, Informes Defensoriales. Informe Nro. 152. 1. Ed. Lima: Defensoría del Pueblo del Perú DP. 2011. p. 32.

¹³⁶ PERÚ. **Decimocuarto Informe Anual de la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República**. p. 209.

¹³⁷ KLIKSBERG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**. p. 229.

¹³⁸ PERÚ. **II Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonía peruana 2007**. p. 80.

total de estudiantes de educación primaria pública que tienen una lengua materna originaria, solo el 38% asistieron a una institución educativa EIB en ese año. Asimismo, las tasas más altas de abandono de los estudios antes de terminar el año escolar corresponden a los centros educativos con mayor número de estudiantes indígenas, y solo el 11% de la población indígena de 18 a 20 años de edad logra acceder a la educación superior¹³⁹.

En ese escenario, sobre la calidad de la prestación del servicio educativo a los pueblos indígenas, es importante tener en consideración los factores que contribuyen al funcionamiento eficiente de los centros educativos, tales como el servicio del agua y de luz, pues estos factores brinda un mejor desarrollo de los integrantes de estos pueblos.

Continuando con el análisis de la educación indígena en el Perú, según los resultados del II Censo de Comunidades Indígenas 2007, se observa que el 26,7% de los centros educativos que funcionan en las comunidades indígenas cuentan con servicios de agua y el 63,3% no tienen dicho servicio. De los centros educativos que tienen servicios de agua, el 13,6% sólo disponen de agua de pozo, el 12,5% sólo disponen de agua conectada por red de tubería pública y el 0,5% disponen de ambos servicios¹⁴⁰. De esa forma, se presenta un primer problema en la obstaculización en el desarrollo indígena, esto es, la ineficiencia sobre la prestación del servicio de educación.

Por otro lado, en el caso de la salud indígena, vemos que el Estado peruano no brinda una eficiente prestación de salud pública para los integrantes de los pueblos indígenas. Vemos que la mitad no cuenta con establecimientos de salud. Es verdad que no siempre debe de estructurarse centros de salud en todas las poblaciones indígenas, pues está sujeto al factor demográfico y a la vez sobre la autorización de estos pueblos para la instalación de tales centros.

Conforme a la actual situación de la salud de los pueblos indígenas, los resultados del II Censo de Comunidades Indígenas 2007; indican que el 40,9% de comunidades indígenas cuentan establecimientos de salud y el 59,1% no tienen establecimientos de salud¹⁴¹. Del total de comunidades que cuentan con establecimientos de salud (731), se observa que el 45,4% de comunidades indígenas

¹³⁹ UNICEF. **¿Qué está pasando con los derechos de los pueblos indígenas?** p. 209.

¹⁴⁰ PERÚ. **II Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonía peruana 2007.** p.. 83.

¹⁴¹ Idem, Ibidem. p. 93.

cuentan con botiquines, el 42,3% con puestos de salud/postas sanitarias y el 10,9% con centros de salud/postas médicas¹⁴².

Una prueba de ello es que, actualmente, el Centro Nacional de Salud Intercultural (CENSI), órgano de línea del Instituto Nacional de Salud (INS) y responsable de esta estrategia, no mantiene una relación fluida con las regiones que cuentan con población indígena. Asimismo, el Reglamento de Funcionamiento del Comité Técnico Permanente y el Reglamento del Comité Consultivo de la Estrategia Sanitaria Nacional se encuentran en proceso de revisión y discusión¹⁴³. El CENSI, además, avanzó en la elaboración de dos documentos: la propuesta para la inclusión de la pertinencia étnica en los sistemas de información de salud, y un listado de pueblos indígenas andinos y amazónicos, que permitirá contar con estadísticas diferenciadas de los diagnósticos e intervenciones en salud a favor de estos pueblos¹⁴⁴.

En ese contexto, en diciembre del 2009, el MINSA, la DIRESA del Gobierno Regional de Loreto y la sociedad civil se comprometieron a elaborar, en el Marco del AUS, el Plan Integral de Salud de la provincia de Datem del Marañón, con énfasis en la prevención, el control y el tratamiento de la hepatitis B. En este contexto, en el 2010 se tomaron muestras de sangre que permitirían identificar a los miembros de los pueblos kandozi y shapra portadores crónicos de esta enfermedad, a fin de que pudieran recibir tratamiento antiviral. Lamentablemente, la hepatitis ocasionó la muerte de varias personas y el deterioro de la salud de muchas otras, y el año culminó sin que el gobierno central ni el regional tomaran medidas para garantizar oportunamente los recursos presupuestales y profesionales necesarios para atender a las personas infectadas, y prevenir y minimizar la peligrosa propagación de la enfermedad entre la población más vulnerable¹⁴⁵.

Así, se considera que para mejorar la calidad de la prestación del servicio de salud a los pueblos indígenas, también es un factor importante que se debe de tener en consideración para el funcionamiento eficiente de los de los centros de salud y postas médicas, desatancado la prestación de los servicios del agua, saneamiento y de luz.

¹⁴² Idem, Ibidem. p. 95.

¹⁴³ PERÚ. **Decimocuarto Informe Anual de la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República.** p. 206.

¹⁴⁴ Idem, Ibidem. p. 207.

¹⁴⁵ Idem, Ibidem. p. 208.

Frente a esa necesidad, el INEI sostiene que el 50,2% de las comunidades indígenas con establecimientos de salud se abastecen de agua de río o manantial, el 16,4% de agua de pozo y el 13,4% se abastecen de agua por tubería conectada a la red pública¹⁴⁶.

Conforme a los resultados del II Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonía 2007, se indica que el mayor número de personas que presentaron una o más enfermedades o accidentes en los 12 últimos meses son 20 mil 679 personas con parásitos, 11 mil 232 personas con vómitos diarrea, 8 mil 26 con desnutrición, anemia y 7 mil 202 con malaria y paludismo¹⁴⁷. Según los resultados del Censo de Comunidades Indígenas 2007, las causas principales de fallecimiento son: causas desconocidas con 28,3%, enfermedades diarreicas agudas (vómito, diarrea) con 17,7%, neumonía con 13,4% y malaria-paludismo con 9,4%¹⁴⁸. Según los resultados del II Censo de Comunidades Indígenas 2007, el 69,5% de las comunidades utilizan con mayor frecuencia como método de curación las plantas medicinales y medicamentos, el 16,0% de comunidades utilizan sólo medicamentos para curarse y el 12,0% utilizan sólo plantas medicinales¹⁴⁹. De esa forma, se presenta un segundo problema en la obstaculización en el desarrollo indígena, esto es, la ineficiencia sobre la prestación del servicio de salud.

En el caso de los servicios de comunicación, vemos que el Estado peruano no brinda una eficiente prestación de servicio de telefonía fija y pública para los integrantes de los pueblos indígenas, además de que este servicio sólo alcanza a la mitad de estos pueblos. En ese sentido, se destaca que este servicio también es fundamental en lo que se refiere al desarrollo organizacional teniendo como contribución a la tecnología.

Con relación a la tenencia de servicios de comunicación, el censo indica que el 41,7% de comunidades indígenas cuentan con servicio de radiofonía y el 10,6% con teléfono público. El 49,9% de comunidades no cuentan con ningún servicio de comunicación¹⁵⁰. De esa forma, se presenta un tercer problema en la obstaculización en el desarrollo indígena, esto es, la ineficiencia sobre la prestación del servicio de comunicación.

¹⁴⁶ PERÚ. **II Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonía peruana 2007**. p. 99.

¹⁴⁷ Idem, Ibidem. p. 103.

¹⁴⁸ Idem, p. 108.

¹⁴⁹ Idem, p. 113.

¹⁵⁰ Idem, p. 70.

Por último, en el caso de las organizaciones comunales vemos que el Estado peruano brinda parcialmente la prestación de asistencia social a los pueblos indígenas, tales como el vaso de leche, club de madres, comedor popular, entre otros. Tal programa asistencial no ha conseguido actuar eficientemente en lo que se refiere a la optimalización de los recursos y la distribución del servicio.

En esa perspectiva, conforme a los resultados del II Censo de Comunidades Indígenas 2007, el INEI indica que las comunidades indígenas cuentan con organizaciones comunales tales como, comité del vaso de leche (83,2%), asociación de padres de familia (74,0%), club de madres (37,3%), comedor popular (7,7%) y otros (27,2%), los mismos que incluyen a los comités de autodefensa, los comités de reforestación, comedor infantil, asociación de ganaderos, entre otros¹⁵¹.

En ese sentido, se destaca que los principales programas con los que se benefician las comunidades indígenas son, el programa del vaso de leche (77,0%), el seguro integral de salud (65,4%), el programa de vacunas (50,4%), desayuno o alimentación escolar (38,0%), textos y útiles escolares (37,5%), el programa de planificación familiar (36,3%), el programa de control de enfermedades diarreicas (33,9%), entre otros¹⁵². Los resultados del II Censo de Comunidades Indígenas indican que el 85,9% de las comunidades indígenas tienen centros educativos y el 14,1% no cuentan con dicho servicio¹⁵³. De esa forma, se presenta un cuarto problema en la obstaculización en el desarrollo indígena, esto es, la ineficiencia sobre la prestación la asistencia social a favor de estos pueblos.

Por tanto, conforme al análisis de la situación social de los pueblos indígenas, pasaremos a desarrollar la situación económica de estos pueblos conforme al II Censo de Comunidades Indígenas del 2007 elaborada por el INEI.

En la actualidad, vemos que entre las actividades económicas de los pueblos indígenas se destaca la agricultura, a la caza, artesanía, y entre otros, como fuente de producción para la acumulación de recursos para su subsistencia. Si bien en los Tratados Internacionales los pueblos indígenas tienen el derecho de explotar los recursos naturales que se encuentran en sus territorios, aun que sea discutible esta posición por sus diferentes interpretaciones, es importante afirmar que dentro de las actividades económicas formales, en la actualidad en el Perú no se presentan

¹⁵¹ Idem, Ibidem. p. 73.

¹⁵² Idem, p. 75.

¹⁵³ Idem, p. 78.

antecedentes de explotación de recursos no renovables, tales como minerales, petróleo o gas, que sean desarrolladas por las organizaciones indígenas o que éstas cesan sus territorios para obtener alguna participación económica sobre tal explotación.

En ese contexto, sobre las actividades económicas indígenas, el INEI señala que los resultados del Censo de Comunidades Indígenas 2007, indican que el 97,9%, de comunidades se dedican con mayor frecuencia a la agricultura, el 55,4% a la caza, el 51,6% a la pesca, el 51,2% a la crianza y el 22,2% a la artesanía. En el grupo de pueblos étnicos con más de 100 comunidades, el pueblo Shipibo-Conibo se dedica con mayor frecuencia a la agricultura (100,0%), el 79,8% de sus comunidades a la pesca y el 42,3% a la artesanía. El pueblo Quichua tiene el mayor porcentaje de comunidades que se dedican a la crianza (63,1%) y caza (81,5%), como actividades económicas más frecuentes. En el grupo de pueblos étnicos que tienen entre 10 y 100 comunidades, más del 80,0% de comunidades se dedican con mayor frecuencia a la agricultura, resaltando los pueblos de Lamas, Cocama-Cocamilla, Urarina, Ashéninka, Ameshua, entre otros, cuya totalidad de comunidades se dedican a la agricultura. Los pueblos que se dedican a la caza son Matsés (100,0%), Sharanahua (100,0%), Cashinahua (94,7%) y Ashéninka (81,6%). En crianza, los pueblos que se dedican a esta actividad son Huambisa (90,2%), Achual (78,9%) y Lamas (74,6%). Los pueblos de Cocama-Cocamilla (83,1%) y Ticuna (92,0%) se dedican principalmente a la Pesca. En el grupo de pueblos con menos de 10 comunidades, casi el total de sus comunidades se dedican con mayor frecuencia a la agricultura.¹⁵⁴

Así, después de conocer estas variables en lo que se refiere a la generación de renta indígena por las actividades económicas desarrolladas por los pueblos indígenas, se puede afirmar que no existe un alto margen de rentabilidad sobre la explotación de los recursos tradicionales que son explotados, pues, los pueblos indígenas incursionan en el mercado económico para efectuar la troca de productos primarios con el fin de tan sólo satisfacer sus necesidades, pues, la falta de mecanismos de desarrollo no les permite alcanzar un cierto grado de calidad y bienestar social.

Frente a los datos expuestos, conforme a la Defensoría del Pueblo, se destaca que la población de origen indígena es, indiscutiblemente, la más afectada por la vulnerabilidad y la pobreza. Así, la incidencia de pobreza total en la población indígena es casi el doble (55%) de la registrada en la población cuya lengua materna es el

¹⁵⁴ Idem, Ibidem. p. 115.

castellano (29%)¹⁵⁵. Esta diferencia se explica en parte por la alta incidencia de pobreza extrema entre la población indígena: el 26% de peruanos cuya lengua materna es originaria viven en situación de pobreza extrema, en contraste con el 8% de castellanohablantes que están en esa misma situación¹⁵⁶.

La Defensoría del Pueblo destaca que al interior de la población indígena, los pueblos amazónicos son los que enfrentan una mayor incidencia de pobreza total (81%) y extrema (41%), lo cual se explica por la desatención histórica del Estado para brindarles los servicios básicos¹⁵⁷.

Recientemente, las organizaciones de los pueblos indígenas han alcanzado una posición de mayor visibilidad frente al Estado, lo cual se ha hecho más evidente al haber demandado el reconocimiento y el ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales, tanto individuales como colectivos, haciendo visible el débil papel de la institución que representa a los pueblos indígenas en el Estado. A lo largo de los últimos años, esta responsabilidad ha recaído en diversas instancias: la Secretaría Técnica de Asuntos Indígenas (SETAI) —del entonces Ministerio de Promoción de la Mujer y Desarrollo Humano (PROMUDEH)—, que posteriormente pasó a ser la Comisión Nacional de Pueblos Andinos y Amazónicos (CONAPA) de la PCM, para luego convertirse en el INDEPA, organismo dependiente tanto de la PCM como del MIMDES¹⁵⁸.

El último proceso de modificación se produjo en julio del 2010, luego de crearse el Ministerio de Cultura, cuando se dispuso la fusión del INDEPA a este nuevo sector. De este modo, se convirtió en una unidad ejecutora con autonomía económica, financiera y administrativa, adscrita al Vice-ministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura, encargada de promover y garantizar la igualdad social, el desarrollo con identidad y el respeto de los derechos de los pueblos del país, de conformidad con el Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁵⁹.

En contexto, el reconocimiento de sus derechos es imprescindible para garantizar la supervivencia de grupos humanos poseedores de una cultura diferente a la

¹⁵⁵ PERÚ. INEI – UNICEF. Martín Benavides, Magrith Mena y Carmen Ponce. **Estado de la niñez indígena en el Perú**. Lima: INEI y Unicef, 2010. p.18.

¹⁵⁶ PERÚ. **Decimocuarto Informe Anual de la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República**. p. 203.

¹⁵⁷ Idem, Ibidem. p. 203.

¹⁵⁸ Idem, p. 212.

¹⁵⁹ Idem, p. 212.

mayoritaria y que se encuentran en situación de vulnerabilidad desde el punto de vista constitucional, debido, entre otras razones, a (i) la existencia de patrones históricos de discriminación que les impiden el pleno ejercicio de sus derechos y su cultura; (ii) la presión ejercida sobre sus territorios, su forma de ver el mundo, su organización social, sus modos de producción y su concepción sobre el desarrollo, originada en la explotación de los recursos naturales y la formulación de proyectos de desarrollo de diversa naturaleza en sus territorios ancestrales; (iii) el grave impacto que el conflicto armado ha generado en su modo de vida, reflejado en desplazamiento forzado y afectaciones de especial gravedad a sus territorios ancestrales, usados como corredores estratégicos o escenarios directos del conflicto; y (iv) la marginación económica, política, geográfica y social que, por regla general, enfrentan como grupos minoritarios¹⁶⁰.

En ese escenario, según los cuatro problemas que fueron planteados sobre la ineficiencia en la prestación de los servicios públicos a los pueblos indígenas, que obstaculizan el desarrollo para estos pueblos, vemos que la situación indígena en el Perú es grave al mantener a la mayoría de las poblaciones indígenas en la condición de pobreza. Aún que se presente una mayor visibilidad del Estado en cumplir con su demandas sociales, conforme al Decimocuarto Informe Anual de la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República, periodo enero - diciembre del 2010, tal institución determinó que actualmente el Estado peruano es ineficiente sobre la prestación de los principales servicios públicos a favor de los pueblos indígenas.

Los cambios y procesos de reorganización continuos que ha afrontado la institución estatal que representa a los pueblos indígenas han limitado su trabajo, determinando que su reacción frente a la vulneración de los derechos de los pueblos indígenas sea incipiente o nula, y debilitando su capacidad de coordinar con los órganos especializados en temas indígenas que se encuentran en los diversos ministerios. A ello deben agregarse sus limitaciones técnicas y de recursos, que han impedido el cumplimiento cabal de sus funciones. Sin embargo, pese a ello, la Defensoría del Pueblo considera que este último cambio constituye una oportunidad para consolidar una institución que represente los intereses de los pueblos indígenas en la estructura del

¹⁶⁰ COLOMBIA. Expediente T-3331151. **Acción de tutela presentada por Jovannys Pardo Castro contra la Dirección General Marítima de la Capitanía de Puerto de Cartagena (Dimar)**. Sentencia de la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Bogotá, 18 de mayo del 2012. (Fundamento 1). p. 100.

Estado y que actúe como organismo rector de las políticas nacionales indígenas. Es decir, que se encargue de formular y aprobar la política, los programas y los proyectos necesarios para el desarrollo integral de los pueblos indígenas; de planificar, programar y coordinar con los gobiernos regionales y locales actividades de desarrollo integral de los pueblos indígenas; y de concertar, articular y coordinar acciones de apoyo, fomento, consulta, capacitación y asistencia técnica de las entidades públicas y privadas a favor de los pueblos indígenas, entre otras funciones que se señalan en su Ley de creación¹⁶¹.

La Defensoría del Pueblo ha identificado diversas medidas a favor de los pueblos indígenas en materia de institucionalidad y, entre otros servicios básicos, en salud, educación y electrificación. No obstante, se requiere una mayor atención de los derechos de los pueblos indígenas por parte del Poder Ejecutivo¹⁶². Para ello, es central que prime el diálogo y el respeto mutuo entre las organizaciones indígenas y las autoridades y funcionarios públicos¹⁶³.

Por un lado, el Poder Ejecutivo tiene la obligación de estructurar, formular y aprobar las políticas de desarrollo, los proyectos y programas necesarios para el desarrollo sostenible de los pueblos indígenas en el Perú. En ese sentido, también se destaca que los gobiernos regionales y locales también ejercen un papel trascendental en lo que se refiere a los proyectos y programas que viabilicen sosteniblemente actividades de desarrollo sostenible de los pueblos indígenas. Por otro lado, se destaca que se requiere una mayor atención de los derechos de los pueblos indígenas por parte de los gobiernos regionales. Para ello, es central que se desarrolle un mayor número de proyectos de inversión pública que beneficien a la población más pobre y excluida de las comunidades nativas y campesinas¹⁶⁴.

Así, se considera que el papel eficiente de los Gobiernos regionales y locales es de suma importancia cuando se refiere a las políticas públicas sostenibles con inclusión social de los pueblos indígenas en el Perú. Estas instituciones están frente a grandes desafíos para alcanzar ese desarrollo indígena con bienestar social y paz social en justicia.

¹⁶¹ PERÚ. **Decimocuarto Informe Anual de la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República**. p. 212.

¹⁶² El gobierno central es el órgano público responsable en la implementación de las políticas públicas de desarrollo indígena, esto es por la suscripción del INDEPA al ministerio de cultura.

¹⁶³ PERÚ. **Decimocuarto Informe Anual de la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República**. p. 215.

¹⁶⁴ Idem, Ibidem. p. 215.

Por tanto, según la inestabilidad de las instituciones públicas que velan por el respeto y la protección de los pueblos indígenas, se puede determinar que a lo largo de la historia, desde la conquista, el virreinato español hasta la fundación de la república, la institucionalidad indígena siempre se mantuvo a la merced de la voluntad del poder político y económico, no teniendo un serio respaldo alguno por parte de la autoridad para salvaguardar los derechos de sus presentes y futuras generaciones.

Por tanto, esa omisión de protección y mecanismos de desarrollo por parte del Estado a los pueblos indígenas, y a la vez, por la percepción de algunos grupos de que estos pueblos están condenados a la exclusión y al subdesarrollo, en muchos casos son las propias instituciones que argumentan y defienden la posición de que en el Perú no existen propiamente pueblos indígenas como grupos diferenciados, aduciendo que la mayoría de su población está conformada por la descendencia indígena.

De esa forma, al excluir y al discriminar estos pueblos, se considera que es uno de los motivos por el cual se generan diversos conflictos sociales al momento de delimitar la norma aplicable según la calidad del sujeto en las relaciones sociales, y más aún, se presentan tales diferenciaciones cuando se está en frente a la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Por tanto, después de conocer la situación de los pueblos indígenas en el Perú, según sus características sociales y económicas por partes de las Instituciones peruanas, pasaremos analizar la pobreza indígena vista desde las instituciones internacionales. En esa línea, dada la importancia de la pobreza de los pueblos indígenas en temas de desarrollo y subdesarrollo en América Latina, pasaremos a destacar los primeros efectos que desestabilizan las instituciones indígenas.

2.4.3. La pobreza de los pueblos indígenas por las instituciones especializadas.

En la mayoría de los países de la región la pobreza es, en términos relativos, un fenómeno rural. Más del 60% de los pobres en México, América Central y los países andinos viven en zonas rurales, y su pobreza es más extrema que en las zonas urbanas¹⁶⁵.

¹⁶⁵ BID. **Estrategia para la reducción de la pobreza rural**. Banco Interamericano de Desarrollo. Departamento de Desarrollo Sostenible. División de Medio Ambiente. Documento preparado por Rubén G. Echeverría (SDS/ENV). N° ENV – 122. Washington, D.C, 1998.

En América Latina, los pueblos indígenas - que en Bolivia, Ecuador, Guatemala y Perú representan más del 25% de la población - y afrodescendientes - que constituyen más de un cuarto de la población en Brasil, Nicaragua y Panamá - son, en gran medida, los más pobres de la región, presentan los peores indicadores socioeconómicos y tienen escaso reconocimiento cultural y acceso a instancias decisorias¹⁶⁶.

En ese contexto, tal como fue examinado, actualmente las poblaciones indígenas padecen de serios problemas de salud, educación, empleo, demarcación territorial, entre otros grandes problemas. La situación de pobreza de estos pueblos simplemente genera una alta vulnerabilidad e integridad de los derechos de sus presentes y futuras generaciones, específicamente en América Latina.

Conforme indica la CEPAL, un aspecto determinante de la menor probabilidad de salir de la pobreza que padecen los hogares indígenas, es la precaria inserción laboral de estos grupos, ligada a su vez a aspectos de discriminación laboral y a su menor dotación de capital humano. Los principales problemas que enfrentan los pueblos indígenas son el desempleo, los empleos de baja calidad y la existencia de brechas sistemáticas en la remuneración e ingresos, en relación a los ocupados no indígenas. Al analizar en detalle la situación indígena en esta materia, se constata además que las cifras de participación en el mercado del trabajo de estos grupos sufren un sub-registro apreciable, especialmente por su vinculación al sector informal de la economía, o al trabajo agrícola y doméstico¹⁶⁷.

La CEPAL también resalta que a este proceso, de pérdida progresiva de tierras y del quiebre de las economías comunitarias, se sumaron los procesos de migración campo-ciudad, la estructura y dinámica de la inserción laboral, tanto dentro de los espacios rurales como particularmente al interior de las ciudades. Además, los indígenas y afrodescendientes — que suelen ser víctimas de prejuicios étnico-raciales — reciben menores remuneraciones por trabajos comparables a los del resto de la población y tienen más probabilidades de trabajar en el sector primario de la economía, insertándose en pequeñas empresas o en el sector informal. Influyen, asimismo, las dificultades de

¹⁶⁶ CEPAL. **Los pueblos indígenas y afrodescendientes ante el nuevo milenio**. Colaboradores; HOPENHAYN, Martín; BELLO, Álvaro; MIRANDA, Francisca. Serie 118. Políticas sociales. División de Desarrollo Social. Santiago de Chile; CEPAL, 2006. p. 27.

¹⁶⁷ Idem, Ibidem. p. 28.

acceso al crédito y a nuevas tecnologías que podrían permitirles aumentar y mejorar su producción¹⁶⁸.

Concerniente a la educación indígena, la CEPAL sostiene que la falta de acceso a educación es uno de los factores determinantes en la situación de desigualdad y exclusión que viven los pueblos indígenas y las minorías étnicas y nacionales, dada su incidencia en la precaria inserción laboral de estos grupos. Los modelos educativos aplicados hasta ahora no han tenido los efectos que en algún momento se esperaban, como la integración a la sociedad nacional y la asimilación de valores y cultura externos a la experiencia propia, sin perder los ejes identitarios de la propia cultura. Aunque el umbral de logros educativos avanza tanto en poblaciones indígenas como no indígenas, en la mayoría de los países se mantiene la brecha entre estos dos grupos, a favor de los últimos. Esto es especialmente visible en la participación de indígenas en la educación superior completa. Los no indígenas logran terminar en mayor cantidad los distintos niveles de instrucción, lo que a su vez tiene un fuerte correlato en la brecha educativa entre la situación urbana y rural.¹⁶⁹

En lo que se refiere a la situación de la salud indígena, la CEPAL indica que los pueblos indígenas en América Latina presentan una situación desmejorada de salud en comparación con el resto de la población nacional. Los hogares indígenas, en particular los que residen en el área rural, frecuentemente enfrentan elevados riesgos de enfermedad debido a las precarias condiciones de vida y a la escasa disponibilidad de servicios de salud, agua y saneamiento básico. Hasta ahora no se han realizado estudios sistemáticos que permitan comparar los perfiles de salud entre los pueblos indígenas y éstos con las diversas poblaciones nacionales, pero es posible contar con algunos indicadores de perfil reproductivo en los pueblos indígenas, relevantes para el análisis de la situación de salud de estos grupos¹⁷⁰.

En ese contexto, la vulnerabilidad identitaria de los pueblos indígenas en América Latina adquiere una primera expresión en el grado de autonomía política y control sobre el territorio que puedan alcanzar. En el discurso étnico, la tierra y el territorio parecen estar profundamente ligados al destino histórico. Se trata de una relación inalienable, porque junto con desaparecer sus tierras, desaparecería su cultura y su lengua, así como el amplio conocimiento que poseen sobre sus recursos. Sin

¹⁶⁸ CEPAL. **Los pueblos indígenas y afrodescendientes ante el nuevo milenio**. p. 30.

¹⁶⁹ Idem, *Ibidem*. p. 32.

¹⁷⁰ Idem, p. 35.

embargo, a pesar de la íntima relación entre territorio e identidad que defienden los pueblos indígenas, todavía existen resistencias para reconocer sus derechos sociales, económicos y culturales, principalmente porque se considera que su condición de minoría debiera significar su definitiva incorporación o asimilación a la sociedad nacional¹⁷¹.

Conforme al breve análisis de los derechos de educación y salud indígena, se afirma que uno de los temas que está relacionado a la pobreza versa sobre la capacidad adquisitiva del indígena para subsistir en el sistema, pues, tal como fue analizado en el subcapítulo anterior, la renta indígena se basa sobre las actividades económicas primarias que tan sólo les permite sobrevivir. En ese sentido, se considera que es a través de la renta, sin mayor relevancia de otros factores, por el cual los pueblos indígenas obtendrán mayores capacidades que les pueda estimular para alcanzar su desarrollo.

En esa perspectiva, sobre la relación entre renta y pobreza, Amartya SEN afirma que:

Embora seja importante distinguir conceitualmente a noção de pobreza como inadequação de capacidade da nação de pobreza como baixo nível de renda, essas duas perspectivas não podem deixar de estar vinculadas, uma vez que a renda é um meio importantíssimo de obter capacidades. E, como maiores capacidades para viver sua vida tenderiam, em geral, a aumentar o potencial de uma pessoa para ser mais produtiva e auferir renda mais elevada, também esperaríamos uma relação na qual um aumento de capacidade conduziria a um maior poder de auferir renda, e não o inverso¹⁷².

En esa línea, sobre la renta como capacidad de crear capacidades y oportunidades frente a la pobreza y desigualdades, Marco Antonio GONÇALVES aduce que:

Os padrões de distribuição de renda constituem uma dimensão fundamental do processo de crescimento. Torna-se, portanto ilusório esperar que uma estratégia a ser implementada em duas etapas – primeiro o crescimento, e depois a igualdade – possa vir a satisfazer por muito tempo as aspirações das massas pobres do Terceiro Mundo, de terem acesso rápido a condições de vida decentes¹⁷³.

¹⁷¹ Idem, p. 37.

¹⁷² SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 124.

¹⁷³ GONÇALVES, Marco Antonio Uberti. **O impacto da reserva legal e da área de preservação permanente sobre pequenas propriedades rurais (Um estudo na agricultura ecológica de Antonio Prado-RS)**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado em Direito

Por otro lado, se considera que es importante tener cuidado al momento de determinar y catalogar qué pueblo es pobre, y que otros no son pobres. Podemos demostrar las variables negativas de un pueblo que consideramos pobre, desde nuestra perspectiva, pero para los integrantes de esos pueblos, quizá no se consideran que vivan en la pobreza, pues el contexto económico en el que viven está sujeto a su propia voluntad. Así, debemos de tener mucho cuidado cuando afirmamos que todos los pueblos indígenas viven en la pobreza, media o extrema, pues esa generalización es una visión errada, puesto que hay pueblos indígenas, como es el caso en Australia, Canadá, EUA, entre otros países, que están varios pasos más a la frente que los pueblos indígenas en América Latina, pues, éstos alcanzaron un cierto grado de desarrollo por a la eficiencia sobre la distribución de sus riquezas, vista desde su dimensión social, económico, política y cultural.

Conforme el estudio de las instituciones especializadas, tal distribución eficiente de la riqueza, no se presenta en la mayoría de los países de América Latina, pues, en algunos casos los países mantienen altas sumas de reservas internacionales en sus Bancos Centrales de Reserva, cooptando su distribución. No es novedad para nadie aún que, aún en los últimos años América Latina presenta un alto crecimiento económico, los índices de desarrollo humano de estos países se encuentran entre uno de los más bajos del mundo.

Conforme a la mala distribución de la riqueza, Damião Felipe CLEMENTE FILHO e Luis Paulo BRESCIANI, entienden que:

Um país pode ser muito rico, e seus habitantes, muito pobres. Ou pode não ser tão rico, e seus habitantes desfrutarem de um padrão de vida superior ao de um país que tenha uma renda per capita maior. O que determina essa diferença é o perfil da distribuição de renda, ou seja, como a riqueza total que é produzida no país se distribui entre seus habitantes¹⁷⁴.

En esa relación de crecimiento económico, mejorar sociales y distribución de la renta, Nali de Jesús de SOUSA señala que:

Ambiental, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul. Caxias do Sul, 2008. p. 68.

¹⁷⁴ CLEMENTE FILHO, Damião Felipe; BRESCIANI, Luis Paulo. **Crescimento, desenvolvimento econômico e qualidade de vida.** Revista Trabalho e Meio Ambiente UCS. V. 1. Nro. 1. (Janeiro-Junho. 2002) Caxias do Sul, RS:EDUCS, 2005. pp. 43-53.

O crescimento, além da renda per capita, devem-se considerar indicadores que possam refletir melhorias sociais e econômicas, como alimentação, atendimento médico e odontológico, educação, segurança e qualidade do meio ambiente. Medidas destinadas a reduzir a pobreza podem ser indispensáveis quando for grande o contingente de pessoas carentes. A distribuição direta de renda através de programas de saúde, educação e alimentação da população mais pobre é indispensável para a melhoria dos indicadores de desenvolvimento¹⁷⁵.

En esa misma lógica de crecimiento económico teniendo tan sólo en consideración el crecimiento del Producto Bruto Interno – PBI, Damião CLEMENTE FILHO y Luis BRESCIANI sostiene que:

O crescimento econômico, quando medido apenas pelo PIB, pode ser muito desigual de um país para outro. Isso porque taxas de crescimento iguais de PIB escondem grandes variações na melhoria do bem-estar das pessoas e do seu Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), que é um método padronizado de avaliação e mensuração do bem-estar de uma população. O crescimento é um dos fatores fundamentais na redução da pobreza e na melhora do IDH, mas seu impacto sobre a pobreza pode variar enormemente¹⁷⁶.

Si bien es cierto que a través del crecimiento económico permitirá satisfacer las demandas del Estado, también es importante resaltar que una ineficiente distribución de las riquezas traerá consigo una constante condición de carencias en la prestación de los servicios públicos. En esa línea, una mala distribución acarrea al sometimiento de la pobreza por varias generaciones. Pero al final, ¿Qué entendemos por pobreza?

Por un lado, el ILD indica que: la pobreza no es tan fácil de definirla. Tampoco es una simple cuestión de entender lo que los índices de pobreza representan. Lo que se clasifican como “pobres” en occidente, por ejemplo, podría ser considerado como “clase media” en un país en desarrollo. “Pobres del mundo” es la abreviatura de un vasto y diverso de personas que tienen ingresos bajos. Ellos luchan con problemas como el hambre, la enfermedad y lo que se consideraría una vivienda inadecuada para los estándares occidentales. Viven en aldeas remotas y barrios marginales urbanos. Tienen

¹⁷⁵ SOUZA, Nali de Jesus de. **Desenvolvimento econômico**. p. 13.

¹⁷⁶ CLEMENTE FILHO, Damião Felipe. BRESCIANI, Luis Paulo. **Crescimento, desenvolvimento econômico e qualidade de vida**. pp. 43-53.

problemas para encontrar suficiente comida y agua limpia para beber. Muchos niños pobres no van a la escuela, sino más bien a trabajar¹⁷⁷.

Conforme a esa primera posición de lo que es estar bajo la pobreza, Enzo BELLO y René KELLER entienden que:

A pobreza não constitui um conceito perene, imune às transformações históricas. Seu significado e conteúdo sofrem constantes alterações e adaptações não só de acordo com as peculiaridades geográficas, mas também em virtude do próprio grau de desenvolvimento socioeconômico¹⁷⁸.

En ese sentido, para llegar a una definición de pobreza, tenemos que analizar los componentes o variables sociales y económicos de cada sociedad determinada, así como el grado de oportunidades que se otorgan a los integrantes de sus pueblos para salir de ese subdesarrollo, tales como la prestación del servicio educativo, salud, asistencia social, acceso al mercado como sujeto activo y pasivo, y entre otros.

Conforme a la carencia de oportunidades en el sistema, Bernardo KLIKSBURG aduce que:

Por outro lado, os mais pobres veem a sua vida drasticamente caracterizada pela ausência de oportunidade. São obrigados a trabalhar desde cedo, suas possibilidades de cursar os níveis de primário e secundário são limitadas, possuem riscos significativos na saúde, não tem uma rede de relações sociais capaz de impulsioná-los, não dispõem em crédito, sua inserção no mercado de trabalho é muito problemática, dificilmente conseguem romper com a situação de privação que marca suas famílias de origem¹⁷⁹.

Por otro lado, el Hernando de SOTO sostiene que la mayoría de las organizaciones utilizan umbrales de pobreza para comparar la pobreza entre países o para determinar la magnitud de la pobreza en un país. Un umbral de la pobreza es, básicamente, el nivel mínimo de ingresos de una persona o familia necesita para mantener un "nivel de vida adecuado" en un país dado. También hay pocos umbrales absolutos, tales como la cantidad de calorías necesarias para ser capaz de sostener un

¹⁷⁷ ILD. **A partir de un documento preliminar ILD para la Comisión de las Naciones Unidas para el Empoderamiento Jurídico de los Pobres.** Haciendo que la ley para todo el mundo. El informe final está disponible en:

http://www.undp.org/content/undp/en/home/ourwork/democraticgovernance/focus_areas/focus_justice_la_w/legal_empowerment.html Acceso, 20 de diciembre del 2012.

¹⁷⁸ BELLO, Enzo. KELLER, René José. **A pobreza como fruto pernicioso das relações entre o homem e a natureza no capitalismo.** In: Estado, médio ambiente e jurisdição. Org. Carlos Alberto Lunelli, Jeferson Marin. 1 ed. Caxias do Sul RS, EDUCS, 2012. p. 93.

¹⁷⁹ KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar.** p. 222.

cuerpo humano durante un día. Finalmente, también hay umbrales de pobreza relativa. En éstos, la pobreza se define en referencia a otros en la misma zona. Umbrales relativos más comúnmente calcular el porcentaje de una población con una renta inferior a la media de la región. Como tal, la pobreza relativa es también una medida de la desigualdad de ingresos, pero puede dar lugar a muy diversas definiciones de lo que es un ingreso medio o la calidad de vida¹⁸⁰.

Por otro lado, el BANCO MUNDIAL señala que un estudio sobre pobreza en la región¹⁸¹ muestra que en Bolivia y Perú los índices entre pueblos indígenas superan los 50% y 43%, respectivamente. La misma investigación concluye que, a pesar de la creciente influencia política de los pueblos indígenas en la última década, éstos muestran poco avance en materia económica y social: continúan sufriendo altos niveles de pobreza, menor educación y mayor incidencia de enfermedades y discriminación en comparación con otros grupos¹⁸². Estas variables pueden ser corroboradas en este trabajo cuando se desarrolló los aspectos sociales y económicas de los pueblos indígenas en el Perú.

Tal como lo señala PNUD, la existencia debilitante de la pobreza en la mayor parte de las comunidades indígenas probablemente sea la evidencia más flagrante de su exclusión (sino de su discriminación) que denota su desigual acceso a los recursos de producción y a los servicios sociales básicos. Es de vital importancia centrar el interés en estrategias para la reducción de la pobreza que incluyan a los pueblos indígenas, con el fin de resolver los problemas relacionados con la propiedad y el uso de las tierras y los recursos naturales, incluidas las cuestiones relativas al abastecimiento de agua potable, la educación y la salud, la protección de la propiedad cultural e intelectual y la participación en los procesos oficiales de toma de decisiones¹⁸³.

En ese contexto, en lo que se refiere a la erradicación de la pobreza en los pueblos indígenas, se considera que estamos frente a un gran desafío en superarla, no tan sólo para los organismos internacionales ni los gobiernos centrales, sino también a todas las esferas que administran el Estado, estos, también llega para los gobiernos

¹⁸⁰ Disponible en: <http://www.thepowerofthepoor.com/concepts/c1.php> Acceso, 14 de junio del 2012.

¹⁸¹ HALL, Gillette & PATRINOS, Harry. **Pueblos indígenas, pobreza y desarrollo humano en América Latina, 1994 - 2004**. Elaborado por el Banco mundial. Bogotá: Ediciones Mayol, 2006. Washington D. C.: Banco Mundial, 2005. La brecha en años de escolaridad entre indígenas y no indígenas alcanza 2,3 en Perú, 2,6 en Ecuador y 3,7 en Bolivia.

¹⁸² UNICEF. **¿Qué está pasando con los derechos de los pueblos indígenas?** p. 146.

¹⁸³ Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/4085458/pnud-y-desarrollo-indigena> Acceso, 29 de junio 2012.

regionales y locales, pero antes de tomar cualquier política pública de desarrollo que esté dirigida a combatir la pobreza y mejorar la calidad e bienestar de los pueblos indígenas, se considera fundamental que sus instituciones sean reconocidas y salvaguardadas por parte del poder público.

Frente a esos desafíos para la erradicación de la pobreza y el subdesarrollo de los pueblos indígenas, Rafael PRADO señala que:

A erradicação da pobreza extrema, uma das principais características das populações indígenas na América Latina, constitui um dos grandes desafios da proteção internacional dos direitos humanos neste início de século XXI. As respostas para essa solução podem ser encontradas na busca de um desenvolvimento equitativo, justo e sustentável dos povos indígenas ao interagirem tão intimamente com a natureza. O combate a pobreza dos povos indígenas e a defesa do seu direito fundamental de aceder ao desenvolvimento não depende exclusivamente da sua menção constitucional, pois todas as questões que envolvem os interesses dos povos indígenas devem ser analisadas sob normas que compõem os sistemas geral e específico e proteção aos direitos humanos formadoras do direito internacional dos direitos humanos¹⁸⁴.

Por tanto, por un lado se considera que beneficiarse de esas oportunidades así como erradicar la pobreza y mejorar la calidad de vida de los pueblos indígenas, en lo que se refiere a la posición de Amartya SEN, de que alcanzaremos el desarrollo previamente respetando y garantizando las libertades, por otro lado, se considera que es importante fortalecer las instituciones democráticas y incentivar a que las políticas de prestación de servicios públicos sean eficientes, es decir, dar un mayor valor e presión a que las instituciones públicas sean eficientes. En ese sentido, se presentará una fuerte estructura conforme a las garantías de las libertades y la eficiencia en las instituciones que permitirá tomar mejores decisiones públicas con el fin de contribuir con el proceso de desarrollo real y eficiente.

En ese escenario, sobre las oportunidades y la importancia de la eficiencia sobre la institucionalidad del Estado, Amartya SEN aduce que:

A ligação entre liberdade individual e realização de desenvolvimento social vai muito além da relação constitutiva – por mais importante que ela seja. O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por

¹⁸⁴ PRADO, Rafael Clemente Oliveira do. **Direitos Humanos, povos indígenas e desenvolvimento na expansão da fronteira agrícola na Amazônia Brasileira**. Revista de Direito Econômico e Socioambiental. PUCPR. Volume 2. Nro. 1. Janeiro-Junho 2011. Curitiba: Champagnat, 2010. pp. 207-251.

condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas. As disposições institucionais que proporcionam essas oportunidades são ainda influenciadas pelo exercício das liberdades das pessoas, mediante a liberdade para participar da escolha social e da tomada de decisões públicas que impelem o progresso dessas oportunidades¹⁸⁵.

Por otro lado, la CEPAL considera que las nuevas institucionalidades no constituyen por sí mismas la solución a los problemas estructurales de los pueblos indígenas y afrodescendientes, pero muestran avances y son señal de un grado de voluntad política. Esto no impide que en muchos países los avances en institucionalidad no vayan acompañados de cambios claros en la vida cotidiana, vale decir, donde se da la discriminación¹⁸⁶. En ese escenario cabe preguntarnos ¿Cómo influye el aspecto cultural en el desarrollo de los pueblos indígena?

En un primer momento, la CEPAL sostiene que el principio básico para lograr mayor integración social de los grupos indígenas, afrodescendientes, migrantes y otras minorías discriminadas, pasa por el reconocimiento y valoración de la diversidad cultural. Esto plantea el gran desafío de superar desigualdades y exclusiones derivadas tanto de la discriminación como de la llamada “homogenización cultural”. La primera porque margina a los grupos en cuestión, la segunda porque los desculturaliza respecto de sus propias formas de vida¹⁸⁷.

Conforme a ese reconocimiento y valorización cultural, la CEPAL afirma que el reconocimiento de la diversidad multicultural y pluriétnica implica que los Estados y gobiernos reconozcan los derechos de estos grupos, los incorporen a la legislación, y provean los medios necesarios para el ejercicio real de sus derechos y las instancias para el desarrollo de sus potencialidades, capacitación para el manejo de los códigos básicos de la modernidad, sin que ello signifique la pérdida de su identidad. La superación de inequidades y desigualdades por razones de raza y etnicidad requiere de políticas en ámbitos específicos de intervención que hagan efectivo el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales¹⁸⁸.

¹⁸⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 18.

¹⁸⁶ CEPAL. **Los pueblos indígenas y afrodescendientes ante el nuevo milenio**. p. 41.

¹⁸⁷ Idem, *Ibidem*. p. 42.

¹⁸⁸ Idem. p. 42.

En ese sentido, tal como fue señalado, frente a ese reconocimiento y modelos de desarrollo para erradicar la pobreza indígena, se considera que es fundamental el respeto y garantía por parte del Estado la aplicación del Convenio 169¹⁸⁹ de la OIT.

Pero, aun que tal Convenio Internacional fuese ratificado en el Perú en aras de obtener uno de los principales instrumentos para la estructura de políticas públicas de desarrollo a favor de los pueblos indígenas, así como se ha dado un cierto reconocimiento y valorización cultural, los resultados sobre la exclusión indígena se ha visto “enriqueciendo” durante los últimos años.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado que la presencia de este Convenio en el ordenamiento jurídico no ha significado su visibilidad o inclusión efectiva en las políticas de desarrollo en el Perú.

En lo que se refiere al olvido histórico y la exclusión actual de los pueblos indígenas en e Perú, el Tribunal Constitucional peruano ha entendido que:

(...) Con el Convenio N.º 169 de la OIT se pretende erradicar modelos de desarrollo que pretendían la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante. Con ello no se pretende situar a los pueblos indígenas en una posición de superioridad frente al resto de la población, sino, que los pueblos indígenas se vean beneficiados efectivamente con los derechos fundamentales que han sido reivindicados en favor del grueso de la sociedad. En efecto, los pueblos indígenas han existido desde antes de la aparición del Estado peruano, sin embargo, su presencia no ha significado su visibilidad o inclusión efectiva en las políticas de desarrollo. Debe de tenerse presente entonces el olvido histórico que estas poblaciones han padecido a fin de poder comprender no solo a los pueblos indígenas en sí, sino también a la normativa elaborada a fin de tutelar su particular realidad sociológica, cultural, política y económica (...) (Fundamento 14)¹⁹⁰.

Concerniente a la incursión de ese proceso de desarrollo por parte de los jóvenes indígenas, vemos que la carencia de oportunidades es considerablemente crítica en el Perú, aun que este reconozca ser un Estado Multicultural, éste no promueve eficientes proyectos para alcanzar el desarrollo tanto social como económico de estos pueblos.

¹⁸⁹ El Perú ratificó este Convenio (169-OIT) en el año 1994, por lo que el Estado se sometió a remitir informes periódicos sobre la implementación y ejecución de los dispositivos normativos del Convenio citado, con el fin de evaluar el cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado. Lamentablemente el Estado Peruano nunca hizo públicas los informes presentados a la OIT en lo que se refiere al cumplimiento del Convenio citado, por lo que se ha generado un malestar social de la sociedad civil y de los pueblos indígenas con el Estado Peruano.

¹⁹⁰ PERÚ. **Resolución del Tribunal Constitucional del Perú TC. EXP. N.º 0022-2009-PI/TC.** Madre de Dios. Proceso: GONZALO TUANAMA TUANAMA Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS. Fundamento 14.

Frente a una evaluación global de la eficiencia sobre el combate de la pobreza de los pueblos indígenas en el Perú, la Defensoría del Pueblo ha destacado que existen problemas relativos a la realización efectiva de normas y leyes a través de la justicia, pues en muchos países todavía los indígenas y afrodescendientes aparecen discriminados como “ciudadanos de segunda categoría” en los procesos judiciales, la exigibilidad de justicia o el trato con órganos represivos. Por otra parte, la igualdad ante la justicia, si bien es un valor fundamental para la democracia, debe contemplar las mediaciones propias de pueblos y culturas. En este sentido, el pluralismo jurídico puede ser una opción válida para abordar esta problemática, lo que implica reconocer y respetar las normas consuetudinarias y las formas “tradicionales” de impartir justicia, siempre y cuando estas no contravengan principios de derechos humanos básicos¹⁹¹.

Uno de los principales temas de preocupación de las organizaciones y movimientos indígenas se encuentra en el ámbito de las demandas territoriales. Por lo mismo es importante la identificación, delimitación, demarcación, registro y titulación de las tierras indígenas y afrodescendientes; y coadyuvar en la explotación sustentable de recursos naturales en comunidades indígenas y afrodescendientes, con participación y beneficio directos de las comunidades; promover la ratificación del Convenio 169 de la OIT y el cumplimiento de los acuerdos en materia de medio ambiente y recursos naturales establecidos en la Cumbre de Río y en sus reuniones de seguimiento. La gestión y resguardo de recursos naturales y biodiversidad en tierras indígenas es un punto central a abordar por los países de la región. La demanda creciente por nuevas tierras de cultivo, la patentación de fitofármacos por consorcios transnacionales, las demandas por el uso de concesiones mineras acuíferas, petrolíferas y la explotación maderera, han creado un escenario que amenaza la sobrevivencia de los pueblos indígenas¹⁹². Así, en resumidas cuentas, la situación de la pobreza de los pueblos indígenas en el Perú es crítica.

Tal como afirma la Defensoría del Pueblo, el reto es compatibilizar y armonizar el crecimiento económico y el desarrollo de actividades extractivas con el cuidado del medio ambiente y la atención de las demandas y expectativas de las poblaciones cercanas a estas actividades¹⁹³.

¹⁹¹ CEPAL. **Los pueblos indígenas y afrodescendientes ante el nuevo milenio**. p. 44.

¹⁹² Idem, *Ibidem*. p. 45.

¹⁹³ PERÚ. **Decimoquinto Informe Anual de la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República**. p. 51.

En ese contexto, antes de entrar a explayarnos en sobre el documental ‘‘El misterio del capital indígena amazónico’’ consideramos importante conocer la concepción de desarrollo desde su dimensión social y económica, así como la actual situación de los pueblos indígenas en el Perú, pues, su conocimiento es pieza clave para la estructuración de políticas de desarrollo a favor de estos pueblos como mecanismo para alcanzar el bienestar social.

Por tanto, en lo que se refiere al reto de la armonización entre la minería y los pueblos indígenas en el Perú, es el punto central a donde queremos llegar con este trabajo. Pero, por otro lado, se considera trascendental, primero, en conocer el instituto del derecho al desarrollo, sus vertientes, concepciones, clasificaciones así como los sujetos involucrados en fomentar y proteger la consolidación para que podamos fortalecer reflexionar sobre la viabilidad de la minería en territorio indígena en el Perú.

3. EL MISTERIO DEL CAPITAL DE LOS INDÍGENAS: ¿EN BUSCA DEL DESARROLLO EN BASE A LA PROPIEDAD?

Una sociedad se rige por un sistema normativo en el que no tan sólo se defienden o argumentan derechos, sino también deberes o compromisos sociales. Es así la importancia de la consolidación del Estado de Derecho en lo que se refiere al imperio de la Ley en la sociedad, pues, a través de las instituciones se podrá estructurar mecanismos de desarrollo que permitan alcanzar el bienestar común.

Enalteciendo la importancia del Imperio del Derecho y su aptitud ante los compromisos e deberes públicos, Ronald DWORKIN señala que:

O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o progresso. Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida a política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância¹⁹⁴.

En ese sentido, cabe preguntarnos: ¿Qué rol cumple el derecho frente a la consolidación al desarrollo? En un primer momento, Hernando DE SOTO aduce que el

¹⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Editora, 2007. p. 486-492.

papel que desempeña el Derecho es muy importante para determinar la eficiencia de las actividades económicas y sociales que regula¹⁹⁵. En esa línea, el autor sostiene que las herramientas de negocios modernos dependen de una red de leyes. En efecto, en la base de un sistema legal efectivo se encuentra una fidelidad básica para el Estado de Derecho. En tanto, Estado de Derecho significa que las reglas sociales se hacen de acuerdo a los principios, es decir, no según los caprichos personales, nociones arbitrarias o capricho legislativo. El Estado de Derecho significa que las leyes se aplican a todos por igual. Nadie está por encima de la ley¹⁹⁶.

Con respecto a esa armonización entre la aptitud del derecho, desarrollo y compromisos con la sociedad, Ronald DWORKIN indica que:

A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter¹⁹⁷.

Tal como indica Hernando DE SOTO, en lo se refiere a la estructura del poder, dominación, así como los límites que estos ameritan, se debe considerar el respeto que debe de tener la ley en lo que se refiere a su cumplimiento en el marco de un Estado de Derecho. Tiene más sentido adecuar la ley a la realidad que tratar de imponer un cambio en las actitudes de todos nosotros, pues es esa ley el más útil instrumento deliberado de cambio a disposición de los hombres¹⁹⁸.

Por tanto, pasaremos a analizar la importancia del Estado de Derecho y el principio de igualdad de oportunidades en una sociedad justa que busca maximizar el bienestar general sobre la óptica de los pueblos indígenas. En ese sentido, se abordará sobre la importancia y debilidades del capital como fuente principal en la solución de los problemas sociales, así como pasaremos a analizar el documental sobre “el misterio del capital indígena amazónico” para que así podamos determinar si es posible la viabilidad de la minería en territorios indígenas en el Perú.

¹⁹⁵ DE SOTO, Hernando. **El otro sendero: Una respuesta económica a la violencia**. 3 ed. Lima: Editorial Norma, 2010. p. 222.

¹⁹⁶ Disponible en: <http://www.thepowerofthepoor.com/toolkit/t6.php> Acceso, 18 de noviembre del 2012.

¹⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. p. 492.

¹⁹⁸ DE SOTO, Hernando. **El otro sendero: Una respuesta económica a la violencia**. p. 222.

3.1. El Estado de Derecho y el principio de dignidad.

Se considera que la institucionalidad del Estado de Derecho nos otorgará seguridad jurídica no solamente en las transacciones económicas, sino propiamente nos garantizará la efectividad de las normas de índole social, cultural, políticas, entre otras, en busca de siempre de preservar la condición y dignidad humana.

Tal como fue señalado anteriormente, la consolidación de la institucionalidad del Estado de Derecho garantiza el cumplimiento de las leyes, programas y acciones que conlleven al desarrollo. En ese sentido, la justificativa de los mecanismos de desarrollo siempre estará basada en el respaldo y garantía de la dignidad de la persona humana.

De esa forma, pasaremos a analizar los derechos sociales desde la teoría del mínimo existencial enfocado en las necesidades indígenas. Así, pasaremos a desarrollar las concepciones de justicia social como ideal y su relación con el bienestar social.

3.1.1. La dignidad, mínimo existencial y política de inclusión indígena

La constitución Política del Perú, en su artículo 1° determina que la dignidad de la persona humana es el principio y fin de la sociedad y del Estado, por lo que esta disposición representa el principio rector de todo el sistema jurídico.

El principio de la dignidad humana y su relación con el mínimo existencial, este último no se debe confundir con la obligación por parte del Estado en salvaguardar las condiciones mínimas para la sobrevivencia de la persona, sino que a través de estas garantías mínimas se debe promocionar el desarrollo humano.

Conforme a los desafíos de este principio en la vida social, económica, política y cultural de un país, Ingo SARLET señala que:

A dignidade (da pessoa) humana constitui conceito submetido a permanente processo de reconstrução, cuidando-se de uma noção histórico-cultural em permanente transformação quanto ao seu sentido e alcance, o que implica sua permanente abertura aos desafios postos pela vida social, econômica, política e cultural, ainda mais em virtude do impacto da sociedade tecnológica e da informação¹⁹⁹.

¹⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental. Constituição, Direitos Fundamentais e proteção do Ambiente.** 2 ed. Revista e atualizada. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 40.

Así, se entiende que el mínimo existencial asegura las condiciones de alimentación, salud, educación, vivienda, seguridad, entre otros, y así garantizar la condición a una vida digna, con libertad y igualdad.

Conforme a esa perspectiva del mínimo existencial, Ângela ALMEDIA destaca que:

Uma vez mais, saliente-se que o mínimo existencial não se confunde com o mínimo a sobrevivência. Posto que estreitamente atado a noção de dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial há de refletir o escopo de realização de ser humano. A garantia do mínimo existencial independe de expressa previsão constitucional, já que decorrente do direito a vida e do princípio da dignidade humana, e, sem em cair em excessos, deve servir para assegurar condições de alimentação, saúde, educação, moradia, segurança, lazer e informação, que, mesmo em termos mínimos, permitam a fruição de uma vida digna, com liberdade e igualdade reais²⁰⁰.

En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado y el respaldo de éste sobre el conjunto de garantías materiales de dimensiones negativas y positivas sobre el mínimo existencial, Ingo SARLET afirma que:

Nesse sentido, o conteúdo do mínimo existencial deve compreender o conjunto de garantias materiais para uma vida condigna, no sentido de algo que o Estado não pode subtrair ao indivíduo (dimensão negativa) e, ao mesmo tempo, algo que cumpre ao Estado assegurar, mediante prestações de natureza material (dimensão positiva)²⁰¹.

Tales perspectivas, resaltan las características del mínimo existencial así como su estrecha relación con otros derechos, en especial en los derechos sociales. Sobre la subsistencia de los derechos sociales en el sistema, Ingo SARLET aduce que:

O mínimo existencial, como já sublinhado, guarda relação com outros direitos sociais, ainda que não necessariamente com todos e não da mesma forma. Por outro lado, um direito ao mínimo existencial não tem o condão de substituir os direitos sociais expressamente positivados (...)²⁰².

Así, se considera que para alcanzar la materialización plena de la dignidad humana, no obstante, es necesario tener en cuenta la reflexión, la inquietud y la

²⁰⁰ ALMEIDA, Ângela. **O mínimo existencial e a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Caxias do Sul, 2009. p. 88.

²⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 57.

²⁰² Idem, Ibidem. p. 574.

insurgencia creadora, sin perder de vista la realidad concreta y las relaciones sociales humanas²⁰³. Por tanto, el derecho al mínimo existencial para alcanzar el desarrollo de la persona en base a su dignidad, es reconocido como un derecho y garantía que se encuentra garantizado en el sistema.

En esa misma línea, en lo que se refiere a los derechos sociales y la división social entre los incluidos y excluidos, José Eduardo FARIAS señala que:

Esses mecanismos jurídicos institucionais com propósitos “sociais”teriam assim a forma de pautas decisórias e de regras a um só tempo “corretivas”e “compensatórias”,capazes de estimular os diferentes segmentos sociais e os distintos setores econômicos a negociar suas diferenças,de obriga-los a fazer concessões recíprocas e de viabilizar a socialização dos riscos, a redeterminação dos custos e distribuição das perdas, que variam conforme o status das partes envolvidas nas situações conflitivas. Só uma intrincada combinação entre ação estratégica, racionalidade instrumental, procedimentos negociais e normas imperativas, afirmam os teóricos do modelo do “direito social”, permitiria neutralizar a explosão anomica de litigiosidade, reduzir as distancias provocadas pela profunda divisão social entre “incluídos”e “excluídos”,assegurar um equilíbrio substantivo e, por fim,criar as condições tanto para a consecução de uma base mínima de solidariedade e cooperação quanto para a redefinição dos padrões vigentes de responsabilidade,controle,segurança e validade²⁰⁴.

Así, cuando nos referidos a los derechos sociales y el derecho al mínimo existencial, debemos automáticamente relacionarlo con el derecho a la protección y promoción de la salud, el derecho de alimentación, el derecho de morada, el derecho a la educación, al trabajo, seguridad social, protección a la maternidad, de la infancia y juventud, así como la protección al anciano, entre otros derechos.

Sobre la óptica indígena, bajo la descripción de los derechos sociales, los pueblos indígenas a pesar de obtener la condición de grupos diferenciados al sistema, también gozan de la garantía del derecho al mínimo existencial expuesto anteriormente. Pero, cabe preguntarnos: ¿Cómo garantizamos tal mínimo existencial para la condición indígena?

En un primer momento, conforme a la implementación de mecanismos al desarrollo de los pueblos indígenas en base al principio de la dignidad humana, Robério Nunes dos ANJOS FILHOS señala que:

²⁰³ WOLKMER, Antonio Carlos; BATISTA, Anne Carolinne. **Derechos humanos, interculturalidad y educación popular**. Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales. REDHES. Año II Nro. 4. Julio-Diciembre. 2012. p. 129-145.

²⁰⁴ FARIAS, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2000. p. 270.

Vale notar que apenas com base no princípio da dignidade humana seria possível, em tese, defender a existência do direito ao desenvolvimento das comunidades indígenas no plano nacional, como direito fundamental implícito na Constituição, tendo em vista que o mesmo, especialmente considerado a noção de desenvolvimento humano, é indispensável a dignidade das pessoas que compõem os povos indígenas²⁰⁵.

En ese contexto, en base al respeto y garantía del principio a la dignidad humana por parte del Estado a los pueblos indígenas se podrá enlazar con el derecho al desarrollo humano. La naturaleza de este derecho al desarrollo tiene como sustento la necesidad de brindar una adecuada prestación de los servicios públicos básicos a estos pueblos con el fin de viabilizar los mecanismos de desarrollo.

Pero, se destaca que el desarrollo que se desea alcanzar no debe ser considerado tan sólo sobre el criterio de la acumulación de riqueza en base al crecimiento económico, pues estaríamos sujetándonos de que tan sólo alcanzaremos el desarrollo humano si es que la producción nacional está en auge.

En ese escenario, de acumulación de riqueza y medidas para alcanzar el desarrollo como condición para mejorar la calidad de vida, por un lado Amartya SEN aduce que:

A utilidade da riqueza está nas coisas que ela nos permite fazer – as liberdades substantivas que ela nos ajuda a obter. Mas essa relação não é exclusiva (porque existem outras influencias significativas em nossa vida, além da riqueza) nem uniforme (pois o impacto da riqueza em nossa vida varia conforme outras influências). É tão importante reconhecer o papel crucial da riqueza na determinação de nossas condições e qualidade de vida quanto entender a natureza restrita e dependente dessa relação. Uma concepção adequada de desenvolvimento deve ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento do Produto Nacional Bruto e de outras variáveis relacionadas à renda. Sem desconsiderar a importância do crescimento econômico, precisamos enxergar muito além dele²⁰⁶.

Por otro lado, conforme a la acumulación de riqueza a través del PIB, Bernardo KLIKSBURG expone que:

²⁰⁵ ANJOS FILHOS, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo USP, como requisito parcial a obtenção do título de Doutor sob a orientação do Professor Gilberto Bercovici. Largo São Francisco, São Paulo, 2009. p. 532.

²⁰⁶ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. p. 28.

Na visão economicista com que a região educada ao longo de vários anos, o que vale são os fatores macroeconômicos. Os latinos-americanos se acostumaram a raciocinar em termos de que se a taxa de inflação é baixa, então há prosperidade, e se, além disso, o Produto Interno Bruto per capita for alto, estaríamos numa situação de bem-estar pleno. Com muito sofrimento, aprenderam, porém, que isso é bem diferente da realidade²⁰⁷.

En ese sentido, se resalta que en base al principio de la dignidad humana, el Estado debe promover las políticas de inclusión social de los pueblos indígenas para la generación de opciones que les permitan a los integrantes de estos pueblos obtener mayores recursos para que puedan satisfacer sus necesidades.

En lo que respecta al Perú, la Constitución Política de 1993 garantiza el derecho fundamental a la identidad étnica y cultural y, además, contamos con un marco jurídico amplio respecto de un conjunto de derechos individuales y colectivos para dicha población. Sin embargo, el Perú todavía carece de una gestión pública adecuada a las necesidades y demandas de este importante sector de la población. Los reducidos recursos presupuestales para las políticas públicas a favor de los pueblos indígenas son algunos de los problemas que se ven agravados por la debilidad institucional que las reformas del Estado no se han orientado a resolver²⁰⁸.

Referente a la implementación de políticas públicas bajo una sociedad justa, Michael SANDEL indica que:

É na verdade que a maior parte das nossas discussões é sobre como promover a prosperidade e respeitar a liberdade individual, pelo menos superficialmente. Entretanto, na base mesma desses argumentos, e por vezes se opondo a eles, podemos muitas vezes vislumbrar outro grupo de convicções... sobre quais virtudes são merecedoras de honras e recompensas e de modo de viver deve ser promovido por uma boa sociedade. Apesar de sermos devotados a prosperidade e a liberdade, não podemos absolutamente desconsiderar a natureza judiciosa da justiça. É profunda a convicção de que justiça envolve virtude e escolha... meditar sobre a justiça parece levar-nos inevitavelmente a meditar sobre a melhor maneira de viver²⁰⁹.

Profundizando más sobre las políticas de inclusión social para los Indígenas, en el que las políticas económicas del Estado debe ser equilibradas y compatibilizadas con

²⁰⁷ KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**, Pág. 304.

²⁰⁸ PERÚ. **Decimoquinto Informe Anual de la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República**. p. 65.

²⁰⁹ SANDEL, Michael. **Justiça. O que é fazer a coisa certa**. Tradução Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6 edição. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2012. p. 18.

el desarrollo de los pueblos indígenas tal igual a la par de las sociedades mayoritarias o dominantes, Ricardo CAMARGO sostiene que:

Prover os índios dos bens necessários a satisfação das necessidades que tenham se incorporado ao seu contexto cultural é um dos objetivos que devem ser perseguidos pela políticas- econômica equilibrada necessária a compatibilização do direito ao desenvolvimento das populações indígenas como direito ao desenvolvimento da sociedade majoritária, de forma a tornar possível a convivência da manutenção do sistema econômico tribal coletivista dentro da área indígena demarcada com o sistema econômico da sociedade dominante que a circunda²¹⁰.

Por tanto, se considera que el desafío de los derechos económicos, sociales y culturales motivó la necesidad de plantear un Estado que mediante políticas públicas activas promueva el logro efectivo de dichos derechos. Esta es una perspectiva especialmente relevante respecto de los servicios públicos, en tanto que, se ha visto, constituye una de las esferas que contribuye al goce efectivo de los referidos derechos²¹¹.

En ese contexto, conforme a las asimetrías entre el Estado de Derecho y igualdad social con los “invisibles” que forman parte del sistema, Oscar Vilhena VIEIRA aduce que:

Dessa maneira, o Estado, que supostamente seria o responsável pela utilização dos mecanismos formais de controle social, em conformidade com a lei e pelos seus meios coercitivos, começa a reproduzir parâmetros socialmente generalizados. O resultado é que o Estado se torna negligente com os invisíveis, violento com os privilegiados que estão posicionados acima da lei. Assim, mesmo que se tenha um sistema jurídico adequado as diversas “máximas” relacionadas com a formalidade de Direito, a ausência de um mínimo de igualdade social e econômica inibe a reciprocidade, através da subversão do Estado de Direito²¹².

Así, conforme a las cusas indígenas, tal como señala la Defensoría del Pueblo, el desarrollo humano no será posible si no se formulan, mediante consenso, políticas adecuadas de desarrollo nacional con el fin de mejorar con un ritmo constante el

²¹⁰ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **O Direito ao desenvolvimento, a sociedade ocidental e a sociedade tribal no caso brasileiro**. In Revista de informação Legislativa, Brasília, ano 34, nro. 133, jan-mar. 1997. pp. 41-42.

²¹¹ PERÚ. **La Electrificación Rural en el Perú: Derechos y Desarrollo para Todos**. 1 ed. Serie Informes Defensoriales - Informe Defensorial N° 149. Lima. Defensoría del Pueblo, 2010. p. 16.

²¹² VIEIRA, Oscar Vilhena. **A desigualdade e a subversão do Estado de Direito**. In: Estado de Direito e os desafios do desenvolvimento. Vieira, Oscar Vilhena: Dimitri Dimoulis (org.). Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série produção científica FGV. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 230.

bienestar de la población sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la equitativa distribución de los beneficios resultantes de éste²¹³.

En esa línea, resaltamos la importancia de implementar y gestionar eficientemente las políticas públicas de inclusión social indígena con el fin de obtener mecanismos de desarrollo para estos pueblos. Estos mecanismos no serán implementados sin antes se tengan garantizados constitucionalmente los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, y el cumplimiento de los dispositivos que mandan el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas DNUDPI, pues éstos instrumentos conforman la pieza angular para la estructuración de una política de inclusión social de estos pueblos.

Por tanto, teniendo en cuenta los datos oficiales de la situación indígena en el capítulo anterior, se puede afirmar que estamos el Estado peruano está frente a grandes desafíos concernientes a la estructuración de políticas de desarrollo para pueblos indígenas conforme a una sociedad justa.

3.1.2. La sociedad justa y su maximización de bienestar.

Actualmente vivimos sobre un tiempo en el cual se buscan reivindicar derechos, derechos que en algunos casos fueron negados y no reconocidos no tan sólo por una falta de voluntad política, sino estrictamente por la carencia de solidaridad y censo común sobre la justicia. Está claro que a través del principio de justicia se busca delimitar cualquier conflicto que menoscabe la paz social y que debilita la integridad de los derechos de las futuras presentes y futuras generaciones.

Conforme a esa aclamación por justicia y el malestar que atinge a la sociedad, Paulo FAGÚNDEZ indica que:

Na sociedade do terceiro milênio clamamos por justiça e criticamos a destruição ambiental, reclamamos da crise e consideramos os políticos como os responsáveis pela infelicidade que grassa na sociedade. Há um mal-estar que atinge a todos. Há uma angústia que não conseguimos controlar. Pedimos um novo Estado, uma nova sociedade e que nos sejam assegurados novos direitos. Queremos justiça. E acreditamos que a justiça formal resolverá os nossos problemas. Sequer os direitos básicos são assegurados. Há um processo de coisificação do sujeito²¹⁴.

²¹³ PERÚ. *La Electrificación Rural en el Perú: Derechos y Desarrollo para Todos*. p. 16.

²¹⁴ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Os novos direitos à luz da transdisciplinaridade: o resgate de um humanismo radical e a promoção da ecologia na sociedade do mal-estar*. Espaço Jurídico EJJL,

Así, por un lado, Alf ROSS afirma que la justicia, como principio del derecho, delimita y armoniza los deseos, pretensiones e intereses en conflicto en la vida social de la comunidad. Adoptando la idea de que todos los problemas jurídicos son problemas de distribución, el postulado de justicia equivale a una demanda de igualdad en la distribución o reparto de las ventajas o cargas²¹⁵.

En ese contexto, Alf ROSS aduce que luchar por una causa “justa” fortalece y excita a una persona. Tal como se señala, todas las guerras han sido libradas en nombre de la justicia y lo mismo puede decirse de los conflictos políticos entre las clases sociales. Por otra parte, el hecho mismo de esta aplicabilidad casi ubicua del principio de justicia despierta la sospecha de que algo anda mal con una idea que puede ser invocada en apoyo de cualquier causa²¹⁶.

En ese contexto, se considera que toda sociedad buscará alcanzar ser una sociedad justa en busca de maximizar su bienestar y desarrollo desde su aspecto subjetivo y objetivo. En esa línea, Michael SANDEL afirma que:

Se uma sociedade justa requer um raciocínio conjunto sobre vida boa, resta perguntar que tipo de discurso político nos conduziria nessa direção. Não tenho uma resposta satisfatória, para essa questão, mas posso dar algumas sugestões ilustrativas. Primeiramente, uma observação: hoje, a maioria de nossas discussões políticas gira em torno do bem-estar e da liberdade - desenvolvimento econômico e respeito aos direitos do indivíduo²¹⁷.

Así, el modelo de justicia es adoptado por cada sociedad, pues cada estructura el modelo de vida que desea tener, pues la justicia social funciona acorde al deseo de una organización a través de un censo común. Pero, al final: ¿Qué entendemos por justicia? Que es tener censo de justicia?

En un primero momento, Para Alf ROSS sostiene que la idea de justicia se resuelve en la exigencia de que una decisión sea el resultado de la aplicación de una regla general. La justicia es la aplicación correcta de una norma, como cosa opuesta a la

Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 57-66, jan./jun. 2008.

²¹⁵ ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. Buenos Aires: Editora Eudeba, 2006. p. 261.

²¹⁶ Idem, Ibidem. p. 262.

²¹⁷ SANDEL, Michael. **Justiça. O que é fazer a coisa certa**. p. 323.

arbitrariedad²¹⁸. En ese sentido, se mantiene un criterio del deber ser frente a actos que contravengan a los diplomas legales.

Concerniente al “censo común de justicia” John RALWS, uno de los más representantes sobre la teoría de la justicia, sostiene que:

(...) um censo de justiça é um desejo efetivo de aplicar os princípios da justiça e de acionar, por tanto, adotando o ponto de vista da justiça. Assim, se deve estabelecer que é racional (segundo a teoria restritiva do bem) que os membros de uma sociedade bem organizada afirmem seu censo de justiça como regulador do seu plano de vida. Resta demonstrar que é essa disposição de adotar e seguir o ponto de vista da justiça esta de acordo com o bem do indivíduo²¹⁹.

En ese sentido, se considera que acorde al sentir de la justicia de cada sociedad, ésta buscará accionar y fortalecer los principios que la integran para establecer parámetros de estilo de vida para los integrantes de su sistema en aras de alcanzar un ideal de bienestar común. Pero que entendemos por justicia desde su concepción más simple? Que es ser justo? Cómo alcanzar una Sociedad más justa?

Para ROSS, las palabras “justas” e “injusta” (o “correcta” e “incorrecta”) tienen sentido cuando se aplican para caracterizar la decisión hecha por un juez, o por cualquier otra persona que debe aplicar un conjunto determinado de reglas. Decir que la decisión es justa significa que ha sido hecha de una manera regular, esto es, de conformidad con la regla o sistema de reglas vigentes. Con menos precisión, estos términos pueden ser aplicados a cualquier otra acción que es juzgada a la luz de determinadas reglas. En ese sentido cualquier conducta puede ser denominada “correcta”, si está en armonía con reglas presupuestas, jurídicas o morales²²⁰.

De acuerdo con Michael SANDEL, para responder estas interrogantes, primero debemos abordar 3 posiciones del sentido de justicia:

(...) exploramos três abordagens da justiça. Uma delas diz que justiça significa maximizar a utilidade ou o bem estar – a máxima felicidade para o maior número de pessoas. A segunda diz que justiça significa respeitar a liberdade de escolha – tanto as escolhas reais que as pessoas fazem em um livre mercado (visão libertária) quanto as escolhas hipotéticas que as pessoas deveriam fazer a posição original de equanimidade (visão igualitária liberal).

²¹⁸ ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. p. 272.

²¹⁹ RALWS, John. **Uma teoria da justiça**. 3 ed. São Paulo. Martins Fontes, 2008. p. 631.

²²⁰ ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. p. 267.

A terceira diz que justiça envolve o cultivo da virtude e a preocupação com o bem comum(...) ²²¹.

En ese orden de ideas, se considera que estas concepciones de justicia siempre estarán relacionadas al respeto y garantía del principio de la dignidad humana, todo el sistema de justicia se rige por el respeto y garantía de este principio rector de todo el sistema. En esa posición, en base al principio de la dignidad humana, podemos definir a la justicia como el principio que nos permite maximizar el bienestar social, en base al fortalecimiento de la garantía de las libertades para optar por mayores oportunidades, así como la preocupación férrea de elaborar mecanismos de desarrollo para alcanzar el tan deseado bienestar. Pero, no se trata tan sólo de reconocer, dar y entregar beneficios de corte social o económico.

En base a ese criterio de maximización, y optando como principio rector al desarrollo, SANDEL aduce que:

Não se pode alcançar uma sociedade justa simplesmente maximizando a utilidade ou garantindo a liberdade de escolha. Para alcançar uma sociedade justa, precisamos racionar juntos sobre o significado da vida boa e criar uma cultura pública que aceite as divergências que inevitavelmente ocorrerão ²²².

En esa línea, Séphane COURTOIS cuestiona tan consenso al señalar que:

The objection runs as follows: if non-liberal peoples are able to achieve a consensus on just the eight principles of the Law of peoples enumerated by Rawls, which aim at reflecting the basic idea of equality among peoples, why couldn't they achieve a similar consensus about some egalitarian principles of global distributive justice? ²²³.

Por tanto, en lo que se refiere a desarrollo como libertad, estando garantizados los derechos y libertades fundamentales, para alcanzar ese censo de justicia, se considera que no se puede dejar de lado los derechos fundamentales para su existencia, tales como el derecho a la salud, educación, vivienda, saneamiento, a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, entre otros derechos no menos importantes.

²²¹ SANDEL, Michael. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. Tradução Heloisa Matias e Maria Alice Máximo 6 edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 322.

²²² SANDEL, Michael. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. p. 322.

²²³ COURTOIS, Séphane. **Global Distributive Justice and CULTURAL Diversity**. In: IVR. 22nd World Congress. Law and Justice in a Global Society. Granada, 2005, p. 249.

Por otro lado, concierne a la distribución equitativa, el máximo exponente del desarrollo como libertad, Amartya SEN señala que:

Qualquer concepção de justiça social que aceite a necessidade de uma distribuição equitativa e também de uma exploração eficiente das capacidades humanas não pode ignorar o papel da saúde na vida humana e as oportunidades de as pessoas obterem uma vida saudável, sem doenças e sofrimentos evitáveis ou mortalidade prematura. Equidade na realização e na distribuição de saúde, portanto, está incorporada e embutida em uma ampla noção de justiça²²⁴.

En esa línea, adoptando un consenso de justicia por parte de una sociedad determinada: ¿Cómo podemos valorar cuando una sociedad es justa? Dando unas primeras luces sobre tal valorización, conforme a la relación de la distribución, maximización y prosperidad de la sociedad, Michael SANDEL aduce que:

Para saber se uma sociedade é justa, basta perguntar como ela distribui as coisas que valoriza? renda e riqueza ,deveres e direitos, poderes e oportunidades, cargos e honrarias. Uma sociedade justa distribui esses bens da maneira correta, ela dá a cada indivíduo o que lhe é devido. As perguntas difíceis começam quando indagamos o que é devido as pessoas e porque.

En esa línea, es importante resaltar cuando Alf ROSS afirma que si la igualdad es tomada en un sentido absoluto, significa que todos, cualquiera sean las circunstancias, deberán hallarse exactamente en la misma posición que los demás (a cada uno lo mismo). Ha de resultar obvio, sin embargo, que tal uniformidad absoluta no puede ser lo que se entiende generalmente por justicia²²⁵. Es aquí su delimitación de este principio del derecho.

Conforme al consenso de justicia, es importante resaltar la importancia de la democratización de la jurisdicción para la inclusión social, aún más cuando un Estado tiene las características de ser multicultural.

En esa línea, sobre la necesidad de la democratización de la justicia, Jefferson Marín aduce que:

(..) há, por tanto, a necessidade de uma democratização radical e ingente da jurisdição, calcada na superação do critério privatista-econômico, firmando-se uma concepção publicista-social, que assegure a inclusão mediante a potencialização dos direitos fundamentais, em ações positivas do Estado, no

²²⁴ SEN, Amartya. **As pessoas em primeiro lugar**. p. 76.

²²⁵ ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. p. 262.

sentido de implementar políticas compensatórias, e negativas, a fim de retirar a condição de possibilidade da percepção da diferença, gerando exclusão²²⁶.

Así, se resalta la importancia de la democratización de la jurisdicción para el fortalecimiento de las políticas de inclusión y justicia social, como un papel trascendental que debe de cumplir el poder público para direccionar, bajo sus precedentes y tomas de decisión, la construcción de un Estado Democrático y Social de Derecho.

En ese contexto, Ronald DWORKIN señala que en su aspecto descriptivo, la tesis de los derechos sustenta que, en los casos difíciles, las decisiones judiciales son característicamente generadas por principios, no por políticas. Las investigaciones recientes sobre las conexiones entre la teoría económica y el derecho consuetudinario tal vez pudiesen sugerir el contrario; que los jueces casi siempre deciden con base en políticas y no en principios²²⁷.

En esa línea, en el consenso de alcanzar la justicia, se considera que los jueces peruanos al tomar una decisión jurisdiccional deben sujetarse al modelo del Estado de Derecho donde impera tan sólo Ley, sin influencia política, económica o de otra índole, y no admitir así, que la ley deba estar sometida a las políticas económicas del Estado.

Conforme al ideal de Estado de Derecho y la eficiencia sobre la actuación jurisdiccional como mecanismos para el desarrollo del Perú, Alfredo BULLARD sostiene que:

El “rule of law” depende de todos los peruanos, pero particularmente de los jueces y tribunales. Son ellos los que hacen (o deshacen) la seguridad jurídica con sus decisiones. La clave será la predictibilidad. Un poder judicial predecible reducirá costos de transacción y la reducción de estos costos traerá desarrollo. Odisea 2021 puede ser ciencia ficción. Pero ello no debe alejarnos de la idea de crear reglas predecibles al alcance de todos los peruanos. Finalmente un mal Derecho no solo trae injusticia. También trae subdesarrollo²²⁸.

²²⁶ MARIN, Jefferson. **A influência da universalização conceitual na inefetividade da jurisdição: Teorias da decibilidade, (des) coisificação do caso julgado e standardização do Direito.** Tese de Doutorado apresentada ao programa de Pós-graduação em Direito na Universidade do Vale dos Sinos - UNISINOS. São Leopoldo, RS, 2010. p. 100.

²²⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2010. p. 151.

²²⁸ BULLARD, Alfredo. **Predictibilidad judicial.** Diario El Comercio. Disponible en: <http://elcomercio.quioscodigital.pe/?ref=ecs> Acceso, 2 de febrero del 2012.

En fin, resaltando la importancia de las decisiones judiciales al efectivo alcance del ideal democrático, debemos involucrarnos en ese deber de integridad en las deliberaciones judiciales, se pretendemos alcanzar un Estado de Derecho que no sea apenas un instrumento de avance económico y paz social, sino un símbolo y espejo de la igual consideración pública, que nos da el derecho al afirmar la comunidad²²⁹.

Por tanto, en esa relación de democratización, justicia y bienestar de los pueblos indígenas, es importante resaltar el papel que desempeña el derecho como elemento clave en las medidas para alcanzar el desarrollo de los grupos sociales en el sistema.

En la actualidad los movimientos indígenas vienen planteando de una manera creciente el reconocimiento, vigencia y privilegios de un derecho propio que regule la vida social indígena. Este reclamo es un medio para oponerse a un orden normativo que no reconoce la diversidad y que penaliza las prácticas que la constituyen y se funda en la idea de que el derecho es una pieza clave en la estrategia del Estado para disolver las particularidades de los pueblos y asegurar las condiciones que hacen posible el ejercicio de la hegemonía²³⁰. Por tanto, el derecho, la democratización de la jurisdicción y el censo de justicia son los componentes esenciales que estimulan el bienestar común con inclusión social sobre los pueblos indígenas.

Tal como fue señalado anteriormente, lamentablemente los pueblos indígenas en el Perú han sido ignorados e excluidos en la sociedad, pues la omisión en la prestación de los servicios públicos básicos por parte del Estado queda reflejado en el último censo realizado al analizar las variables sociales y demográficas. Su atención en la reivindicación en la atención de tales servicios y mecanismos de desarrollo no se puede dejar de esperar.

Ese olvido y exclusión es admitido por las propias instituciones del Estado, siendo una de ellas a través del Tribunal Constitucional peruano, en el cual sostiene que:

En el Perú, la historia ha demostrado cómo importantes sectores de la sociedad han sido ignorados o invisibilizados [Mendez, Cecilia. *Incas Si, Indios No: Apuntes Para el Estudio del Nacionalismo Criollo en el Perú*. 2a. ed. -Lima:IEP, 2000. Documento de Trabajo 56, Serie Historia 10]. Bastaba con tildar a ciertos sectores de la población como retrógrados, ignorantes, incivilizados o salvajes a fin de socavar sus demandas e implantar las

²²⁹ DWORKIN, Ronald. A **justiça de Toga**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010. p. 106.

²³⁰ ITURRALDE, Diego. **Demandas indígenas y reformas legal: retos y paradojas**. 7 (14). México, Alteridades, 1997. pp. 81-98.

políticas elaboradas sin tomar en cuenta los específicos contextos que rodeaban a estas poblaciones. No existió preocupación alguna por incluir su voz, o reconocerlos como interlocutores en los debates acerca de lo que es el desarrollo y cómo debe alcanzarse. Pero no solo ello, cuando se generaron daños a consecuencia de tales políticas, el Estado falló en solucionar efectivamente tales conflictos, que en varias situaciones, han escalado hasta convertirse en verdaderas demandas sociales²³¹.

De esa forma, tal como también fue señalado anteriormente, relacionado a la diferenciación del modelo exclusión injusta y de inclusión injusta, queda como reflexión de qué tipo de sociedad queremos y cuáles son nuestros objetivos y las medidas a tomar si es que queremos alcanzar el desarrollo.

Conforme a esa exclusión injusta y inclusión injusta, Amartya SEN afirma que:

A conclusão básica é que precisamos estar conscientes dos dois tipos de injustiça – da exclusão injusta e também da inclusão injusta – e não devemos confundir as duas²³².

Frente esa inclusión justa, es importante diferenciar la justicia en base a las desigualdades de oportunidades, por lo que Ha-Joon CHANG desarrolla brillantemente cuando actuamos justos y cuando estamos frente a la falta de igualdad de oportunidades:

Muitas pessoas ficam irritadas com a desigualdade. No entanto, existe igualdade e igualdade. Quando recompensamos as pessoas da mesma maneira independentemente dos seus esforços e realizações, os mais talentosos e os mais esforçados perdem o incentivo para ter um bom desempenho. Isso equivale a igualdade do resultado. É uma má ideia, como foi comprovado pela queda do comunismo. Devemos buscar a igualdade de oportunidades (...). A igualdade de oportunidades é o ponto de partida para uma sociedade justa, mas não é suficiente. É claro que as pessoas devem ser recompensadas por um desempenho melhor, mas a questão é se elas estão efetivamente competindo sob as mesmas condições que os seus concorrentes (...). A excessiva equalização dos resultados é nociva, embora exatamente o que PE excessivo seja discutível. Não obstante, a igualdade de oportunidades não é suficiente. A não ser que criemos um ambiente no qual sejam asseguradas a todos algumas aptidões mínimas por meio da garantia de um salário mínimo, instrução e cuidados de saúde, não podemos dizer que temos uma competição justa. Quando algumas pessoas precisam participar de uma corrida de cem metros rasos com sacos de areia amarrados as pernas, p fato de não ser permitido que ninguém tenha uma vantagem inicial não torna a corrida justa. A igualdade de oportunidades é absolutamente necessária

²³¹ PERÚ. Resolución del Tribunal Constitucional. Expediente N.º 0001-2012-PI/TC. **Caso. Proyecto Minero Conga. 2012.** Fundamento 64.

²³² SEN, Amartya. **As pessoas em primeiro lugar.** p. 36.

porém não suficiente para a construção de uma sociedade genuinamente justa e eficiente²³³.

Así, trasladando ese escenario de desigualdad de oportunidades, conforme a la situación actual de los pueblos indígenas en el Perú, se considera que se es necesario analizar las oportunidades de estos pueblos conforme a todas sus dimensiones, no tan sólo sociales, como medio de subsistencia, sino también desde la dimensión económica, como instrumento de la generación de mecanismos que le permitan alcanzar su desarrollo. Aún que hay un avance sobre la justicia social sobre los pueblos indígena en el Perú, se considera que estas políticas no son suficientes porque están estructuradas sobre un sistema ineficiente y que excluye a los grupos, llegando incluso a considerarse que los pueblos indígenas en el Perú están incluidos injustamente en el sistema.

Por tanto, en ese contexto de desigualdad de oportunidades, sociedades incluídas injustamente y los mecanismos de desarrollo que se deben de presentar para los pueblos indígenas, se pasará a analizar las características del capital, para después desarrollar el "misterio de capital indígena" presenta por el ILD, presidida por el economista Hernando de Soto.

3.2. El capital: ¿Como mecanismo de desarrollo en la globalización?

Para Hernando de SOTO, la gran valla que impide al resto del mundo beneficiarse del capitalismo es la incapacidad de producir capital. El capital es la fuerza que eleva la productividad del trabajo y que crea la riqueza de las naciones. El capital es la savia del sistema capitalista, el cimiento del progreso, e irónicamente es justo aquello que los países pobres del mundo parecen no poder producir: no importa con cuánto afán su gente practique todas las demás actividades que definen a una economía capitalista²³⁴.

Si se coloca al capital como la estructura base del sistema capitalista, por lo que es el motor que genera la fuerza de la productiva de la riqueza. Pero si reconocemos que las personas de los países en transición al capitalismo no son patéticos mendigos ni los abruman hábitos obsoletos ni son prisioneros complacientes de culturas

²³³ CHANG, Ha-Joon. **23 coisas que não nos contaram sobre o capitalismo. Os maiores mitos do mundo em que vivemos.** Tradução: Claudia Gerpe Duarte. 1º ed. São Paulo: Cultrix, 2013. p. 287-300.

²³⁴ DE SOTO, Hernando. **El misterio del Capital: Porque el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en el resto del mundo.** 1d. 2001. Lima: Editorial Norma. Lima, 2009. p. 19.

disfuncionales, entonces, porqué el capitalismo sólo prospera en occidente, como si estuviera preso bajo una campana de cristal?²³⁵.

En ese sentido, esta paradoja es tan clara como inquietante: el capital, componente clave en el avance económico occidental, es el que menos atención ha recibido. La negligencia lo ha envuelto en un velo de misterio. En verdad en cinco misterios: a. El misterio de la información ausente. b El misterio del capital. c. El misterio de la lucidez política. d. Las lecciones no aprendidas en la historia de los Estados Unidos. e. El misterio del fracaso legal: porqué las leyes de propiedad no funcionan fuera de Occidente²³⁶. Este es el misterio del capital. Para resolverlo hay que comprender cómo así los occidentales, al representar activos mediante títulos, discernen capital en esos activos y logran extraérselo. Uno de los grandes desafíos para la mente humana es comprender y alcanzar aquellas cosas que sabemos que existen pero que no podemos ver²³⁷.

En ese contexto, cuando nos referimos al capital como punto central y medio para alcanzar desarrollo, se considera que es a través del capital que podremos viabilizar ese desarrollo eficientemente por la obtención de recursos en ese sistema de producción. Pero, por otro lado, se considera que tal elemento no es el único ni el de mayor representatividad como componente para alcanzar tal desarrollo.

Antes de analizar la relación la globalización y las oportunidades que se pueden generar a través del capital desde una perspectiva "capitalista", no podemos dejar de analizar, primero, la visión del capital desde una perspectiva "izquierdista" si es que se quiere colocar tal rótulo cuando nos referimos a la teoría del Capital desarrollada por uno de los máximos exponentes sobre la presunta "omnipotencia" del capital, siendo éste, Carl Marx.

Se considera importante conocer el sistema capitalista desde la perspectiva de Carl Marx, pues, a través de la crítica al sistema capitalista, se puede ampliar aún más el panorama de la relevancia del capital en la globalización económica.

En un primer momento, sobre las relaciones económicas y el liberalismo, Antonio Carlos WOLKMER señala que:

²³⁵ Idem, Ibidem. p. 19.

²³⁶ Idem, Ibidem. p. 23-24.

²³⁷ Idem, p. 20.

O liberalismo surgiu como uma nova visão global do mundo, constituída pelos valores, crenças e interesses de uma classe social emergente (a burguesia) na sua luta histórica contra a dominação do feudalismo aristocrático fundiário, entre os séculos XVII e XVIII, no continente europeu. Assim, o Liberalismo torna-se a expressão de uma ética individualista voltada basicamente para a noção de liberdade total que está presente em todos os aspectos da realidade, desde o filosófico até o social, o econômico, o político, o religiosos, etc²³⁸.

En esa línea, el liberalismo como expresión individualista y su relación con la exploración y producción a través del trabajo ajeno, es desarrollo por Carl Marx. Éste sostiene que el capitalismo crece tan sólo bajo ese sistema, quiere decir, a través de la explotación irracional de la fuerza de trabajo sobre terceros.

Frente a esa posición, refiriéndose a la propiedad privada, se señala que:

Marx diferencia a propriedade privada por um lado o próprio trabalho do produtor e, pelo outro lado o trabalho da exploração do trabalho dos terceiros. Estamos ante um capitalismo que absorve os direitos do alheio. Assim, diz que: A Economia Política confunde por princípio duas espécies muito diferentes de propriedade privada, das quais uma se baseia sobre o próprio trabalho do produtor e a outra sobre a exploração do trabalho alheio. Ela esquece que a última não apenas forma a antítese direta da primeira, mas também cresce somente sobre seu tûmulo²³⁹.

En la crítica de Carl MARX sobre el sistema capitalista, por un lado, se resalta la explotación de este sistema frente a los demás en su afán de la generación de riqueza. Las sociedades indígenas no son “modernas”, y tampoco capitalistas – afortunadamente, volvamos a agregar-. No existen en ellas clases sociales dominantes, que funden su superioridad en el control de medios de producción o en la propiedad privada de los mismos. Y más bien se parecen a sociedades que preexistieron al mundo capitalista. En tal caso podría decirse que se trata de sociedades pre capitalistas. Lo cual nos pone, nuevamente, ante las tradiciones del lenguaje, pues, en nuestra ideología construida sobre la lamentable idea del progreso, con el cual la sociedad capitalista está a punto de acabar con la vida terrestre²⁴⁰.

En lo que se refiere al modelo capitalista de producción y acumulación de la riqueza y la propiedad privada capitalista, Karl Marx señala que:

²³⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. p. 114.

²³⁹ MARX, Karl. **O Capital: Crítica da Economia Política**. Coordenação e revisão de Paul Singer. Tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996. p. 383.

²⁴⁰ CORREAS, Oscar. **Derecho Indígena Mexicano I**. p. 69

Entretanto, não nos ocupa aqui a situação das colônias. O que nos interessa é o segredo descoberto no Novo Mundo pela Economia Política do Velho Mundo e proclamado bem alto: o modo capitalista de produção e acumulação e, portanto, a propriedade privada capitalista exigem o aniquilamento da propriedade privada baseada no trabalho próprio, isto é, a expropriação do trabalhador²⁴¹.

En ese contexto, sobre la crítica al capitalismo, se entiende que el sistema capitalista se presenta casi siempre inestable e irracional en sus relaciones. Conforme señala Maílson NÓBREGA:

O sistema capitalista é, por natureza, instável, gera movimentos irracionais. Daí por que só se transformou numa engrenagem permanente de produção de riqueza a partir do momento em que foi possível associar o engenho do ser humano, ou seja, a capacidade humana de inovar de buscar o desconhecido, com o surgimento do Estado, com a capacidade de estabelecer regras, de deter o monopólio da violência e de criar o ambiente que permitiu ao empreendedor buscar o seu interesse pessoal em compatibilidade com a sociedade. De tempos em tempos crise, porque todo boom gera movimento de perda de cuidado, relaxamento da prudência²⁴².

Conforme a la exclusión y la inestabilidad generada por el capitalismo en la sociedad, Alexandre Nicoletti HEDLUND afirma que:

A partir dessa lógica de exclusão, é que o sistema capitalista determina uma regulação social em favor de uma classe social específica em detrimento de grande parte da população mundial. Patrocina se, assim, um conjunto de desigualdades, que garantem a existência do sistema, além da dificuldade de implementação de direitos humanos, visto que o capitalismo determina uma racionalidade preocupada exclusivamente com o mercado, em desfavor do indivíduo, ou seja, a finalidade da existência humana deixou de ser o ser humano para se tornar a cumulação desenfreada de bens materiais. Dito de forma singela, o *ter* ordena e determina a existência do ser²⁴³.

En ese escenario sobre la crítica al “capitalismo” Oscar CORREAS señala que los pueblos indígenas son sociedades enfrentadas con la sociedad capitalista: esta última desarrolla variadas formas de agresión a las cuales la otra resiste, y con una tenacidad, y éxito, admirables. La cuestión de la inexistencia de propiedad privada sobre la tierra, en

²⁴¹ MARX, Karl. **O Capital: Crítica da Economia Política**. p. 392.

²⁴² NÓBREGA, Maílson. ARNT, Ricardo (Org.). In: **O que os economistas pensam sobre sustentabilidade**. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 193.

²⁴³ HEDLUND, Alexandre Nicoletti. **Da famosa aventura do barco encantado: ou dos desafios aos direitos humanos na sociedade contemporânea**. Revista de Trabalho e Ambiente UCS. V. 5. Nro. 9. Julho-Dezembro. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2007. pp. 285-311.

este orden de ideas, es el punto central de la disputa por la subsistencia. Y es el punto que precisamente ataca la sociedad capitalista con mayor tenacidad²⁴⁴. Pero, cabe preguntarnos: ¿Tan cruel es para la humanidad el modelo capitalista? Cómo ha influenciando ese capitalismo en el proceso de globalización?

En un primer momento, consideramos que el modelo capitalista, si bien es cierto tuvo y tiene grandes crisis en cuanto su estructura se refiere, el bienestar a través de este sistema puede darse bajo la concepción de un sistema bajo una tendencia humanizada, pues si se tiene en cuenta los componentes del desarrollo sostenible puede llegar a adecuarse un sistema de producción racional, prudente y justo en la generación de riqueza.

En esa perspectiva, actualmente se sostiene la posibilidad de gozar de un capitalismo verde y con inclusión social, por lo que se mantiene la posición de que la relación empresas mineras y pueblos indígenas, puede resultar ventajoso para ambas siempre y cuando se actúe con sostenibilidad en el marco de un Estado Socioambiental de Derecho.

Sobre la óptica indígena, se considera que los pueblos indígenas necesitan interrelacionarse desde un punto de vista social y económica para dinamizar y satisfacer sus requerimientos sociales. Se considera que a través del proceso de globalización, bajo un modelo sostenible puede generar grandes oportunidades para alcanzar el desarrollo de los pueblos indígenas.

Resaltando la posición de Amartya SEN sobre la internalización en el mundo, éste aduce que sería una grande equivocación mirar la globalización como una característica primaria del imperialismo. Ella es mucho mayor – más grandiosa – de que eso²⁴⁵.

Pero, concerniente al capital como factor fundamental de desarrollo, nos preguntamos: ¿Cuál es el capital de los pueblos indígenas para que puedan hacer frente a la globalización y así obtener un desarrollo humano en aras de satisfacer sus demandas sociales? ¿Será que podemos hablar de un capital indígena en ese proceso de globalización?

3.2.1. La globalización y sus oportunidades.

²⁴⁴ CORREAS, Oscar. **Derecho Indígena Mexicano I**. p. 129.

²⁴⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. p. 22.

La globalización puede así ser definida como la intensificación de las relaciones sociales en escala mundial, que conectan sociedades distintas de tal manera que acontecimientos locales son modelados por eventos ocurridos a muchas millas de distancia y viceversa. Este es un proceso dialéctico porque tales acontecimientos locales pueden ser dislocar en una dirección inversa las relaciones muy distantes que los modela. La transformación local es tanto una parte de la globalización cuando a extensión lateral de las conexiones sociales a través del tiempo y del espacio²⁴⁶.

Concernientes a las características básicas de las instituciones de derecho frente a esa globalización económica, José Eduardo FARIAS aduce que:

Fragmentação e harmonia, pluralismo e autonomia, descentralização e auto regulação, em síntese, paroxismo a parte, unitas multiplex. Estas são as características básicas das instituições de direito advindas com a globalização econômica. Na dinâmica desse fenômeno, tem efetivamente essas instituições condições de se expandir, atuando não na perspectiva de uma interação vertical ou hierárquica sob a égide dos Estados-nação, mas, isto sim, na perspectiva de uma interação horizontal entre sistemas auto regulados ou cadeias produtivas autônomas²⁴⁷.

De esa forma, se considera que la globalización nos permite interactuar y tener mayores relaciones sociales en escala global, por lo su incursión y facilidad de contactarse con los diferentes mercados del mundo y el intercambio de experiencias desde el plano económico, político, intelectual y tecnológico, y así como el dinamismo de las personas en conocer mecanismos de desarrollo acorde a las tendencias del mundo moderno.

Así, por un lado se considera que la globalización y la apertura de los mercados en el mundo tuvo como consecuencia un mayor intercambio no sólo de mercancías, sino también una mayor dinámica de circulación de personas, bienes y servicios, considerado este como un elemento importantísimo para la promoción del desarrollo de los países, pues, nuevas tecnologías son descubiertas, nuevos recursos económicos y sociales son implementados, beneficiando y estimulando para el desarrollo de los países.

Por otro lado, se considera a la globalización, como el proceso de relaciones sociales a escala mundial que trajo consigo una mayor exclusión social por las medidas

²⁴⁶ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991. p. 69.

²⁴⁷ FARIAS, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2000. p. 219.

neoliberales en lo que se refiere a la expansión del capitalismo salvaje del lucro a cualquier costo. En ese sentido, se afirman que esa apertura de mercados en escala mundial no trajo ningún mecanismo de desarrollo, sino propiamente bienestar a los mercados y no a los integrantes de ese sistema.

En ese contexto, sobre la desproporcionalidad en las ventajas de las relaciones sociales en escala global, Abili Lázaro Castro de LIMA, considera que:

A partir das experiências anteriormente narradas, as quais retratam concretamente o panorama de exclusão social decorrente das medidas neoliberais presentes no âmbito da globalização econômica, nos fazem refletir até que ponto aquela “desigualdade salutar”, engrenada pelo livre mercado e pela concorrência, preconizada pelos corifeus do neoliberalismo, realmente era destinada a melhoria do bem estar das pessoas ao “conforto” dos mercados...²⁴⁸

En esa línea de exclusión social como consecuencia de la globalización económica y la degradación de los derechos y garantías sociales que conducen a la pobreza, Abili LIMA es muy crítica al afirmar que:

Tendo como referencia as teorizações desenvolvidas até aqui, a ilação a que se chega é a globalização econômica e os neoliberalismos engendraram um processo de exclusão social, na medida em que a nova divisão internacional do trabalho contribui para a redução progressiva das garantias sociais granjeadas no cerne do Estado moderno. Produz se e dissemina se em todo o mundo desemprego crônico, baixos níveis salariais e supressão das conquistas sociais dos cidadãos, gerando um quadro de pobreza em proporções epidêmicas²⁴⁹.

Concerniente a la globalización y los pueblos indígenas, nos preguntamos si: ¿Este proceso de globalización podrá fomentar algún tipo de medida de desarrollo indígena tanto social, económico o cultural por ese gran dinamismo de relaciones sociales a escala mundial? ¿Se podrá asimilar la globalización, apertura de mercados, tecnología y transferencia de conocimiento en el sistema social indígena en el Perú?

Desde una perspectiva global sobre los beneficios de la globalización a los pueblos indígenas, se sostiene que a pesar de esa facilidad y dinamismo en las relaciones sociales de diferentes culturas, su derecho al reconocimiento como tal ha sido

²⁴⁸ LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito. Análisis das mazelas causadas no plano político-jurídico.** Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabbris, (SAFE). 2002. p. 276.

²⁴⁹ Idem, Ibidem. p. 303.

debilitado por los intereses de ese sistema económico que busca expandir su lucro traspasando fronteras y ocupando sus tierras con facilidad.

En ese contexto, sobre la vulnerabilidad de los pueblos indígenas y la globalización económica, Martin BLANCHARD afirma que:

National minorities within nation-states have greatly been affected by the last wave of globalization. Aboriginal communities, for instance, have learned that similar struggles for recognition as their own are taking place elsewhere, and that all face a global resistance. On the other hand, most nation-states have seen their sovereignty subsumed by the interests of a global economic system, therefore reducing their capacity to regulate internal conflicts. This situation has paved the way to a cluster of supranational institutions and consequently, national minorities within nation-states have called these supranational institutions to answer their claims. The globalization of struggles for recognition could constitute a great challenge to the individualistic form of the legal order within nation-states²⁵⁰.

En esa línea, Hernando DE SOTO afirma que sin sistemas públicos de memoria y mecanismos para conectarse con otros y dividir el trabajo a escala mundial, estas comunidades son incapaces de crear un valor añadido significativo, ni pueden protegerse de la agresión económica o acceder a cantidades significativas de tecnología crediticia, el capital extranjero, entre otros. Estas son herramientas que han traído prosperidad económica a los países desarrollados, y los pueblos indígenas están facultados legalmente de la misma manera, permanecerán marginados y pobres, y perderán su cultura y identidad, y será absorbido por la sociedad dominante. En sus palabras sostiene que:

Without public memory systems and mechanisms to connect with others and divide labour on a global scale, these communities are unable to create any significant added value, nor can they protect themselves from economic aggression or gain access to significant amounts of credit, capital or foreign technology. These are tools that have brought economic prosperity to the developed world and unless indigenous peoples are legally empowered in the same way, they will remain marginalised and poor; they will continue to lose their culture and identity, and will be swallowed up by the dominant society²⁵¹.

²⁵⁰ BLANCHARD. Martin. **Globalization and the challenges of Nationalism**. In: IVR. 22nd World Congress. Law and Justice in a Global Society. Granada - Spain, 2005. p. 244.

²⁵¹ OEDC. (2011). **The Amazon is not Avatar**. Or Hernando de Soto. In: Development Co-operation. Report 2011. 50th Anniversary Edition. OECD Publishing. pp.254. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/dcr-2011-en> Acceso, 27 de diciembre del 2012.

Por otro lado, para Hernando de SOTO, la globalización es, por un lado el mejor camino a la prosperidad general. Por otro lado, es un club exclusivo para occidente y las elites en el mundo en desarrollo. Debido a que premia las economías de escala y, teóricamente, puede implicar todo el mundo, la globalización es una fuente de prosperidad de amplia base. Es la extensión de la red de leyes, documentos, y los derechos que se ha desarrollado en Occidente y que se ha traducido en riqueza sin precedentes, incluyendo una clase media considerable. Pero en su forma actual, de SOTO piensa que la globalización es limitada. Las estructuras legales que dan origen a ella han dejado fuera la mayoría. Para que sea realmente digno de su nombre, en realidad la globalización debe incluir la mayoría de las personas en la tierra²⁵².

En ese contexto, sobre la globalización, el ILD indica que lo que se busca es que nuestros hermanos indígenas tengan los instrumentos para protegerse de lo nocivo y beneficiarse de lo positivo de la globalización²⁵³.

En ese sentido, se considera que, antes de pasar a adoptar cualquier mecanismo de desarrollo o papel activo en ese proceso de globalización para obtener sus ventajas a favor de los pueblos indígenas, no puede dejarse de mencionar que las instituciones democráticas, bajo la consolidación de un Estado de Derecho, y la seguridad jurídica en la participación de este proceso, tales instituciones deben de estar garantizadas por parte del Estado.

Conforme a la relación entre la globalización y sus ventajas, oportunidades justas y la importancia del fortalecimiento de las instituciones en el proceso de desarrollo, Amartya SEN considera que:

A simples existência de grandiosos benefícios potenciais é que torna a questão da justiça na divisão dos benefícios da globalização tão criticamente importante. O ponto central da controvérsia não é a globalização em si, nem o uso do mercado como instituição, mas a desigualdade no equilíbrio geral dos arranjos institucionais – que produz uma divisão muito desigual dos benefícios da globalização. A questão não é somente se os pobres também ganham alguma coisa com a globalização, mas se nela eles participam equitativamente e dela recebem oportunidades justas. Há uma necessidade urgente de reformar os arranjos institucionais – além dos nacionais – para se poder superar tanto os erros de omissão como os de ação que tendem a dar aos pobres de várias partes do mundo oportunidades tão limitadas. A

²⁵² Disponible en: <http://www.thepowerofthepoor.com/toolkit/t6.php> Acceso, 10 de enero del 2013.

²⁵³ ILD. Documental “El Misterio del Capital de los Indígenas Amazónicos”. Dirigida por Hernando De Soto, presidente del Instituto Libertad y Democracia ILD. Producción de Becket Films LLC y del ILD. Director James Becket. DVD, duración 30 minutos. Lima: ILD, 2009.

globalização merece uma defesa baseada na razão, mas essa defesa também precisa de reforma²⁵⁴.

Es aquí, mas una vez sobre la importancia de la consolidación institucional sobre los mecanismos de desarrollo para los pueblos indígenas. Si bien es cierto que la globalización puede traer beneficios positivos para los pueblos indígenas, se considera que las instituciones en el país se quiere estructurar alguna política de desarrollo, primero éstas deben de estar garantizadas cabalmente.

Por tanto, después de analizar las críticas, ventajas y condiciones para incursionar en ese proceso de globalización económica, así como conocer la actual situación indígena en el Perú según los datos oficiales del Estado peruano, se pasará a analizar el documental ‘‘El misterio del capital indígena amazónico’’ presentada por el Instituto de Libertad de Democracia y presidida por el economista Hernando de Soto. Conforme a tal documental, nos enfocaremos estrictamente sobre la posición de que es a través del reconocimiento de los derechos de propiedad y la actuación de la formalidad en los actos de comercio, recaídos ambos en la teoría del capital, que se podrá alcanzar el desarrollo pleno de los pueblos indígenas.

3.3. La teoría del misterio del capital de los indígenas por Hernando de Soto.

Al analizar los programas o políticas de desarrollo para los pueblos indígenas, tal como se señaló, es importante partir de la premisa que no podemos estructurar tales políticas sin antes el Estado tenga reconocido y que venga respetando las instituciones indígenas conforme al sistema jurídico-social de esos pueblos como grupos diferenciados.

Conforme fue analizada la marginación económica y social de los indígenas en el Perú, teniendo como fuente a las variables ofrecidas por las instituciones del Estado, se reflejó, o si se quiere decir, se evidenció, la ineficiencia por parte del Estado en la prestación de los servicios públicos y la falta de promoción de mecanismos de desarrollo para estos pueblos.

Al mismo tiempo que se presenta la ineficiencia sobre la prestación de los servicios públicos para estos pueblos, al mismo tiempo, actualmente se presentan una

²⁵⁴ SEN, Amartya. *As pessoas em primeiro lugar*. p. 32.

serie de conflictos sociales que, en la mayoría de los casos, se da entre los pueblos indígenas y las industrias de extracción, específicamente con la minería, por la vulnerabilidad de sus los derechos de éstos pueblos, recaído en la mayoría de los casos, por la violación sobre sus territorios.

En ese sentido, consideramos pertinente analizar el punto de partida que dio inicio a una forma de analizar los conflictos sociales, siendo este a través del caso de Bagua, localizado al nordeste del Perú.

Frente al trágico caso de Bagua del 2007 (Perú) se suscitó una serie de enfrentamientos violentos, incluyendo muertes y una gran cantidad de heridos, entre las fuerzas del orden, recaídos sobre la Policía Nacional y grande parte de los grupos de indígenas amazónicos. Se considera que este hecho marcó un hito en lo que se refiere a la preocupación y reflexión del reconocimiento de los derechos de propiedad de los indígenas en el Perú. De esa forma, también se destacó sobre cual está siendo el papel del Estado peruano para fomentar o promocionar mecanismos de desarrollo para estos pueblos indígenas.

En ese contexto, por un lado se debe de estar preguntando: ¿Qué ha hecho el Estado para promocionar tal desarrollo? Consideramos que las respuestas se encuentran en el primer capítulo de este trabajo. Por otro lado, frente a la crisis sociales que se presentan en el Perú, también nos preguntamos: ¿Hay acaso un mecanismo que por el cual se pueda promocionar real y eficientemente el desarrollo de los pueblos indígenas en el Perú?

En un primer momento, se puede decir que se ha planteado una interesante propuesta por parte del el "Instituto de Libertad y Democracia ILD" presidida por el economista Hernando de SOTO, en el que se resume sobre la cesión de los territorios indígenas a favor de terceros para que éstos puedan explotar tales territorios a cambio de una contraprestación a favor de los indígenas para que así puedan obtener recursos económicos para satisfacer sus demandas sociales.

En el 2009, el ILD, presidida Hernando de SOTO, desarrolló el documental "el Misterio del Capital de los Indígenas Amazónicos"²⁵⁵, enfocándose este último en los indígenas peruanos, así como identificando los problemas del subdesarrollo indígena

²⁵⁵ ILD. Documental "El Misterio del Capital de los Indígenas Amazónicos". Dirigida por Hernando De Soto, presidente del Instituto Libertad y Democracia ILD. Producción de Becket Films LLC y del ILD. Director James Becket. DVD, duración 30 minutos. Lima: ILD, 2009.

y destacando los mecanismos que se deben de seguir para alcanzar el desarrollo de los pueblos indígenas en el Perú.

En ese contexto, el ILD desarrolló este documental a través de una investigación de campo, por lo que estos se reunieron con diferentes jefes de comunidades indígenas amazónicas para conocer cuáles eran las transacciones comerciales que realizan actualmente, por lo que este Instituto evidenció cuatro hechos concretos señalando que los indígenas:

1. Realizan contratos de compra-venta, así como arrendamiento de sus tierras entre ellos mismos.
2. Algunos pueblos indígenas delimitan sus territorios con el fin de brindar seguridad jurídica ante el proceso de lotización.
3. Se emiten títulos de propiedad entre los miembros de la comunidad, pues la ley nacional sólo les reconoce títulos colectivos y no individuales
4. La inmersión al sistema de mercado por ejecutar actos de comercio con fines lucrativos, como es el caso de la comercialización en la caza, pesca y entre otros, por parte de los indígenas con terceros²⁵⁶.

Según estos hechos planteados, el ILD afirma que estos pueblos amazónicos por voluntad propia acorde a sus relaciones culturales están comenzando a formar parte de ese mundo del mercado por las transacciones económicas que desarrollan en la actualidad, por lo que estos pueblos no son ajenos a la propiedad y ni a la empresa. En ese sentido, este Instituto determinó que la incursión de los indígenas amazónicos en el mercado es un hecho positivo para su bienestar. Es decir, los pueblos indígenas necesitan incursionar en el mercado para que tengan una mayor posibilidad de progreso como comunidad.

Conforme al documental en el cual se está examinando, el ILD resalta la importancia de la titulación de tierras para que estos pueblos estén inmerso en transacciones de la propiedad con seguridad jurídica y la vez, que éstos estén sujetos al actual sistema. En esa línea, el ILD determinó que las tierras de éstos últimos carecen en la mayoría de los casos de un título de propiedad sobre sus territorios por un descuido histórico del Estado Peruano. En ese sentido, este Instituto señala que no es posible que

²⁵⁶ ILD. Documental **“El Misterio del Capital de los Indígenas Amazónicos”**. Dirigida por Hernando De Soto, presidente del Instituto Libertad y Democracia ILD.

en el siglo XXI se controlen territorios, sin proteger valores culturales y ni vencer la pobreza sin empresa y propiedad.

Concerniente a la modernidad y las costumbres indígenas, el ILD determina que no existe incompatibilidad entre estas características. En ese sentido se toma como ejemplo el progreso de los pueblos indígenas de Alaska (EUA) y Canadá, destacando que a pesar de que estas últimas se hayan incursionado en el mercado y que tengan obtenido grandes beneficios económicos, éstos pueblos no perdieron sus culturas, quiere decir, no dejaron propiamente su identidad indígena, su calidad de ser diferentes.

Para evidenciar esa relación entre modernidad y mercado, el ILD convocó a diferentes líderes indígenas de Alaska-USA, Canadá y indígenas amazónicos peruanos para que intercambien ideas y experiencias en lo que se refiere a la incursión económica y las oportunidades de desarrollo que brinda el mundo actual. Así, Manny Jules, líder Indígena Nacional en Canadá e Julie Kitka, presidente de la Federación de Alasqueña de nativos compartió su experiencia, destacando que el grupo que ella pertenecía pasó de ser una étnica y tribus como organización a ser actualmente organizaciones poderosas que lidian con el mercado en el siglo XXI.

Conforme a lo profundando de estas experiencias de estos pueblos indígenas de Alaska-USA y Canadá, y la importancia de fortalecer la propiedad como activo, por un lado el ILD resalta que los títulos de propiedad que fueron otorgados por el Estado Peruano a las comunidades indígenas no son más que pedazos de papel, pues estos no tienen los mecanismos estandarizados que los conectan al crecimiento económico.

En ese sentido, concernientes a los mecanismos de desarrollo económico, el ILD destaca los mecanismos para viabilizar el desarrollo de los pueblos indígenas, señalando que el primero, gira entorno a la protección del derecho de propiedad y, el segundo, se relaciona con la formalidad de los actos de comercio en el sistema por parte de estos pueblos.

En ese sentido, el ILD destaca que el respaldo, fortalecimiento y garantía al derecho de propiedad, es el primer mecanismo al desarrollo de los pueblos indígenas, pues, éste permite adjudicar, arrendar, dar en posesión, uso, usufructo, servidumbre, acceder al crédito, al capital y al seguro, así como otras funciones tales como comprar, vender, permutar, donar, transferir, hipotecar, ceder de pago, dar anticipos de legítima,

entre otros, pues son precisamente estas funciones las que hacen que los bienes tengan un mayor valor²⁵⁷.

Dentro de ese contexto, el ILD señala que los actuales títulos que tienen los indígenas amazónicos no tienen ninguna función señalas en líneas anteriores, por lo que se pretende dar seguridad a la posesión de sus tierras. Se afirma que dado esa vulnerabilidad en el derecho de la propiedad indígena, estos se ven constantemente invadidos y perjudicados por terceros, por lo que su credibilidad empresarial casi no existe frente a los agentes económicos. En ese sentido, se afirma que esos títulos indígenas actuales sólo tienen validez dentro de los linderos de la comunidad, por lo que estos indígenas no sólo están separados de la sociedad y del mundo, sino incluso también entre sus propias étnicas que se encuentran en sus alrededores.

Así, en lo que concierne a la demarcación de los territorios indígenas en el Perú, el ILD destaca que en la actualidad estas tierras cuentan con referencias geográficas, por lo que existen tres tipos de catastros distintos que no conversan entre sí, dando lugar a superposiciones y conflictos entre comunidades nativas, colonos, petroleras, mineras y madereros.

Por tanto, el ILD señala que el Perú existe dos tipos de titulación de propiedad, unos con mecanismos y otros sin mecanismos en lo que se refiere a las transacciones comerciales. Conforme destaca el ILD, el primer mecanismo está inmerso a un mundo de oportunidades y, el segundo, está sujeto a la dependencia y poca competitividad con pocas aspiraciones a desarrollarse. En ese sentido el ILD resalta que se debe de optar por el mecanismo que permite ejercer mayores transacciones comerciales y aprovechar las ventajas que éstas otorgan a través del respeto y garantía del derecho de propiedad.

El segundo mecanismo para alcanzar el desarrollo, se basa en los derechos empresariales por los beneficios y seguridad frente a terceros, conforme a la constitución de una empresa formal y la debida actuación de administración con responsabilidad social. En esa línea, el ILD destaca que se busca una actuación imparcial sin interés político.

En ese contexto, sobre la incursión económica de los pueblos de indígenas amazónicos, el ILD destaca que en la actualidad se han constituido empresas indígenas en sus comunidades, pero al ser constituidas informalmente tienen un alto riesgo de

²⁵⁷ Idem, Ibidem.

inseguridad jurídica en el tráfico comercial, pues no gozan de crédito ni de capital, por lo que éstos no constituyen activos que podrían aportar a una empresa.

Por tanto, el ILD resalta enfáticamente que no se puede creer más esa idea de que los pueblos indígenas están destinados a ser microempresarios, pues, pueden llegar a ser parte de grandes corporaciones, pues, existen varios mecanismos para concretizar tal incursión.

En ese sentido, bajo la experiencia de desarrollo de los indígenas de Alaska (EUA) y de Canadá, el ILD explica que estos pueblos se han unido para delimitar propiedad y crear empresas entre ellos, que solamente tienen un enfoque económico, por lo que frente a terceros exigen la participación económica de la explotación de los recursos naturales localizadas en sus territorios. Así, en lo que se refiere a experiencias exitosas de protección de la propiedad indígena y la formalidad de los actos de comercio en el sistema, el ILD presenta las experiencias de diferentes líderes indígenas de Canadá y Alaska-USA que consiguieron explotar su capital y así pasar de la pobreza a la riqueza sin perder su identidad étnica.

En ese escenario, el ILD, por un lado, presenta a Andy Teuber, presidente del Consorcio de Salud de Alaska, en el cual destaca que las corporaciones indígenas son los guardianes de sus culturas, pues gracias a ellas se puede disponer de recursos, así que como a través de estas corporaciones protegen sus tradiciones. Así mismo, por otro lado, presenta a Bobbi Quintavell, presidente de Artic Slope Regional Corporation (ASRC), en el que éste resalta que frente a la incursión indígena en el mercado, no se ha arriesgado los valores y principios cuando se participa de este modelo empresarial indígena. Afirma que se puede hacer negocios y crear capital sin comprometer los valores y los principios que preservan los pueblos. Por último, el ILD presenta a Julie Kitka, presidente de la Federación de Alasqueña de nativos, en la que aduce que en la corporación se puede añadir valores indígenas en esa estructura empresarial. Así mismo, aduce que no se habla de un capitalismo salvaje que descarta otros valores, pues, es importante esos valores indígenas al momento de desarrollar negocios.

Por último, sintetizando el documental ‘El misterio del Capital indígena Amazónico’ el ILD afirma categóricamente que la única manera que los pueblos indígenas puedan defender su cultura y sus tierras en el siglo XXI es a través del poder económico, y sólo existirá ésta última, con empresa y propiedad.

El ILD destaca que los pueblos indígenas no irán perder su identidad propiamente, pues se recoge las experiencias de los indígenas Canadienses y Alasqueños que aprovecharon las oportunidades de la globalización moderna como mecanismos de desarrollo socioeconómico.

Así, conforme al documental del ‘‘Misterio del Capital de los Indígenas Amazónicos’’ presentada por el ILD, por un lado, consideramos que estamos frente a un importante estudio sobre los actuales procesos que restringen la eficiencia sobre el desarrollo indígena, por lo que éste se convierte en un importante instrumento para el Estado al momento de estructurar y implementar proyectos o programas de desarrollo con inclusión social para los pueblos indígenas en el Perú.

Pero, por otro lado, consideramos que, aun que sea un estudio muy importante por la identificación de algunos factores del subdesarrollo indígena en el Perú, la crítica sobre no se hace esperar contra el análisis y mecanismos de desarrollo presentados por el ILD, estrictamente por colocar al capital como el principal motor sobre para la generación de la riqueza a favor de los pueblos indígenas en el Perú. En ese contexto, se destaca que la posición de que a través del capital, recaído en la falta de reconocimiento del derecho de propiedad y la formalidad legal en el sistema económico, irá a solucionar todos los problemas de la pobreza, así como si éste fue el único medio más adecuado para alcanzar el desarrollo, contraviene directamente los derechos de los pueblos indígenas por su desnaturalización de sus instituciones y por el ‘‘centralismo en el capital’’, como si éste fuese un instrumento omnipotente que tendrá la potestad o cobertura para solucionar todos los problemas de la pobreza de los pueblos indígenas.

Por tanto, frente a esas posiciones sobre los mecanismos de desarrollo, se pasará a analizar las críticas sobre tales posiciones, para después analizar la situación sobre el reconocimiento y respeto sobre los derechos de propiedad de los pueblos indígenas en el Perú.

3.3.1. Críticas al centralismo del capital: propiedad y empresa por el ILD.

Se considera que, si bien es cierto que el capital, expresados sobre el reconocimiento de la propiedad así como la formalidad sobre los actos de comercio, son elementos esenciales para incentivar los mecanismos de desarrollo, también es importante destacar que éstas medidas presentan una serie de críticas sobre el

centralismo de estos elementos al momento de estructurar las políticas públicas que conlleven a un desarrollo eficiente.

En un primer momento, conforme a esa crítica del centralismo del capital, Arthur W. LEWIS señala que:

O capital não é a única coisa necessária ao crescimento, e, embora disponível, se não houver, ao mesmo tempo, ambiente favorável ao seu aproveitamento, será desperdiçado²⁵⁸.

En ese contexto, en lo que se refiere al capital menos eficiente y productivo por la falta de tecnología y conocimiento, LEWIS también afirma que que:

(...) o capital será menos produtivo nos países menos desenvolvidos porque o uso eficiente do capital depende do desenvolvimento constante da tecnologia, e o aumento do conhecimento é mais vagaroso nos países atrasados. Este argumento se apresenta de várias maneiras. Uma delas nos diz que nos países desenvolvidos a renda tende a aumentar por causa do conhecimento crescente, e que o conhecimento aumentaria ainda que o capital deixasse de aumentar, em quanto isso, nos países menos desenvolvidos, a tecnologia marcha mais lentamente, e contribui menos para o aumento da renda²⁵⁹.

Así, por un lado, Robert J. SAMUELSON, contraviene esa “centralización” de que tan sólo la propiedad y la empresa irán a solucionar los problemas globales relacionados a la pobreza, sin tener en consideración el factor o componente cultural de cada pueblo al momento de implementar políticas de desarrollo con inclusión social.

En esa línea, SAMUELSON contraviene a de SOTO por desconsiderar que el factor cultural es distinto en diferentes grupos, por lo que la influencia de capital en estos no siempre tendrá la misma captación paralelamente, por lo que señala que:

Unfortunately, de Soto strains too much. He wants to make property rights — or their absence — the center of everything. Some societies, mainly in the United States and Europe, have indeed developed workable property rights regimes. Others, mainly in Africa and Latin America, have not. The first group has prospered; the second has floundered. Culture modifies de Soto’s sweeping conclusions. Some societies may be more culturally friendly to economic growth than others. The same forces that affect property rights systems may, for better or worse, also affect enterprise, invention, and material accumulation. But de Soto never asks why the United States accomplished this feat, whereas so many developing countries have not. What is more likely is that American culture — the enthusiasm for material

²⁵⁸ LEWIS, Arthur W. **A teoria do desenvolvimento econômico**. Tradução de Alfredo Moutinho dos Reis e Olavo Miranda. Rio de Janeiro: Zahar Edittores, 1969. p. 254.

²⁵⁹ Idem, Ibidem. p. 258.

advance, the faith in democracy, and the belief in the sanctity of property — created a climate in which change was possible²⁶⁰.

Por otro lado, Bernardo KLIKSBERG señala que la cultura cruza todas las dimensiones del capital social de una sociedad. La cultura subyace los componentes básicos considerados capital social, como la confianza, el comportamiento cívico, el grado de asociatividad. Las relaciones entre cultura y desarrollo son de todo orden, y asombra la escasa atención que se les ha prestado. Aparecen potenciadas al revalorizarse todos estos elementos silenciosos e invisibles, pero claramente operantes, involucrados en la idea de capital social²⁶¹.

En un segundo momento, se puede considerar que la consolidación del capital, vista desde un plano económico, no sólo representa como el factor principal en el proceso de desarrollo de un país, pues, vista desde un plano social, no cabe duda que el capital social también guarda una estrecha para alcanzar tal desarrollo.

De esa forma, KLIKSBERG aduce que el capital social, al margen de las especulaciones y las búsquedas de precisión metodológica, desde ya válidas y necesarias, de hecho opera a diario y tiene gran peso en el proceso de desarrollo²⁶². En ese sentido, para erradicar el mal de la pobreza, la cultura se convierte un instrumento para tal erradicación.

En esa perspectiva, referente a la falta de capital económico que carecen los pueblos indígenas, Bernardo KLIKSBERG señala que los grupos pobres no tienen riquezas materiales, pero sí tienen un bagaje cultural, a veces de siglos o milenios, como el de las poblaciones indígenas. El respeto profundo por su cultura creará condiciones favorables para hacer uso, en el marco de los programas sociales, de saberes acumulados, tradiciones, modos de vincularse con la naturaleza y capacidades culturales naturales para la auto-organización, que pueden tener gran utilidad²⁶³.

Conforme al enfoque indígena, fortaleciendo la importancia de la era cultural y los modelos de desarrollo integral, Bernardo KLIKSBERG aduce que:

²⁶⁰ SAMUELSON, Robert J. **The Spirit of Capitalism. January/February.** Vol. 80 Issue 1. New York: Foreign Affairs, 2001. p.205.

²⁶¹ KLIKSBERG, Bernardo. **Capital social y cultura, claves esenciales del desarrollo.** Revista de la CEPAL Nro. 69, 1999. pp. 85-102.

²⁶² Idem, Ibidem. pp. 85-102.

²⁶³ Idem, p. 85.

A era cultural pode ter um peso muito importante no sentido de contribuir para a criação de um modelo de desenvolvimento integral. Esse modelo, aplicado nas economias mais bem-sucedidas, como as dos países nórdicos, com base em valores como a solidariedade, o igualitarismo, o civismo, a responsabilidade, os cuidados com o meio ambiente e outros, gerou uma ampla inclusão social, equidade e eliminação da pobreza. É muito importante que a existência de modelos alternativos seja repercutida no campo da cultura. Que ela propicie um debate mais aberto, plural e de melhor qualidade sobre políticas que tornem possível a superação de mitos como os que circulam na atualidade e que se cultive uma cultura de solidariedade e cooperação²⁶⁴.

En un tercero momento, se señala que la cultura puede ser un instrumento formidable de progreso económico y social. Sin embargo, allí no se agota su identidad. No es un mero instrumento. El desarrollo cultural de las sociedades es un fin en sí mismo, y avanzar en este campo significa enriquecer espiritual e históricamente a una sociedad y a sus individuos²⁶⁵.

Por tanto, en una primera línea, se destaca que sin los componentes de la tecnología, conocimiento y cultura de una sociedad determinada, el capital pierde su encanto y su fuerza en el dinamismo de alcanzar el desarrollo al auto-centralizarse como la única vía que conducirá a solucionar los problemas y demandas sociales con el fin de combatir la pobreza. En una segunda línea, conforme a la posición sobre el reconocimiento y fortalecimiento del derecho de propiedad de los territorios indígenas en el Perú y la formalización de la empresa, se destaca que para ser considerado sujeto de crédito y ser un sujeto activo en el mercado, conforme fue señaló el ILD, consideramos que no podemos dejar de lado el análisis sobre la salud institucional antes de estructurar cualquier política de desarrollo.

Conforme a la transcendencia de las instituciones, se destaca que es fundamental fortalecer y consolidar todas las instituciones para así garantizar la máxima seguridad jurídica sobre las transacciones y el respeto a los derechos fundamentales, así como la importancia de adoptar un Estado Socioambiental de Derecho, el reconocimiento a las instituciones indígenas, recaídos sobre la autonomía, autodeterminación y jurisdicción por la condición de ser un Estado Multicultural, así como presentar los incentivos necesarios para fortalecer los mecanismos para la solución de los conflictos sociales a través de los Métodos Alternativo de Conflictos – MARS´s desde una fase preventiva, entre otras medidas. En ese sentido, es importante

²⁶⁴ KLIKSBERG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**. p. 328.

²⁶⁵ KLIKSBERG, Bernardo. **Capital social y cultura, claves esenciales del desarrollo**. pp. 85-102.

subrayar que, no tan sólo las instituciones públicas tienen las obligaciones de enfrentar estos desafíos, sino también se considera que está involucrada la sociedad en su conjunto.

Quizá se considera exagerado todas esas exigencias para estructurar políticas de desarrollo para los pueblos indígenas, pero se destaca que las mismas se justifican por el sólo hecho de que el Perú es un país indígena netamente y al mismo tiempo un país minero por excelencia. Conciliar la actividad y el ejercicio de ambos lados, es quizá, una de las políticas públicas que más ineficiencia ha causado a lo largo de la historia del país.

Frente a los modelos exitosos del desarrollo de los pueblos indígenas, y la incursión de todos los componentes o factores por el ILD, encontramos la viabilidad de la extracción sostenible de recursos naturales en territorios indígenas TIs canadienses y australiano. En esa línea, se destaca que tales modelos no sólo se basa en la generación de la riqueza material, sino también en base a la riqueza y sensibilidad humana de estos pueblos.

Así, conforme al estudio del *Misterio del Capital de los pueblos indígenas*, el ILD identificó que uno de los componentes del subdesarrollo indígena en el Perú se debe a la falta de reconocimiento del derecho de propiedad, por lo que antes de presentar a la minería como estimulante para el desarrollo de los pueblos indígenas, es importante analizar la situación legal de los territorios indígenas en el Perú.

En ese sentido, por un lado, se considera que el ILD ha identificado brillantemente uno de los problemas del subdesarrollo indígena en lo que concierne a la omisión del Estado peruano en la demarcación del territorio indígena y la informalidad sobre los actos de comercio de los mismos, pero, por otro lado, se considera que no es suficiente pensar que el capital, en base al reconocimiento del derecho de propiedad y a la formalidad de los negocios, irán a superar los problemas relacionados a la pobreza de los pueblos indígenas, así como que éstos alcanzaran su desarrollo pleno en base tan sólo del capital.

En esa perspectiva, a lo largo de este trabajo de investigación, analizamos que las instituciones indígenas en el Perú, no tan sólo es degradante para la condición de éstos pueblos, según lo analizado sobre la actual situación indígena en el Perú, sino que además, la mayoría de las instituciones del Estado, véase éstas como las instituciones económicas, democráticas, culturas, éticas, entre otras, se encuentra muy debilitadas e

no consolidadas en el Perú, no garantizándose los intereses y derechos de los pueblos indígenas frente a sus relaciones con terceros, siendo específicamente las industrias extractivas por la cesión de sus territorios.

En ese contexto, se considera que las posturas del ILD buscan desconocer los derechos consagrados a los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, al tratar a los territorios indígenas como derechos que pueden ser transmitidos desconociendo sus aspectos culturales y la debilidad en el poder que éstos tendrían frente a los terceros que busquen explorar sus territorios.

En síntesis, podemos afirmar que, frente a la tesis del "misterio del capital indígena", no existe misterio ninguno cuando un Estado no promociona ni garantiza los derechos y libertades para alcanzar el desarrollo y, además, no estamos frente a ningún capital indígena cuando este activo, aun que existiendo en base a los territorios indígenas frente a terceros, está inmerso sobre instituciones ineficientes que no consiguen dar una máxima seguridad jurídica para los derechos de las presentes y futuras generaciones no tan sólo de los pueblos indígenas, sino estrictamente sobre los destinos del país, sobre la conducción de los intereses del Perú. Es decir, el desarrollo sin libertad, así como el desarrollo sin instituciones, no conllevarán a ningún mecanismo de desarrollo eficiente.

Pero, este trabajo de investigación no tiene como finalidad tan sólo agotarse sobre la postura del no reconocimiento sobre los mecanismos que conllevan al subdesarrollo indígena que fue presentado por el ILD, sino que, buscaremos conocer fehacientemente sobre cómo se está llevando a cabo esa incursión de los pueblos indígenas al mercado conforme al escenario internacional. Tal como destacó el ILD sobre los beneficios que otorga el capital para los pueblos indígenas de Canadá, EUA y Australia, en el próximo capítulo pasaremos a analizar cómo y cuáles fueron los requisitos por el cual los pueblos indígenas de estos países viabilizaron su incursión en la globalización económica en base a la cesión de sus territorios.

Por tanto, antes de analizar la viabilidad sobre la extracción de recursos naturales en territorios indígenas en el Perú, influenciados por los modelos de Canadá, Australia y EUA, primero, consideramos fundamental analizar profundamente sobre el primer mecanismo de subdesarrollo indígena que fue planteado por el ILD, esto es, la

falta del reconocimiento y demarcación de los derechos de propiedad indígena en el Perú.

3.4. Los derechos de propiedad indígena en el Perú: ¿Activo desactivado?

Partimos de la premisa que al tratar de América Latina, estamos refiriéndonos a la región más desigual, por no decir injusta, del mundo. Es más, los mayores conflictos sociales se presentan en este lado del mundo. ¿Pero que tanto se reclama en esta región? ¿En qué consiste los reclamos territoriales por parte de los pueblos indígenas para sus gobiernos?

Frente a tales interrogantes, en un primer momento Roger PLANT sostiene que los reclamos que hacen los pueblos indígenas de América Latina sobre sus tierras son de varios tipos. Algunas reivindicaciones parten de títulos antiguos o históricos y se tratan de títulos de tierras colectivas emitidos quizás hace varios siglos. Este suele ser el caso de las “comunidades campesinas indígenas” que se encuentran aún localizadas en o cerca de las zonas que han ocupado tradicionalmente. Un segundo tipo de reivindicación parte de la posesión desde hace tiempos inmemorables y de una relación especial con la tierra y los recursos ambientales, independientemente de que se haya emitido un título por escrito en tiempos pasados. Este suele ser el caso de las comunidades indígenas que ocupan las tierras bajas o zonas de selva, pocas de las cuales poseían o reclamaban títulos de tierras hasta hace unas décadas. Los criterios principales para atender estos reclamos son la posesión previa, la capacidad para manejar tierras y recursos frágiles de una manera ecológicamente adecuada y la necesidad de proteger a estos grupos vulnerables de las influencias e intereses externos. Un tercer tipo de reivindicación puede ser la compensación por injusticias y discriminación padecidos en el pasado y la que se instituye para beneficiar a comunidades indígenas que han perdido sus tierras con el pasar del tiempo. La evidencia clara de la pobreza extrema en que viven los pueblos indígenas es fundamento para dirigir programas de distribución y acceso a la tierra directamente a ellos. La

indigencia y la escasez de tierras agobian más a los indígenas que habitan en las regiones no tropicales²⁶⁶.

Frente a ese análisis, vamos directamente al asunto. En un primer momento, algunos grupos consideran que los derechos indígenas están recibiendo gran atención, cuidado, trato, delicadeza, sobre el escenario nacional e internacional. Es decir, los derechos de los pueblos indígenas están siendo escuchados y aceptados, aún más cuando el derecho en conflicto se basa sobre sus territorios.

Pero, nos preguntamos: ¿Dónde se observan los mayores avances sobre los derechos de propiedad de los pueblos indígenas? ¿Cuáles son los mecanismos que han dado lugar a esos avances? ¿Qué problemas han surgido durante la ejecución de la ley y la implantación del marco de política? ¿Cómo se están resolviendo los problemas entre los intereses indígenas y los no indígenas? ¿Qué papel están jugando las organizaciones indígenas en la titulación y demarcación de las tierras reclamadas?²⁶⁷.

En ese contexto, partimos de que antes de analizar la situación sobre los derechos de propiedad indígena en lo que se refiere demarcación y titulación de las tierras en el Perú, es importante tener en consideración los aspectos generales en lo que concierne a la definición, dominación y posición de territorio indígena, con el fin de que después se pueda analizar estrictamente al territorio como un mecanismo que puedan conllevar al desarrollo a los pueblos indígenas. Veamos.

Alonso GERMÁN, destaca que la cultura indígena presenta diferencias fundamentales con la ciencia "occidental" respecto a la concepción y apropiación del mundo, del territorio y de las formas para la generación e innovación de recursos y conocimiento: los indígenas conciben el mundo desde una visión holística, integral, global, plural, colectiva, biodiversa, interdependiente, complementaria e indivisible; la ciencia occidental tiende a apropiarse el mundo de una forma reduccionista, parcializada, especializada, divisible, homogénea y individual²⁶⁸.

²⁶⁶ PLANT, Roger; HVALKOF, Søren. **Titulación de tierras y pueblos indígenas**. Serie de informes técnicos del Departamento de Desarrollo Sostenible. Banco Interamericano de Desarrollo. Washington, D. C: BID, 2002. pp. 14-86

²⁶⁷ PLANT, Roger; HVALKOF, Søren. **Titulación de tierras y pueblos indígenas**. Serie de informes técnicos del Departamento de Desarrollo Sostenible BID. p. 45.

²⁶⁸ ALONSO, Germán O. Velez. **La Chagra: patrimonio colectivo de las comunidades indígenas amazónicas**. In: FLOREZ, Margarita (Org.) *Diversidad biológica y cultural retos y propuestas desde América Latina*. Bogotá: Grupo Ad Hoc sobre diversidad biológica: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales alternativos – ILSA. Grupo de Semillas. Instituto de Gestión Ambiental - EGEA Proyecto Implementación Convenio sobre Diversidad Biológica – WWF, 1998. p. 166.

Tal como señala la Defensoría del Pueblo del Perú, la tierra es entendida por los pueblos indígenas como una relación con el espacio natural del pueblo o comunidad indígena, que guarda el origen, la memoria y el pasado del grupo, la realidad y la seguridad actuales del mismo así como la promesa de la seguridad y la existencia futura del grupo. La tierra viene a ser parte esencial de su identidad²⁶⁹.

Conforme al territorio indígena como base de su organización, Carlos SOUZA FILHO señala que:

Tanto e tão diversos eram, e são, os povos indígenas na América Latina que qualquer tipo de generalização, inclusive a que se fez no parágrafo anterior, é temerária. Isto significa que cada povo fazia, e faz, seu próprio conceito de território. A ideia de território, ou espaço geográfico onde cada povo exerce seu poder, é fundada nos mitos, crenças e cultura, fazendo com que os critérios da própria ocupação e da defesa contra a ocupação por terceiros sejam diferentes²⁷⁰.

Bajo esa visión holística, se destaca que los pueblos indígenas tienen diferentes concepciones sobre el mundo, del territorio y de las formas para la generación e innovación de recursos como mecanismo de desarrollo de sus pueblos. En lo que concierne al mundo natural indígena, la naturaleza forma parte de ellos, por lo que la *pachamama*, la tierra considera como una madre, también es catalogada como la primera fuente de supervivencia por la generación de riqueza que ésta genera, así como la principal fuente de trabajo para alcanzar el desarrollo tanto individual como comunitario.

Destacando la idea de territorio indígena por parte de sus integrantes, Carlos SOUZA FILHO aduce que:

Cada povo indígena tem, portanto, uma ideia própria de território, ou limite geográfico de seu império, elaborada por suas relações internas de povo e externas como os outros povos e na relação que estabelecem com a natureza onde lhes coube viver²⁷¹.

En lo que se refiere a la relación entre los indígenas y la tierra, José AFONSO DA SILVA destaca que:

²⁶⁹ PERÚ. **La Defensoría del Pueblo y los derechos territoriales de las comunidades nativas**. El conflicto territorial en la comunidad nativa Naranjos. Informe Defensorial N° 68. Lima: Defensoría del Pueblo, 2002. p. 5.

²⁷⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. p. 43.

²⁷¹ Idem, Ibidem. p. 44.

“... a relação entre os indígenas e suas terras não se rege pelas normas do direito civil. Sua posse extrapola da órbita puramente privada, porque não é nem nunca foi uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de seu ‘habitat’, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana. Este tipo de relação não pode encontrar agasalho nas limitações individualistas do direito privado, daí a importância do texto constitucional em exame, porque nele se consagra a ideia de permanência essencial a relação do indígena com as terras que habita”.²⁷²

Así, frente a esa concepción de los territorios indígenas y medio ambiente, Julio César MELATTI afirma que:

(...) o conhecimento das relações entre os seres vivos e o meio ambiente é essencial para os membros de uma sociedade indígena sobreviverem. O conhecimento dos hábitos dos animais, si andam de dia ou de noite, em locais bebem, de que vegetais se alimentam, a época em que amadurecem os frutos que certa espécie de animal aprecia, tudo isso é importante para que os indígenas tenham sucesso na caça e na pesca²⁷³.

Frente a una concepción no indígena sobre el territorio, por un lado, se considera que podemos entender, en una primera línea, que éstas se rigen por las leyes civiles, que su tratamiento legal está conforme a las disposiciones de los dispositivos comunes. Pero, por otro lado, se considera que el concepto de territorio indígena no debe ser confundido en las esferas del derecho privado, pues esa unificación es disociada en base de que estamos frente a sistemas sociales distintos, es decir, frente a derechos diferenciados en esos subsistemas.

Tal como indica Cesar MELATTI, para entender la concepción territorial de los pueblos indígenas, es necesario desprenderse de los conceptos de la sociedad occidental sobre la tierra, especialmente de la propiedad privada y buscar esa comprensión a partir de la cultura de los pueblos indígenas, o sea, a partir de la visión de los indios. Una concepción que tenga la propiedad privada como parámetro destroce el significado de los territorios indígenas, que son por excelencia derechos colectivos²⁷⁴.

Conforme a esa percepción, se verifica que para la preservación y la mantención de las comunidades indígenas con sus tradicionales conocimientos

²⁷² AFONSO DA SILVA, José. **Auto-aplicabilidade do artigo 198 da Constituição Federal**, in Boletim da Comissão Pro Índio de São Paulo. Ano I, Nro. 3. São Paulo, 1984. p. 3-9.

²⁷³ MELATTI, Julio Cesar. **Índios do Brasil**. Editora da Universidade de São Paulo. São Paulo: EDUSP., 2007. p. 207.

²⁷⁴ MELLATI, Júlio Cezar. **Índios do Brasil**. p. 210.

milenarios y formas de organización, es imprescindible que haya un territorio efectivamente delimitado, dentro del cual no haya interferencias externas indeseables, pues, se considera que estamos frente a territorios inalienables y imprescriptibles, ya que la relación entre la tierra y el indígena es intrínseca.

En ese aspecto, sobre las características del territorio indígena, Marco Antonio BARBOSA señala que:

É exatamente como deve ser concebido o direito indígena a terra. Trata-se de direito inalienável e imprescritível. Decorre, igualmente, da própria natureza humana indígena, posto que índio e terra estão de tal sorte ligados que dificilmente poderíamos conceber a existência do primeiro sem a segunda²⁷⁵.

Frente a tales concepciones, es hora de examinar tales institutos conforme al ordenamiento jurídico internacional sobre los territorios indígenas.

En ese escenario, la Defensoría del Pueblo indica que la dimensión de la noción de territorio, ha sido entendida en el Convenio N° 169 de la OIT, al señalarse en su artículo 13° el deber de los gobiernos de respetar la importancia cultural que tienen las tierras para los pueblos indígenas. La comprensión legal del indígena sobre la tierra es que ésta no es una propiedad patrimonial disponible, sino una propiedad de cuyo mantenimiento depende la existencia del grupo. Para los pueblos indígenas la razón y el origen de su derecho de propiedad sobre la tierra, se encuentra en la ocupación ancestral y en las responsabilidades que los actuales indígenas tienen con sus antepasados y con sus descendientes, de mantener el espacio que les perteneció a los primeros y les pertenecerá a los segundos. Así, la comprensión de los pueblos indígenas sobre el derecho a la tierra está vinculada a la ocupación tradicional de los territorios en los que han desarrollado sus relaciones de parentesco. El ejercicio del derecho de propiedad para las comunidades, es necesario para defender uno de sus derechos fundamentales: el derecho a la tierra, en las que habitan, cazan, pescan y efectúan actividades agrícolas, todas éstas basadas en relaciones de reciprocidad y vinculadas esencialmente a la conservación y desarrollo de su identidad cultural²⁷⁶.

²⁷⁵ BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: PlêIde: FAPESP, 2001. p. 115.

²⁷⁶ PERÚ. **La Defensoría del Pueblo y los derechos territoriales de las comunidades nativas**. El conflicto territorial en la comunidad nativa Naranjos. Informe Defensorial N° 68. Lima: Defensoría del Pueblo, 2002. p. 5.

El concepto de *derechos territoriales* —en sentido amplio, en lugar de *derechos sobre las tierras* en su sentido más limitado— es de gran importancia para las estrategias de demandas y manejo de recursos de los pueblos indígenas. Las demandas indígenas y los conflictos reales o potenciales alrededor de estas demandas pueden llegar más allá del concepto de tierra como categoría agrícola o productiva. Los temas y los retos que enfrenta la región hoy en día guardan relación con los recursos renovables y no renovables, los derechos sobre los recursos hídricos y el manejo y control ambiental. También existen enfoques innovadores respecto a los aspectos políticos del ordenamiento territorial que incluye a las comunidades indígenas y a las negras. El territorio para los pueblos indígenas es el espacio bajo su control que les permite desarrollar y reproducir los aspectos sociales y culturales de su subsistencia²⁷⁷.

Así, conforme al régimen legal de los territorios indígenas en el Perú, el Tribunal Constitucional peruano señala que este instituto se encuentra velado constitucionalmente en el artículo 88 y 89 de la Constitución Política del Estado, así como en los dispositivos de la Convención 169 da OIT.

En esa línea, es importante resaltar la diferenciación entre tierra y territorios indígenas por parte del propio Tribunal Constitucional, señalándose que:

Si bien la constitución hace referencia a la protección de las tierras de las comunidades campesinas y nativas (artículo 88 e 89 de la constitución), sin recoger el concepto de "territorio" de forma expresa, el Convenio 169 establece en su artículo 13 que la utilización del término "tierras" debe incluir el concepto de "territorios". La diferencia entre el concepto de tierra y territorio radica en que el primero se encuentra dentro de una dimensión civil o patrimonial, mientras que el segundo tiene una vocación política de autogobierno y autonomía. Así, esta dimensión política del término territorio se ajusta a la realidad de los pueblos indígenas, que descienden de las poblaciones que habitaban lo que ahora es el territorio de la República del Perú. Pero que, no obstante, luego de haber sido víctimas de conquista e colonización, mantienen sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o arte de ellas²⁷⁸.

Reafirmando esta posición, la Defensoría del Pueblo señala que, en ese contexto, se considera que los pueblos indígenas ocupan sus tierras de manera distinta al sector no indígena de la sociedad. Sus asentamientos se dispersan para el mejor aprovechamiento de los recursos naturales, respetando el equilibrio ecológico y

²⁷⁷ PLANT, Roger; HVALKOF, Søren. **Titulación de tierras y pueblos indígenas**. p.25.

²⁷⁸ PERÚ. Resolución del Tribunal Constitucional del Perú TC. Exp. Nro. 001126-2011-HC-TC. Madre de Dios. **Proceso: Juana Griselda Payaba Cachique**. 2001. Fundamento 22.

disfrutando de una relación espiritual tierra-indígena, poco comprendida en la concepción tradicional de propiedad²⁷⁹.

En lo que se refiere al derecho de propiedad como derecho humano, Gastaldi. J. PETRELLI, destaca que:

Tal direito é uma consequência do próprio direito natural conferido ao homem e que o transformou em titular de propriedade. Representa um direito fundamental, conferido a todo o ser dotado de razão de fazer uso dos bens materiais existentes na terra, embora tal direito esteja na dependência de normas morais, éticas ou jurídicas para a sua manifestação²⁸⁰.

Concernientes a las transformaciones del derecho de propiedad indígena, Ana Cláudia Bertoglio DORNELES señala que:

Portanto, o direito de propriedade da época do liberalismo já não pode mais ser concebido, e, por consequência evolutiva nas relações sociais,culturais e econômicas,o próprio direito,em razão de suas leis, deve acompanhar as transformações e as necessidades da sociedade²⁸¹.

Por otro lado, la Corte Interamericana (CIDH), a través del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, ha mencionado al respecto que “entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad²⁸²”.

Así, en esa relación y atributos existentes entre la posición y la propiedad de los territorios indígenas, es importante citar las características tomadas en cuenta por la CIDH, en el cual el Tribunal Constitucional peruano ha destacado que:

También es importante tener presente las posturas respecto a la relación existente entre la posición y la propiedad de los territorios de los pueblos indígenas. La Corte ha sintetizado su posición sobre este tema en la sentencia del *Caso Comunidad Indígenas Sawhoyamaya vs. Paraguay*, concluyendo en su párrafo 128 lo siguiente: “1) la posesión tradicional de los indígenas sobre

²⁷⁹ PERÚ. **La Defensoría del Pueblo y los derechos territoriales de las comunidades nativas**. p. 5.

²⁸⁰ PETRELLI, Gastaldi, J. **Elementos de economía política**. 15. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1992. p. 353.

²⁸¹ DORNELES, Ana Cláudia Bertoglio. **A função socioambiental da propriedade e a propriedade privada**. In: Revista de Direito Ambiental e Sociedade UCS. Volume 1. Nro. 1. Janeiro-Junho. Caxias do Sul, RS, EDUCS, 2011. pp. 273 - 300.

²⁸² CIDH, **Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam**, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No 172, párr. 89. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79. Párrafo. 149.

sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas²⁸³.

Reafirmando la relación de la propiedad colectiva de la tierra, conforme a las sendas jurisprudencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH, el Tribunal Constitucional Peruano también resalta que:

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado, en opinión que este Tribunal comparte, que “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras” [*Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párrafo 131]. De esta forma, se observa un concepto más amplio y diferente de los derechos territoriales, relacionado directamente con la supervivencia del pueblo indígena y “con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural” [párrafo 146]²⁸⁴.

En ese contexto, es importante resaltar los derechos de propiedad sobre los territorios indígenas desde una visión colectiva y no individual, pues, como ya se consideró anteriormente, los intereses y destinos de sus territorios serán tomados como comunidad y no individuales.

En ese aspecto, sobre la propiedad como colectividad, se considera que es importante destacar el *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* resuelto por la CIDH, señalando que:

Es también útil recordar que previamente a la sentencia referida, en la sentencia del *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, se subrayó la tradición comunitaria de la propiedad colectiva de la tierra de

²⁸³ PERÚ. Resolución del Tribunal Constitucional del Perú TC. EXP. N.º 0022-2009-PI/TC. Lima: **Proceso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos**. Fundamento 50.

²⁸⁴ Idem, Ibidem. Fundamento 48.

los pueblos indígenas. Se indicó así que la “pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad.” Se resaltó además que para los pueblos indígenas “la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” [párrafo 149]²⁸⁵.

Referente a la naturaleza jurídica del derecho de propiedad, la Defensoría del Pueblo reitera que en el sentido de la norma constitucional nadie puede ser privado de su propiedad estableciéndose como excepción los casos de expropiación que tiene un sustento legal basado en causas de seguridad nacional o necesidad pública. En este orden de ideas las comunidades nativas ven afectado se derecho de propiedad al no poder ejercer las facultades inherentes a todo propietario por causas de invasión de terceros²⁸⁶.

Por otro lado, destacando los supuestos normativos sobre la expropiación, incluidos en los casos sobre los territorios indígenas, medida aplicada como excepción y no como regla, el Tribunal Constitucional sostiene que:

Lo expuesto no significa que se esté frente a un derecho absoluto. Como es conocido los derechos interactúan entre sí y también con otros bienes jurídicos constitucionales, debiendo ponderarse cada uno de ellos en casos de colisión. Como se aprecia en el punto 3 del párrafo citado, se considera la adquisición de la propiedad de buena fe, siendo factible que el Estado indemnice a los pueblos indígenas que hayan sido afectados por tal enajenación. Todo ello no significa que este tipo de medidas deban ser moneda común, sino más bien excepcional, de lo contrario se generaría una sospecha que podría desvirtuar la buena fe y de este modo afectar la propia transferencia del inmueble. De igual forma, el artículo 70 de la Constitución establece que en virtud de seguridad nacional o necesidad pública y previo pago efectivo de una indemnización (que incluya compensación por eventual perjuicio) es factible la expropiación. Tal situación tampoco debe ser considerada como una opción inicial, debiendo ser por el contrario la excepción²⁸⁷.

En este sentido, conforme a la Defensoría del Pueblo, es importante ampliar el criterio legislativo para el tratamiento que se debe brindar a los pueblos indígenas sobre los derechos adquiridos en esta materia. Las tierras son importantes para la preservación, la supervivencia y el desarrollo de las comunidades nativas. Los derechos sobre la tierra son fundamentales para garantizar la continuidad y existencia perdurable

²⁸⁵ Idem, Fundamento 49.

²⁸⁶ PERÚ. **La Defensoría del Pueblo y los derechos territoriales de las comunidades nativas**. p. 54.

²⁸⁷ PERÚ. Resolución del Tribunal Constitucional del Perú TC. EXP. N.º 0022-2009-PI/TC. Lima: **Proceso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos**. Fundamento 51.

de los pueblos indígenas. La tierra y sus recursos son la fuente principal del sostenimiento económico, cohesión social y cultural y del bienestar social de muchos de estos pueblos. El reconocimiento de derechos especiales para los pueblos indígenas sobre las tierras tiene por objeto asegurarles una base estable para sus iniciativas económicas, sociales y culturales así como su sobrevivencia futura²⁸⁸.

Así, teniendo en vista la relación de los derecho y propiedad, y la obtención de renta por la explotación y obtención de la riqueza del suelo o subsuelo, es importante resaltar la postura Gastaldi J.PETRELLI al afirmar que:

Do mesmo modo que é indiscutível o direito e propriedade, também é praticamente incontroverso, na atualidade, o direito do proprietário sobre a renda decorrente da terra, quer esse rendimento resulte do trabalho nela aplicado (quando será integralmente legítima a destinação da renda ao titular), quer quando esse valor decorra de circunstâncias alheias a atividade de proprietário ou consequentes da situação da propriedade, da riqueza do subsolo, da fertilidade do solo, do aumento da população, de meios de transportes, etc.²⁸⁹.

Desde esa línea, el Convenio 169²⁹⁰ de la Organización Internacional del Trabajo establece en su artículo 14° numerales 1) y 2) que los gobiernos deberán reconocer a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan²⁹¹. Asimismo, establece la obligación de los

²⁸⁸ PERÚ. **La Defensoría del Pueblo y los derechos territoriales de las comunidades nativas**. p. 54.

²⁸⁹ PETRELLI, Gastaldi J. **Elementos de economía política**. 15. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1992. p. 352.

²⁹⁰ OIT. **Convenio N° 169 de la OIT**. ▪ Artículo 13°: Inciso 1) Los gobiernos deben respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación. Inciso 2) La utilización del término “tierras” en los artículos 15° y 16° deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera. ▪ Artículo 18°: La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.

²⁹¹ Tanto el Convenio 169 de la OIT como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas protegen el derecho a la propiedad de las tierras indígenas. El Convenio 169 establece el deber de los Estados de reconocerles el derecho a la propiedad y a la posesión de las tierras que tradicionalmente han ocupado y garantizar su efectiva protección (art. 14). Por su parte, la Declaración señala que los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos naturales que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido y derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen, ocupan o utilizan de manera tradicional, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma (DU, art. 26). Los conceptos de propiedad y posesión, en el caso de los pueblos indígenas, difieren de la concepción tradicional del derecho a la propiedad privada, pues tienen una dimensión colectiva. Ver; COLOMBIA. El presente documento ha sido elaborado por María Clara Galvis, consultora sénior de DPLF, y Angela Ramírez, abogada colombiana y consultora en derechos humanos. La elaboración del documento contó con la valiosa colaboración de

Estados de tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente así como, garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión, es decir, una protección real y práctica y no sólo una protección legal. Finalmente, el numeral 3) de este artículo refiere que deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco legal del sistema jurídico nacional, para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos indígenas y que estos pueblos tengan una posibilidad real de devolución de sus tierras²⁹².

Para garantizar la efectiva protección del derecho a la propiedad de las tierras y los territorios que los pueblos indígenas que han ocupado, poseído o utilizado tradicionalmente, los Estados deben:

- ✓ respetar y proteger el derecho que tienen los pueblos indígenas de mantener y fortalecer la relación espiritual que tienen con sus tierras, territorios y recursos naturales como aguas y mares costeros (DU, art. 25);
- ✓ reconocer y adjudicar jurídicamente las tierras y territorios que los pueblos indígenas han usado tradicionalmente. Este reconocimiento debe respetar las leyes, costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia y transferencia propios de los pueblos indígenas (DU, art. 27);
- ✓ adoptar medidas para impedir toda desposesión o enajenación de las tierras, territorios o recursos de los pueblos indígenas así como para evitar todo traslado forzado (DU, art. 8);
- ✓ tener en cuenta que todo traslado de población requiere el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas afectados (DU, art. 10);
- ✓ realizar consultas previas, libres e informadas, con el fin de obtener el consentimiento de los pueblos, antes de iniciar cualquier tipo de proyecto en las tierras y territorios indígenas (Convenio 169, art. 6; DU, arts. 19 y 32);
- ✓ tomar todas las medidas necesarias para mitigar los impactos sobre el medio ambiente y sobre los sitios sagrados y culturales de los pueblos indígenas. Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido que antes de otorgar concesiones se deben realizar estudios de impacto ambiental y social, por entidades independientes y técnicas (Caso Saramaka, párr. 129);

Marianela Fuertes Forero, abogada colombiana. Washinton D.C, Fundación para el Debido Proceso Legal DPLF. 2003. pp. 67.

²⁹² PERÚ. **La Defensoría del Pueblo y los derechos territoriales de las comunidades nativas**. p. 53.

- ✓ asegurar el derecho de los pueblos indígenas a conservar y proteger la capacidad productiva de sus tierras, territorios y recursos (DU, art. 29);
- ✓ proteger especialmente los recursos naturales existentes en las tierras y territorios de los pueblos indígenas, lo que implica respetar el derecho que tienen estos pueblos a participar en el uso, administración y conservación de dichos recursos, así como a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos (DU, arts. 29 y 32; Convenio, art. 15);
- ✓ tener en cuenta que aunque los recursos del subsuelo existentes en las tierras de los pueblos indígenas sean de propiedad del Estado, los pueblos tienen derecho a ser consultados antes de autorizar o emprender la prospección o explotación de dichos recursos; asimismo tienen derecho a participar en los beneficios de tales actividades (Convenio 169, art. 15);
- ✓ abstenerse de otorgar permisos o concesiones para realizar proyectos de desarrollo o inversión a gran escala que tengan un impacto significativo en el uso y goce de las tierras y territorios de los pueblos indígenas y tribales si no se cuenta con el consentimiento libre, previo e informado de dichos pueblos (Caso Saramaka, párr. 134) y
- ✓ asegurar la restitución o reparación justa cuando los pueblos indígenas hayan perdido sus tierras y territorios debido a procesos de desarrollo nacional o cuando sus tierras y territorios hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento previo, libre e informado (DU, arts. 20 y 28)²⁹³.

En ese contexto, tal como señala Roger PLANT, la legislación latinoamericana suele hacer referencia a la *titulación de tierras* como la parte del proceso en que se logra asegurar la tierra para los pueblos indígenas o cualquier otro miembro de una población o grupo. Pero la emisión de un título no es por sí sola una garantía de seguridad de la tenencia de tierras. Los títulos pueden no estar registrados o puede no existir un catastro efectivo²⁹⁴.

²⁹³ COLOMBIA. El presente documento ha sido elaborado por María Clara Galvis, consultora sénior de DPLF, y Angela Ramírez, abogada colombiana y consultora en derechos humanos. Washinton D.C, Fundación para el Debido Proceso Legal DPLF. 2003. pp. 67.

²⁹⁴ PLANT, Roger; HVALKOF, Søren. **Titulación de tierras y pueblos indígenas**. p.25.

Respecto a la *titulación de tierras* en Latinoamericano, Roger PLANT describe que en algunos casos, los miembros de las comunidades indígenas han obtenido títulos individuales con el propósito de vender sus tierras. Sin embargo, el propósito más común de la solicitud de títulos individuales por parte de familias pertenecientes a una comunidad indígena es proteger sus intereses dentro de la comunidad misma. Las familias indígenas necesitan títulos seguros para legar sus parcelas o retener el derecho de uso de las tierras cuando emigran por cierto período. Como en cualquier otra sociedad, se necesitan reglas internas para salvaguardar los derechos al uso de las tierras y protegerse de potenciales abusos del poder por parte de las autoridades tradicionales²⁹⁵.

Por tanto, dentro de lo expuesto sobre la institución de la propiedad indígena, cabe preguntarse cómo se está llevando ese reconocimiento y respeto de los derecho de propiedad sobre los territorios indígenas en el Perú? Cómo se está llevando a cabo la titulación de los territorios indígenas en el Perú? Veamos.

En el caso del Perú, el artículo 88° de la Constitución Política de 1993²⁹⁶ señala que el Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario, garantizando el derecho de propiedad sobre la tierra en forma privada o comunal. Por otro lado tenemos que el artículo 10° de la Ley de Comunidades Nativas señala que el Estado garantiza la integridad de la propiedad territorial de las comunidades nativas, levantará el catastro correspondiente y les otorgará título de propiedad. De igual modo, el artículo 24° del Reglamento de la Ley N° 26505, aprobado por Decreto Supremo N° 011-97-AG, establece que el Estado garantiza la integridad de la propiedad territorial de las comunidades nativas. Sin embargo, existe una excepción a este derecho de propiedad que es la cesión en uso, y se encuentra estipulado en los artículos 1° y 2° de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre -aprobado por Decreto Legislativo N° 21147. En ellos se señala que los recursos forestales, los cuales comprenden a las tierras cuya capacidad de uso mayor es forestal, son de dominio público y no hay derechos adquiridos sobre ellos. Asimismo, el artículo 11° de la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de

²⁹⁵ Idem, Ibidem. p.25.

²⁹⁶ PERÚ. **Artículo 88°:** El Estado garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal. **Artículo 89°:** Las comunidades nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas (...). El Estado respeta la identidad cultural de las comunidades nativas. Constitución Política de la República del Perú de 1993.

la Selva y Ceja de Selva²⁹⁷, aprobado por Decreto Ley N° 22175, establece que la parte del territorio de las comunidades nativas que corresponda a tierras con aptitud forestal, les será cedida en uso. En este sentido, sobre esta clase de tierras ni las comunidades nativas ni las personas naturales o jurídicas tienen derecho de propiedad sino sólo de posesión²⁹⁸.

Tal como señala la Defensoría del Pueblo del Perú, los pueblos indígenas organizados en comunidades campesinas y nativas continuaron enfrentando, durante el año 2010, diversas barreras para poder acceder a la titulación de sus tierras. Al respecto, la Defensoría del Pueblo verificó que en los últimos cuatro años solo se han titulado 62 comunidades campesinas y 7 comunidades nativas. Según el COFOPRI, hasta diciembre del 2009 existían 6.068 comunidades campesinas reconocidas, de las cuales 5.108 están tituladas. Estas comunidades se ubican en la costa, la sierra y la selva de nuestro país. En el caso de la Amazonía, existían 1.461 comunidades nativas reconocidas, de las cuales 1.267 estaban tituladas y 194 carecían de títulos. Estos datos denotan la desatención por parte del Estado para impulsar un proceso de titulación colectiva de los pueblos indígenas. Esta situación evidencia una falta de decisión política y graves problemas de gestión, que comprometen el respeto y el reconocimiento del derecho al territorio y la propiedad, protegido por la Constitución de 1993, el Convenio N° 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas²⁹⁹.

En ese sentido, concerniente al procedimiento de la demarcación de las tierras de las Comunidades Nativas en el Perú, por un lado, es importante tener en consideración la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva - Decreto Ley 22175, así como su reglamento. De esa forma, el artículo 10° de la ley en mención señala que ‘‘el Estado garantiza la integridad de la propiedad territorial de las Comunidades Nativas levantará el catastro correspondiente y les otorgará títulos de propiedad’’³⁰⁰. En correlación a los atributos de esa demarcación,

²⁹⁷ PERÚ. **Ley de Comunidades Nativas**. Artículo 10°: El Estado garantiza a las comunidades nativas el derecho a la propiedad territorial.

²⁹⁸ PERÚ. **La Defensoría del Pueblo y los derechos territoriales de las comunidades nativas**. p. 52.

²⁹⁹ PERÚ. **Decimocuarto Informe Anual de la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República**. Enero - diciembre 2010. 1 ed. Lima: Defensoría del Pueblo del Perú – DP. 2011. p. 213.

³⁰⁰ PERÚ. Decreto Ley 22175. **Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva**.

por otro lado, el artículo 13 del referido dispositivo legal señala que “la propiedad territorial de las Comunidades Nativas es inalienable, imprescriptible e inembargable”.

De ese modo, tal como se señala en el artículo 15 de la citada ley, se establece que “para la demarcación del territorio de las Comunidades Nativas, se tendrá en cuenta lo siguiente: a. Cuando hayan adquirido carácter sedentario la superficie que actualmente ocupan para desarrollar sus actividades agropecuarias, de recolección, caza y pesca; y b. Cuando realicen migraciones estacionales, la totalidad de la superficie donde se establecen al efectuarlas. Cuando posean tierras en cantidad insuficiente se les adjudicará el área que requieran para la satisfacción de las necesidades de su población³⁰¹”. Por último, en lo que se refiere al procedimiento de demarcación de los territorios de las Comunidades Nativas en el Perú, el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva, señala que “la demarcación del territorio comunal se sujetará al siguiente procedimiento. a) Consentida la Resolución Directoral de Inscripción, la Dirección Regional Agraria programará la realización de una visita inspectiva en el territorio ocupado por la Comunidad Nativa con la participación de los representantes de ésta, los colindantes y ocupantes si los hubiera. De la visita de inspección se levantará acta de demarcación que será puesta en conocimiento de la Asamblea Comunal. En la misma diligencia el funcionario encargado de la inspección, requerirá de los ocupantes precarios y/o mejoreros ubicados en tierras de la Comunidad su manifestación respecto a si desean integrarse o no a la Comunidad; b) Practicada la diligencia de demarcación se efectuará la clasificación de tierras por capacidad de uso mayor, elaborándose los planos y memoria descriptiva e informes técnicos y sociales pertinentes; c) Las áreas que ocupan desarrollando sus actividades de extracción forestal, recolección, caza y pesca³⁰²”.

Frente al análisis de la titulación de los territorios indígenas en el Perú, Hernando de SOTO sostiene que la mayoría de los peruanos presumimos que el Estado peruano ya otorgó títulos de propiedad de territorios indígenas, pero la verdad es que sólo el 5% de estas comunidades ostentan un título de propiedad sobre sus tierras. En ese sentido aduce que los pocos títulos de propiedad que fueron emitidos no determinan la ubicación de la propiedad, en lo que se refiere a las coordenadas y características

³⁰¹ Idem.

³⁰² PERÚ. **Reglamento de la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva.** Decreto Ley N° 22175.

geográficas, así como también se presenta conflictos de superposiciones por la determinación plural de la propiedad por diferentes comunidades. En sus palabras:

The majority of Peruvians presumed that the state had long ago given the indigenous peoples of the Amazon property rights over their territories. But the fact is that of the 5 000 communities in the Peruvian Amazon, only about 5% have a property title that allows them to control their territory and manage their so-called communal resources efficiently and productively. Although the state has recognized 1 497 communities and given some sort of property title to 1 260 of these – progress to be sure – the titles are of little use or value to them for the following eight reasons: 1. The majority of the indigenous peoples' titles do not stipulate the precise location of the properties: 80% do not have clear boundaries, use universal co-ordinates or make reference to geographic features that would allow the properties to be identified with certainty within a standardized system. Furthermore, the few titles that have been granted are inscribed in registries that lack a geographic base. 2. Most of the titles cannot be readily used to protect holders from third-party claims because: they contain errors in the names of the holders; several people have titles over the same piece of property (because successive transfers have not been recorded); and/or the titles have overlapping boundaries with other properties belonging to other communities.³⁰³

Por otra parte, frente a los problemas de la titulación de territorios indígenas, la Defensoría del Pueblo destaca que dentro del Estado no se ha precisado qué Ministerio será el ente rector de la Política Nacional de titulación de tierras de comunidades campesinas y nativas, lo que impide la formulación y el monitoreo de políticas dirigidas a garantizar el derecho al territorio y la propiedad de los pueblos indígenas. Por todo ello, la Defensoría del Pueblo considera que el derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas ha sido vulnerado por la demora en los procesos de titulación de las comunidades nativas y campesinas. Sumado a ello, el proceso de descentralización respecto a la función de titulación ha generado una suerte de vacío temporal de competencia, pues tanto el nivel nacional como el regional justifican su inacción en el hecho de que el proceso de transferencia aún está en marcha³⁰⁴.

Frente a esa omisión por parte del Estado peruano en la formulación de políticas públicas que garanticen el derecho al territorio indígena a través de los títulos de propiedad, es importante resaltar que, una de las consecuencias que se pueden generar por la omisión de tal reconocimiento, está dirigida a que se continúe y

³⁰³ OEDC. (2011). **The Amazon is not Avatar**. Or Hernando de Soto. In: Development Co-operation. Report 2011. 50th Anniversary Edition. OECD Publishing. Pág. 1-254. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/dcr-2011-en> Acceso, 19 de julio 2012.

³⁰⁴ PERÚ. **Decimocuarto Informe Anual de la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República**. Enero - diciembre 2010. 1 ed. Lima: Defensoría del Pueblo del Perú – DP. 2011. p. 214.

fortalezca la degradación del ambiente social y económico de los pueblos indígenas, así como se impulse aún más la generación de conflictos sociales por la vulnerabilidad de de sus derechos territoriales por parte de terceras personas, que en la mayoría de los casos se encuentra sobre las industrias extractivas.

En ese contexto, conforme señala la Defensoría del Pueblo, a presencia de invasores en tierras de comunidades nativas vulnera el derecho constitucional a la identidad étnica y cultural garantizado en el artículo 2º inciso 19 de la Constitución Política, porque para las comunidades nativas la relación con su territorio es de tal importancia que no puede hablarse del derecho a la cultura de estas comunidades si no se garantizan los derechos de posesión y propiedad sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. El ejercicio de este derecho obliga a prestar particular atención al respeto y garantía de las tierras indígenas que son importantes para la preservación, la supervivencia y el desarrollo de las comunidades nativas³⁰⁵.

Asimismo, la CIDH ha considerado que mientras no se delimiten los territorios indígenas, los Estados deben abstenerse a realizar políticas que afecten o desequilibren a los integrantes de los pueblos indígenas. En ese sentido, a través de Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* dicho Tribunal ha indicado que:

(...) los Estados deben abstenerse de realizar “actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la comunidad”³⁰⁶.

En esa perspectiva, referente a la omisión de titulación y carencia de servicios públicos en los pueblos indígenas amazónicos en el Perú, Hernando de SOTO, destaca que:

The legal shortcomings of the current property rights situation in the Peruvian Amazon greatly hamper indigenous peoples’ control over their territories and resources, and limit their possibilities for benefitting fairly and equitably from them. Because they do not share the same standards with other communities, let alone with the rest of Peru or the world, indigenous people live in a kind of sterile economic apartheid. Each community is imprisoned in its own tiny ghetto, incommunicado and unable to cooperate easily in economic terms with people from other communities or beyond. But

³⁰⁵ Idem, Ibidem. p. 54.

³⁰⁶ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua**; Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79 párrafo. 153.2

the prosperity that they aspire to and depend on to pull themselves out of poverty – the health, education and other basic services they lack – is reachable only with the modern tools of a market economy³⁰⁷.

En síntesis, conforme a la omisión de la titulación sobre los territorios indígenas, la CIDH resalta que el derecho a la propiedad de las tierras, los territorios y los recursos naturales se ve afectado por la falta de titulación de dichas tierras y territorios, que es esencial para una adecuada protección de este derecho. En este sentido, la Corte ha resaltado la importancia de cumplir con el deber de delimitar físicamente y titular las tierras a los pueblos indígenas. Al respecto, en el caso de la *Comunidad Sawhoyamaya v. Paraguay*, la Corte explicó que “el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de dicho derecho carece prácticamente de sentido si no se ha delimitado físicamente y entregado las tierras”³⁰⁸. Es aquí la principal obligación de los Estados que omiten en reconocer los títulos sobre los territorios indígenas.

Por tanto, conforme a la actual desprotección del reconocimiento de los territorios tierras indígenas en el Perú, se considera que estamos frente a una vacío legal en el cual actualmente está generando serias repercusiones negativas no tan sólo por la vulnerabilidad en la integridad de los derechos de los pueblos indígenas, sino también por la desestabilidad e impactos que generan los conflictos sociales a lo largo del territorio nacional.

3.4.1. El territorio indígena como capital, ¿muerto?

Actualmente se considera que los territorios indígenas en el Perú no es más que un "capital muerto" que se encuentra a lo largo del territorio nacional. Este término es término, es usado por Hernando DE SOTO para determinar un activo que no puede ser comprado, vendido, por un valor o utilizarse para una inversión³⁰⁹.

Así, conforme a la situación y el tratamiento sobre el reconocimiento y titulación de los territorios indígenas en el Perú, se puede afirmar que actualmente en el Perú dichos territorios descansan pasivamente como un potencial que podría generar

³⁰⁷ OEDC. **The Amazon is not Avatar. Or Hernando de Soto.** In: Development Co-operation. Report 2011. 50th Anniversary Edition. OECD Publishing. pp. 1-254, 2011. Acceso, 20 de enero del 2013.

³⁰⁸ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH. **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay**, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrafo 143.

³⁰⁹ Disponible en: <http://www.thepowerofthepoor.com/concepts/c6.php> Acceso, 20 de enero del 2013.

grandes beneficios para los pueblos indígenas con el fin de mejorar su condición de vida y así lograr su desarrollo pleno y eficiente.

Destacando los beneficios que ofrece el capital, Hernando de SORO aduce que través de los títulos, acciones y leyes de propiedad, la gente podría ostentar la garantía sobre un crédito para iniciar o ampliar un negocio³¹⁰, o si quiere decir, algún proyecto o programa que se tenga planificado.

Pero, vamos partir de que conforme a lo investigado hasta el momento, actualmente en el Perú los territorios indígenas descansan en paz como un potencial que podría generar grandes cambios en lo que se refiere a mecanismos de desarrollo, por lo representan un capital "muerto" en el mercado.

Frente a esa posición, cabe preguntarnos: ¿Los pueblos indígenas podrían considerar sus territorios como un potencial activo?

Desde la perspectiva del Hernando de Soto, esta institución argumenta que se ha querido vender una idea errónea que la propiedad es incompatible con lo indígena a lo largo de estos años en el Perú, pues se afirma que acorde a los mecanismos de desarrollo económico y las funciones expuestas, puede llegarse a alcanzar el bienestar de estos pueblos.

Concerniente a la preservación del medio ambiente, así como la conservación de los recursos naturales que se encuentran en territorios indígenas, el ILD señala que para lograr estos dos objetivos, es importante determinar el derecho de propiedad sobre esas tierras y la constitución de una empresa legal para que se brinde una mayor seguridad jurídica y social entre los pueblos indígenas y los terceros en aras de esa cuestión de protección ambiental³¹¹.

Frente al "capital muerto", recaído sobre los territorios indígenas, Hernando de SOTO señala que para implementar mecanismos de desarrollo de los pueblos indígenas es importante el fortalecimiento y aplicación del derecho de propiedad de sus tierras, porque no hay capital sin propiedad, pues, es ahí donde reside el misterio del capital. Así, los títulos de propiedad formales se convierten activos globalizados, pues es el título que genera el capital³¹².

³¹⁰ DE SOTO, Hernando. **El misterio del Capital: Porque el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en el resto del mundo.** p. 68.

³¹¹ Idem, Ibidem. p. 100.

³¹² Idem, p. 101.

De esa forma, sobre el enfoque indígena, en un primer momento se podrá considerar que no se podrá hablar de territorio indígena como capital y activo, sin antes haber reconocido y fortalecido las instituciones del derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico nacional. En síntesis, las tierras indígenas pasará a ser considerado como "activo" si es que primero se les reconoce como propiedad. Es decir, la formalidad del título de propiedad en tierras indígenas dará una mayor seguridad jurídica frente a terceros.

Frente a tal posicionamiento, en un segundo momento se puede determinar que actualmente los territorios indígenas en el Perú no son considerados activos en el mercado, pues, según lo analizado a lo largo de este trabajo, vimos que uno de los problemas que presenta el Perú es sobre la omisión del reconocimiento y formalidad la titulación de los territorios indígenas. Considerar que sin capital no existe propiedad

Así, conforme a lo argumentado en el primer y segundo momento, considerados pertinente la denominación de "capital muerto" sobre los territorios indígenas en el Perú, pues, la omisión sobre su reconocimiento y titulación no brinda la mayor seguridad jurídica tanto para ellos mismos como para terceras personas que deseen celebrar algún contrato con los pueblos indígenas de forma individual o colectiva. Sin duda, no hay capital sin propiedad, aún más en un sistema que no ha sido omiso a las garantías mínimas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Referente a la importancia de la redistribución de la tierra como un factor de producción, Eric HOLT-GIMÉNEZ destaca que no se puede ignorar las amenazas que enfrenta la condición de la tierra en tanto activo. La falta de suficiente tierra agrícola y forestal es, de hecho, un serio problema para los medios de subsistencia de los pueblos indígenas. Pero la colonización de la tierra indígena existente por las industrias extractivas, amenaza por igual a los medios de subsistencia tanto de los campesinos con tierras como de los sin tierras³¹³.

En ese sentido, después de haber analizado a lo largo de este capítulo las teorías de desarrollo económico y social, así como las variables demográficas y socioeconómicas de la actual situación indígena en el Perú acorde al INEI y la DP, así como también teniendo en consideración los avances por parte del Estado peruano en el

³¹³ HOLT-GIMÉNEZ, Eric. **La restructuración territorial y las bases de la reforma agraria: comunidades indígenas, minería aurífera y el Banco Mundial.** In: Minería, movimientos sociales y respuestas campesinas. Una ecología política de transformaciones territoriales. BEBBINGTON, Anthony. (Org.). 2° ed. Lima: IEP, CEPES, 2011. p. 141.

cumplimiento de las obligaciones de la Declaración de los objetivos del Milenio, podemos concluir que, en base a tales documentos, la actual situación indígena es de pobreza, desigualdad social y exclusión por la omisión del Estado peruano en otorgarles mecanismos de desarrollo para alcanzar el bienestar social.

Después de haber desarrollado los aspectos de la globalización económica y las oportunidades que brinda este proceso en la obtención de medidas o mecanismo de desarrollo, así como haber analizado la tesis del ‘‘misterio del capital indígena amazónico en el Perú’’, resaltando la falta de reconocimiento de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas y la efectividad que brinda actuar bajo la formalidad en el mercado, se concluye que actualmente los territorios indígenas, al menos en el Perú, sí son activos muertos, o si se quiere decir, desactivados.

Así, conforme a estas conclusiones, bajo la óptica de estructurar y alcanzar el desarrollo de los pueblos indígenas en el Perú nos preguntamos si: Podemos admitir el derecho al etnodesarrollo desde una visión economía en un Estado multicultural? ¿Actualmente se podría admitir la minería en territorio indígena en el Perú?

Por tanto, para responder tales cuestionamientos, se considera importante analizar las políticas e instituciones del sector minero en el Perú conforme no tan sólo económicas, sino también sociales, ambientales, éticas, entre otras. Frente a tal análisis, es importante destacar los modelos exitosos sobre la viabilidad de la minería en territorio indígenas en Canadá, Australia y Canadá. Por último, buscaremos responder sobre la admisión de la viabilidad del ejercicio de la actividad minera en territorios indígenas en el Perú.

4. ¿MINERÍA EN TERRITORIO INDÍGENA PERUANO? - REFLEXIONES SOBRE SUS LIMITACIONES E VIABILIDAD – ¿SOSTENIBLE?

Los denominados megaproyectos constituyen planes para el desarrollo de grandes obras de infraestructura orientados, en su mayoría, hacia la confección de corredores turísticos, la construcción de puertos de carga, la construcción de carreteras y la generación de energía³¹⁴. Así mismo, en ese criterio sobre los fines de los

³¹⁴ LÓPEZ, Liliana López. **Autonomía, derechos colectivos y megaproyectos**. Revista de derechos humanos y estudios sociales RDHES. México: Año i no. 2 julio-diciembre 2009.

megaproyectos, también se tiene en consideración aquellos en el cual versa sobre las actividades extractivas, tales como la industria minera, petrolera, gasífera, entre otros.

En esa línea, Liliana LÓPEZ resalta que es posible que una proporción de estos megaproyectos genere beneficios a un segmento de la población local, pero vale la pena prestar atención a los casos en que así ocurre y, cómo no, al costo pagado por tal beneficio. Las evidencias de experiencias en las que megaproyectos se han puesto en marcha, muestran que en numerosos casos su implementación se efectúa con elevados costos en términos de impacto ambiental y de repercusiones en el tejido social regional, así como en el desencadenamiento de espacios de conflictividad social³¹⁵.

Sobre esa perspectiva, se considera que frente a los grandes emprendimientos siempre existirán fuertes impactos no solamente de carácter económico, sino también ambientales, sociales e incluso políticos, pues, tales proyectos generaran una división sobre estos grupos por la diversificación de intereses sobre tales emprendimiento sea a nivel local o nacional.

En ese contexto, Roxana BARRANTES indica que a lo largo de su historia, países como el Perú han debatido sobre cómo lograr el desarrollo económico y elevar el nivel de bienestar de la población. Ya es claro que el crecimiento económico por sí mismo no necesariamente viene acompañado de desarrollo, más aún cuando sus frutos se concentran en pocas manos. Los gobiernos han seguido distintas estrategias para alcanzar el desarrollo económico, pero todavía no logramos superar la pobreza generalizada y la falta de oportunidades para la mayoría³¹⁶.

Minería, desarrollo, reducción de la pobreza y sobre todo, mecanismos e incentivos para equilibrar las oportunidades que se presentan en el mercado, quizá sea una de las relaciones socio-económicas más difíciles de consolidarse no tan sólo desde una dimensión económica, sino como un todo que estimule el real e eficiente desarrollo del país.

De esa forma, se considera que es importante analizar la relevancia que tiene la actividad minera en el Perú, así como también determinar la trascendencia que ocupa dicho sector para el desarrollo del país. Así, también es importante resaltar los efectos

³¹⁵ Idem, Ibidem. p. 147-164.

³¹⁶ BARRANTES, Roxana. **Minería, desarrollo y pobreza en el Perú, o de cómo todo depende del cristal con que se mire.** In: BARRANTES, Roxana, ZÁRATE. Patricia; DURAND; Anahí (Orgs). "Te quiero pero no": minería, desarrollo y poblaciones Locales. Lima: Instituto de Estudios Peruanos IEP; OXFAM, 2005.

que genera la minería sobre la integridad de los derechos de los pueblos indígenas así como las oportunidades e beneficios que podría traer consigo frente a una relación sostenible entre ambas partes.

Por tanto, en un primer momento, abordaremos la posición de los recursos minerales como uno de los principales activos para alcanzar el desarrollo, profundizando la relación entre la explotación económica mineral, el derecho a la consulta y el derecho a la participación económica a favor de los pueblos indígenas por la cesión de sus territorios. Por último, como foco principal de este trabajo de investigación, y según lo investigado sobre las actuales instituciones indígena, intentaremos responder sobre la viabilidad de la minería los territorios indígenas en el Perú. En esa línea, tales condiciones y limitaciones serán analizadas conforme a las experiencias exitosas de la minería sostenible de los pueblos indígenas canadienses, australianos e norte-americanos. Por último, presentaremos las primeras directrices para incentivar, estructurar y adoptar un nuevo modelo de minería sostenible en el Perú, destacando los desafíos sobre los futuros negocios con sostenibilidad.

4.1. La trascendencia de la minería en el Perú: Desarrollo e conflictividad.

A lo largo de la historia, el progreso material, técnico e incluso cultural de la humanidad ha estado estrechamente vinculado a la exploración de los recursos minerales, la cual se inicia en tiempos prehistóricos, como lo atestiguan diversos indicios que se remontan al neolítico³¹⁷. La historia natural clasifica los seres o producciones de la naturaleza, por razón de sus caracteres comunes, en tres grandes grupos o reinos. Uno de ellos es el reino mineral, en el cual se agrupa a las sustancias inorgánicas, que carecen de vida y de aptitud para ella. Tales sustancias reciben habitualmente el calificativo de minerales³¹⁸. La minería entrega las materias primas que han sido esenciales para el desarrollo de la industria y la ciencia, como asimismo para el dominio de la naturaleza³¹⁹.

Concerniente a la trascendencia de las sustancias mineras para el desarrollo humano, es importante señalar que:

³¹⁷ OSSA, Juan Luis Bulnes. **Tratado de Derecho de Minería**. 4 ed. Actualizada e ampliada. Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007. p. 10.

³¹⁸ Idem, Ibidem. p. 7.

³¹⁹ Idem, Ibidem. p. 10.

No passado e na atualidade a importância da atividade minerária envolve o progresso da humanidade, pelo que o desenvolvimento da sociedade contemporânea continua intrinsecamente relacionado com a obtenção dos recursos naturais, especificamente dos minérios, que após do seu processo de transformação de matéria-prima a produto final, facilitam e satisfazem dia a dia as necessidades humanas³²⁰.

Frente a tal importancia, por un lado, se considera que, en la historia económica mundial, la minería ejerció y ejercer un papel muy importante al momento de la elaboración de productos que irán satisfacer no tan sólo las necesidades de las industrias, sino que estas guardarán una real e considerable relevancia en el mercado para cubrir las demandas e necesidades de la sociedad. Por otro lado, se considera que los beneficios de la actividad minera tiene una naturaleza destructiva y agotadora sobre todos los elementos que conforman el ciclo de extracción de los recursos naturales, incluso, tal agotamiento no escapa sobre los procesos de comercialización de tales productos.

En ese contexto, conforme al proceso de industrialización del sector minero, Guillermo MONTÚFAR sostiene que se produce diversas alteraciones al medio ambiente, afectando la configuración del paisaje, produciendo efectos nocivos sobre los cultivos forestales y agrícolas, contaminando el aire, el agua y el suelo, de igual modo, los humos, desechos tóxicos y emanaciones provocan daño al ecosistema circundante, así como a la salud de las poblaciones ubicadas en las cercanías del área minera. Constituyen problemas ambientales de suma gravedad. Se desprender entonces, que la actividad minera y su relación con el medio ambiente no es armoniosa, sino por el contrario agresiva³²¹.

Así, William FREYRE considera a la actividad minera como “una actividad económica que demanda altos riesgos en su producción industria. Estos riesgos son asumidos por las personas que forman parte del conjunto de la industrialización así como por la comunidad local y el medio ambiente donde se realiza las operaciones”³²². Frente a esa posición, es importante destacar que cuando se lleva a cabo la extracción de

³²⁰ OSORIO, Ricardo Serrano. **Mineração e desenvolvimento peruano sob análise econômica do direito minerário ambiental: a propósito do projeto Aurífero Conga**. Workshops III. XVII Annual Conference. Rio de Janeiro, ALACDE, 2013.

³²¹ MONTÚFAR, Guillermo García. FRANCISKOVIC, Militza Ingunza. **Derecho minero: Doctrina, jurisprudencia e legislación actualizada**. Editora Gráfica Horizonte. 2 edición. Lima, 2001. p. 100.

³²² FREIRE, William. **Código de Mineração Anotado**. 5ta edição. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2010. p. 60.

los recursos minerales, éstos no se renuevan, por lo se considera que sobre la explotación y producción minería, éstos deben de ser llevados a cabo con mucha responsabilidad para lograr el máximo aprovechamiento de estos recursos escasos así como reducir los mayores costos y externalidades que puedan surgir a lo largo del ciclo minero.

En ese sentido, tal como destaca Juan OSSA, la minería – sobre todo en sus dos primeras etapas – es una actividad económica peculiar, diferente de las demás, porque esta entregada a diversos factores que la distinguen nítidamente de otras ramas de la producción y los servicios. La suma de tales factores imprime a la minería un alto grado de aleatoriedad. Éste es uno de sus rasgos singulares y, junto con las características físicas de las minas – ya reseñadas -, contribuye a explicar por qué es necesario contar con una legislación especial para esta actividad³²³.

En lo que se refiere a la industria minera y su control en el proceso de los minerales, Gilberto BERCOVICI señala que:

A indústria minera, por necessitar de um maior grau de integração vertical, tende a ser oligopolista, dominada por grandes empresas, geralmente multinacionais, que controlam todo o processo, da pesquisa e exploração até, muitas vezes, a fabricação e produção dos bens finais a serem consumidos³²⁴.

En ese escenario, se destaca el alto grado de aleatoriedad sobre la explotación y producción del proceso minero, pues, a lo largo de su recorrido tal proceso abarcará cuestiones sociales, económicas, jurídicas, políticas, culturales, entre otras. Esta última se presenta a menudo frente a los pueblos indígenas cuando se tiene en la mente proyectos mineros sobre territorios indígenas. En resumidas cuentas, la minería genera un clima de aleatoriedad en todas sus dimensiones a lo largo de proceso o ciclo minero.

La minería es una actividad heterogénea. Por un lado existe la gran minería, con grandes proyectos altamente tecnificados que requieren de mucho capital, generalmente extranjero. Por otro, se encuentra la mediana minería, que se desarrolla con capital nacional y cuyo nivel de tecnificación es menor. Finalmente está la pequeña minería (o minería artesanal), que es la que más personas emplea, aunque en peores

³²³ OSSA, Juan Luis Bulnes. **Tratado de Derecho de Minería**. p. 11.

³²⁴ BERCOVICI, Gilberto. **Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais**. São Paulo: Quartie Latin, 2011. p. 318.

condiciones ambientales y sociales. En cualquiera de los tres casos, los ingresos de las empresas mineras dependen de los precios internacionales, que varían enormemente³²⁵.

De esa forma, cuando analizamos el régimen jurídico constitucional de los recursos naturales, con énfasis sobre el tratamiento de los minerales, es importante también considerar los dispositivos que conforman el régimen económico adoptado por el país, pues, se considera que la visión y el conocimiento de ambos regímenes, nos permitirá comprender ampliamente sobre los objetivos del Estado sobre el tratamiento y destino final de los minerales. Así, cabe preguntarnos: ¿Cómo está regido o estructurado tales regímenes?

En el Perú, los recursos naturales son de propiedad de todos los peruanos, en tanto la Constitución establece que son patrimonio de la nación y que el Estado es quien debe establecer las formas en que los particulares pueden aprovecharlos. El Estado otorga así derechos para la explotación de esos recursos en la forma de concesiones a particulares. A cambio, los particulares tienen la obligación de pagar los derechos de aprovechamiento³²⁶.

En un primer momento, Roxana BARRANTES sostiene que en nuestro ordenamiento legal, los recursos del subsuelo son de toda la Nación y no de las comunidades donde se encuentran³²⁷. Frente a la teoría dominalista regalista admitida por el Perú, Armando URIBE sostiene que es al descubridor a quien la ley le otorga el privilegio de ser cesionario del dominio sobre un yacimiento minero que originariamente lo tiene el Estado. Fue tan cuidadoso el legislador a este respecto que, ante la posible dificultad para determinar la persona del descubridor de un yacimiento, creó presunciones para este efecto, estableciendo que se considera como tal al que primero haya manifestado la mina³²⁸.

En un segundo momento, frente a la importancia del régimen de los recursos naturales, recaídos sobre el análisis de los recursos minerales, Vital MOREIRA destaca

³²⁵ BARRANTES, Roxana. **Minería, desarrollo y pobreza en el Perú, o de cómo todo depende del cristal con que se mire**. In: BARRANTES, Roxana, ZÁRATE. Patricia; DURAND; Anahí (Orgs). “**Te quiero pero no”: minería, desarrollo y poblaciones Locales**. Lima: Instituto de Estudios Peruanos IEP; OXFAM, 2005.

³²⁶ BARRANTES, Roxana. **Minería, desarrollo y pobreza en el Perú, o de cómo todo depende del cristal con que se mire**. In: BARRANTES, Roxana, ZÁRATE. Patricia; DURAND; Anahí (Orgs). “**Te quiero pero no”: minería, desarrollo y poblaciones Locales**.

³²⁷ BARRANTES, Roxana. **Minería, desarrollo y pobreza en el Perú, o de cómo todo depende del cristal con que se mire**. In: BARRANTES, Roxana, ZÁRATE. Patricia; DURAND; Anahí (Orgs). “**Te quiero pero no”: minería, desarrollo y poblaciones Locales**.

³²⁸ URIBE, Armando Herrera. **Manual de Derecho de Minería**. M-2. 3° ed. Santiago de Chile; Editorial Jurídica de Chile, 1968.

que la constitución económica posibilita una mejor comprensión de las vinculaciones existentes entre el sistema económico, el orden jurídico y las relaciones políticas de poder, permitiendo una visión integrada de la constitución en el sistema social total de que hace parte³²⁹. En el caso peruano, éste adoptó el modelo de Economía Social de Mercado.

Conforme a los momentos que fueron señalados, hasta el momento se considera que la actividad minera salvaguarda un papel muy importante para los intereses del Estado peruano. Pero, frente a esa importancia, cabe preguntarnos: ¿Hasta qué punto tal actividad estimuló y contribuyó para el crecimiento económico del país? ¿Es acaso la minería como la principal fuente de riqueza para el Perú? Veamos.

Después de la segunda guerra mundial y a distintos ritmos, los países de América Latina y el Caribe se plegaron a los esfuerzos por forjar un estado social. Sin embargo, en la práctica se dieron trayectorias disímiles en materia de consolidación institucional y de cobertura de los servicios públicos sociales; a esto se suma el hecho de que en los mercados de trabajo la informalidad limitó la cobertura de las prestaciones ligadas al trabajo asalariado. Solo algunos países de la región lograron construir un sistema de políticas sociales con cobertura progresiva y continuidad en el tiempo³³⁰.

En ese sentido, resaltando las medidas que fueron adoptadas por los Estado en la II guerra mundial, se indicó que:

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, os países sentiram a necessidade de regular as relações econômicas internacionais, não só com o objetivo de melhorar a qualidade de vida de seus cidadãos, mas também por entenderem que os problemas econômicos influíam seriamente nas relações entre os Governos³³¹.

Frente a esos cambios institucionales a nivel mundial, Sergio BOISIER afirma que partir de la década de 1980 la integración económica latinoamericana ha resurgido con un dinamismo notable. Este proceso ha tenido lugar en un contexto económico

³²⁹ MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição: Para o conceito de Constituição econômica**. 2 ed., Coimbra, Coimbra edições, 1979. Apud BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico do petróleo e dos recursos minerais*. Editora Quartier Latin. Sao Paulo, 2011. p. 210.

³³⁰ ONU. **La protección social de cara al futuro: acceso, financiamiento y solidaridad**. La coordinación de este documento estuvo a cargo de José Luis Machinea, Secretario Ejecutivo de la CEPAL. Santiago de Chile, CEPAL, 2006.

³³¹ OSORIO, Ricardo Serrano e COUTO, Clayton. **A defesa comercial e a restrição da liberalização e da integração comercial pelo aumento da alíquota de IPI de veículos importados no Brasil**. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, 2013, p. 95.

nacional e internacional radicalmente distinto del pasado. En efecto, mientras que antes se privilegió una estrategia sustitutiva de importaciones, en un entorno mundial donde el proteccionismo era un fenómeno de importancia relativa mayor, en la actualidad los diferentes países profundizan la apertura, desregulación y privatización de sus economías, en un marco externo de creciente globalización³³².

Concerniente estrictamente a los cambios institucionales y la adopción del sistema económico en el Perú, Sofía CASTRO afirma que nuestro país ha tenido una clara vocación por obtener un crecimiento económico basado en la exportación de bienes primarios y esto ha llevado a privilegiar ciertos sectores económicos, lo que da lugar a la conformación de un modelo de crecimiento particular. Este privilegio se ha dado, sobre todo a partir de la década del 90, a través de la promulgación de diversas leyes que apoyan e incentivan a la inversión privada, sin embargo, no ha sido equitativo el número y calidad de leyes que protejan a las poblaciones quienes viven en zonas donde se asientan los proyectos mineros y que dependen de los recursos naturales que estas industrias también utilizan³³³.

De esa forma, Martín TANAKA (y entre otros investigadores) destacan que durante los últimos años la actividad de extracción de minerales ha crecido de manera significativa en el mundo y el Perú ha sido uno de sus importantes campos de expansión. En este contexto, los gobiernos sucesivos han implementado progresivamente, desde 1990, una serie de reformas destinada, en primer lugar, a facilitar las inversiones orientadas a la explotación de los recursos mineros y, en segundo lugar, a mitigar los impactos negativos que pudiera tener esta explotación³³⁴.

Frente a las riquezas que el Perú posee en recursos minerales, Juana KURAMOTO aduce que la fuerte atracción de capital extranjero que está ejerciendo y una base industrial para la producción de bienes y equipos mineros que tiene larga data presentan una excelente oportunidad para consolidar un clúster o aglomeración

³³² BOISIER, Sergio. **¿Hay espacio para el desarrollo local en la globalización?** Revista CEPAL, 86. pp. 47-61. Santiago de Chile: Agosto 2005.

³³³ CASTRO, Sofía Amelia Salvador. **Pobreza y conflictos socioambientales: el caso de la minería en el Perú.** Tesis para optar el grado de Magister en Desarrollo Ambiental por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesora: Dra. Martha Rodríguez Achung. Lima: PUCP, 2011. p. 53.

³³⁴ TANAKA, Martín; HUBER, Ludwig, REVESZ, Bruno; DIEZ, Alejandro, RICARD, Xavier; ECHAVE, José de. **Minería y conflicto social.** Este artículo es el resumen de la investigación "Minería y Conflicto Social", realizada en el marco del Concurso de Investigación CIES ACIDI-IDRC 2005. Lima: Economía y Sociedad 65, CIES, octubre 2007.

minera³³⁵. En esa perspectiva, Jeffrey BURY señala que junto a la inmensa diversidad física y biológica, el Perú tiene uno de los yacimientos mineros más ricos del mundo. Un cúmulo de recursos polimetálicos y no metálicos que han abastecido siglos de explotación minera, se encuentran dispersos geológicamente tanto en vetas como en yacimientos y en estratos de sedimentación cuaternaria. Hoy en día, en el Perú se hallan en explotación más de 40 recursos metálicos y no metálicos, que aportan significativamente a la producción mundial de minerales³³⁶.

Así, por un lado, se destaca la trascendencia de la minería como la actividad que se integra con diferentes actividades económicas a lo largo de su proceso e, por otro lado se destaca que la actividad minera genera grandes impactos no tan sólo para el desarrollo económico del país, sino también éstos generan los mayores niveles de conflictividad ambientales e multicultural a lo largo del territorio nacional.

Conforme fue indicado, a lo largo de la historia del Perú, los gobiernos consideraron a la actividad minera prioritaria para la obtención de recursos fiscales y como principal estimulante para el crecimiento económico del país, propiamente, por la abundancia de los recursos naturales en el territorio nacional. Así, tal aleatoriedad siempre trajo consigo altos picos de inestabilidad en la obtención de esos recursos, no tan sólo por la generaciones de conflictos sociales sino también por los impactos económicos que padece el país cuando la tendencia de los precios de los commodities en el mercado internacional están sobre la baja. En lo que respecta al Perú contemporáneo, cabe preguntarnos: ¿Cuándo se dieron las primeras medidas sobre la transformación de la económica peruana? ¿Cuáles son las principales fuentes de producción de riqueza del país?

Frente a tales cuestionamientos, por un lado Oscar DANCOURT sostiene que las reformas estructurales aplicadas por el gobierno de Fujimori han reimplantado una estrategia de crecimiento primario-exportadora similar a la que ha imperado en la economía peruana durante la mayor parte de su historia económica³³⁷. Esa estrategia

³³⁵ KURAMOTO, Juana R. **Las aglomeraciones productivas alrededor de la minería: el caso de la Minera Yanacocha S.A.** División de Desarrollo Productivo y Empresarial, Serie 67. Desarrollo productivo. CEPAL. Santiago de Chile, 2000. p. 8.

³³⁶ BURY, Jeffrey. **Neoliberalismo, minería y cambios rurales.** In: Minería, movimientos sociales y respuestas campesinas. Una ecología política de transformaciones territoriales. BEBBINGTON, Anthony. (Org.). 2° ed. Lima: IEP, CEPES, 2011. p. 88.

³³⁷ DANCOURT, Oscar. **Reforma neoliberal y política macroeconómica en el Perú.** Revista de la CEPAL 67. pp. 49-70. Santiago de Chile: CEPAL, 1999.

adoptada por el gobierno se relacionaba a la adopción de las políticas económicas de corte liberal según las reglas del “*Consenso de Washington*” de 1989.

En esa línea, se considera que las recomendaciones que se dieron a través del *Consenso de Washington* influyeron considerablemente en la estructura del texto constitucional de 1993, pues, éste tenía como objetivo incentivar y atraer todas las inversiones posibles al Perú, específicamente sobre la llegada de nuevos capitales en el sector minero. En ese sentido, se considera que pós promulgación del texto constitucional, el Estado peruano se encargó de presentar considerables incentivos económicos de carácter tributario, ambiental e entre otros, que permitieron a los agentes económicos del sector a actuar en un sistema en el cual su capital era garantizado así como su operatividad era simplificada. Frente a esos incentivos e criterios de competitividad por parte del Estado peruano, es en el sector minero que se presentaron las mayores condiciones favorables para que los agentes económicos del sector arriesguen en la colocación de capitales en el país³³⁸.

En esa línea, tal como señala Juana KURAMOTO, en el último decenio se ha dado una recuperación de la inversión minera a nivel mundial. América Latina ha sido una de las regiones más beneficiadas por esta nueva ola de inversiones principalmente por la riqueza de sus recursos minerales, así como por las condiciones favorables que los gobiernos de la región brindan a las grandes empresas transnacionales³³⁹. En lo que se refiere a la política comercial sobre la exportación de los minerales, el Perú dio un nuevo giro a través de su apertura comercial para la colocación de sus productos a diferentes mercados internacionales.

El Perú no fue ajeno a esta ola de inversiones de capitales extranjeros en el sector minero, pues en la actualidad esta actividad económica representan casi el 70% del total del PBI del País, por lo que se prioriza y garantiza su actividad con el fin de obtener los recursos financieros para satisfacer la funcionalidad de la estructura y las demandas del Estado³⁴⁰.

³³⁸ OSORIO, Ricardo Serrano. **El sistema de extrafiscalidad minera en el Perú: estimulando una explotación minera sostenible sin incentivos?** In: Tributação, Concorrência e Desenvolvimento. GONÇALVES, Oksandro; RIBEIRO, Marcelo Miranda (Org.). Curitiba: Juruá, 2013.

³³⁹ KURAMOTO, Juana R. **Las aglomeraciones productivas alrededor de la minería: el caso de la Minera Yanacocha S.A.** División de Desarrollo Productivo y Empresarial. p. 7.

³⁴⁰ PERÚ. Resolución del Tribunal Constitucional del Perú. **Expediente N.º 0001-2012-PI/TC**. Pleno Jurisdiccional (Fundamento 43).

De esa forma, la CEPAL sostiene que el alto precio de las materias primas ha permitido una elevación de la renta fiscal de los gobiernos centrales en varios países de la región, ya sea en forma directa (mediante la tributación y el reparto de dividendos de empresas públicas en Bolivia (Estado Plurinacional de), Chile, Colombia, el Ecuador, México y Venezuela (República Bolivariana de) o mediante regalías e impuestos directos a empresas privadas (retenciones a las exportaciones en la Argentina e impuestos a la renta en Chile y el Perú)³⁴¹.

En ese escenario, tal como resalta Roberto URRUNAGA e Carlos APARICIO, el crecimiento económico sostenido que ha experimentado la economía peruana durante la última década ha sido el más alto de la región y uno de los más elevados a nivel mundial. Este crecimiento se debe principalmente a las reformas de mercado desarrolladas en la década de 1990 y ha permitido una reducción significativa de la pobreza en el Perú³⁴².

Frente a ese *boom* de la minería en el Perú, cabe preguntarnos sobre: ¿Cuales son las expectativas de la inversión de los agentes económicos en el sector minero? ¿Se está presentando una serie de mecanismos e incentivos para la atracción de tales capitales nacionales o extranjeros?

En un primer plano, *The Economics*, estimó que las inversiones en el sector minero en el Perú alcanzará los US\$ 50 mil millones de dólares en los próximos cinco años, pues, se está frente proyectos mineros de grandes envergaduras a lo largo del territorio nacional. Pero, por otro lado, no es novedad para nadie que en la actualidad la actividad minera en el Perú tiene una gran obstáculo en su camino, pues, las altas tasas de conflictividad por cuestiones ambientales e multiculturales, están paralizandoy, en algunos casos, cancelándose, sobre los actuales emprendimientos que se encuentran en marcha en el Perú³⁴³.

Resaltando la importancia de la actividad minera en la económica peruana, Renan Collantes CANDIA indica que:

³⁴¹ CEPAL. **Estudio Económico de América Latina y el Caribe. Las políticas ante las adversidades de la economía mundial.** Documento anual de la División de Desarrollo Económico de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Santiago de Chile: CEPAL, 2012.

³⁴² URRUNAGA, Roberto; APARICIO, Carlos. **Infraestructura y crecimiento económico en el Perú.** Revista CEPAL 107. pp. 157-177. Santiago de Chile, CEPAL, 2012.

³⁴³ Mining investment, forecast at over \$50 billion in the next five years, is starting to fall. A score of giant projects account for over 85% of the planned spending. Of these, 11 face social conflicts, according to a note by Canada's Scotiabank³⁴³.

Atualmente a mineração é uma das atividades mais importantes da economia do Peru, representando normalmente mais de 50% das exportações. Em 2007 contribuiu com mais de 17 bilhões de dólares, representando 62% das exportações conforme mostra a Tabela 3.1. Por sua própria natureza, a mineração de grande porte constituiu o setor que gera maiores movimentos de capital, contribuindo para o desenvolvimento econômico de regiões onde são implantados os projetos³⁴⁴.

De esa forma, podríamos concluir que la actividad minera ejerce un papel estratégico por su integración sobre el desarrollo económico del país, aún que genera diversos conflictos sociales de diferentes índoles.

En ese sentido, sobre la acumulación de riqueza y el potencial que ostenta un país por los recursos naturales, Ana Lúcia Brunetta CARDOSO afirma que:

Fica evidente a posição estratégica da atividade mineradora na economia do país, pois cria as condições essenciais para o desenvolvimento econômico, uma vez fornece energia e matéria prima para o setor industrial. Não obstante, permite o rápido acúmulo de riquezas, formação de centros urbanos e desenvolvimento de regiões afastadas, sendo, portanto, potencial meio de integração nacional. Além disso, o elevado valor econômico de alguns minerais, caracteriza importante reserva econômica do país³⁴⁵.

Haciendo un balance global y simplificado de la relación minería y desarrollo en el Perú, la “Sociedad Nacional de Minería, Petróleo e Energía del Perú” - SNMPE, indica que la minería contribuye de diversas e importantes maneras al bienestar de los peruanos. Esto se puede medir de diversas maneras, incluyendo participación en el producto, el empleo, las exportaciones o la inversión, entre otras³⁴⁶. El hecho es que el aumento proyectado en la producción minera es tan grande y la integración del sector minero con el resto de la economía es tal que se genera un enorme aumento en empleo. Para ponerlo en perspectiva, 1.16 millones de empleos equivale a más de un tercio de

³⁴⁴ CANDIA, Renan Collantes. **Uma contribuição ao estudo de acidentes fatais por queda de rochas: O caso da mineração peruana.** Tese apresentada a Escola Politécnica da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Engenharia. Orientador. Dr. Wilson Siguemasa Iramina. São Paulo, USP. 2011.

³⁴⁵ CARDOSO, Ana Lúcia Brunetta. **Implicações jurídicas e ecológica do licenciamento ambiental para mineração.** Dissertação de Mestrado em Direito Ambiental apresentado a Programa de Pós-graduação em Direito pela Universidade de Caxias do Sul - UCS. Caxias do Sul, 2006. p. 47.

³⁴⁶ SNMPE. **La tributación minera en el Perú: contribución, carga tributaria y fundamentos conceptuales.** Documento elaborado por el Instituto Peruano de Economía IPE por encargo de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía SNMPE. Lima: Enero 2011. pp. 3-63.

todo el empleo generado en el Perú en la última década, que fue la de mayor generación de empleo en la historia nacional³⁴⁷.

En ese sentido, primero partimos de que la minería es de suma importancia para los intereses del País, por lo que constituye nuestra principal fuente de divisas. Sin embargo, el desarrollo de la actividad extractiva tiene entre sus principales riesgos la generación de efectos negativos al medio ambiente. Se ha generado un importante debate académico y político en la última década, en el cual se plantea la necesidad de mejorar la política medioambiental y prestar mayor atención a los conflictos sociales que surgen en los entornos donde se explota el mineral³⁴⁸.

Así, frente a los riesgos ambientales que genera la actividad minera, también consideramos importante que se debe dar una mayor atención a los conflictos sociales que surgen específicamente por la falta de protección sobre los territorios indígenas por el vacío legal sobre el reconocimiento y demarcación de sus derechos de propiedad frente a la industria minera.

Tal como se señaló anteriormente, entre la minería y desarrollo, su relación es más bien compleja y todavía distante, estando más cercana la actividad minera de perjudicar a los más pobres que de ayudarlos, pues ocasiona pérdidas que no revierten en nuevos beneficios. Urge pensar entonces en formas más efectivas de intervención y coordinación entre las empresas mineras³⁴⁹ y los distintos niveles de gobierno. Se trata de que el desarrollo de la actividad minera, cuyos ingresos, a decir de los funcionarios estatales y de las instituciones de la sociedad civil, son vitales para la economía del país, no tenga como contrapartida un empobrecimiento mayor de las zonas de explotación y de sus pobladores³⁵⁰.

³⁴⁷ SNMPE. **Efecto de la minería sobre el empleo, el producto y recaudación en el Perú**. Documento elaborado por el Instituto Peruano de Economía. Lima: SNMPE, 2012. pps.46.

³⁴⁸ GLAVE, Manuel; BARRANTES, Roxana. **Recursos naturales, medio ambiente y desarrollo: Perú 1970-2010**. En: RODRÍGUEZ, José y Mario TELLO. Opciones de política económica en el Perú: 2011-2015. Lima: Fondo editorial PUCP, 2010.

³⁴⁹ En ese sentido, la **SNMPE** considera que existe un profundo desconocimiento de los aportes de la minería a la economía y a la sociedad. La percepción generalizada es que las empresas mineras pagan pocos impuestos, que su relación con otras actividades económicas es muy baja o nula, y que los daños que la actividad minera ocasiona son generalmente elevados y no son adecuadamente regulados. Esta percepción errada explica buena parte de la resistencia que con frecuencia existe al desarrollo de actividades mineras en diversas regiones³⁴⁹.

³⁵⁰ ZÁRATE, Patricia; DURAND, Anahí. **El desarrollo a la vuelta de la mina: percepciones sobre desarrollo, pobreza y minería**. In: BARRANTES, Roxana, ZÁRATE, Patricia; DURAND; Anahí (Orgs). **“Te quiero pero no”: minería, desarrollo y poblaciones Locales**. Lima: Instituto de Estudios Peruanos IEP; OXFAM, 2005.

Por tanto, acorde a la importancia de la actividad minera en un país indígena y minero, como es el caso del Perú, consideramos que es importante profundizar la calidad de los recursos naturales como activos e estimulantes para el desarrollo. En ese contexto, analizaremos los principales aspectos de la conflictividad ambiental e multicultural en el Perú frente a las industrias extractivas. Veamos.

4.1.1. Los recursos naturales como activo e generador de conflictos sociales.

Existe un estrecha relación entre los recursos naturales y el desarrollo, pues, en la mayoría de los países, específicamente los que se encuentran en “vías de desarrollo” dependes considerablemente de la explotación de estos recursos, así como de sus los beneficios económicos para alcanzar un adecuado desarrollo económico que les permitan obtener recursos para satisfacer las demandas sociales. En lo que se refiere a la dependencia del desarrollo económico basada sobre los recursos minerales, el Perú no fue la excepción de adoptar tal modelo.

Sobre esa relación entre los recursos naturales y el desarrollo, Arthur W. LEWIS aduce que:

O sentido mais fundamental em que se averigua a relação entre os recursos naturais e o desenvolvimento é, pois, investigar a existência de conexão entre a abundancia de recursos e a qualidade da resposta humana ao desafio.³⁵¹.

En ese sentido, se considera que el desarrollo será adecuado conforme a los sistemas económicos, pues, cualquier que fuera el modelo a adoptar, siempre se buscará fomentar un mayor dinamismo e incentivos para apreciar económicamente los recursos detentados. De esa forma, partimos que los recursos naturales son los principales activos que tiene el Estado para estimular la generación de recursos que les permita el funcionamiento del aparato estatal.

Destacando la importancia de los recursos naturales y el sistema económico, Carolina GULLO afirma que:

(...) os recursos naturais, quais fossem eles, sempre tiveram papel fundamental, um reconhecimento da importância desses recursos independente do tipo de sistema econômico.³⁵².

³⁵¹ LEWIS, Arthur W. **A teoria do desenvolvimento econômico**. p. 65.

De esa forma, se considera que cuando tratamos a los recursos naturales como activos, aún más cuando el país es netamente dependiente de los recursos naturales, éstos deben ser considerados como un factor de producción, pues su dependencia e importancia en la producción nacional es trascendental al momento de estructurar las políticas económicas del país. En esa línea, se considera que el dinamismo de la explotación de los recursos naturales conllevará a la interacción de otras actividades económicas creándose un círculo y cadena de producción a lo largo del proceso de producción de los minerales.

Conforme al trato de los recursos naturales como factor de producción, María Carolina GULLO destaca que:

Nesta proposta de fluxo, a natureza aparece como um terceiro fator de produção. Desta forma, todo o processo que vai do insumo de recursos naturais, via processo de transformação econômica de produção e consumo, ao produto final de desperdício e emissões, bem como aquelas atividades que não constituem investimento em possibilidades de consumo ou em nova maquinaria ou construções, mas são exigidas para a reprodução dos serviços naturais, são partes integrantes da economia. Isso confere à economia e à política econômica uma responsabilidade social maior³⁵³.

En ese contexto, se considera que los recursos naturales, con énfasis en los minerales, son adquiridos en base a un trabajo dinámico por su gran diversificación en la extracción con otras actividades económicas, pues, el valor de éstos recursos no sólo recae por su localización o apreciación tangible, sino que éstos ostentarán un valor económico, conforme a las características de un valor susceptible de valorización de explotación económica, cuando tales recursos se encuentren fuera de la unión de la tierra, es decir, cuando se produzca su extracción directa.

En lo concerniente a la valorización económica de los recursos minerales, David RICARDO afirma que:

³⁵² GULLO, Maria Carolina Rosa. **Valoração econômica dos recursos naturais: uma aplicação para o setor industrial de Caxias do Sul**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Economia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Economia, ênfase em Economia do Desenvolvimento. Orientador: Prof. Dr. Sabino da Silva Porto Junior. Porto Alegre, 2010. p. 17.

³⁵³ GULLO, Maria Carolina Rosa. **Valoração econômica dos recursos naturais: uma aplicação para o setor industrial de Caxias do Sul**. p. 23.

Os metais, assim como os outros bens, são obtidos pelo trabalho. A natureza, de fato, os produz, mas é o trabalho que os extrai das entranhas da terra, geram normalmente uma renda a seus proprietários, e essa renda, como a da terra, é o efeito e não a causa do elevado valor de seus produtos³⁵⁴.

Referente a la volatilidad del precio y el trabajo que demanda colocar lo metales en el mercado, David RICARDO aduce que:

Será suficiente observar que a mesma regra geral que regula o valor dos produtos agrícolas e das mercadorias manufaturadas é aplicável também aos metais: seu valor não depende nem da taxa de lucro, nem da taxa de salários ou da renda paga nas minas, mas da quantidade de trabalho necessária para obtê-los no mercado³⁵⁵.

En ese orden de ideas, y en lo que respecta a la utilización de los recursos naturales como valor y contribución para el bienestar social, María Carolina GULLO destaca que:

Na literatura existem alguns métodos que procuram identificar valores intrínsecos de recursos ambientais de maneiras não relacionadas com a análise econômica. Entretanto, do ponto de vista econômico, o valor relevante de um recurso ambiental é aquele valor importante para a tomada de decisão, ou seja, para um economista o valor econômico de um recurso ambiental é a contribuição do recurso para o bem estar social³⁵⁶.

Partimos de la premisa que los recursos naturales son los principales activos que goza un país. Así, por un lado, al analizar los recursos naturales como parte de los sistemas de producción para el desarrollo económico, así como la valorización económica de los recursos naturales como uno de los principales activos para alcanzar el bienestar social, por otro lado, es importante destacar que tales recursos naturales es el primer factor, por no llamar activo, de una alta conflictividad social de carácter ambiental y multicultural. Concerniente al Perú, éste siendo un país minero e multicultural, tales conflictos se presentan constantemente con tendencias a la alta.

Tal como señalada Martin TANAKA (y otros investigadores), las disputas por los recursos naturales es el aspecto más recurrente en los conflictos mineros. Sin embargo, no siempre se trata de conflictos ecológicos en el sentido estricto de la

³⁵⁴ RICARDO, David. **Princípios de economia política e tributação**. Tradução de Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996. p. 61.

³⁵⁵ Idem, Ibidem. p. 61.

³⁵⁶ GULLO, Maria Carolina Rosa. **Valoração econômica dos recursos naturais: uma aplicação para o setor industrial de Caxias do Sul**. p. 26.

palabra, es decir, restringidos a la defensa de la biodiversidad debido a su valor propio. Aunque este es el aspecto que más interesa a las organizaciones ecologistas, las comunidades rurales consideran el tema ambiental también –y probablemente más– en términos de derechos al acceso a la tierra y al agua, es decir, los medios que constituyen el fundamento de su economía familiar. En otras palabras, en cuanto a recursos naturales, las empresas y las comunidades compiten también por los mismos recursos económicos³⁵⁷.

En ese contexto, frente a la competición y malestar en los conflictos mineros, nos preguntamos si: ¿Verdaderamente el Perú es dependiente de su desarrollo conforme a la producción de los recursos naturales? ¿Cuáles son los costos que se tienen que asumir por la producción de los recursos naturales en un país minero e indígena?

En primer lugar, partimos de que América Latina es una región dependiente de su crecimiento conforme a sus exportaciones minerales y petroleras en aras de estimular su desarrollo económico y, que en el caso del Perú éste no fue a la excepción sobre tal dependencia. Así, se resalta que en el proceso de crecimiento económico peruano en base a la explotación de los recursos naturales, con énfasis en la minería, tal actividad está enfrentando una serie de riesgos no la reducción de su producción, sino estrictamente sobre los conflictos que esta actividad genera. Tal como se indicó, no sólo sobre un carácter ambiental, sino también multicultural.

En esa línea de dependencia y exportación de los recursos naturales para el mundo, se destacó que:

É necessário indicar que uma das maiores mercadorias que é exportada da América do Sul para os EE.UU, a Ásia e a Europa é a matéria-prima dos recursos minerais e petroleiros, o produto bruto mesmo. Não obstante, a exploração e produção de minérios e petroleira é uma das maiores e mais importantes atividades econômicas dos países sul-americanos, pois representa a maior parte de seu PIB, cujas atividades e exportações são as maiores fontes de riqueza dos Estados da região³⁵⁸

³⁵⁷ TANAKA, Martín; HUBER, Ludwig, REVESZ, Bruno; DIEZ, Alejandro, RICARD, Xavier; ECHAVE, José de. **Minería y conflicto social**. Este artículo es el resumen de la investigación “Minería y Conflicto Social”, realizada en el marco del Concurso de Investigación CIES ACIDI-IDRC 2005. Lima: Economía y Sociedad 65, CIES, octubre 2007.

³⁵⁸ OSORIO, Ricardo Serrano. **A tutela das águas do mar sul-americano**. In: Os recursos naturais e o homem. O direito ao médio ambiente ecologicamente equilibrado frente à responsabilidade solidaria. BUTZKE, Alindo; PONTALTI, Sieli (Orgs.). 379 pp. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2012. p. 160.

Concerniente al “boom” de la minería en América Latina, Enrique GHERSI destaca que la minería latinoamericana vive hoy en una paradoja notable, buenos precios, cotizaciones internacionales importantes, ha hecho que países como el Perú, México, Chile de una minería importante y desarrollada tengan momentos de gran desarrollo y de gran prosperidad. La riqueza de los recursos naturales en latinoamericana se distribuye en casi todos sus integrantes: gas en Bolivia, gas y minerales en el Perú, minerales y petróleo en Argentina, Colombia, Venezuela, Brasil y entre otros, hay una perspectiva muy impresionante, pero a esa prosperidad no sigue la popularidad ni la legitimidad social de la industria minera³⁵⁹. Es decir, se afirma la posición de que los países de América Latina son muy ricos en recursos naturales, que éstos contribuyen a su desarrollo económico, pero a la vez, también es una región económicamente dependiente de ellos, y a la vez, éstos se consideran como el primer factor que genera los conflictos sociales no tan sólo de un carácter ambiental, sino también multicultural.

En ese contexto, el Banco Mundial destaca que las expectativas creadas por dicho desarrollo, son interrumpidas por el daño al medio ambiente, por un lado, y por las limitaciones en el uso y distribución de los ingresos de la minería, por el otro. Ambos hechos están exacerbando conflictos sociales hasta el punto en que podrían desalentar a los inversionistas o retrasar el inicio de nuevos proyectos³⁶⁰.

Conforme a la tensión social que genera la industria minera, Sofía CASTRO destaca que al llegar una empresa minera a una localidad, las poblaciones tienen altas expectativas frente a su presencia sobre todo por el apoyo que puedan recibir de ellos y el pago por la compensación que les deben dar por el uso y afectación de sus recursos naturales. Cuando la población percibe que sus expectativas y/o demandas, en este caso por apoyo al desarrollo local y compensaciones, no son cubiertas o atendidas se convierte también en un motivo de conflicto. Algunas veces, el reclamo hacia la minería proviene porque el dinero recibido por las poblaciones como compensaciones o indemnizaciones por el uso de sus tierras no fueron invertidas en mejorar su mismo

³⁵⁹ GHERSI, Enrique. **¿Quién es el dueño del subsuelo?** | Enfoque Derecho: el portal web de actualidad jurídica de THEMIS. Disponible en: <http://www.enfoquederecho.com:2095/> Acceso, 29 de diciembre del 2012.

³⁶⁰ BANCO MUNDIAL. **Riqueza y Sostenibilidad: Dimensiones Sociales y Ambientales de la Minería en el Perú.** (Parte del Resumen Ejecutivo). Unidad de Gestión del País-Perú - Desarrollo Ambiental y Social Sostenible. Región Latinoamérica y El Caribe. 2005.

terreno o porque en el peor de los casos fueron malgastados por la familia³⁶¹. En otras palabras, la forma de explotación, el destino final y la distribución de la riqueza sobre las riquezas de los recursos minerales, es el punto central que generan tales conflictos sociales a lo largo del territorio nacional.

Frente a una evaluación general sobre los conflictos sociales e el Perú, La Defensoría del Pueblo indica que, como es sabido, el Perú ha venido presentando desde hace casi diez años un número importante de conflictos sociales que han afectado la gobernabilidad del país. Según el reporte que realiza la Defensoría del Pueblo, los conflictos sociales presentan una tendencia creciente desde enero de 2006 (mes en el que se registraron 74 conflictos sociales) alcanzando a febrero de 2012 la cifra significativa de 229 conflictos sociales, de los cuales el 58.1% (133 casos) son conflictos socioambientales que por lo general tienen componentes culturales y relacionados con los derechos de los pueblos indígenas. Existen múltiples causas que pueden explicar los conflictos sociales interculturales: la exclusión social, la discriminación, los desencuentros culturales, la desatención histórica a sus necesidades, entre otras. Sin embargo, el desconocimiento del Estado respecto de la opinión de los pueblos indígenas sobre las medidas estatales que los afectan, así como la percepción de estos pueblos de que no son tomados en cuenta cuando se adoptan decisiones sobre sus tierras y entorno, resultan ser una causa directa de un número importante de conflictos sociales así como de su escalamiento hasta niveles de crisis y confrontación violenta³⁶².

En ese sentido, tal como señala Martin TANAKA (y otros investigadores), la preocupación central del Estado frente a los conflictos mineros parece enfocarse, por un lado, en el mantenimiento del orden público y, por el otro, en evitar que las protestas desalienten la inversión minera. Para ello, más que la represión, busca lograr el consentimiento de la población y su conformidad, para lo que está dispuesto a mediar y a proporcionar información, pero poco dispuesto a un diálogo que suponga la posibilidad de que un proyecto minero no llegue a ejecutarse.³⁶³.

³⁶¹ CASTRO, Sofía Amelia Salvador. **Pobreza y conflictos socioambientales: el caso de la minería en el Perú**. Tesis para optar el grado de Magister en Desarrollo Ambiental. PUCP, 2011. p. 70.

³⁶² PERÚ. **Decimoquinto Informe Anual de la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República**. p. 65.

³⁶³ TANAKA, Martín; HUBER, Ludwig, REVESZ, Bruno; DIEZ, Alejandro, RICARD, Xavier; ECHAVE, José de. **Minería y conflicto social**. Este artículo es el resumen de la investigación "Minería y Conflicto Social".

En ese escenario, para los fines de este trabajo, se considera necesario analizar estrictamente los conflictos entre las empresas mineras y los pueblos indígenas en el Perú.

En un primer momento, partimos de que los conflictos multiculturales en el Perú se presentan por el enfrentamiento de los derechos del territorio indígena frente a los derechos mineros de los titulares de la concesión minera, considerándose que éste último derecho se emite sin tener en consideración la delimitación del espacio geográfico de los territorios indígenas. En ese sentido, se considera que este choque de generan un conflicto de derechos, recayendo sobre las superposiciones de los derechos de usufructo y superficie. Es aquí que resaltamos una vez más, la importancia de la titulación de territorios indígenas con el fin de prevenir tales enfrentamientos de derechos, pues, las industrias extractivas al iniciar su petitorio minero o al delimitar las coordenadas sobre el espacio que será explotado, en la mayoría de los casos, no cuentan con una cartografía formal sobre el espacio ocupado por tales grupos.

En el caso del Perú, las concesiones mineras crecieron 87,7% entre 2002 y 2007, y el observatorio de conflictos mineros revela que 55% de las 6.000 comunidades campesinas están siendo afectadas por la minería. De acuerdo con la Defensoría de los Derechos Humanos, los conflictos ambientales entre 2006 y 2007 han crecido en 47%³⁶⁴.

En ese contexto, Martin TANAKA (y otros investigadores), sostienen que los conglomerados que componen las empresas mineras se articulan alrededor del objetivo de la implementación del proyecto y de las ganancias generadas por este. Desde dicha perspectiva, esperan contar con reglas de juego claras y estables que les garanticen la seguridad de su inversión. Sus vínculos con las comunidades locales, enmarcados en el mejor de los casos en las lógicas de la responsabilidad social, transitan bajo postcriterios de buena vecindad y de buena voluntad de las empresas y no son en absoluto forzosos ni regulados³⁶⁵. Es decir, tales recomendaciones vendría ser la hoja de ruta que deberían seguir las industrias extractivas, resaltándose a la empresa minera, pero, por otro lado,

³⁶⁴ UNICEF. **¿Qué está pasando con los derechos de los pueblos indígenas?** Estudio regional: Buenas prácticas, obstáculos y desafíos en la implementación de las recomendaciones del Relator Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, del Comité de los Derechos del Niño y del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en Ecuador, Bolivia y Perú. Myrna Cunningham. p. 146.

³⁶⁵ TANAKA, Martín; HUBER, Ludwig, REVESZ, Bruno; DIEZ, Alejandro, RICARD, Xavier; ECHAVE, José de. **Minería y conflicto social**. Este artículo es el resumen de la investigación “Minería y Conflicto Social”.

se considera que tales medidas no garantizan que los conflictos sociales y multiculturales continúen persistentes en el sistema.

Pero, al final, lo que debió ser en un inicio: ¿Qué entendemos por conflicto? ¿Cuándo estamos frente a un problema que puede generar un conflicto social?

Según Carmen ALDOS, conflicto es un fenómeno social omnipresente que forma parte de la vida de la comunidad. Por lo tanto es inevitable y requiere de la pluralidad de actores. Es común concebirlo como algo negativo. Sin embargo sólo será destructivo cuando sea resultado o cuando el grado de violencia y tensión entre las partes que intervienen en él se incrementa a niveles extremos (lo que se denomina escala de conflicto)³⁶⁶.

En esa línea, Martin TANAKA (y otros investigadores), destaca que los estallidos de los conflictos se producen tras una ruta de generación de fricciones, de multiplicación de tensiones y de procesos de acumulación de fuerzas que progresivamente genera las condiciones para que sobrevenga una crisis³⁶⁷.

Para Sofía CASTRO, la actividad minera produce rechazo en las poblaciones, sobretodo la minería formal y ello debido a la competencia por el uso de los recursos naturales más importantes para ellos: el agua y la tierra. La gente percibe que la minería al ubicarse principalmente en zonas de gran altitud (mayor a 3,000 metros sobre el nivel del mar) afectará a estos recursos escasos, lo que impactará negativamente en su medio natural y social³⁶⁸.

En ese contexto, Sandra CARRILLO afirma que los problemas de comunicación refuerzan el hecho de que la relación no marche y en algunos casos pueden convertirse incluso en el detonante para el estallido de una crisis. Las condiciones que los propician son principalmente las brechas sociales y económicas, las asimetrías y relaciones de poder, que, más allá de profundizar la lejanía cultural entre los actores, incrementan la desconfianza entre ellos. Es clave por eso, desde el enfoque comunicativo, enfatizar la importancia de promover la solidez del actor social comunidad, para que éste pueda expresarse efectivamente, por los canales que mejor le

³⁶⁶ GALDOS, Carmen Patricia Kajjatt. Negociación. II etapa Nro. 13. Año IX. Editada por estudiantes de la PUCP. Lima: Revista Derecho y Sociedad, 2010. pp. 19-35.

³⁶⁷ TANAKA, Martín; HUBER, Ludwig, REVESZ, Bruno; DIEZ, Alejandro, RICARD, Xavier; ECHAVE, José de. **Minería y conflicto social**. Este artículo es el resumen de la investigación "Minería y Conflicto Social

³⁶⁸ CASTRO, Sofía Amelia Salvador. **Pobreza y conflictos socioambientales: el caso de la minería en el Perú**. Tesis para optar el grado de Magister en Desarrollo Ambiental. PUCP. p. 88.

acomoden, y que su discurso sea representativo³⁶⁹. Se considera que el Perú aún no se está muy lejos de alcanzar una crisis crónica e incontrolable que generará inestabilidad institucional por los intereses de las partes en esa relación económica.

Sobre la conflictividad social, la Defensoría del Pueblo del Perú sostiene que tales conflictos sigue siendo un tema prioritario en la agenda nacional. Su influencia en el desarrollo de las actividades económicas, en el funcionamiento general del Estado y en el ejercicio de los derechos fundamentales de todos y todas, es creciente. Si bien el número de nuevos conflictos disminuyó ligeramente en relación con el año 2010 (pasó de 95 a 75), este número sigue siendo mayor que el de casos resueltos. Así, durante el 2011 sólo 41 conflictos fueron resueltos y se mantuvo en 54% el porcentaje de casos en proceso de diálogo. Esto revela que la capacidad resolutoria del Estado no se ha fortalecido sustancialmente ni tampoco el uso del diálogo como recurso principal para superar nuestras diferencias³⁷⁰.

En esa línea, Sandra CARRILLO destaca que la relación entre las empresas mineras y las comunidades locales está marcada por el conflicto de intereses que da lugar a una serie de acontecimientos organizados por ambas partes y que generan tensiones en este vínculo. Es esta acumulación de tensiones la que eventualmente produce situaciones de crisis entre las partes y torna muy remotas las posibilidades de diálogo. Pero ¿cuáles son los temas de fondo en estos conflictos? El mismo término “conflicto socioambiental” denota que la problemática tiene un fuerte componente relacionado con el temor de la población local a que su territorio resulte afectado por la actividad minera³⁷¹. Frente a tales cuestionamientos, consideramos pertinente resaltar que cuando se está frente a los problemas ambientales, es decir, sobre cuestiones ambiental, es importante ver las medidas o soluciones de estos problemas conforme a una visión epistemológico, pues, su represión y remediación debe ser vista desde un enfoque multidisciplinar.

Por tanto, referente a los principales factores fundamentales que generan los conflictos ambientales y multiculturales en el país, Martin TANAKA (y otros

³⁶⁹ CARRILLO, Sandra Verónica Hoyos. **Comunidades y minería: la comunicación en el conflicto**. Tesis para optar el Título de Licenciada por la Pontificia Universidad Católica del Perú - Facultad de ciencias y artes de la comunicación asesor: Luis Olivera Cárdenas. Lima: PUCP, 2012. p. 158.

³⁷⁰ PERÚ. **Decimoquinto Informe Anual de la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República**. Enero - diciembre 2011. 1 ed. Lima: Defensoría del Pueblo del Perú – DP. 2012. p. 51.

³⁷¹ CARRILLO, Sandra Verónica Hoyos. **Comunidades y minería: la comunicación en el conflicto**. p. 158.

investigadores), sostienen que dentro de una mirada de conjunto de las interrelaciones y posiciones de los actores, se muestra cuatro constataciones centrales: (i) el desequilibrio y las diferencias entre los propósitos de los actores y sus recursos para llevarlos a cabo así como la existencia de posiciones claramente diferenciadas, que originan el conflicto, ante las que no existen aún instancias ni mecanismos legítimos y efectivos de mediación, (ii) la insuficiencia del marco legal regulatorio, tanto de la actividad minera en general como –y en particular– de la determinación del interés público frente al interés local, para garantizar la adecuada participación y el respeto de los derechos de las poblaciones locales afectadas por la actividad minera, (iii) un Estado más inclinado hacia la promoción de la inversión que a la regulación y la redistribución efectiva, lo que en la práctica supone prácticamente posicionarse más próximos a los intereses de las empresas mineras que de los de las colectividades locales y (iv) un desfase importante entre las posiciones ideales de interrelación de los actores y su posicionamiento efectivo, según el que el Estado no cumple su rol, la actividad minera no contribuye suficientemente al desarrollo local generan suficiente desarrollo y las comunidades locales se ven forzadas a acciones de protesta para hacer considerar sus intereses³⁷².

Así, conforme a los factores de conflictividad en el Perú, está claro que la conflictividad social, por un lado, es la consecuencia de la debilidad institucional en el Perú, pues, en la actualidad, el respeto al principio de autoridad, la difusión del derecho de participación y el modelo sostenible de buenas prácticas de extracciones minerales con sostenibilidad, aún no se encuentra establecidos como un modelo de actuación ideal para los agentes del sector privado y público. De esa forma, también se considera que tales conflictos son derivados por la falta de confianza de la sociedad civil por los antecedentes históricos en el cual la minería tradicional, es decir, se tiene la percepción de la minería menoscaba no solamente el medio ambiente, recaídos éstos sobre la vulnerabilidad de los derechos fundamentales de las presentes y futuras generaciones. En otras palabras, la debilidad de las instituciones y la desconfianza generacional sobre la minería, también son criterios que llevan a crear tales conflictos en el sistema.

Por tanto, frente a la masiva conflictividad intercultural y ambiental en el Perú, por un lado, se considera que hay la urgencia de adoptar un nuevo modelo en la relación

³⁷² TANAKA, Martín; HUBER, Ludwig, REVESZ, Bruno; DIEZ, Alejandro, RICARD, Xavier; ECHAVE, José de. **Minería y conflicto social**. Este artículo es el resumen de la investigación “Minería y Conflicto Social”.

minería y la sociedad no vista tan sólo por cuestiones ambientales ni económicas, sino también a través de todos los elementos que conforman una real y eficiente actuación sostenible. Así, hay una urgencia en adoptar un modelo de Estado Socioambiental de Derecho en el Perú por ostentar las características de ser un Estado indígena y minero por excelencia, pero, por otro lado, se destaca que tal urgencia no necesariamente merece una refundación sobre los regímenes de los recursos naturales y sobre el régimen de la constitución económica, pues, se generaría un mayor índice de conflictividad en el Perú.

Entonces, frente tales posiciones: ¿Qué hacemos para atenuar tales conflictos ambientales y multiculturales en el Perú? Cuáles son las primeras medidas a tener en consideración?

Fernando CALDERÓN indica que una política constructivista produce o mejora una sociedad democrática y constituye un recurso formidable para enfrentar los conflictos y los climas sociales adversos. Los escenarios nacionales son diversos y están vinculados al clima social que se experimenta, así como a la capacidad político-institucional para procesar los conflictos³⁷³.

Conforme a la eficiencia de las instituciones para contrarrestar los conflictos sociales en base a una transformación, Martín TANAKA (y entre otros investigadores) indican que transformar el conflicto implica modificar las demandas de unos y de otros, desplazando el conflicto minero a un escenario de negociación diferente desde el punto de vista tanto espacial como temporal. Transformar el conflicto implica entonces superar los parámetros de la gestión sectorial de las actividades mineras y desarrollar un marco institucional plurisectorial y territorial (...) La actividad minera en el Perú tiene que ser parte de un proyecto colectivo, que cobije las peculiaridades territoriales y sociales del país y que brinde la oportunidad para cambios sociales deseados y no impuestos³⁷⁴.

Frente a tales transformaciones sobre el enfoque de las causas indígenas, se destaca estrictamente un compromiso serio y eficiente para la mejora en la calidad de vida de las comunidades próximas a las instalaciones de la industria minera, así como de un mayor compromiso sobre la integridad y garantía de gozar un medio ambiente

³⁷³ CALDERÓN, Fernando G. **Diez tesis sobre el conflicto social en América Latina**. Revista CEPAL 107. pp. 7-30. Santiago de Chile; CEPAL, 2012.

³⁷⁴ TANAKA, Martín; HUBER, Ludwig, REVESZ, Bruno; DIEZ, Alejandro, RICARD, Xavier; ECHAVE, José de. **Minería y conflicto social**.

ecológicamente equilibrado. Tales objetivos tendrán que ser desarrollados conforme a una unión, compromiso e participación de la sociedad civil y de las empresas extractivas.

Infelizmente, tales estallidos y tensiones se presentan constantemente en esa relación entre la minería y los territorios indígenas, pues, tal como se señaló anteriormente, tales conflictos representan uno de los mayores grados de violencia directa en el Perú, por lo que se destaca que se debe de dar una mayor atención sobre las políticas de prevención de los conflictos, no desde una fase final del conflicto, es decir, negociar desde la concretización del enfrentamiento, sino estrictamente sobre la etapa en el cual no hay una fase, es decir, sobre un escenario de diálogo constante con estos pueblos donde no se presenta estilos de conflictos.

En ese sentido, Rafael PORTALES sostiene que la posición intercultural requiere de un enorme esfuerzo de comunicación, diálogo, comprensión y encuentro. El diálogo no es una posición de debilidad y claudicación, sino de fuerza, prestancia y creatividad. Dentro de esta comprensión de un auténtico encuentro intercultural que rescate la verdadera “*riqueza humana*” es necesario tomar conciencia de los contenidos de nuestras propias tradiciones, un encuentro profundo y sincero que descubra y desarrolle la común humanidad que todos llevamos dentro hacia la construcción de una ciudadanía democrática mundial o transnacional³⁷⁵.

Pero, frente a los problemas y soluciones sobre los conflictos multiculturales con las industrias extractivas, cabe preguntarnos: ¿Es acaso que en base a la propiedad es que se podrá solucionar la pobreza y la conflictividad entre estas partes? ¿Será que el reconocimiento formal sobre la titulación de los territorios indígenas será la única solución para estos conflictos? ¿Qué papel cumplen las instituciones frente a esa omnipotencia de la propiedad como único medio en la solución de la pobreza indígena?

En ese contexto, frente a la vialidad de las industrias extractivas sobre territorios indígenas, el Banco Mundial sostiene que, de modo particular, las instituciones débiles pueden fomentar la explotación de recursos naturales que no depende de entornos contractuales sofisticados. En estas circunstancias, es probable que no se demande tanto un cambio institucional, porque los beneficios marginales de las mejoras institucionales serían menores que cuando la explotación de los recursos

³⁷⁵ PORTALES, Rafael Enrique Aguilera. **Políticas multiculturales, conflictos raciales y derechos de minorías en América Latina**. p. 77.

depende de entornos contractuales complejos y eficientes (por ejemplo, cuando se asocia la explotación de los recursos con un conjunto significativo de actividades económicas relacionadas, vínculos sustanciales hacia arriba y abajo en la cadena de producción, redes sólidas y efectos derrame). Así, puede desarrollarse un mal equilibrio, pues las instituciones débiles conducen a patrones de explotación de recursos naturales que no demandan mejores instituciones, por lo que continúan siendo deficientes y socavan el crecimiento³⁷⁶. Es decir, desde la postura del Banco Mundial, la eficiencia sobre las instituciones no es tan relevante para que no se pueda llevar la explotación económica de los recursos naturales aún que se presentan desequilibrios en el sistema.

Frente a esa perspectiva sobre la transcendencia del capital, Enrique GHERSI cuestiona: ¿Cuál es la diferencia entre encontrar petróleo en Texas y encontrar petróleo en el Perú? Tentando responder tal interrogante, el autor sostiene que después de arduo debate, la respuesta es una sola, aduciendo que: si tú encuentras petróleo en Texas eres rico, si tú encuentras petróleo en el Perú eres pobre. La razón es paradójicamente institucional. Porque ustedes podrían preguntarse ¿Por qué si has encontrado petróleo en un lugar eres rico y en otro eres pobre? Porque en el Perú el petróleo es del Estado, cuando lo encuentras te lo quitan y se lo dan a otra persona. Si encuentras petróleo en tu casa o *mutatis mutandi*, oro, plata, cobre, estaño o lo que fuere, pues no es tuyo, es del gobierno. Y el Estado puede asignarlo a través de determinados procedimientos, más o menos parecidos en los países de América latina, a quien le parezca³⁷⁷. Es decir, Enrique GHERSI al igual que Hernando de SOTO, aun que entre ambos hay ciertas discordancias académicas, ambos destacan la relevancia de la propiedad como un único y eficaz instrumento que irá a combatir los problemas sociales que se presentan sobre la actual situación indígena en el Perú.

Destacando la propiedad y autonomía de los territorios indígenas pueblos indígenas sin interferencia de terceros, el Banco Mundial indica que el tema importante es que las autoridades indígenas deberán determinar sus propios patrones de uso de la tierra en lugar de que éstos sean impuestos externamente por agencias gubernamentales,

³⁷⁶ BANCO MUNDIAL. **Los recursos naturales en América Latina y el Caribe ¿Más allá de bonanzas y crisis?** Estudios del banco mundial sobre América Latina y el Caribe. SINNOTT, Emil; NASH, John; DE LA TORRE, Augusto. (Orgs.). Banco Mundial. La traducción al castellano fue hecha por Mayol Ediciones S.A., Washintong D.C., 2010. p. 23.

³⁷⁷ GHERSI, Enrique. **¿Quién es el dueño del subsuelo?** | Enfoque Derecho: el portal web de actualidad jurídica de THEMIS. Disponible en: <http://www.enfoquederecho.com:2095/> Acceso, 29 de diciembre del 2012.

las cuales podrían no estar completamente familiarizadas con las costumbres indígenas y no apreciar los beneficios sociales, económicos y culturales que obtienen los pueblos indígenas³⁷⁸.

Pero, por otro lado, Eric HOLT-GIMÉNEZ sostiene que a pesar de su discurso de desarrollo humano, el Banco Mundial trata la relación entre la tierra y los recursos no desde el punto de vista de los medios de vida indígena, sino desde la lógica del capital y la lógica del territorio³⁷⁹. Esto implica no solo oponerse a las formas mediante las cuales el capital, a través del Banco Mundial, altera, rediseña y acomoda a las comunidades indígenas y los medios de subsistencia en función de sus propias lógicas, sino que requiere que las comunidades indígenas implementen sus propias acciones directas y planteen sus propias propuestas para una reestructuración territorial “desde abajo”³⁸⁰.

En tanto, conforme a los actuales conflictos sociales en el Perú, por un lado Patrick WIELAND aduce que no hay una única causa y, por lo tanto, no hay una única solución. La explicación de (Enrique) Ghersi sobre las causas de los conflictos mineros basada en la ineficiente asignación de derechos de propiedad resulta incompleta porque no considera otros factores que «gatillan» estos conflictos³⁸¹.

Por otro lado, referente a la teoría planteada por Hernando de SOTO, recaído sobre la omnipotencia en la solución de la pobreza a través de tan sólo y único reconocimiento del derecho a la propiedad sobre los territorios indígenas, una vez más, se considera que tal posicionamiento también resulta incompleto, pues, se destaca que una de las medidas básicas a tener en consideración frente a los conflictos sociales y al combate de la pobreza de los pueblos indígenas recae sobre la consolidación del respeto a los derechos y libertades, así como la eficiencia de las instituciones como valor supremo que garanticen un verdadero desarrollo sostenible para las presentes y futuras

³⁷⁸ PLANT, Roger; HVALKOF, Søren. **Titulación de tierras y pueblos indígenas**. Serie de informes técnicos del Departamento de Desarrollo Sostenible BID. p. 33.

³⁷⁹ HOLT-GIMÉNEZ, Eric. **La reestructuración territorial y las bases de la reforma agraria: comunidades indígenas, minería aurífera y el Banco Mundial**. In: Minería, movimientos sociales y respuestas campesinas. Una ecología política de transformaciones territoriales. BEBBINGTON, Anthony. (Org.). 2° ed. Lima: IEP, CEPES, 2011. p. 142.

³⁸⁰ HOLT-GIMÉNEZ, Eric. **La reestructuración territorial y las bases de la reforma agraria: comunidades indígenas, minería aurífera y el Banco Mundial**. In: Minería, movimientos sociales y respuestas campesinas. Una ecología política de transformaciones territoriales. BEBBINGTON, Anthony. (Org.). 2° ed. Lima: IEP, CEPES, 2011. p. 142.

³⁸¹ WIELAND, Patrick Fernandini. **Avatar y la fábula del minero avaro, el Estado ausente y el indio pobre**. p. 43.

generaciones. Es decir, en las palabras del economista Amartya SEN³⁸², “no hay desarrollo sin libertad”, y desde la perspectiva económica de Douglas NORTH³⁸³, que aún que la eficiencia plena de las instituciones no sean un complemento central para el desarrollo, este autor destaca la importancia de respetar las reglas de juego que existen en el sistema. Es decir, se destaca la garantía de la seguridad jurídica en las relaciones en ese ambiente institucional.

Infelizmente, en el Perú aún no podemos decir que se existe una garantía y consolidación plena de los derechos y libertades, pues, no es novedad para nadie que nuestras instituciones se encuentran debilidades no tan sólo por los altos índices de conflictividad social, sino también por la inestabilidad y el riesgo que se enfrenta por la constante vulnerabilidad al Imperio del Derecho³⁸⁴. De esa forma, pensar que únicamente el reconocimiento de los derechos de propiedad irán solucionar los conflictos sociales, quizá contribuya para la adecuación de un desarrollo eficiente, pero se considera que éste reconocimiento no solucionará íntegramente los problemas sociales por el análisis que fue desarrollado anteriormente.

Por tanto, una vez establecido la transcendencia de la minería en el Perú, y con el fin de responder sobre la posibilidad de admitir la viabilidad de las industrias extractivas sobre territorios indígenas, se considera pertinente analizar las experiencias de esta unión o parceria en el escenario internacional, pero, antes de eso, es importante delimitar los atributos recaídos sobre el derecho a la consulta y el derecho al veto sobre emprendimientos mineros en éstos territorios.

4.1.2. Delimitando atributos: ¿La unificación del derecho a la consulta y al veto?

Identificada la actual situación de las instituciones indígenas, así como la conflictividad ambiental y multicultural en el Perú, también se considera importante

³⁸² SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

³⁸³ NORTH, Douglas. **Institutions, institutional change and Economic Development**. Syndicate of the University of Cambridge; Cambridge: Press 1991.

³⁸⁴ Ronald Dworkin destaca que: “O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o progresso. Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida a política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância”. Ver: DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Editora, 2007. p. 486-492.

analizar los actuales instrumentos internacionales que versan sobre la protección de los territorios indígenas frente a las industrias extractivas, específicamente profundándose sobre el derecho a la consulta según el convenio 169 de la OIT, así como en el ordenamiento jurídico interno recaído sobre la Ley y el Reglamento de la Consulta Previa.

En primer lugar, es importante destacar que el marco normativo orientador del derecho de consulta se encuentra establecido en el artículo 2. 17 de la Constitución Política del Perú, así como en los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT, sin dejar en consideración la Ley y Reglamento de la Consulta Previa en el Perú.

Se considera que las referencias y acepciones sobre el derecho a la consulta en el Perú ya se encuentra displayada considerablemente, por lo que en esta sección nos enfocaremos a trasladar tal derecho con los conflictos que se generan con las industrias extractivas, específicamente sobre la minería.

El derecho a la consulta guarda una estrecha relación el derecho indígena a la libre determinación de sus pueblos, por lo que el Tribunal Constitucional peruano ha destacado que:

Esta libre determinación, juntamente con la concepción que los pueblos indígenas tienen sobre la tierra, sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa. Este derecho, que viene a ser una concretización también del artículo 2. 17 de la Constitución, se encuentra explícitamente recogido en los artículos 6 y 7 del Convenio N.º 169³⁸⁵.

En segundo lugar, conforme a la importancia que tienen estos derechos, cabe preguntarnos: ¿Que nos dice el ordenamiento jurídico nacional e internacional sobre este instituto? ¿Cómo el Estado peruano ha recepcionado tal derecho en su sistema?

El artículo 2 de la Ley Nro. 29785 – Ley de la Consulta Previa, señala que el derecho a la consulta “es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas y administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los

³⁸⁵ PERÚ. Sentencia del Tribunal Constitucional. EXP. N.º 03343-2007-PA/TC. **Caso Coodillera Escalera**. Lima, 2009. Fundamento 33.

planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos³⁸⁶.

En ese contexto, se destaca que las normas internacionales han sido claras al establecer los lineamientos sobre cómo se deben realizar los procesos de consulta a los pueblos indígenas. Es así como se ha determinado que las consultas deben ser previas (antes de aprobar la ley, la medida administrativa, el plan de desarrollo o el proyecto de exploración o explotación), libres (sin presiones o condicionamientos) e informadas (sobre las consecuencias del proyecto, plan, ley o medida); se deben hacer mediante procedimientos culturalmente adecuados, es decir de conformidad con sus propias tradiciones y a través de sus instituciones representativas. Asimismo, la consulta debe hacerse de buena fe y con el objetivo de obtener el consentimiento libre, previo e informado por parte de las comunidades indígenas³⁸⁷.

Así, por un lado, en el marco de ese proceso de consulta ante un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales en tierras indígenas, se destaca que éstas deben reunir los tres requisitos para estar frente a un proceso de consulta sin vicio de nulidad, siendo éstos una consulta, previa, libre e informada. Por otro lado, conforme a la relación del respeto a la dignidad de la persona humana y la toma de decisión en el proceso de consulta en base a la protección y garantía de los pueblos indígenas, se destaca que éstas siempre deben estar basadas en el concepto y realización del bienestar social para los integrantes de estos pueblos.

En ese sentido, el derecho de consulta está condicionado a que su procedimiento sea llevado a cabo bajo los parámetros del principio de la dignidad humana con aras de alcanzar el tan ansiado bien común.

Sobre esa asociación de principios, el Tribunal Constitucional peruano sostiene que:

En suma, es obligatorio y vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, asimismo, el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo. Y es que si bien es legítimamente exigible la

³⁸⁶ PERÚ. **Ley Nro. 29785 – Ley de la Consulta Previa**. LCP fue aprobada por el Congreso de la República del Perú en agosto del 2011.

³⁸⁷ COLOMBIA. El presente documento ha sido elaborado por María Clara Galvis, consultora senior de DPLF, y Angela Ramírez, abogada colombiana y consultora en derechos humanos. La elaboración del documento contó con la valiosa colaboración de Marianela Fuertes Forero, abogada colombiana. Washinton D.C, Fundación para el Debido Proceso Legal DPLF. 2003. pp. 67.

tutela de los pueblos indígenas, también es cierto que esta realización debe concretizarse dentro de los márgenes del Bien Común, concepto nítidamente establecido en la Constitución como destino fundamental de la actividad del Estado, solo sometido al principio de protección de la dignidad de la persona. (Fundamento 25)³⁸⁸.

Concerniente a las industrias extractivas en los territorios indígenas y al derecho a la consulta, el Tribunal Constitucional peruano indica, respecto al artículo 15 del Convenio (169-OIT), que tal supuesto se centra específicamente en el caso en que los intereses de los pueblos indígenas puedan perjudicarse en virtud de la exploración o explotación de recursos naturales existentes en sus tierras. Dicho mandato está directamente relacionado a la explotación de recursos naturales ubicados dentro del territorio indígena. Cuando ello ocurra se tendrá que proceder a consultar a las comunidades nativas que puedan perjudicarse con tales actividades. Debe comprenderse que no solo serán consultados aquellos pueblos indígenas en cuyo territorio se llevarán a cabo las actividades, sino por ejemplo, también los pueblos indígenas inmediatamente adyacentes a dicho lugar y que sean susceptibles de ser afectados³⁸⁹.

Así, en esa línea, sobre la obligación del gobierno de consultar a los pueblos indígenas por proyectos de extracciones de recursos naturales sobre los territorios indígenas, el Tribunal Constitucional peruano destaca que:

En la segunda parte del Convenio N.º 169 se hace referencia a las tierras de los pueblos indígenas, debiendo el Estado parte tomar las medidas necesarias para determinar las tierras que estos ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. Se establece así en su artículo 15 que los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos se verían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Se establecen también, disposiciones que establecen la indemnización a la cual serán acreedores aquellos pueblos que hayan sido trasladados o reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido (Fundamento 42)³⁹⁰.

En ese escenario, se considera que cuando los pueblos indígenas estén al frente de cualquier proyecto minero en el cual se corra el riesgo de ser perjudicados por la implementación de tales emprendimientos, éstos podrán objetar tal impedimento

³⁸⁸ PERÚ. Resolución del Tribunal Constitucional del Perú. EXP. N.º 03343-2007-PA/TC. **Caso Coodillera Escalera**. Lima, 2009. Fundamento 24 y 25.

³⁸⁹ Idem, Ibidem. Fundamento 25.

³⁹⁰ Idem, Fundamento 42.

aduciendo que antes de cualquier ejecución del mismo, se llame a consulta la viabilidad de tal proyecto por considerar que irá perjudicar o perturbar su bienestar.

Concerniente a los territorios indígenas y la obligación por parte del Estado en demarcarlas para brindarles seguridad y protección efectiva a sus derechos de propiedad que fueron adquiridas originariamente, es importante resaltar que la naturaleza de este derecho indígena no pierden valor jurídico frente a los derechos que sí fueron expedidos por una naturaleza constitutiva, como es el caso de los derechos mineros que nacen por expedición de títulos de concesión.

En lo que se refiere a esa distinción, entre derechos adquiridos originaria y constitutivamente, Fernando Mathias BAPTISTA señala que:

Vale lembrar neste passo que o direito territorial indígena independe de ato formal de reconhecimento do Estado, na medida em que tem natureza originária. O ato complexo de reconhecimento de TI's não tem natureza constitutiva, mas apenas declaratória do direito territorial dos povos indígenas³⁹¹.

En ese contexto, sobre la naturaleza del derecho a la consulta previa para la viabilidad de los proyectos de exploración de recursos naturales, se destaca una vez más las amenaza o riesgos que perjudiquen el entorno de los pueblos indígenas, por lo que se considera importante resaltar la estructura de los dispositivos jurídicos recaídos sobre el Convenio 169 de la OIT, así como también a través de la Ley Nro. 29785 – Ley de la Consulta Previa LCP como instrumentos claves en la toma de decisiones sobre emprendimientos extractivistas.

En efecto, la LCP vino al mundo con una falla de fábrica (siendo la “fábrica”, en este caso, un convenio de la OIT). Así, la ley da el derecho a las comunidades indígenas y originarias a ser consultadas antes de la realización de cualquier proyecto privado o estatal que pudiese afectar su “identidad cultural, calidad de vida o desarrollo”, pero otorgando al mismo tiempo al Estado la potestad de decidir discrecionalmente si se continúa o no con el proyecto aun cuando haya habido un “no” como resultado de esta consulta. En otras palabras, da un “derecho” que, propiamente hablando, no es tal, pues su ejercicio no tiene efectos vinculantes para nadie, pero que al ser llamado “derecho”, sí crea una justificada sensación de empoderamiento en quien lo

³⁹¹ BAPTISTA, Fernando Mathias. **Descascando o abacaxi da mineração em Terras Indígenas. In: Mineração em Terras Indígenas na Amazônia Brasileira. (Org.) Fany Ricardo e Alicia Rolla.** São Paulo: Instituto Socioambiental, 2005. p. 126.

recibe. A nuestro entender, esta es la fórmula de una guerra avisada (y, a juzgar por lo que pasó en Bagua, de la que sí mata gente). Nada asegura mejor que no habrá paz que la falta de claridad sobre hasta dónde alcanza el derecho de cada quien³⁹².

Frente a los vicios que presenta la LCP, se destaca que las fallas de la estructuración de este derecho y los mecanismos del proceso de consulta a los pueblos indígenas en el Perú, asimismo, se llama la atención al Estado, pues, hasta la fecha el gobierno peruano no hay cumplido con publicar la lista determinando los nombres de las comunidades indígenas y originarias que ostentan tales derechos en los dispositivos nacionales e internacionales.

De esa forma, se destaca que ese enfrentamiento de derechos, teniendo por un lado el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas y, por el otro, los derechos mineros de los titulares de las concesiones mineras, irá generar aún más la discordia entre ambos grupos, especialmente para los pueblos indígenas, por la errónea percepción de haber unificado del derecho a la consulta y el derecho al veto frente a proyectos mineros sobre sus territorios.

Delimitando potestades sobre esa unificación entre el derecho a la consulta junto al derecho al veto de proyectos de extracción de recursos naturales en TIs, es importante resaltar que, el primero es un derecho ejercitado directamente por los pueblos indígenas ante disposiciones administrativas o legislativas que afecten a los integrantes de sus pueblos, y, el segundo, es un derecho ejercitado directamente por el Estado según la voluntad final del Congreso de la República de no aceptar la viabilidad de los proyectos de extracción de recursos naturales. Es decir, a través del derecho al veto, el Estado tiene la potestad de rechazar la implementación o la ejecución del proyecto por su inviabilidad técnica, económica, social o cultural.

En ese sentido, referente a los institutos que respaldan la protección de los pueblos indígenas, el derecho al veto de proyectos de extracción no forma parte de tales institutos indígenas.

Destacando las potestades entre los derechos de consulta y al veto, el Tribunal Constitucional peruano argumenta que:

³⁹² EL COMERCIO. Editorial. **Sombras nada más**. Disponible en: <http://elcomercio.pe/actualidad/1536780/noticia-editorial-sombras-nada-mas> Acceso, 14 de febrero del 2012.

De la lectura del artículo 6 y 15 del Convenio N.º 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de derecho de veto. Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, no les otorga la capacidad impedir que tales medidas se lleven a cabo. Si bien en el último párrafo del artículo 6 del Convenio se expresa que la consulta debe ser llevada a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. Lo que explica tal artículo es que tal finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta. De ello se infiere que un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado. Debe afirmarse que no fluye de los artículos del convenio que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto. Lo que pretende la norma es institucionalizar el dialogo intercultural (Fundamento 24)³⁹³.

Dentro de esa posición, de que si bien es cierto que los pueblos indígenas no pueden ejercer el derecho de veto ante el emprendimiento de proyectos mineros, o de cualquier otra que tenga carácter extractivistas, y que a través de una resolución administrativa o legislativa se puede autorizar la viabilidad de tales proyectos, es importante indicar que, conforme a las tendencias modernas, los pueblos indígenas son poseedores de sus territorios a través del derecho originario, así como son detentores del derecho a la licencia social para la ejecución de cualquier emprendimiento localizadas sobre sus tierras aún que el Estado no tenga vetado tales proyectos.

En ese sentido, frente al Convenio 169 de la OIT determina el Derecho a la Consulta a los pueblos indígenas, y que propiamente este mismo convenio no reconoce ni garantiza el derecho al veto sobre los proyectos extractivos, es sin duda uno de los mayores temas a discutir así como plantear soluciones entre esa relación disociada entre las empresas mineras y los pueblos indígenas.

En ese sentido, nos preguntamos: ¿Será que la solución a estos problemas pasa por un derecho de participación económica a favor de los pueblos indígenas para la viabilidad de los proyectos de extracción? Si la respuesta fuera positiva, ¿Bajo qué escenarios institucionales se presentaría la unión de fuerzas y activos de éstos grupos para admitir tal viabilidad?

Por tanto, frente a los problemas sobre los atributos que acarrea el derecho a la consulta y el derecho al veto sobre emprendimientos extractivistas, se pasará a analizar estrictamente sobre la viabilidad de la minería en territorios indígenas, destacando en algunas partes sobre la óptica de la tesis “el misterio del capital indígena” presentada

³⁹³ PERÚ. Sentencia del Tribunal Constitucional. EXP. N.º 03343-2007-PA/TC. **Caso Coodillera Escalera**. Lima, 2009. Fundamento 24

por Hernando de Soto, así conocer verdaderamente cómo se llevando a cabo esa viabilidad en el escenario internacional con énfasis en Australia, Canadá y EUA. Frente a ese análisis, embasaremos tales directrices con la estructura de un nuevo modelo de minería con sostenibilidad conforme a un Estado Socioambiental en el Perú.

4.1.3. ¿El derecho a la participación económica por la extracción en TIs?

Referente a un balance del interés económico de los recursos naturales en América Latina, Roger PLANT, Søren HVALKOF., indican que en la región se han levantado interrogantes complejas sobre el control y manejo de los recursos naturales estratégicos. Muchos gobiernos latinoamericanos han conferido concesiones madereras dentro de las áreas indígenas tradicionales. Además, durante la última década hubo un interés inmenso en el desarrollo energético, especialmente los hidrocarburos, en el trópico latinoamericano. Ha habido una inversión internacional substancial en el potencial petrolífero y de gas en Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, entre otros. El marcado aumento en el desarrollo del petróleo y los minerales en áreas remotas ha ocasionado negociaciones prolongadas entre los pueblos indígenas y los gobiernos en lo concerniente al control sobre los recursos y el desarrollo energético, entre estas discusiones se concretaron también arreglos sobre la participación en los beneficios³⁹⁴.

Es decir, por un lado, los territorios indígenas en el cual fueron localizados recursos naturales susceptibles de valorización económica, se presentaron y presenta hasta la fecha, un grande interés para su explotación por parte de las industrias extractivas, sino también del Estado por su impacto sobre la recaudación que puedan obtener por la viabilidad de tales emprendimientos.

En ese escenario, se destaca que desde los diversos documentos jurídicos, el ejercicio pleno de la autodeterminación en su forma interna, si bien no tiene un modo y contenido único, abarca en su forma más óptima el aspecto de autonomía político-administrativa, autonomía jurisdiccional, reconocimiento de un espacio territorial para ejercerla, autonomía cultural, así como la autonomía económica³⁹⁵.

³⁹⁴ PLANT, Roger; HVALKOF, Søren. **Titulación de tierras y pueblos indígenas**. Serie de informes técnicos del Departamento de Desarrollo Sostenible BID. p. 42.

³⁹⁵ LÓPEZ, Lilibiana López. **Autonomía, derechos colectivos y megaproyectos**. Revista de derechos humanos y estudios sociales RDHES. México: Año i no. 2 julio-diciembre 2009.

Por otro lado, concerniente a la autonomía económica indígena, entendido como el derecho que tienen los pueblos a decidir libremente las formas de producción de la riqueza, se considera transcendental que el Estado formule mecanismos o medidas que permitan el desarrollo pleno y eficiente de los pueblos indígenas. Es decir, el Estado está en la obligación de presentar una serie de programas en el cual los pueblos indígenas puedan obtener mayores recursos económicos que les permita satisfacer sus necesidades así como las demandas sociales que se presenten.

Destacando el ideal sobre la maximización de bien estar común de los pueblos, Michael SANDEL cuestiona que:

Começamos com a ideia de maximizar o bem estar. Para sociedades de mercado como a nossa, é um ponto de partida natural. Grande parte dos debates políticos contemporâneos é sobre como promover a prosperidade, melhorar nosso padrão de vida, ou impulsionar o crescimento econômico. Por que nos importamos com essas coisas? A resposta mais óbvia é? Porque achamos que a prosperidade nos torna mais felizes do que seríamos com ela? como indivíduos ou como sociedade. A prosperidade é importante, em outras palavras, porque contribui para o nosso bem estar.³⁹⁶

Así, relacionando la felicidad por progreso o crecimiento de la maximización del bienestar común, Nali de Jesús de SOUZA indica que:

Do ponto de vista econômico, o objetivo da sociedade é obter o máximo bem-estar social, com o mínimo esforço. Cada grupo social procura maximizar sua participação no produto total, o que muitas vezes é obtido em detrimento dos demais grupos³⁹⁷.

En ese línea, es que estamos refiriéndonos a una ¿Prosperidad para los pueblos indígenas? ¿Mecanismos de desarrollo para la erradicación de la pobreza indígena? Oportunidades de desarrollo con inclusión social indígena? Son muchos cuestionamientos en lo que se refiere a los mecanismos de desarrollo de estos pueblos, pero, al final todos apuntan hacia un mismo rumbo, interés o ideal, siendo éste alcanzar el bienestar y la paz social.

Pero, alcanzar tal bienestar general a través de la: ¿Minería en territorios indígenas? Puede sonar hasta descabellada en estos tiempos de convulsiones sociales, por lo no es de extrañar que tal rótulo pueda causar una gran sorpresa a las instituciones

³⁹⁶ SANDEL, Michael. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. p. 28.

³⁹⁷ SOUZA, Nali de Jesus de. *Desenvolvimento econômico*. p. 228.

del poder legislativo, ejecutivo y judicial, así como a la sociedad minera, así como a los propios pueblos indígenas en el Perú. En ese sentido, nos preguntamos ¿Es acaso que la minería puede ser un estimulante de desarrollo para estos pueblos? ¿Qué papel juega los territorios indígenas como instrumento para la reducción de la pobreza?

Según el BID, un tema clave que está siendo debatido actualmente en la región se refiere a la extensión ideal de las restricciones sobre el uso de la tierra - ventas, transferencias, arrendamiento, hipotecas u otras limitaciones. La mayoría de los países de América Latina - a pesar de algunas tendencias recientes en otra dirección- todavía establecen que las tierras indígenas deben ser inalienables, indivisibles, imprescriptibles y no hipotecables³⁹⁸. En esa línea, Roger PLANT e Søren HVALKOF sostiene que varios influyentes análisis de política, entre los que se cuentan los del BID, ahora concluyen que los mercados de tierras abiertos y flexibles pueden servir de instrumento eficaz para aumentar la equidad y aliviar la pobreza, a la vez que aumentan la productividad agrícola³⁹⁹.

En ese sentido, a través del informe de estrategia del Banco (BID) sobre la reducción de la pobreza rural se establece que la eficacia en los mercados de tierras se puede aumentar mediante, entre otros, la eliminación de la regularización que limita la venta y el arrendamiento de las mismas⁴⁰⁰. Por consiguiente, el Banco destaca que es de suma importancia fortalecer la capacidad de los individuos que forman parte de las comunidades indígenas para transferir el uso de sus tierras sin socavar la seguridad en la tenencia de las mismas⁴⁰¹. La mayoría de la legislación vigente así como los programas

³⁹⁸ BID. **Estrategia para la reducción de la pobreza rural**. Banco Interamericano de Desarrollo. Departamento de Desarrollo Sostenible. División de Medio Ambiente. Documento preparado por Rubén G. Echeverría (SDS/ENV). N° ENV – 122. Washington, D.C, 1998. p. 32.

³⁹⁹ PLANT, Roger; HVALKOF, Søren. **Titulación de tierras y pueblos indígenas**. Serie de informes técnicos del Departamento de Desarrollo Sostenible BID. p.

⁴⁰⁰ BID. **Estrategia para la reducción de la pobreza rural**. Banco Interamericano de Desarrollo. Departamento de Desarrollo Sostenible. División de Medio Ambiente. Documento preparado por Rubén G. Echeverría (SDS/ENV). N° ENV – 122. Washington, D.C, 1998. . p. 32.

⁴⁰¹ Por otro lado, el GBM, esta institución apoya firmemente el principio de que las comunidades deben beneficiarse de los proyectos que las afectan, y que estos proyectos deben contribuir a los objetivos de desarrollo regional y nacional más amplios. A tales efectos, el GBM colaborará con los gobiernos, las comunidades y los patrocinadores para garantizar que las comunidades afectadas (incluyendo los pueblos indígenas) se beneficien lo máximo posible de los proyectos, a través de métodos de buenas prácticas, de políticas de contratación y formación de mano de obra local y del desarrollo de proveedores e industrias consumidoras de materias primas locales. Entre las buenas prácticas también se incluyen los componentes de los que se benefician directamente las comunidades locales, como el acceso a los servicios de salud, los fondos comunitarios, la formación profesional, la educación general y las infraestructuras. BANCO MUNDIAL. **Hacia un mejor equilibrio: el grupo del Banco Mundial y las industrias extractivas**. Informe final de la reseña de las industrias extractivas. Respuesta del equipo de gestión del grupo del banco mundial a la Reseña de las Industrias Extractivas. Washington D.C., WB, 2004. p. 6.

apoyados por el Banco, limitan estrechamente las opciones de tenencia entre, por un lado, la posesión colectiva con restricciones sobre la transferencia y, por el otro, la posesión individual libremente transferible. En las reformas recientes que han brindado a los miembros de comunidades indígenas la opción de recibir títulos individuales sobre sus posesiones, como es el caso de México, se ha constatado que, por lo general, han rechazado esta opción⁴⁰².

Desde la perspectiva del Banco Interamericano de Desarrollo BID, la promoción de sistemas comunitarios indígenas como un tipo de empresa privada que permite titulación y registro individual dentro de la jurisdicción de la comunidad garantiza la integridad de la comunidad como una asociación civil. En lugar de abusar de los ya establecidos sistemas de control social, puede de hecho mejorar la operación de los mercados financieros y facilitar los acuerdos para el arrendamiento de tierras, todo bajo el control y las reglas establecidas por la comunidad misma. Esto también lleva a una reducción en los costos de la titulación y la regularización de las tierras con respecto a los enfoques de títulos individuales⁴⁰³.

De esa forma, es preciso distinguir tres aspectos: i) la aceptación del principio general de que la base de un mercado es la propiedad privada (no necesariamente individual) y libertad concomitante de los contratos; ii) la necesidad de un marco de “reglas del juego” en el mercado, punto que lleva al tema del diseño institucional; iii) los temas que surgen más allá del principio general y del marco formal, que son los resultados del proceso y si éstos se considera o no deseables según criterios establecidos, o si es necesario hacer correcciones que impliquen un cambio en la distribución de los recursos que ha surgido del mercado⁴⁰⁴.

Frente a tales posiciones, que se enlazan directamente con las propuestas que fueron presentadas en el documental “*El Misterio del Capital de los indígenas amazónicos*” del ILD, se consideró que, al menos en el Perú, las comunidades indígenas dependen de normas tradicionales-comunitarias para la distribución de los derechos sobre las tierras. De ese modo, se destacó que los mercados de arrendamiento que se

⁴⁰² Idem, Ibidem. p. 32.

⁴⁰³ PLANT, Roger; HVALKOF, Søren. **Titulación de tierras y pueblos indígenas**. Serie de informes técnicos del Departamento de Desarrollo Sostenible BID. p.

⁴⁰⁴ BID. **Perspectivas sobre mercados de tierras rurales en América Latina**. Informe técnico. Banco Interamericano de Desarrollo. Departamento de Desarrollo Sostenible. Washington, D.C. Diciembre 1998 - No. ENV – 124.

desarrollan en las comunidades indígenas tienden a ser informales, a corto plazo y, sobre todo, inestables por la falta de seguridad jurídica en las transacciones.

En ese contexto, partimos una vez más de la premisa de que la actividad minera guarda una estrecha relación con todas las partes que componen el entorno de esta actividad por sus repercusiones en diferentes sectores productivos y no productivos. Así mismo, se considera que entre las relaciones de la empresa minera y los pueblos indígenas no se genera una relación económica mediatamente, sino una relación jurídica por el confronto de derechos, siendo éstos por un lado, el derecho al usufructo del titular minero, y, por el otro, el derecho a la superficie. En ese encuentro de derechos reales, sobre el enfoque indígena, en la mayoría de los casos, se genera un conflicto al presumir que los derechos expedidos y reconocidos por el Estado, a través de una concesión minera, tienen un mayor valor jurídico frente a derechos no reconocidos por la omisión en la titulación de los territorios indígenas.

Referente al tratamiento del régimen jurídico de los recursos naturales del subsuelo, Gilberto BERCOVICI señala que:

Os recursos naturais do subsolo são inalienáveis, tanto que só podem ser alinhados excepcionalmente, por meio de concessões. Esta concessão é uma concessão constitutiva, ou seja, o poder concedente outorga poderes para o concessionário utilizar ou explorar um bem público, embora conserve o seu domínio⁴⁰⁵.

Por este motivo, a concessão não é de direito real de uso, porque ela não outorga, além do direito de extrair e de se apropriar do que e quando se extrai, o direito ao concessionário de se apropriar dos minerais no subsolo, antes de serem extraídos⁴⁰⁶.

En ese orden, se destaca que el usufructuario aduce que por ser titular de este derecho, y por el gran interés económico que surge por la explotación de los recursos naturales, detenta un derecho preferencial para suplir el derecho del superficiario. En ese supuesto y volteados a la realidad, es lo hoy se presenta en el Perú, el choque de poder de derechos, interés económico y culturas.

Es decir, por un lado, el Estado peruano, siendo el titular del subsuelo y de los recursos naturales, éste otorgará el derecho de explotación de los recursos naturales susceptibles de valorización económica a través del título de concesión minera. Por otro

⁴⁰⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais**. São Paulo: Quartie Latin, 2011. p. 290.

⁴⁰⁶ Idem, Ibidem. p. 290.

lado, sobre el enfoque indígena, la tesis de que los territorios indígenas, y los recursos naturales que se puedan hallar en ellas, tales como los renovables y no renovables, con o sin interés económico para su explotación, son de titularidad exclusiva de los pueblos por ostentar el derecho originario que le fue transmitido en generación en generación.

Así, surge el confronto entre el derecho constituido y el derecho originario cuando se encuentran recursos naturales en territorios indígenas, pues, los enfrenta la ostentación de los derechos de propiedad de los territorios indígenas, recaídos estrictamente sobre los recursos que se encuentran en el subsuelo de tal espacio geográfico.

En ese orden de idea, consideramos colocándonos en el supuesto de que se presenta el derecho a la participación económica por la cesión y explotación de los territorios indígenas, consideramos pertinentes preguntarnos: ¿Cuál vendría ser la esencia del derecho a la participación por la producción de la riqueza sobre los activos de los pueblos indígenas? ¿Cómo maximizar el real e eficiente bienestar general de las comunidades indígenas frente a los recursos naturales en TIs?

Así, se considera que frente a los problemas por la determinación de los derechos de propiedad sobre los territorios indígenas, se destaca la necesidad de generar una renta indígena para combatir la pobreza de estos pueblos. Es decir, se hace necesario que estos pueblos obtengan recursos que les permita generar satisfacer sus demandas en aras de su bienestar común.

Sobre el criterio y la necesidad de trabajar y obtener una renta para alcanzar el bienestar, David S.LANDES aduce que:

Estamos vivendo, sem duvida, numa época de sobremesa. Queremos que as coisas sejam doces, muitos de nos trabalhamos para viver e vivemos para ser felizes. Nada há de errado nisso, só que isso não promove uma alta produtividade. Queremos alta produtividade? Então deveremos viver para trabalhar e obter a felicidade como um subproduto⁴⁰⁷.

Pero se cuestiona si: ¿Es acaso la minería puede otorgar alguna renta sobre los pueblos indígenas? En base a una justicia distributiva para los pueblos indígenas por su exclusión social, debilidad frente al poder económico y con el fin de obtener recursos para implementar mecanismos de desarrollo para los integrantes de sus pueblos, cierto

⁴⁰⁷ LANDES, David S. **Riqueza e a pobreza das nações**. p. 593.

grupo considera viable admitir que éstos pueblos tengan el derecho de participación económica por la explotación de recursos naturales localizados en TIs, pues, al final éstos ostenta el derecho originario sobre sus territorios.

Concerniente a la justicia distributiva, inversión y bienestar común, el Tribunal Constitucional del Perú, indica que:

El esquema de apertura para inversión no es contrario a los principios de la justicia distributiva. Ambos esquemas deberán interactuar a fin de lograr la explotación razonable de recursos y el bienestar común. Evidentemente alcanzar tal equilibrio no es consecuencia de un solo acto o de la labor de una sola entidad pública sino del Estado en su conjunto, esto es, a partir de una política de Estado que progresivamente comience a brindar prestaciones y servicios adecuados para el bien común (Fundamento 53)⁴⁰⁸.

En esa línea, se resalta la urgencia por parte del Estado en implementar políticas de desarrollo para los pueblos indígenas, y así suplir sus demandas sociales. En ese sentido, uno de esos mecanismos de desarrollo que se indicó desde un inicio pasa por la participación de terceros sobre la exploración económica de los recursos naturales localizados sobre los TIs, tales como los metales, petróleo, gas, entre otros.

En esa estructura sobre los mecanismos para la generación de la renta indígena a través de los recursos naturales de los que poseen, Robério Nunes dos ANJOS FILHOS, señala que:

São vários os mecanismos de obtenção de renda que podem servir para atender a demanda relativa a aquisição de bens e serviços da sociedade dominante. Dentre eles merecem destaque: a) o redimensionamento de atividades econômicas tradicionais; b) a renda indígenas; c) o exercício pelos índios de trabalho produtivo: seja através do trabalho assalariado ou da exploração de atividade econômica; d) a exploração econômica de recursos hídricos e minerais localizados em terras indígenas por terceiros; e e) a fruição de benefícios decorrentes dos sistemas de previdência e assistência social⁴⁰⁹.

En ese criterio de participación económica por la exploración de recursos minerales en territorios indígenas, Hariessa VILLAS BÔAS señala que:

⁴⁰⁸ PERÚ. Sentencia del Tribunal Constitucional. EXP. N.º 03343-2007-PA/TC. **Caso Coodillera Escalera**. Lima, 2009. Fundamento 52 y 53.

⁴⁰⁹ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo USP. p. 706.

Os recursos minerais existentes em terras indígenas - as que se destinam a sua posse permanente - garantem aos indígenas a efetiva participação nos resultados da lavra uma vez que, cabe-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo. Leia-se que, a participação, cabe a toda comunidade, e não apenas a um indivíduo. Todos os membros que a compõe farão jus a esta participação. E terão direito ao pagamento de renda pela ocupação do solo que será feita em detrimento exclusivo da comunidade. A consulta às comunidades afetadas pelo empreendimento é outro ponto importante⁴¹⁰.

Referente a la obtención de renta para el desarrollo indígena, ANJOS FILHOS afirma que:

(...) Entretanto, é importante salientar desde logo que caso eventualmente seja alcançada a auto-sustentabilidade ou mesmo ocorra um grande progresso econômico de um índio ou de uma comunidade indígena através de qualquer desses mecanismos não se justifica nenhum tipo de discurso no sentido da perda da identidade ou da condição indígena. A eventual riqueza econômica não descaracteriza necessariamente a identidade étnica indígena, pois esta não exige a condição de pobreza⁴¹¹.

En contrapartida, se argumenta que el ejercicio del derecho de participación económica en los resultados de la extracción en TI, generará un detrimento aún mayor para el bienestar social de los pueblos indígenas, pues, se generará una dependencia sobre el crecimiento y inestabilidad cuando no se distribuyan los recursos conforme a las demandas de éstos pueblos.

En lo concerniente a la captación de recursos y la no generación de bienestar,, Nali de Jesús de SOUZA, destaca que:

O bem-estar social não aumenta com transferências de renda de um grupo para outro, quando não expande o produto líquido global. Inversamente, transferências de renda econômica entre grupos podem piorar o nível de bem-estar social original do conjunto da sociedade, ao estabelecer novo ponto de equilíbrio, abaixo do anterior e aquém da fronteira de possibilidades de produção⁴¹².

Manifestándose a favor de los mecanismos de renta indígena a través de la minería, se destaca que este derecho no generará ningún tipo de degradación al

⁴¹⁰ VILLAS BÔAS, Hariessa C. **Mineração em terras indígenas: a procura de um marco legal**. Rio de Janeiro: CETEM / MCT / CNPq / CYTED/IMPC, 2005. p.96.

⁴¹¹ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo USP. p. 706.

⁴¹² SOUZA, Nali de Jesus de. **Desenvolvimento econômico**. p. 228.

indígena, pues no se perderá su identidad y mucho menos se verá alterada su condición indígena. En ese sentido, se resalta que los pueblos indígenas no están sometidos por siempre a la pobreza, por lo que a través de la minería sobre sus territorios podrían generar una fuente de riqueza.

Reforzando la tesis sobre el derecho de la participación económica sobre la explotación de los recursos minerales en TIs, ANJOS FILHOS sostiene que:

Mais uma vez não faz sentido em negar a possibilidade das comunidades indígenas terem direito a participação financeira em todos os recursos naturais das suas terras, pois essa conclusão implicaria dar tratamento diferenciado a bens que possuem a mesma natureza jurídica⁴¹³.

Pero, frente a ese derecho a la participación económica: Se cuestiona sobre el porcentaje que deberán de percibir tales pueblos por el derecho de cesión de sus tierras. ¿Acaso se habla de un valor determinado? ¿Alto, bajo? Frente a tales cuestionamientos, Hariessa VILLAS BÔAS indica que:

Como saber se o valor pago corresponde ao faturamento bruto da empresa? Que mecanismos dispõe uma comunidade indígena para viabilizar e ter acesso a esse percentual? A mineradora fará uma audiência pública; que é um instrumento de participação da comunidade, para mostrar os balancetes de sua empresa e abrirá seus livros contábeis à comunidade? O Fisco informará quanto de impostos esta pagou para que a comunidade faça um balanço de sua remuneração devida ou se a mesma esta correta?. Há que haver órgãos que assessorem os indígenas nestas questões de forma clara, voltados a esclarecer suas dúvidas através de instrumentos hábeis que não contenha no seu bojo fins escusos. São essas questões que não podem deixar de ser reguladas, uma vez que os índios com certeza serão ludibriados e os ganhos serão revertidos em benefício daquele que explora e não do que é explorado⁴¹⁴.

En lo que respecta al Perú, a pesar de ser un país minero e indígena por excelencia, hablar de minería en TIs es quizá un tema poco discutido en el campo político, económico y académico, pues el sólo hecho de pensar en coparticipación de la riqueza por los resultados económicos de la exploración de recursos naturales en TIs es casi como hablar del apocalipsis.

⁴¹³ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil**. p. 710.

⁴¹⁴ VILLAS BÔAS, Hariessa C. **Mineração em terras indígenas: a procura de um marco legal**. Rio de Janeiro: CETEM / MCT /CNPq / CYTED/IMPC, 2005. p. 145.

Concerniente a la viabilidad de la minería en territorios indígenas, Hariessa VILLAS BÔAS sostiene que:

A exploração de recursos minerais, em terras indígenas ou “TIs”, como são chamadas, demanda um série de reflexões devido ao novo conceito que se tem deste bem ambiental de natureza difusa. Tão valioso e ao mesmo tempo, finito não renovável onde surge, toda uma preocupação em escala internacional com a sua preservação e ao mesmo tempo, com sua exploração de modo a não degradar o meio ambiente. Direito das presentes e futuras gerações, e principalmente dos povos indígenas devido às riquezas naturais existentes em suas terras, clamando pela demarcação das mesmas, como forma de reconhecimento formal⁴¹⁵.

En las relaciones jurídicas entre la minería y los pueblos indígenas, el Tribunal Constitucional ha sido una de las pocas instituciones que destaca tal principio de coparticipación de la riqueza, en ese sentido, destaca que:

El otro aspecto destacable de esta sentencia es cuando crea y desarrolla el principio de coparticipación de la riqueza. Este principio lo enuncia primero en la sentencia 00022-2009-PI/TC (f.j. 52 y 53), sin embargo, en aquella sentencia todos entendimos que estaban haciendo referencia al artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT, que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de la explotación de los recursos naturales en su territorio, aun cuando en dicha sentencia, no se menciona esta referencia normativa⁴¹⁶.

En lo que va de la necesidad de implementar mecanismos de desarrollo, expropiación de territorios indígenas y el beneficio compartido por la explotación de los recursos naturales, el Tribunal Constitucional del Perú también a determinado:

Es cierto que cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales. Es por ello, que la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida. Solo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos. De igual forma tendrá que considerarse ello cuando la indemnización sea consecuencia de

⁴¹⁵ Idem, Ibidem. p.72.

⁴¹⁶ PERÚ. Sentencia del Tribunal Constitucional. EXP. N.º 03343-2007-PA/TC. **Caso Coodillera Escalera**. Lima, 2009. Fundamento 10.

intervenciones sobre propiedad de los pueblos indígenas tales como la servidumbre (Fundamento 52)⁴¹⁷.

En ese contexto, se considera que la solución a los problemas de la conflictividad cultural entre las empresas mineras y la explotación de los recursos minerales sobre los territorios indígenas, no pasa por el pago de un justiprecio ni tampoco por la reubicación social, pues, se destaca que la solución en esos enfrentamientos va mucho más que esas medidas. Tal como fue destacado por las instituciones especializadas, los pueblos indígenas siempre fueron y continúan siendo tratados como grupos sociales condenados a vivir en la pobreza por su propia condición.

En ese sentido, referente a que los pueblos indígenas son pobres por su propia condición de ser indígenas, Hernando de SOTO sostiene que:

Transcending the myths through legal empowerment of the people While I have not dedicated my life to indigenous issues – there is no doubting that – I can say with certainty that the hundreds of indigenous leaders I have spoken to have expressed no interest in being treated as pre-Columbian antiques residing in glass cases in Museums of Natural History or as invalids incapable of dealing with the rest of the world and modernity. Their cultures are alive and constantly adapting to new environments and circumstances. In my 30 years working in the developing world, I have found that when people excluded from the system finally obtain the legal, political and technical tools that allow them to organise and express themselves, they know perfectly well how to join the rest of the world and how to do so advantageously⁴¹⁸.

Concerniente a los esos mitos sobre la condición indígena, Hernando de SOTO destaca que:

Why don't indigenous people have these legal tools to control their property and businesses? Because numerous myths encourage us to believe that native people don't want or don't need these controls, or that they are incapable of using them. My colleagues and I have compiled a list of these popular beliefs, along with our responses: Myth 1: Indigenous people are communists, Myth 2: The natives are wealthy in their own way. Myth 3: Indigenous people don't need the rest of the world and prefer to live in isolation. Myth 4: Indigenous people want neither property for businesses. Myth 5: Awarding property rights promotes environmental degradation. Myth 6: The indigenous worldview is incompatible with globalization⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Idem, Ibidem. Fundamento 52.

⁴¹⁸ OEDC. (2011). **The Amazon is not Avatar**. Or Hernando de Soto. In: Development Co-operation. Report 2011. 50th Anniversary Edition. OECD Publishing. Pág. 1-254. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/dcr-2011-en> Acceso, 12 de noviembre del 2012.

⁴¹⁹ Idem, Ibidem. p. 100.

Conforme a los mitos sobre los pueblos indígenas que fueron señalados por Hernando de SOTO: se pueden resumir conforme a las siguientes interrogantes: ¿Los pueblos indígenas son comunistas? ¿Los indígenas son ricos a su manera? ¿Los pueblos indígenas no son necesarios para el resto del mundo y prefieren vivir en aislamiento? ¿Los pueblos indígenas no quieren ni propiedad ni empresas? ¿Adjudicación derechos de propiedad promueve la degradación del medio ambiente? ¿La cosmovisión indígena es incompatible con la globalización?

En un primer momento, los pueblos indígenas de Canadá y Australia podrían contradecir dicha tesis de que los integrantes de sus pueblos deben estar condenados a la pobreza, pues, en estos países se desarrolla una relación de minería sostenible sobre los territorios indígenas. Por otro lado, ciertos pueblos indígenas en EUA y Sudáfrica, representan un modelo ejemplar sobre esta relación, presentando algunas distorsiones por abocarse mucho más en la generación y acumulación de la riqueza dejando así como dejando de lado algunos componentes de identidad cultural.

En ese sentido, en base al ejercicio del derecho al desarrollo y a la decisión sobre proyectos de desarrollo y obtención de participación económica, el Tribunal Constitucional peruano señala que:

De otro lado, el artículo 7 expone que los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, debiendo participar en la formulación, “aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”. Es interesante enfatizar, además, lo expuesto en el artículo 15, que señala que los Gobiernos deberán establecer procedimientos mediante los cuales se pueda consultar a los pueblos interesados “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existente en sus tierras.” De igual forma, el artículo indica que los pueblos indígenas deberán participar en los beneficios de tales actividades y si se ven dañados debido a tales actividades, podrán solicitar una indemnización equitativa. Con ello se pretende armonizar la dinámica entre los pueblos indígenas y otros agentes sociales y económicos⁴²⁰.

Por otro lado, Enrique GHERSI sostiene que “de manera que cuando se plantea la discusión de cómo solucionar el problema de violencia que aqueja a los sectores campesinos y mineros y que enfrentan las poblaciones con las empresas mineras, mi respuesta es una sola: Difundamos la propiedad, establezcamos un derecho

⁴²⁰ PERÚ. Sentencia del Tribunal Constitucional. EXP. N.º 03343-2007-PA/TC. **Caso Coodillera Escalera**. Lima, 2009. Fundamento 31.

de propiedad que pueda permitir el desarrollo armonioso de esa actividad reconciliando a las poblaciones con las empresas mineras haciéndolos socios, y ya no será materia de un reglamento o una concesión estatal el desarrollo de un negocio, será materia de un contrato libremente negociado y establecido con los propietarios de los terrenos por los cuales estas gentes, que son muy pocas las personas que viven en esas zonas, probablemente van a pasar de encontrarse entre la gente más pobres del planeta a engrosar las listas de Forbes, como las familias más ricas del mundo, simplemente con un acto de redistribución para que estas personas puedan participar de los beneficios de la riqueza y que puedan entender que la libertad sin propiedad no existe. Nadie defenderá la libertad como una idea si la libertad no se convierte en una realidad a través de la propiedad, que es la forma de darle concreción, darle virtualidad a una idea abstracta⁴²¹.

En ese orden de ideas, sobre que no existe libertad sin propiedad, consideramos que el reconocimiento, fortalecimiento y garantía del derecho de propiedad en el Perú es un componente que no puede dejarse de lado al momento de implementar mecanismos de desarrollo, también llamamos la atención al señalar que éste es tan sólo uno de los componentes para el desarrollo, tal como fue desarrollado cuando se analizó el ‘‘Misterio del capital de los indígenas amazónico’’ planteado por Hernando de Soto, por lo que, según las teorías de Amartya SEN e Michael SANDEL, no existirá desarrollo sin libertad, pues es ahí el verdadero desarrollo con libertad.

En fin, estos componentes deben circular armoniosamente entre sí, si es que se quiere llegar a establecer políticas de desarrollo con inclusión social a través de la minería en TIs. Estamos frente a grandes desafíos y retos para el Estado peruano si es que se quiere emplear una nueva relación entre la minería y pueblos indígenas, por lo que nos urge conocer experiencias exitosas de esa relación que guarden la principal característica del país, siendo este minero e indígena.

Por tanto, según lo estudiado hasta el momento, referente al derecho al desarrollo de los pueblos indígenas desde la postura del consentimiento de la viabilidad de la extracción de recursos minerales en los TIs, se considera que es importante analizar los beneficios colectivos de desarrollo que puede traer consigo tal

⁴²¹ GHERSI, Enrique. **¿Quién es el dueño del subsuelo?** | Enfoque Derecho: el portal web de actualidad jurídica de THEMIS. Disponible en: <http://www.enfoquederecho.com:2095/> Acceso, 29 de diciembre del 2012.

consentimiento según las experiencias exitosas de los modelos de minería sostenible en TIs en Canadá, Australia y en los Estados Unidos.

4.2. Las experiencias internacionales sobre la minería en TIs.

En el siglo XXI, en América Latina referimos sobre la viabilidad de la minería en territorios indígenas es como considerar un maleficio del poder económico frente a los grupos más débiles. Admitir esta viabilidad es casi compararlo como aceptar el propio fin del mundo por nuestra propia voluntad. Por ese motivo, cabe preguntarnos: Cómo actualmente el mundo regula este tipo de negociaciones y contrataciones entre las industrias mineras y los pueblos indígenas? Es que hay casos de minería en territorios indígenas?

En un primer momento Guillermo BONFILL sostiene que la planeación y la instrumentación de un programa de etnodesarrollo debe ser, por definición, asunto interno de cada pueblo. La función del Estado a través de sus diversas agencias, de los expertos, o de personas interesadas simplemente en apoyar la vía del etnodesarrollo, no consiste en definir éste ni en llevarlo a cabo, sino en contribuir a crear las condiciones que lo hagan posible⁴²². Bajo ese criterio, si se plantean mecanismos de desarrollo para los pueblos indígenas éstas deben de contribuir para la mejora de su calidad de vida y alcanzar el bienestar común.

En referencia de los modelos exitosos de desarrollo de los pueblos indígenas, y la incursión de todos los componentes o factores citados a lo largo de este trabajo, encontramos en ese mundo globalizado el modelo de extracción sostenible de recursos naturales en TIs canadienses y australiano, expresando ambos modelos que no siempre el progreso se basa en la generación de la riqueza, sino también en su sensibilidad humana y natural.

En ese sentido, cuando nos referimos a minería en TIs se presume que esta actividad será desarrollada acorde a los estándares sostenibles por su interacción con diferentes áreas y entornos en la explotación de los recursos naturales.

Referente a esas condiciones de minería en TIs, Fernando Mathias BAPTISTA, señala que:

⁴²² BONFIL, Guillermo Batalla. **Etnodesarrollo: sus premisas jurídica, políticas y de organización**. En obras escogidas de Guillermo Bonfil Battalla. Tomo 2. México: INAH-INI. 1995. Pp. 464-480.

A possibilidade constitucional de mineração em terras indígenas não significa que a atividade possa ser realizada em qualquer hipótese, uma das condições para realizá-las deve ser o consentimento prévio e informado dos povos indígenas cujas terras serão atingidas⁴²³.

Según los criterios de la estructuración de la minería en TIs y su relación con la mitigación de los impactos sociales, ambientales y culturales, Fernando Mathias BAPTISTA toma en consideración que:

O EIA-Rima permitirá aos interessados conhecer, previamente a atividade, um diagnóstico sobre riscos e impactos potenciais do empreendimento, uma avaliação de custo-benefício incorporando nesta os custos sociais, culturais e ambientais do projeto, bem como a previsão de medidas mitigadoras e compensatórias capazes de minimizar os danos dele resultantes. Importante nesse sentido garantir um amplo diagnóstico antropológico abarcando os impactos do empreendimento sobre a estrutura, organização social e costumes do povo indígena afetado⁴²⁴.

Sin embargo, en lo que se refiere a la viabilidad de la minería en TIs, se considera que este modelo debe estar sujeto a un marco legal en base siempre del principio de la dignidad humana y bajo el respeto estricto de los derechos y garantías de las instituciones indígenas.

Concerniente a la garantía de la viabilidad de la actividad minera en TIS, BAPTISTA aduce que:

Seja qual for à situação em tela, o ponto importante que a lei deve garantir é o estabelecimento de um marco zero para atividades de mineração em terras indígenas, submetendo todas as situações, atuais e futuras, ao crivo do mesmo procedimento administrativo, e retroagindo integralmente, de forma a "limpiar" os subsolos indígenas e descascar totalmente o abacaxi colocado⁴²⁵.

Por tanto, acorde a esos criterios, exigencias y necesidades para la estructuración de un modelo de minería en TIS, se pasará a desarrollar las experiencias

⁴²³ BAPTISTA, Fernando Mathias. **Descascando o abacaxi da mineração em Terras Indígenas. In: Mineração em Terras Indígenas na Amazônia Brasileira.** (Org.) Fany Ricardo e Alicia Rolla. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2005. Pág. 129.

⁴²⁴ Idem, Ibidem. p. 130.

⁴²⁵ Idem, p. 125.

exitosas de los pueblos indígenas canadienses, australianos y norteamericanas en lo que se refiere a la extracción sostenible de los recursos naturales en TIs.

Conforme a las experiencias exitosas en el contexto internacional, Eduardo Vale Gomes SILVA afirma que:

Ao longo dos anos, as empresas de mineração desenvolveram inúmeros projetos de mineração em áreas indígenas. Exemplos podem ser mencionados em países como África do Sul, Austrália, Brasil, Canadá, Estado Unidos, Groenlândia, México e (antiga) União Soviética, entre outros. Todavia, dentre os países de vocação mineira, Austrália, Canadá e Estados Unidos encerram o maior número de experiências de convívio formal, ou seja, consubstanciado em acordos de mineração oficialmente reconhecidos entre a indústria e as comunidades indígenas⁴²⁶.

Así, frente a esas tendencias modernas, se destaca que los pueblos indígenas canadienses y australianos contradicen la tesis de que los indígenas están condenados a la pobreza por su condición, pues, la experiencia de estos pueblos muestran que han implantado modelos de desarrollo con inclusión social justa y con equilibrio en la relación entre las empresas extractivas y grupos indígenas. En ese sentido, concierne a la minería en TIs en EUA, a pesar que el sistema de minería está fortalecido y garantizado por la solidez de sus instituciones, aún no consiguen consolidar la extracción y los factores ambientales. Referente a la minería en TIs en Indonesia (Papúa Nueva Guinea) y Sudáfrica, es importante indicar que éstos pueblos representan un modelo ejemplar sobre la relación citada, pero presentando algunas distorsiones por abocarse mucho más en la generación de riqueza, dejando de lado la dinámica de los demás componentes.

Conforme a ese escenario, conforme a las experiencias citadas, partimos que la viabilidad de la minería en territorio indígena es un hecho, y que este modelo vendría ser un proyecto de desarrollo que conlleva a combatir la pobreza real y efectiva en algunas comunidades indígenas en el mundo.

En ese sentido, cabe cuestionarse si: ¿Será que verdaderamente la minería contribuye en el combate de la pobreza de estos pueblos? ¿La minería puede ser considerada como una actividad que genere recursos económicos a favor de estos pueblos?

⁴²⁶ SILVA, Eduardo Vale Gomes. **Mineração em Terras indígenas brasileiras – diretrizes para negociação entre empresas e comunidades.** Tese apresentada ao Instituto de Geociência – Administração e Política de recursos naturais - da Universidade Estadual de Campinas, como parte dos requisitos para obtenção do título de Doutor em Geociências. Campinas - SP, 2005. p. 106.

Por tanto, pasaremos a analizar estrictamente la viabilidad de la actividad minera en los territorios indígenas de Canadá, Australia y EUA, con el objetivo de

4.2.1. Los caso de minería en TIs: Canadá e Australia.

Cuando nos referimos a la viabilidad de la minería en territorio indígena, en el escenario internacional, inmediatamente se destaca el desarrollo de los pueblos indígenas canadienses y australianos porque éstos han alcanzando obtener un modelo eficiente en el cual se considera a la minería como una actividad económica inductora al desarrollo sostenible de sus pueblos. Por otro lado, es importante resaltar que la minería en territorios indígenas en Papua Nueva Guinea, Timor del Este, South África y entre otros países, tales experiencias no se ha llevado a cabo eficientemente tal acuerdo, aun que se mantengan una acuerdo que viabilice los emprendimientos de las industrias extractivas.

En ese sentido, en un primer momento, consideramos pertinente analizar la relación de la minería en territorios indígenas en Canadá, pues, se considera que este país es el mejor ejemplo a seguir en lo que se refiere en esa unión e conciliación entre las empresas mineras, los grupos indígenas y el Estado.

Canadá es un país que se encuentra localizado en América del Norte. Este país es considerado como el segundo país más grande del punto, perdiendo tan sólo con Rusia. Conforme a su historia, a lo largo de su territorio nacional estuvo ocupada por diferentes pueblos indígenas o aborígenes, pues, una de las características peculiares de este país es que, al igual que la mayoría de los países de América Latina, también se considera un Estado multicultural, así como un país minero por excelencia.

Lo que se destaca de este país es que, al ser un país minero e indígenas, la ejecución de sus políticas públicas se presentan eficientemente, es decir, este país goza de un modelo institucional eficiente. A su vez, este país es considerado como uno de los mayores países con mejor calidad de vida y bienestar común recaídos sobre los altos índices de desarrollo humano.

En lo concerniente a este trabajo de investigación, Canadá resalta por direccionar sus políticas en garantizar y fortalecer sus relaciones con los pueblos indígenas que ocupan sus territorios. Al mismo, al ser un país minero por excelencia, el Estado canadiense fomenta y garantiza la igualdad de oportunidades para todos los

agentes que se encuentran en su sistema y, en el caso de los pueblos indígenas, ésta no presenta excepción.

Frente a esa política de Estado y experiencia canadiense, Eduardo Vale Gomes SILVA destaca que:

A experiência canadense é a mais expressiva entre as nacionais de suporte aos povos indígenas implementadas por nações de vocação mineira. Nos últimos dez anos, ocorreram avanços marcantes nas políticas públicas praticadas, assim como na consolidação do arcabouço legal que rege a interface da sociedade canadense com os inúmeros povos indígenas que habitam as diferentes províncias. Em adição as iniciativas associadas ao cumprimento da agenda das Nações Unidas para a Década Internacional, o governo implementou programas e projetos específicos direcionados ao fortalecimento da cidadania dessa parcela da população⁴²⁷.

Conforme al proceso de consolidación de las instituciones del Estado canadiense, se destaca la adopción y el fortalecimiento de un marco legal que viabilizó esa política de desarrollo eficiente no tan sólo para los agentes económicos de sector de las industria extractivas, sino también para los menos favorecidos, para los más débiles en el sistema, esto, para los grupos indígenas o aborígenes.

En ese contexto, frente al fortalecimiento de las políticas y directrices de desarrollo sostenible indígena en Canadá, Eduardo SILVA afirma que:

Em termos de ação pública deve ser ressaltado o lançamento, em janeiro de 1998, de um plano de ação específico (Gathering Strength – Canada's Aboriginal Action Plan) para os povos indígenas. Seu objetivo fundamental foi incrementar a parceria e a cooperação com os povos mediante o robustecimento da capacidade de governanças das respectivas comunidades. Assim, o autogoverno é visto como plataforma crítica para implementar mudanças econômicas e sociais almejadas, segundo uma visão de sustentabilidade. Para a implementação do plano, foi desenvolvido uma agenda pelo governo em conjunto com a Assembleia de Povos Indígenas (Assembly of First Nations – AFN) contemplando diretrizes e recomendações para operacionalização dos trabalhos nos níveis nacional, regional e comunitário. Trata-se de política liderada pelo governo federal e direcionada ao enfrentamento dos desafios e ameaças ao bem-estar das comunidades⁴²⁸.

⁴²⁷ SILVA, Eduardo Vale Gomes. **Mineração em Terras indígenas brasileiras – diretrizes para negociação entre empresas e comunidades.** p. 22.

⁴²⁸ CARON, Fred. Review of Developments Pertaining To The Promotion And Protection of Human Rights And Fundamental Freedoms of indigenous people. Statement by the observer Delegation Of Canada. Washington: UN Working Group on Indigenous Populations, Seventeenth, July, 1999. Apud. SILVA, Eduardo Vale Gomes. **Mineração em Terras indígenas brasileiras – diretrizes para negociação entre empresas e comunidades.** SILVA, Eduardo Vale Gomes. **Mineração em Terras indígenas brasileiras – diretrizes para negociação entre empresas e comunidades.**

En esa política de incrementar la participación y cooperación en base a la integración de los pueblos indígenas, es importante destacar que la política de acciones o decisiones empresariales se llevan a cabo conforme a una visión de sostenibilidad con el fin de alcanzar y garantizar el bienestar de esos grupos sociales. En ese sentido, el rol que desempeña el Estado canadiense frente a los pueblos indígenas recae sobre las políticas de desarrollo, por lo que éstas llaman la atención por su protagonismo para realizar acuerdos entre el gobierno federal, las empresas mineras, comunidades indígenas y los demás entes públicos o privados involucrados en el desarrollo de los proyectos o emprendimientos de las actividades extractivas.

Tal como se señala sobre la participación política y los acuerdos de exploración de recursos minerales sobre territorios indígenas en Canadá, Eduardo SILVA resalta que:

Em paralelo aos tratados formalizados com o governo federal, existem os acordos entre comunidades, empresas e entidades públicas objetivando aproveitar oportunidades de desenvolvimento econômico usualmente relacionadas ao aproveitamento de recursos naturais. No que concerne à indústria de mineração, os acordos mais significativos têm ocorrido na região norte, onde concentra-se extensas áreas de grande potencial mineral. Dentre outras disposições, esses acordos encerram capítulos referentes aos impactos e benefícios dos projetos (Impact and Benefits Agreements – IBA's) nos quais são fixadas cláusulas relativas à geração de emprego, treinamento, educação, pagamento de royalties e diversificação da base econômica⁴²⁹.

Concierne al contenido de los acuerdos o convenios entre las industrias extractivas, el gobiernos federal, los pueblos indígenas, se destaca el compromiso sobre la aplicación de los derechos sociales sobre la comunidad en el cual se va ejecutar el emprendimiento, éstos, recaídos sobre los derechos a la educación, salud, trabajo, vivienda, sostenibilidad ambiental, participación económica, el derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado y entre otros derechos. Así, frente a esos acuerdos entre estos grupos, las cláusulas sobre los compromisos señalados quedan establecidos sobre los acuerdos, por lo que, caso se incumplan uno de esos compromisos, se tendrá la facultad de suspender o cancelar definitivamente los emprendimientos que se estén ejecutando sobre sus territorios.

⁴²⁹ SILVA, Eduardo Vale Gomes. **Mineração em Terras indígenas brasileiras – diretrizes para negociação entre empresas e comunidades**. p. 23.

En ese sentido, destacando los acuerdos para la exploración de los recursos naturales sobre los territorios indígenas canadienses, Eduardo SILVA destaca que:

Nos últimos anos, refletindo o incremento nos investimentos em exploração no Canadá, uma série de novos acordos entre empresas de mineração e grupos indígenas vêm sendo formalizados. A título de exemplo, somente os projetos de diamante da empresa de Beers, de porte expressivo e em estágio avançado de maturação (Snape Lake, Victor, Fort a la Corne e Gahcho Kue), deverão representar investimentos de Cnd\$2,5 bilhões no período 2005-2009. Todos estes projetos envolvem acordos – Impact Benefit Agreements – com comunidades indígenas⁴³⁰.

Citando algunas relaciones sobre la experiencia exitosa sobre la parceria entre los pueblos indígenas y los agentes de sector minero en Canadá, es importante destacar la constitución del *Canadian Aboriginal Minerals Association* CAMA, en el cual consistía en fortalecer los lazos entre estos grupos.

Referente a la estructura y organización del *Canadian Aboriginal Minerals Association* y su relación la industria minera en Canadá, Eduardo SILVA destaca que:

Finalmente, no âmbito privado, é oportuno destacar a atuação da Canadian Aboriginal Minerals Association – CAMA. Trata-se de uma organização indígena sem fins lucrativos, estruturada em 9 diretorias e integrada por cerca de 200 membros. Seu mandato é dinamizar e aprofundar o relacionamento das comunidades indígenas com a indústria de mineração, objetivando a busca de autos-suficiência econômica para as comunidades e tribos. Entre os projetos, em execução com o apoio da entidade, destaca-se o Aboriginal Toolkit, cujo objetivo é prover as comunidades indígenas com informações acerca das atividades de exploração mineral e mineração e de seus benefícios potenciais para as comunidades. Essa iniciativa é liderada pelo Prospectors and Developers Association of Canada (PDAC) em parceria com a CAMA, a Mining Association of Canada e as entidades governamentais Natural Resources Canada e Indian Affairs and Northern Development⁴³¹.

Frente a esos acuerdos exitosos sobre la viabilidad y explotación de los recursos minerales entre las empresas mineras sobre territorios indígenas en Canadá, se destaca el proyecto minero Musselwhite. En esa línea, resaltando la descripción de la mina y su relación con la inclusión indígena en el sistema operacional de tal depósito minero, Eduardo SILVA indica que:

⁴³⁰ Idem, Ibidem. p. 22.

⁴³¹ Idem, p. 25.

A mina de Musselwhite pertence as empresas Placer Dome Inc. (68%) e Kinross Gold Corporation. (32%), sendo que a operação está a cargo da Placer Dome. A mina está localizada ao sul do Lago Opapimiskan, na região norte da província de Ontário, em terras do grupo indígena North Caribou Lake First Nations. A propriedade cobre uma área de aproximadamente 17.500 hectares. Trata-se de uma mina subterrânea, operada segundo o conceito fly in-fly out a partir de pontos de concentração do contingente de operários em comunidades da região. O regime de operação consiste em 2 semanas de trabalho e 2 semanas de descanso. Seu contingente de mão-de-obra alcança 398 operários, sendo 293 empregados formais e 105 subcontratados. Os serviços de transporte aéreo e de apoio são prestados por empresas aborígenes situadas na área de influência da mina⁴³².

En este acuerdo de explotación minera, es importante resaltar la identificación previa de los intereses y derechos de los pueblos indígenas al momento de la suscripción de tal acuerdo, por lo que Eduardo SILVA destaca que:

O acordo (original) do projeto Musselwhite foi assinado em 1992, mas só entrou em vigor em fevereiro de 1996, quando teve início a implantação efetiva do projeto. Os diferentes interesses da comunidade indígena foram previamente identificados e os respectivos compromissos para atendê-los especificados no acordo. Entre seus signatários, destacam-se as empresas Placer Dome Inc, e TVX Normandy Inc., os governos federal e Provincial e as Tribos Windigo Firts Nation Tribal Council, Cat Lake Firts Nation, North Caribou Lake First Nation, Shibogama Firts Nation Tribal Council, Kingfisher Lake Firt Nation, and Wunnumin Lake First Nation⁴³³.

En ese contexto, sobre la renovación del acuerdo por la explotación de los recursos minerales en la mina *Musselwhite*, es importante resaltar a los acuerdos que arribaron para continuar con el proceso de desarrollo de las comunidades indígenas involucradas en esa actividad económica, por lo que Eduardo SILVA señala que:

No que diz respeito ao processo de renovação do acordo original, p documento foi assinado em novembro de 2001 e apresenta uma estrutura diferente do primeiro acordo, embora preserve os benefícios mútuos contemplados originalmente. Entre os aspectos principais inseridos na renovação, cabe mencionar⁴³⁴:

- A duração do acordo é compatível com a vida útil da mina;
- Não foi imposta nenhuma restrição a vida útil da operação. Nesse sentido, não existe limite a produção da usina de tratamento ou a sua expansão: aumento na meta de empregos garantidos para os aborígenes passando de 25% para 30% a participação no contingente total; e esquema de participação nos resultados, no qual os recursos financeiros fluem diretamente para as comunidades com base na produção mensal. Ressalta-se que os recursos foram desagregados em 3 grandes categorias:

⁴³² Idem, p. 25.

⁴³³ Idem, p. 27.

⁴³⁴ Idem., p. 30.

participação na receita, desenvolvimento e meio ambiente. O gerenciamento desses recursos é conduzido pelos comitês de trabalho, de meio ambiente e de desenvolvimento.

Referente a la continuación de la viabilidad de este proyecto minero, se determinó que se debería aún más fortalecer la relación entre el desarrollo y el medio ambiente con aras de perfeccionar aun más el modelo sostenible de extracción de los recursos naturales localizados en los territorios indígenas. En lo que concierne a la participación económica por los resultados de la extracción, se resalta que la transferencia de partidas económicas se expedí acorde a la producción mensual, por lo que la administración de estos recursos es detentada por los representantes indígenas.

Además de los acuerdos resaltados en el párrafo anterior, se fortalece la promoción de oportunidades a través de las becas de estudios con el fin de que el futuro sean los propios indígenas que ocupen cargos de dirección y operación de la mina.

Em complemento, no plano das relações comunitárias, a empresa oferece bolsas de estudo, apoia a pesquisa e faz doações e contribuições, tendo em vista atender diferentes necessidades e objetivos comunitários, tais como: adolescência, atividades tradicionais, mulher, saúde, esportes, cursos de verão, programas de profissionalização e capacitação⁴³⁵.

Sobre los proyectos sostenibles que dieron resultados exitosos entre las empresas mineras, pueblos indígenas y el gobierno federal en Canadá, también se destaca el proyecto *dimante Ekati*. En lo que se refiere a las características de la mina, su viabilidad técnica y su constitución en el acuerdo para su explotación entre los sujetos mencionados, SILVA desarrolla que:

A mina de diamante Ekati é operada pela empresa BHP Billiton Damons Inc, mediante uma joint venture entre a BHP Billiton Diaminds (80%) e os sócios Charles E. Fipke (10%) e Stewart L. Blusson (10%). A mina situa-se a 200 km ao sul do Círculo Ártico e a cerca de 300 km a nordeste da cidade de Yellowknife, no Northwest Territories – NWT. (...) Trata-se da primeira mina de diamante do Canadá e da maior posicionada entre as 15 maiores minas de diamante do mundo. Sua produção responde por 4% da produção mundial de diamantes e por 6% do valor da produção⁴³⁶.

No início dos estudos, houve um descrédito muito grande quanto a viabilidade econômica e social do Projeto Ekati, tendo em vista o impacto esperado sobre o ecossistema, bem como sobre a cultura e modo de vida das comunidades aborígenes. Em junho de 1995, após 2 anos de estudos

⁴³⁵ Idem, p. 32.

⁴³⁶ Idem, p. 35.

ambientais básicos, 3 anos de consultas junto as comunidades, 2 anos de estudos de engenharia básica e um custo consolidado de Can\$ 14 milhões, o estudo de impacto ambiental foi concluído. Em junho de 1996, o projeto foi aprovado sujeito a adoção de 29 recomendações⁴³⁷.

En ese escenario, en Canadá las empresas extractivas son obligadas a someterse a las disposiciones de los pueblos indígenas para promover no tan sólo la participación económica por los resultados de la extracción, sino también al respeto sobre el medio ambiente antes, durante y después de los proyectos de extracción.

En lo que se refiere al compromiso de minimizar los impactos sobre el ecosistema en el cierre de minas en TIs canadienses, SILVA resalta que:

No âmbito da dimensão ambiental, processo de consulta junto ao proprietários da terra, as comunidades e agencias de gestão dos recursos foram implementados, assim como planos de contingenciamento, de reabilitação e de fechamento da mina. No tocante as garantias financeiras, a BHP billiton Diamonds foi obrigada a integralizar fundos se segurança no total de Cdn\$ 52 milhões, a título de afiançar o efetivo cumprimento as diferentes obrigações fixadas no Acordo de Meio Ambiente e no processo de licenciamento do uso da água. Uma diretriz básica inserida na concepção do projeto é o compromisso de minimizar o impacto sobre o ecossistema em geral, demandando e utilizando o mínimo de área possível. A título ilustrativo, muito embora a área do direito minerário alcance 10.960 hectares, a área efetiva das operações é de 610 hectares⁴³⁸.

Por último, resaltamos una vez más el modelo canadiense como el modelo seguir por considerar que la actividad minera en TIs será posible a través de la consolidación de todos los componentes que fueron desarrollados en este trabajo de investigación, pues, las relaciones sociales, económicas, políticas, culturas, éticas y empresariales en Canadá, todos ejercen un papel dinámico y eficiente para viabilizar la la minera en TIs y así implementar mecanismos de desarrollo para los pueblos indígenas de ese país.

En lo que se refiere al liderazgo del modelo canadiense sobre la minería en TIs conforme al principio de sostenibilidad, Eduardo SILVA destaca que:

A liderança incontestada está com o Canadá, seja pelo número e porte dos projetos, pela diversidade e magnitude do contingente de povos e comunidades envolvidas ou devido ao nível de sofisticação das cláusulas, das práticas, indicadores e métricas inseridas na formação dos acordos. Esta

⁴³⁷ Idem, p. 40.

⁴³⁸ Idem, p. 105.

realidade está associada ao contínuo vigor da sua mineração, ao crescente deslocamento dos investimentos em exploração para as regiões setentrionais e, após a descoberta do depósito de Ekati, a sua reconhecida afluência como grande produtor de diamantes. Os projetos Candenses selecionados – Musselwhite, Ekati, Diavik e Voisey Bay – encerram as experiências mais crescentes, exitosas e representativas de acordos entre a mineração e os povos indígenas, no plano canadense e global⁴³⁹.

Así, frente a la viabilidad de la minería en territorios indígenas, en un segundo momento, consideramos pertinente analizar la relación de la minería en territorios indígenas en Australia.

Australia es un país que se encuentra localizado Oceanía. Este país, al igual que en Canadá estuvo formado con una alta cantidad de grupos aborígenes, que, con el pasar de los tiempo, éstos fueron reduciéndose e incluso, se destaca las naciones individuales de indígenas o aborígenes a lo largo de tu territorio nacional. Conforme a esas características, este país también é considerado un Estado multicultural, pluricultural o multiétnico.

En ese sentido, lo que se destaca de este país, es que, frente a tales características multiculturales, también ostenta la calidad de ser un país minero por excelencia. La mayor fuente de riquezas en el cual obtiene sus ingresos para la funcionalidad estatal de este país, recaí estrictamente por el proceso de producción en el sector minero. Además, por otro lado, Australia está ubicado entre uno de los mejores países con índices de desarrollo humano a nivel mundial, destacando su alta calidad de vida y bienestar social entre los integrantes de sus pueblos. Así mismo, la ejecución de sus políticas públicas se desarrollan eficientemente, es decir, en un ambiente institucional en el cual sus instituciones se encuentran consolidada y en el cual se brinda un estricto respeto al imperio del derecho.

Conforme a las virtudes del Estado australiano, éste al ser un país minero e indígena por excelencia, al igual que Canadá, concilió la diversificación de poderes y intereses tanto de los pueblos indígenas como de los agentes económicos de las industrias extractivas, específicamente de la minería.

Destacando las características históricas sobre el reconocimiento de los territorios antes de la colonización británica a Australia, tierras que estaban siendo ocupadas por los grupos indígenas o aborígenes, el máximo Tribunal de Justicia de este país, determinó que originariamente tales territorios pertenecieron a los pueblos

⁴³⁹ Idem, p. 107.

indígenas, por lo que los títulos del reconocimiento de propiedad de esas tierras recaían sobre tales pueblos.

Destacando los derechos y deberes de los títulos indígenas en australiana, Eduardo SILVA resalta que:

Em 1992, a Alta Corte Australiana – decisão denominada Mabo – rejeitou a premissa de que o continente australiano não pertencia a nenhum povo antes da chegada dos imigrantes europeus. Esse posicionamento representou marco fundamental na evolução das relações entre a sociedade australiana e os povos aborígenes ao reconhecer, pela primeira vez, que os indígenas australianos tem direito aos títulos indígenas. Esses títulos descrevem os direitos e deveres dos povos indígenas australianos – aborígenes e lhéus de Torres Strait – sobre a terra e as águas, de acordo com suas leis, códigos e costumes que são reconhecidos pela lei australiana⁴⁴⁰.

Frente a tal reconocimiento sobre los títulos sobre los territorios indígenas, se destaca que tal reconocimiento permitió a que los pueblos indígenas incursionasen en el mundo económico frente a terceros, específicamente con las empresas mineras. En ese contexto, la experiencia australiana sobre la admisibilidad de la minería en TIs, se podría afirmar que ha conseguido conciliar tal unión o parceria de ambas partes, pues, se produjo grandes cambios, reformas y nuevos modos de satisfacer sus necesidades y de mejorar la calidad de vida de estos pueblos en base a la minería.

En esa línea, también es importante destacar que los derechos y libertades de los pueblos indígenas australianos se encuentran fortalecidos y garantizados por las instituciones del Estado en base a la política de reconocimiento de las instituciones indígenas, tales como el derecho a la consulta, autonomía, autodeterminación, jurisdicción, entre otros. En ese sentido, en síntesis, podrías decir que el reconocimiento de tales derechos y libertades se da en un escenario en la que la democracia de este país está consolidada así como sus instituciones son fuertes y eficientes.

Así, con la expansión de los intereses mineros que contribuyen al crecimiento de la economía australiana, se destaca que la industria minera en Australia asumió proporciones heroicas en la percepción de los gobiernos y el público, sobre todo en el Estado de Wester Australia, que sigue siendo hasta el día de la epicentro de un auge de la minería de este país.

⁴⁴⁰ Idem, p. 76.

Referente a la expansión de la minería en Australia y sus relaciones con los pueblos indígenas Australianos en 1970, Kin DOOHAN, Marcia LANGTON, Odette MAZEL, destacan que:

With expanding mining interests contributing to the growth of the Australian economy and considerable wealth for investors in the 1970s, the mining industry assumed heroic proportions in the perception of governments and the public, especially in the State of Western Australia, which remains to this day the epicentre of a mining boom. Any opposition, such as protests by industry bodies and the media. At that time, there were no statutory rights for Aboriginal people in Western Australia, none in relation to ownership of their traditional lands, and none in relation to their rights and interests in proposed exploration and mining operations⁴⁴¹.

Conforme ese periodo de 1970, se presentaron diferentes cambios institucionales sobre la relación entre la industria minera y australiana y los pueblos indígenas, destacando la disociación entre el paternalismo y la participación de tales pueblos sobre los intereses de las industrias mineras. Profundando ese contexto histórico entre las partes citadas, Jon ALTMAN señala que:

This perspective can be contrasted with the somewhat paternalistic state approach to indigenous engagement with the mining industry -promulgating a monolithic and mainstream development approach and trajectory. Historically, wealth creation for most Australians has been predicated on expropriation of aboriginal lands, initially for agriculture and then also for mining from the nineteenth century. In the 1970s, new and progressive land rights laws in the Northern Territory saw much land returned to aboriginal people, but without mineral and other resource rights. At most, aboriginal traditional owners were accorded free prior informed consent provisions, but even these could be overridden by national interest provisions⁴⁴².

Desatancando las condiciones que enfrentan las comunidades aborígenes australianas entorno a los ricos recursos naturales, específicamente los minerales, que se encuentran sobre sus territorios, Marcia LANGTON, Marcia e Odette MAZEL señalan que:

⁴⁴¹ DOOHAN, Kin; LANGTON, Marcia; MAZEL, Odette. **From paternalism to partnership. The Good Neighbour Agreement and the Argyle Diamond Mine Indigenous land use Agreement in Western Australia.** In: Community Futures, Legal Architecture: Foundations for Indigenous Peoples in the Global Mining Boom. LANGTON, Marcia; LONGBOTTOM, Judy (Edited). First published. Routledge: Agawam- Massachusetts, 2012. p. 231.

⁴⁴² ALTMAN, Jon. **Indigenous communities, miners and the state in Australia.** In: Power, Culture, Economy. Indigenous Australians and Mining. ALTMAN, Jon; MARTIN, David. (editors). Centre for Aboriginal Economic Policy Research. Canberra: Published by ANU E Press, 2009. p. 17.

However, even though Australia is an accountable and competent state, there is potential for this conceptual framework to lead us to a better understanding of the conditions faced by Australian Aboriginal communities in resource-rich settings and in particular, how these communities might be able to benefit from the expansion of the minerals economy⁴⁴³.

Frente a ese escenario, se resalta que la viabilidad de la minería en territorios indígenas en Australia no es una novedad y no se encuentra en prueba bajo programas temporales, sino todo lo contrario, en los últimos años, tales instituciones se fortalecen aún más. Por otro lado, es importante indicar que las experiencias positivas de este país, siendo uno de sus factores, recaen sobre la participación pública en la toma de decisiones sobre su desarrollo es un componente principal al momento de determinar parámetros de minería en TIs.

En lo que se refiere a los compromisos de la industria minera con el desarrollo de los pueblos indígenas Australianos, Jon ALTMAN indica que:

Indigenous aspirations for engagements with mining companies are highly variable, even for traditional owner groups and other Indigenous interests in mine hinterlands. It is not surprising to have a diversity of views ranging from pragmatic acquiescence to mainstream views of development, to total opposition based on fundamental and at times culturally-based opposition to mining, unavoidable environmental damage, and the possible desecration of sacred sites⁴⁴⁴.

Se considera que la relación entre la industria minera, los pueblos indígenas y el Estado Australiano, es parte de una relación más amplia entre las partes que se realiza a través de diversos instrumentos jurídicos que pueden facilitar u obstaculizar el desarrollo económico, cultural y social por esa relación. Destacando las estructuras legales y las formas que constituyen la base para la negociación y aplicación de acuerdos con los pueblos indígenas Maureen TEHAN y Lee GODDEN destacan que:

The process of agreement making between indigenous peoples and prospective land user, including government entities, is part of a broader relationship between the parties that is realized through various legal processes and instruments which can facilitate or impede effective long-term economic, cultural, and social outcomes. The legal structures and forms that provide the foundation for negotiating and implementing agreements with

⁴⁴³ LANGTON, Marcia; MAZEL, Odette. **The resource curse compared: Australian Aboriginal participation in the resource extraction industry and distribution of impacts.** In: Community Futures, Legal Architecture: Foundations for Indigenous Peoples in the Global Mining Boom. LANGTON, Marcia; LONGBOTTOM, Judy (Edited). First published. Routledge: Agawam-Massachusetts, 2012. p. 25.

⁴⁴⁴ ALTMAN, Jon. **Indigenous communities, miners and the state in Australia.** p. 29.

indigenous peoples directly impact the extent and enjoyment of benefits that flow to indigenous parties. These structures include both the legal environment in which negotiations and agreements occur as well as the discrete legal instruments and structures established by the detail and content of agreements⁴⁴⁵.

En esa línea, se considera importante profundar sobre los acuerdos que son suscritos las industrias mineras y los pueblos indígenas. En ese sentido y destacando los objetivos del tal acuerdo y sus plazos, Ciaran O'FAIRCHEALLAIGH indica que:

In some cases implementation problems will be of a sort or on scale that cannot be addressed within the existing terms of an agreement. Indeed, given that many mining agreements have long terms, frequently in excess of 20 years, there is a strong likelihood that during their lives the broader social and economic environment will change substantially, raising issues regarding the appropriateness of agreement goals and of the mechanisms that, while protecting the underlying interests of the parties, facilitate regular review of agreements and ensure that they can be amended in a timely manner and without undue cost⁴⁴⁶.

En ese contexto, es importante resaltar que los procesos de negociación para viabilizar la extracción de recursos naturales en territorios indígenas australianas, éste es mediado por el Gobierno Federal Australiano y la National Native Title Tribunal – NNTT.

Desatancando los orígenes del ILUA, Kin DOOHAN, Marcia LANGTON, Odette MAZEL, destacan que:

Regardless of the challenges, the Argyle ILUA is widely regarded in Australians a good practice model for the way in which mining companies and local indigeneous communities can work together in a formal partnership for mutual benefit⁴⁴⁷.

Referente a la exploración de los recursos naturales por la formalización del ILUA y la división de éste, Eduardo SILVA destaca que:

⁴⁴⁵ TEHAN, Maureen; GODDEN, Lee. **Legal forms and their implications for long-term relationships and economic, cultural and social empowerment.** In: Community Futures, Legal Architecture: Foundations for Indigenous Peoples in the Global Mining Boom. LANGTON, Marcia; LONGBOTTOM, Judy (Edited). First published. Routledge: Agawam- Massachusetts, 2012. p. 111.

⁴⁴⁶ O'FAIRCHEALLAIGH, Ciaran. **Understanding corporate-Aboriginal agreements on mineral development.** A conceptual framework. In: Earth Matters. Indigenous peoples, the extractive industries and corporate social responsibility. O'FAIRCHEALLAIGH, Ciaran; ALI, Saleem. Cornwall: Greenleaf Publishing, 2008.

⁴⁴⁷ DOOHAN, Kin; LANGTON, Marcia; MAZEL, Odette. **From paternalism to partnership. The Good Neighbour Agreement and the Argyle Diamond Mine Indigenous land use Agreement in Western Australia.** p. 233.

Em se tratando dos projetos de prospecção, exploração e desenvolvimento, o Native Title Act – NTA, de 1993, estabelece duas alternativas para condução dos interesses das partes interessadas: Direito de Negociação – o processo do direito de negociação está em vigor desde a edição do Ato e diz respeito aos direitos dos detentores dos títulos indígenas de participarem nas discussões sobre projetos e iniciativas, públicas e privadas, de desenvolvimento econômico. Muito embora a aprovação do projeto dependa da negociação, os detentores do título não dispõem de poder de veto. O processo é conduzido pelos governos estaduais e arbitrado e mediado em nível do Tribunal Nacional dos Títulos indígenas) National Native Title Tribunal – NNTT). Merece registro que alguns estados consideram que as solicitações para exploração mineral requerem um processamento expedito e, portanto, não comportam o direito de negociação (...) e, ILUA – Indigenous Land Use Agreement – o ILUA é um acordo voluntário entre o grupo que detém o título indígena e outros interessados no aproveitamento da propriedade. Foi criado em 1998, com as alterações introduzidas no NTA. Quando registrado no Register for Indigenous Land Use Agreements, o ILUA formaliza o comprometimento de todas as partes envolvidas com os termos específicos no acordo. A depender da natureza do acordo, das partes interessadas e dos procedimentos para registro do acordo, existem três tipos básicos de ILUA: acordos corporativos, acordos de área e acordos de procedimentos alternativos, cabendo aos interessados analisar a alternativa mais adequada. Tendo em vista seu caráter voluntário e a maior flexibilidade oferecida, o ILUA tem sido bastante utilizado na negociação de acordos entre a indústria de mineração australiana e os aborígenes⁴⁴⁸.

En ese sentido, se destaca que el ILUA es una institución muy importante en términos de desarrollo indígena en Australia, por lo que es importante destacar el compromiso de todos los sujetos envueltos en ese proyecto de extracción de recursos naturales para cumplir las disposiciones establecidas en el convenio o acuerdo.

Sobre la estructura y términos de ese acuerdo de minería en TIs, SILVA resalta que:

Em nível da estrutura dos acordos, foi identificado o seguinte perfil para participação relativa das principais rubricas: compensação financeiras – 25%, emprego e treinamento – 19%, terceirização e empreendedorismo – 15%, meio ambiente – 14%, relações com a comunidade – 14%, e iniciativas culturais – 14%⁴⁴⁹.

En lo que concierne al derecho de participación económica por la transmisión de la licencia social indígena para la exploración y explotación económica de los

⁴⁴⁸ SILVA, Eduardo Vale Gomes. **Mineração em Terras indígenas brasileiras – diretrizes para negociação entre empresas e comunidades**. p. 209. In: NNTT. National Native Title Tribunal – NNTT. Canberra: Disponível em http://www.nntt.gov.au/applications/apps_landing.html (1 of 2). Acceso, 15-7-2004.

⁴⁴⁹ Idem, Ibidem. p. 77.

recursos naturales localizados en sus territorios, es importante resaltar que los royalties son direccionados directamente a los fondos constituidos a favor de los indígenas.

En ese sentido, cabe destacar los acuerdos que se relacionan bajo el modelo de desarrollo sostenible de los pueblos indígenas, por lo que SILVA destaca que:

No que diz respeito às compensações de ordem financeira, foram observadas várias opções, com destaques para: pagamentos diretos, empréstimos em condições especiais, royalties, arrendamento e participações societárias. Quanto à etapa de extração especificamente, foram identificados 35 acordos relativos ao desenvolvimento de minas. Entre os dispositivos mais empregados, cabe mencionar: Compensação financeira mediante pagamentos diretos, recebimento de royalties e/o estabelecimento de fundos comunitários: geração de postos de trabalho (direitos e indiretos) e programas de treinamento: provisão de infraestrutura e facilidades comunitárias, avaliação e gestão do impacto ambiental, social e cultural: reabilitação da área e fechamento da mina, e: desenvolvimento sustentável⁴⁵⁰.

Al igual que al Gobierno canadiense, tanto federal como local, en Australia también se juega un rol importante en lo que se refiere a la concretización y efectividad de los acuerdos establecidos en los convenios entre las empresas mineras y los pueblos indígenas para alcanzar el desarrollo y la paz social.

En lo que se refiere a la política de la viabilidad de la minería en TIs, conforme al ILUA, SILVA indica que:

Faz-se mister ressaltar que o governo australiano, consciente da importância da mineração para o desenvolvimento e da sua liderança no processo de interiorização, está empenhado em fortalecer a operacionalização do NTA. Mediante a revisão consensuada de procedimentos administrativos, procura dinamizar a formalização de acordos entre a indústria e os grupos aborígenes, particularmente os acordos de natureza voluntária (ILUA) No que tange aos estados de vocação mineira, as políticas praticadas pelos governos focam a mesma direção⁴⁵¹.

Concerniente a algunas flaquezas de la institucional del Estado australiano frente al modelo canadiense en los acuerdos de minería en TIS, SILVA destaca que:

A experiência australiana, apesar do crescente número de contratos, não é tão marcante quando a canadense, tendo em vista diferenças no arcabouço legal que restringem o poder de barganha dos aborígenes. Todavia, registre-se a predominância de acordos associados à fase de exploração mineral – mais simples e muito viesados a questão da proteção de sítios de interesse religioso e ancestral – e o menor grau de transparência relativa das empresas.

⁴⁵⁰ Idem, p. 78.

⁴⁵¹ Idem, p. 80.

A despeito dessas diferenças, o perfil da experiência australiana está em sintonia com o perfil canadense na medida em que incorpora o mesmo padrão de modelagem para os acordos. Nesse contexto, o projeto selecionado – Jabiluka – configura o caso mais relevante e representativo da Austrália, em função da sua importância, dos desafios locais e da complexidade operacional⁴⁵².

En ese sentido, se resalta el proyecto *Jabiluka* como uno de los más representativos en lo que se refiere a la minería en TIs australianos, bajo el modelo de desarrollo sostenible. Referente a los términos para llegar a un acuerdo entre las empresas mineras y los pueblos indígenas para la explotación de los recursos minerales, éstas son las mismas que fueron señaladas en el modelo canadiense.

Por otro lado, destacando el reconocimiento del valor cultural en términos financieros de los pueblos indígenas australianos localizados al norte de este país, Benedict SCAMBARY señala que:

The possibility for a convergence of economic value and Indigenous cultural value is clearly reflected in the dual aspirations of Indigenous across the breadth of this study to enhance both their market engagement, and engagement with the customary sector. Across Northern Australia the recognition of cultural value in financial terms is emerging in innovative partnerships that emphasise indigenous land management practices⁴⁵³.

En ese sentido, los contratos mineros modernos y la promoción de la sostenibilidad por los acuerdos mineros de los pueblos indígenas australianos, es un claro mecanismo de desarrollo por la generación de oportunidades no tan sólo de índole económica, sino también social, cultural y ético en lo que se refiere a la actuación de las empresas extractivas.

Reafirmando esta posición de sostenibilidad en la actividad minera en TIs y su generación de oportunidades indígenas, SCAMBARY resalta que:

Indigenous people's experiences of initiatives promoting 'sustainability' in the context of mining agreements are primarily associated with royalty and compensatory payments directed at attaining community benefit. In modern mining agreements 'community benefit' packages broadly entail employment and training programs, payment of limited cash compensation, and heritage protection. Successes and failures within these realms are ad hoc within each of the agreements, with all tree falling well short of their objectives to

⁴⁵² Idem, p. 107.

⁴⁵³ SCAMBARY, Benedict. **Mining agreements, development, aspirations, and livelihoods**. In: Power, Culture, Economy. Indigenous Australians and Mining. Jon Altman and David Martin (editors). Centre for Aboriginal Economic Policy Research. Canberra: Published by ANU E Press, 2009. p. 199.

overcome Indigenous disadvantage via the creation of economic opportunity (see below)⁴⁵⁴.

En ese contexto, conforme al análisis sobre el trabajo indígena en la industria minera australiana, destacando los resultados y beneficios concurrentes de esta unión de fuerzas entre ambos grupos, Tanuja BARKER, indica que:

Indigenous employment in the Australian mining industry can potentially have wide-ranging outcomes for aboriginal peoples. To date, little has been done measure the benefits of mining employment for individuals or communities, or to identify and analyse possible negative impacts. Efforts to improve aboriginal employment levels within the industry need to be coupled with a concurrent research and monitoring framework to help inform policies and practices in this area, This should be undertaken within a culturally appropriate research framework. The Australian mining industry is a significant employment contributor in mining regions and is often located near aboriginal communities or land with aboriginal interests. The industry therefore is ideally placed to develop an inclusive approach to evaluating the outcomes of indigenous employment initiatives and, in doing so, can provide examples of good practice for mining industries in other countries with indigenous populations⁴⁵⁵.

Frente a las características principales de la minería en territorio indígena australiano, también se presentan una serie de argumentos en el cual determinan que los acuerdos entre los pueblos indígenas, las empresas mineras y el Estado, traen consigo una serie de impactos negativos para las futuras generaciones de este país. Destacando la teoría de la maldición de los recursos naturales en Australia, Marcia LANGTON e Odette MAZEL señalan que:

There are some mining regions of Australia, where aboriginal populations are significant majorities, for which the socioeconomic data show extreme poverty. The similarities of these populations with those discussed in the resource curse literature are so striking as to raise the question whether the "resource curse" thesis applies to these Australian situations⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ Idem, Ibidem. p. 172.

⁴⁵⁵ BARKER, Tanuja. **Indigenous employment outcomes in the Australian mining industry**. In: Earth Matters. Indigenous peoples, the extractive industries and corporate social responsibility. O'FAIRCHEALLAIGH, Ciaran; ALI, Saleem. Cornwall: Greenleaf Publishing, 2008. p.158.

⁴⁵⁶ LANGTON, Marcia; MAZEL, Odette. **The resource curse compared: Australian Aboriginal participation in the resource extraction industry and distribution of impacts**. p. 24.

En esa línea, frente a los supuestos beneficios que otorga la minería en Australia, y aún más cuando se envuelven a los pueblos indígenas, Jon ALTMAN destaca que:

Until 2008 this rich developed country was in the grip of an export-oriented resources boom. Even as much of the country was in severe drought, the economy continued to expand uninterrupted for 15 years. Australia, a country of only 20 million people, is the world's fifteenth largest economy. This good economic fortune has not been shared by all Australians. The Minerals Council of Australia (MCA) (2006) notes that 60 per cent of minerals operations in Australia have neighbouring Indigenous communities, but is concerned that the Australian Government is not doing enough to support the development of Indigenous representative structures or investing enough in community infrastructure and social services in remote and regional Indigenous communities⁴⁵⁷.

Desatancado los futuros de Australia por su dependencia sobre los recursos minerales y sus relaciones con los pueblos indígenas, Marcia LANGTON e Odette MAZEL afirma que:

In Australia, mining offers the only significant potential for employment and contracting opportunities and income from negotiated financial benefits, and therefore the only other income beyond welfare entitlements in many remote Aboriginal communities. During the operational phase of mining projects, the income streams to local aboriginal people (such as compensation, wages and increasing enterprise income) can result in some dependency on precarious position in the future, when mine closures impact on income streams⁴⁵⁸.

En ese línea sobre la dependencia y la desigualdad de oportunidades generado por la minería en Australia, Jon ALTMAN destaca que:

The Indigenous response to this development focus has been mixed. In some situations mainstream opportunity has been embraced, in others fiercely opposed: to some extent the two extremes have resulted from the absence of an alternate development discourse where diverse Indigenous views about development can gain a legitimate hearing. Such extremes have also been structured by the nature of statutory provisions for engagement that provide incentive to leverage benefit from adversarial opposition. The absence of support for alternative livelihood options has contributed too, with Indigenous communities often facing the choice between mining or welfare dependence—and increasingly even welfare is being withdrawn if the mining option is not taken up⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ ALTMAN, Jon. **Indigenous communities, miners and the state in Australia.** p. 17.

⁴⁵⁸ LANGTON, Marcia; MAZEL, Odette. **The resource curse compared: Australian Aboriginal participation in the resource extraction industry and distribution of impacts.** p. 33.

⁴⁵⁹ ALTMAN, Jon. **Indigenous communities, miners and the state in Australia.** p. 18.

Sobre la mala distribución del dinero o de la riqueza que se obtiene por los incentivos que se presentan sobre la minería en Australia, así como la inoperancia y dependencia social que ésta causa, Ciaran O'FARIRCHEALLAIGH afirma que:

Particular uses of revenues are often thought to reduce, or enhance, the potential contribution of mineral revenues to community development. Most obviously, payments to individuals in the form of cash or kind (for instance, through the acquisition of vehicles) are generally considered to contribute little to development, because they tend to be immediately consumed in ways that are either non-productive or harmful⁴⁶⁰.

Conforme a la renta indígena a través de la minería, se critica si tales ingresos puedan ser positivos o negativos para la comunidad indígena. Así, Ciaran O'FARIRCHEALLAIGH resalta que:

But what determines whether particular uses of mineral revenues will be positive or negative for development in specific cases? This raises the issue of the individual and institutional motivations and incentives created by the "arrival" of mineral revenues, and more specifically the issue of "rent seeking"⁴⁶¹.

En ese contexto, se considera que la experiencia de los últimos años sobre la minería en territorio indígena australiano ha demostrado que los resultados económicos indígenas no son óptimas, siendo uno de esos factores, la poca demanda de trabajo. En ese sentido, destacando la mano de obra indígena y el mal estado del empleo e para estos grupos, John TAYLOR sostiene que:

The experience of recent years has shown that indigenous economic outcomes are not sub-optimal because of a lack of labour demand. Even in remote region away from major employment markets, the directly in the mining sector, but also indirectly in ancillary activities and services. More specifically, corporate interests (notably mining companies) have increasingly been competing with each other to fill indigenous workforce quotas in pursuit of their own social responsibility agendas. Low indigenous labour force participation and poor employment status is therefore less a measure of demand than it is a reflection of the fact that many indigenous

⁴⁶⁰ O'FAIRCHEALLAIGH, Ciaran. **Mineral revenues, rent seeking and development in Aboriginal Australia.** p. 47.

⁴⁶¹ O'FAIRCHEALLAIGH, Ciaran. **Mineral revenues, rent seeking and development in Aboriginal Australia.** p. 48.

peoples are poorly equipped to take advantage of skilled employment opportunities, even when they are available⁴⁶².

Conforme a esa breve evaluación sobre las posiciones a favor y en contra de la minería en territorio indígena en Australia, no cabe la menor duda que el reconocimiento de títulos nativos ha tenido un giro transformador en las relaciones entre los pueblos indígenas y las industrias extractivas. Se considera que tales decisiones “empresariales” por parte de los pueblos indígenas a cambio el modo de pensar y vivir de estos pueblos.

Destacando esa relación entre la industria minera y los pueblos indígenas, como estimulante para el desarrollo sostenido de Australia, Maureen TEHAN e Lee GODDEN destacan que:

Recognition of native title has had a transforming effect on relationships between indigenous peoples and the resources sector. Nowhere is this more evident than in agreement making about land use land access, and the bargains struck to allow this to proceed. The changed legal framework in which negotiations proceed has encouraged this approach. It has also changed behaviour and culture leading to negotiations beyond strict legal requirements. Yet, many of the legal forms of the pre-native title era for capturing the exchange process that underpins these negotiations remain. The enduring issues of sustainable social and economic wellbeing that might flow from these exchanges, and the optimal legal forms and structure to enhance them, are not achieved. We have argued that the “shadow of the law” is a crucial element in any negotiation, but so too is the central aspect of engagement, negotiation, exchange and relationship building. Understanding this essential aspect of the relationship between the parties will govern the legal forms that may emerge to capture the central elements of the parties’ agreements and contribute to sustainable social and economic wellbeing for indigenous peoples and communities in resource-rich locations⁴⁶³.

Por tanto, se considera que la política institucional y las influencia sobre la distribución de la riqueza en Australia, actualmente es cuestionada por la sociedad civil de este país, aun que se presentan casos exitosos sobre la unión entre el Estado, los pueblos indígenas y las industrias extractivas.

Por otro lado, resaltando brevemente la experiencia estadounidense, ésta tiene sus peculiaridades especiales frente a los modelos canadienses y australianos, pues, la

⁴⁶² TAYLOR, John. **Measuring indigenous outcomes from mining agreements in Australia. The role of applied demography.** In: Community Futures, Legal Architecture: Foundations for Indigenous Peoples in the Global Mining Boom. LANGTON, Marcia; LONGBOTTOM, Judy (Edited). First published. Routledge: Agawam- Massachusetts. p. 58.

⁴⁶³ TEHAN, Maureen; GODDEN, Lee. **Legal forms and their implications for long-term relationships and economic, cultural and social empowerment.** p. 127.

estructuración de la admisibilidad de la minería en TIs en este país estuvo mucho más concentrada en el derecho a la participación económica de los resultados de la exploración de los recursos naturales en territorios indígenas. La transferencia de los royalties a favor de los pueblos indígenas fueron el punto central de toda negociación para la admisión del ejercicio de la actividad minera en TIs, y esto se reflejó mucho más en los Estados de Alaska y Arizona.

Así, se considera que si el diferencial de modelo canadiense y australiano era la interacción de los componentes sociales, culturas, políticos y hasta ético, todo esto basado bajo un modelo de extracción sostenible, en el modelo estadounidense estos componentes fueron dejados de lado al momento de los términos del convenio o acuerdo final basados en la transferencia de dinero.

Por tanto, según lo desarrollado por las experiencias de extracción de recursos minerales en TIS en Canadá y Australia podemos concluir que es a través de los acuerdos, contratos, compromisos, siendo éstos sólidos, justos, respetados y bajo el cumplimiento estricto de las cláusulas estipuladas, surge un instrumento de conciliación entre las empresas mineras y los pueblos indígenas con el fin de que ambas partes cumplan sus expectativas e compromisos, sea por un lado de índole económica y por el otro de índole social, y siempre estando dirigidas por el desarrollo sostenible.

En ese contexto, sobre los contratos celebrados entre las empresas mineras, pueblos indígenas, gobierno central y local, recaídos a través del *ILUA* en el caso australiano, o en el caso Canadiense a través del *Gathering Strength – Canada's Aboriginal Action Plan*, o la institución de la agrupación indígena frente a las empresas de extracción como la *North Alaska Native Association* NANA, se considera que tales asociaciones merecen una mayor atención en el momento en que otros Estados desean acoplar tal modelo sobre sus sistemas como mecanismos de desarrollo para los pueblos indígenas.

4.3. Minería en territorio indígena en el Perú? Limitación y viabilidad.

En lo que respecta a la minería en territorios indígenas en el Perú, un acontecimiento similar al actual modelo canadiense, australiano o estadounidense, no se presentan indicios sobre esa viabilidad.

Conforme a las experiencias de los modelos canadienses, australianos y estadounidenses, se concluye que estos países han desarrollado políticas de inclusión social para los pueblos indígenas, pues, siempre se busco otorgar beneficios a los integrantes de los grupos étnicos así como brindar seguridad jurídica en sus relaciones comunitarias y en lo que se refiere a las operaciones de extracción de recursos naturales.

En ese sentido, Canadá y Australia son los dos países que dieron un mayor énfasis sobre la minería sostenible en TIs, pues, si bien es cierto que el punto clave en los acuerdos era la generación de riqueza para los pueblos indígenas en base a derecho de participación por los resultados de la exploración de los recursos naturales localizados en sus tierras, no se puede negar que estos gobiernos no dejaron que el desarrollo tan sólo se base por el lado económico, sino también social, ético y cultural en lo que se refiere a las relaciones de la empresa minera y sus grupos de interés.

Tal como señala la ONU, un desarrollo basado en la ciudadanía social conlleva, como acuerdo fundamental, la decisión de una sociedad de vivir entre iguales, lo que no implica homogeneidad en las formas de vivir y pensar, sino una institucionalidad incluyente que garantiza a todos las mismas oportunidades de participar en los beneficios de la vida colectiva y en las decisiones que se toman respecto de cómo orientarla. En este sentido, la pobreza no es solo una condición socioeconómica caracterizada por la falta de acceso a los mínimos considerados en una escala de necesidades básicas o la falta de participación en el progreso colectivo debido a la brecha entre el ingreso de los pobres y el ingreso medio de la sociedad; ser pobre o excluido es sobre todo carencia de ciudadanía o condición “preciudadana”, en la medida en que se niega la titularidad de derechos sociales y de participación⁴⁶⁴.

Por tanto, en un primer momento, se puede determinar que a viabilidad de la minería en territorio indígena, conforme a las experiencias extranjeras, vendría ser un proyecto de desarrollo conforme a las tendencias modernas. En ese punto, antes de determinar sobre su viabilidad en el Perú, es importante conocer el escenario en el cual se coloca la minería en el Perú, destacando tal escenario conforme a la película de *Avatar*. En ese contexto, el derecho se verá auxiliado por el cine para un mejor análisis sobre la realidad social de una sociedad determinada, por lo que nos enfocaremos estrictamente sobre tal escenario en el Perú.

⁴⁶⁴ ONU. **La protección social de cara al futuro: acceso, financiamiento y solidaridad.** La coordinación de este documento estuvo a cargo de José Luis Machinea, Secretario Ejecutivo de la CEPAL. Santiago de Chile, CEPAL, 2006.

4.3.1. Minería, cine y derecho: Reflexiones sobre el escenario de *Avatar* en el Perú.

Si algo pudo haber tocado el corazón, o despertado asombrosamente la imaginación en la vida de un sujeto postmoderno conectado/comunicado a través de la percepción visual, la audición y las emociones; es el Cine. A lo largo de nuestras vidas las producciones cinematográficas nos han permitido acercarnos a imágenes que recrean paisajes mágicos, místicos, inhóspitos, e increíbles. Escenarios que al paso del tiempo evocan recuerdos, alegrías, dolor y nostalgia. El cine contemporáneo fomenta sueños, ilusiones, desencanto y esperanzas⁴⁶⁵. Es decir, en algunos casos, actualmente el cine funciona como un instrumento para representar o recrear hechos con el fin sensibilizar sobre la realidad de la sociedad en la cual somos partes.

No obstante, el cine sobrepasa esa función de mero divertimento en cuanto se convierte en medio efectivo de comunicación de masas. Su capacidad de sensibilización e inspiración de modelos de comportamiento hace que se transforme en testigo de las historias o relatos que se reproducen en cada momento a través de la pantalla, poniendo de manifiesto pautas de actuación y puntos de vista sobre hechos y actos humanos. La identificación escénica e interiorización o subjetivización de personajes y de contextos sociales, culturales o políticos son un claro indicativo de la dimensión ideológica presente en las narraciones fílmicas⁴⁶⁶. Así, frente a esa subjetivización sobre los contextos que fueron citados, se considera que se guarda una estrecha relación sobre la aplicación y eficiencia del derecho sobre la sociedad en la cual se encuentra inmersa.

Cada vez es más frecuente encontrarnos frente a un cine que busca desbordar nuestras expectativas como audiencia, nuevas creaturas, nuevos inventos, nueva tecnología y nuevos personajes e historias superan la vida real y nos hace pensar en nuestros lugares/no lugares como sujetos de esta nueva humanidad⁴⁶⁷.

En esa relación entre el Cine y el Derecho, Valentín THURY destaca que incorporar el cine como instrumento implica una postura sobre la naturaleza misma del derecho, que por ese medio es situado nuevamente en el entramado de una realidad

⁴⁶⁵ BERMÚDEZ, Flor Marina. **Libro: Las ciencias en el cine. Discursos, representaciones e imaginarios. Reseña crítica.** Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales. REDHES. Año VI Nro. 8. Julio-Diciembre. 2012. p. 149-153.

⁴⁶⁶ Ruiz, Mario Sanz. **La enseñanza del Derecho a través del cine: implicaciones epistemológicas y metodológicas.** Revista de educación y derecho. Education and Law Review. Número 2. Abril – Septiembre. Tarragona. 2010.

⁴⁶⁷ BERMÚDEZ, Flor Marina. **Libro: Las ciencias en el cine. Discursos, representaciones e imaginarios. Reseña crítica.** p. 149.

compleja y contextualizado con otras muchas variables que entran en juego en la determinación de las condiciones de convivencia. El cine, en este sentido, nos abre la puerta desde el monocausalismo de la relación unidireccional norma-realidad hacia un pluricausalismo complejo en el que una multiplicidad de conocimientos, ideas, acciones y actitudes conforman la realidad y se relacionan entre sí de modo interdependiente. Esta apertura se logra a través de la adopción de formas narrativas que alcanzan ese efecto de un modo natural, comprometiendo al espectador en la ficción que se relata. De este modo, también, el cine contribuye a derribar una visión excesivamente racionalista del fenómeno jurídico, incorporando dimensiones afectivas y emocionales que habitualmente son dejadas de lado en los análisis formales⁴⁶⁸.

En síntesis, si bien es cierto que el cine nos abre las puertas para ampliar nuestros horizontes, esta ciencia del arte también nos permite mejorar nuestros modos de vivir, de superar nuestra forma de ver a la vida conforme a los errores y problemas de los cuales estamos inmersos. Así mismo, nos permite plantear diferentes opciones para tomar la mejor decisión sobre nuestros destinos. Tales percepciones serán vistas desde una revisión analítica. De esa forma, consideramos al cine como uno de los principales influyentes sobre el contexto político, social, étnico y cultural del sistema.

En ese sentido, el cine, como poderoso transmisor de estereotipos sociales, nos ayuda a conocer mejor la realidad del sistema, y en lo que se refiere a la eficiencia del derecho, éste contribuye muchísimo en la consolidación del sistema en base a la justicia e igualdad de oportunidades que se presentan.

Frente a tales posiciones nos preguntamos: ¿Qué relación guarda la Minería, el Cine y el Derecho en este trabajo de investigación? La respuesta será directa: Muchísimo. ¿Por qué? Pues, porque a lo largo de los últimos años se han presentado diferentes películas en el cual la actividad minería, vista desde un escenario mundial, es una de las actividades económicas que transgrede los mayores derechos fundamentales en la sociedad en la cual opera. Es decir, la minería es catalogada como la actividad que genera los mayores problemas sociales y multiculturales.

Así, conforme a esa revisión analítica sobre una película en la cual se presenta una serie de conflictos de derechos, se considera pertinente, conforme a este trabajo de investigación, analizar sintéticamente la película *Avatar* con la finalidad de auxiliar en

⁴⁶⁸ THURY, Valentín Cornejo. **El cine, ¿nos aporta algo diferente para la enseñanza del Derecho?** *Academia*. Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 7, número 14. págs. 59-81. Buenos Aires, 2009. p. 76.

tomar posición sobre una posible viabilidad de la actividad minera en territorios indígenas en el Perú.

Avatar se estrenó en el Perú en diciembre de 2009, solo meses después del sangriento enfrentamiento entre nativos amazónicos y la policía nacional en la ciudad de Bagua, en el departamento de Amazonas. En dicha ocasión, los nativos defendían su derecho a ser consultados sobre la ley forestal aprobada por el Poder Ejecutivo mediante Decreto Legislativo N° 1090, que afectaba sus intereses. Hoy, más de dos años después, los conflictos sociales siguen en aumento⁴⁶⁹.

Frente a tales enfrentamientos, lo que sucedió en Bagua, no sólo marcó un hito sangriento entre la relación de las industrias extractivas y los pueblos indígenas, sino también quedó evidenciada la debilidad de las instituciones frente a los mecanismos de prevención y solución de los conflictos ambientales y multiculturales en el Perú. Así mismo, el uso excesivo de la fuerza pública por parte de los agentes policiales peruanos contra los indígenas, así como la falta de respeto a la autoridad policial por parte de esos mismos grupos indígenas, conlleva a determinar que el ‘Estado de Derecho’ en el Perú está muy lejos de consolidarse y que las instituciones no son eficientes.

Pero, ¿Qué relación se presenta entre el escenario de *Avatar* y el caso de Bagua en el Perú? ¿A caso podría considerar que ambos guardan una revisión analítica similar en el contexto cinematográfico?

Continuando con la revisión analítica de la película *Avatar* y su relación con la minería y el derecho, Alfredo BULLARD e Cecilia O'NEILL consideran que el escenario de *avatar* sería una herramienta para entender esas complejidades es el Derecho. Y precisamente *Avatar* nos podría mostrar (e indirectamente nos muestra) lo importante que puede ser el Derecho. *Avatar* dibuja, a fin de cuentas, un mundo en el que la propiedad privada está ausente. No nos animamos a decir que en Pandora no hay Derecho con mayúsculas, pero sí creemos que no hay derecho con minúsculas (al menos, a la propiedad privada). Y como suele ocurrir con las guerras externas, el sistema jurídico no sirve para resolver el conflicto, de modo que la atribución de los recursos depende enteramente del uso de la fuerza y de cómo se resuelve el dilema entre

⁴⁶⁹ WIELAND, Patrick Fernandini. *Avatar y la fábula del minero avaro, el Estado ausente y el indio pobre*. En: Cecilia O'Neil (ed.), *Cine y Derecho*, Lima: Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, 2012. p. 43.

invasores e invadidos y entre vencedores y vencidos⁴⁷⁰. En ese sentido, el escenario en el fue desarrollado *Avatar*, presenta un claro ejemplo de la inexistencia de un Estado de Derecho.

En ese contexto, para Alfredo BULLARD e Cecilia O'NEILL la película reivindica los derechos de los pueblos originarios en el marco de las actividades de explotación de recursos naturales al interior de sus tierras. Después de verla, el espectador probablemente se pregunta: ¿Tienen los pueblos indígenas derecho a vetar la minería en sus tierras?, ¿a percibir los beneficios que se deriven de ellas?, ¿a no ser desplazados de sus tierras forzosamente? Como en la vida real, en la película el conflicto entre humanos y nativos está planteado en términos de «todo o nada» Las barreras idiomáticas y culturales, así como la desconfianza entre las partes, hacen inviable una solución ganar-ganar.⁴⁷¹

En síntesis, Alfredo BULLARD e Cecilia O'NEILL sostienen que los autores de esta nota (*Avatar*) coinciden en que la falta o el defecto en la definición de titularidades (y de sus excepciones) convierte efectivamente el juego de un win-win a uno de suma cero, donde para ganar no hay que negociar con el otro, sino aplastarlo. En el mundo real lo blanco y lo negro, el mal y el bien, no son creados por estereotipos, sino por reglas. “Buenas cercas hacen buenos vecinos”. Las reglas legales claras concilian la inversión con el bienestar. *Avatar*, vista de esa manera, puede transmitir significados muy distintos: los tiranos o los villanos no son los empresarios ni los nativos. El verdadero villano, el verdadero tirano, es la falta de reglas; y los verdaderos responsables son aquellos llamados a crear un verdadero Estado de Derecho, que han fracasado por décadas en el intento⁴⁷².

Sobre ese enfoque, está claro que la película estuvo dirigida a demostrar que la explotación de los recursos naturales, aún más si éstas están siendo desarrolladas por la industria minería, siempre vulnerará los derechos sobre los terceros y, aún mas, si éstos, son grupos indefensos, débiles frente al poder económico, como es el caso de los pueblos indígenas. Así, *avatar* fue estructura en un escenario en el no impera el Estado

⁴⁷⁰ BULLARD, Alfredo. O'NEILL, Cecilia. **Avatares para definir la propiedad**. En: *Cato Institute, Themis. Lima: Enfoque Derecho*, 2011. p.6. Disponible en: <http://www.elcato.org/avatares-para-definir-la-propiedad>. Fecha de acceso, 28 de diciembre del 2012

⁴⁷¹ Idem, Ibidem. p. 43.

⁴⁷² Idem, p. 6.

de Derecho, en el cual el sistema jurídico simplemente no es que no existe sino que su aplicación es nula e ineficiente.

Para Patrick WIELAND, *Avatar*, nos presentan un mundo imaginario donde el minero siempre es avaro, el Estado nunca existe y el indio es necesariamente pobre. Ambas versiones son una caricatura de la realidad. No vivimos en Pandora: no estamos condenados a una maldición económica ni a exterminar a los pueblos indígenas por el solo hecho de ser ricos en recursos naturales⁴⁷³. Es decir, la riqueza en el cual un país necesita para estimular su desarrollo no debe de estar marcada sobre el título de la maldición de los recursos naturales y ni en la necesidad de la supresión indígena en el sistema.

En ese escenario, conforme a una revisión analítica de *Avatar*, por un lado, se considera que no debemos generalizar, argumentar y defender la tesis de que la minería es un mal necesario, cruel y despiadado, pues, el derecho y las tendencias modernas nos indica que en algunos países la minería es una actividad que contribuye directamente con el desarrollo de la sociedad, aún más, contribuye y estimula el desarrollo de los pueblos indígenas y fortalece la institucionalidad de Estado de Derecho (véase la experiencia canadiense e australiana en el tercer sub ítem de este trabajo). Así mismo, se destaca que aún los pueblos indígenas no están condenados a ser pobres por su condición indígena, sino que éstos deben aprovechar la oportunidad que brinda la globalización económica.

Por otro lado, conforme a una revisión analítica de *Avatar*, se considera que el actual modelo sobre la explotación de los recursos naturales no escapa de la realidad de que en el futuro avatar pase de ser de una película de ciencia ficción a una hecho de la vida real. De esa forma, se destaca que la debilidad de las instituciones democráticas, económicas, jurídicas, entre otras, estimulan para que esa ficción se torne realidad, aún más, cuando se presentan sobre los países que se ostentan la calidad de ser ricos en recursos naturales susceptibles de explotación económica, así como por su multiculturalidad de los pueblos que la conforman.

Respondiendo a las interrogantes que fueron formuladas al inicio de este subcapítulo (¿Qué relación se presenta entre el escenario de *Avatar* y el caso de Bagua en el Perú? ¿A caso podría considerar que ambos guardan una revisión analítica similar

⁴⁷³ WIELAND, Patrick Fernandini. *Avatar y la fábula del minero avaro, el Estado ausente y el indio pobre*. p. 43.

en el contexto cinematográfico?), consideramos que entre el escenario de avatar y el caso de Bagua si guarda una relación directa sobre los hechos, es decir, partiendo de los conflictos por la adjudicación de la propiedad, en “pandora” no se figuró la autoridad judicial que pueda impedir la ejecución de los emprendimientos mineros, no hubo un poder del Estado que pudiera conciliar el conflicto entre las partes y, en el caso de Bagua, aun que se tenga presentado la figura de la autoridad judicial, éste sólo quedo en eso, en figura expositiva, pues, las decisiones sobre la prevención, negociación y la solución del conflicto recayó sobre el Poder Ejecutivo, institución que fue juez y parte sobre tal enfrentamiento.

Así, mismo, frente a tales escenarios, consideramos que éstos también guardan una estrecha relación sobre los fundamentos jurídicos al momento de delimitar responsabilidades. Es decir, en *avatar* se presentaron una serie de arbitrariedades no tan sólo por parte de la industria minera, sino también por parte de los mismos grupos de indígenas que al momento de defender sus territorios éstos respondieron con la misma violencia y afectación de los derechos fundamentales de los que defendían la viabilidad de la minería en pandora. Estrictamente sobre el caso de Bagua, el contexto no fue diferente, pues lo que sucedió es de conocimiento nacional. En ese contexto, por un lado se presentó una serie de vulnerabilidades sobre el derecho a la vida, libertad de tránsito, igualdad ante la ley, honor, inviolabilidad de domicilio, reunión, libertad de contratar, propiedad, desarrollo, entre otros derechos más fueron violentados. Por otro lado, se presentaron una serie de delitos contra la vida el cuerpo y la salud, patrimonio, medio ambiente, salud pública, administración pública, de justicia, entre otros. Un cuerpo denso de vulnerabilidades constitucionales en tan sólo un escenario. Frente a tales acciones, argumenta que Bagua estaba bajo un “estado de emergencia” por tales vulnerabilidades justifica el accionar del poder público. Sólo nos queda decir que revisemos nuevamente los derechos y libertades que son restringidos, tal cuales están señalados y reflexionar nuevamente si todos éstos se encajaban sobre los acontecimientos de Bagua.

Frente a tales posiciones, se debe de estar preguntando de qué lado nos posicionamos, por lo que tan sólo nos resta indicar que estamos del lado de buscar alternativas reales y eficientes para que los pueblos indígenas puedan obtener mecanismos de desarrollo a través de la minería, pero, eso no quiere decir que busquemos desincentivar la industria minera en el Perú, sino que, todo lo contrario, busca

estructurar políticas con una proporcionalidad adecuada frente a los conflictos de intereses que se presenten, es decir, un “ganar y ganar” para las partes sería lo más recomendable. ¿Cómo conseguir tal objetivo? La verdad, no tenemos una respuesta un programa concreto, pero, consideramos que no todo ese programa debe de recaer sobre la responsabilidad del Estado, sino estrictamente de todas las instituciones, éstas últimas interpretadas desde todas sus dimensiones.

Por otro lado, consideramos que bajo una seria y estricta teoría del caso se podría delimitar las responsabilidades penales por tales hechos que afectaron directamente los derechos de todos los grupos y personas que estuvieron involucrados. Está claro que la impunidad no debe de imperar en nuestro sistema, aún más, si es que se quiere adecuar un verdadero, real y eficiente mecanismo de desarrollo para los pueblos indígenas. De esa forma, no es nuestro interés delimitar tales responsabilidades por lo tan sólo llamamos la atención para que se reflexione y se busque la verdad de los hechos con el fin de contribuir en fortalecer nuestras instituciones para que de algún modo u otro, las libertades y derechos de nuestras presentes y futuras generaciones se encuentran garantizadas.

De esa forma, es importante destacar que frente al análisis de *avatar*, éste no se debe de interpretar literalmente, es decir, asumir que tanto a través de los hechos de Bagua actualmente en el Perú se está viviendo sobre una caótica inestabilidad y desproporcional de las instituciones. Si bien es cierto, éstas no se encuentran consagradas, no quiere decir que todo en el país sea malo y que el Estado es el único y gran responsable de nuestras desgracias. Así, si verdaderamente queremos que haya una conciliación entre la industria minera y los pueblos indígenas, con o sin acuerdo sobre la cesión de los territorios de éstos últimos, consideramos pertinente que al momento de estructurar las políticas públicas de desarrollo para estos pueblos, se valore las experiencias exitosas sobre la minería en los territorios indígenas canadienses y australianos conforme a un modelo de sostenibilidad real y eficiente.

En el Perú, la desigualdad social, las instituciones débiles y los conflictos sociales nos impiden estar en la lista de países «bendecidos» por sus recursos naturales. Para superar tales problemas, es necesario adoptar una serie de reformas legales e institucionales que prevengan la «captura» de las rentas mineras por parte de algunos

pocos en perjuicio de la mayoría⁴⁷⁴. Infelizmente los factores o componentes que se indicaron aún en el Perú, aun no se llega a consolidar y, aun presentándose grandes avances sobre esa intención y voluntad políticas, las rentas mineras a favor de los carentes, de al menos de los servicios públicos básicos, no llegan a tales grupos, pues se destaca que algunas tomas d decisión política no se encuadran sobre la distribución de la riqueza conforme a una justicia distributiva.

En ese aspecto, Flor BERMÚDEZ, las nuevas producciones cinematográficas seguirán echando mano de la ciencia y la tecnología, seguirán reproduciendo estereotipos y transformaran otros, será tarea de los científicos de las ciencias sociales y de las ciencias de la naturaleza cuestionar y analizar lo que el cine nos entrega como productos culturales, tenemos ante nuestros ojos el gran reto de desarrollar una actitud crítica ante lo que el cine produce⁴⁷⁵. Sin duda, esa relación entre el cine y el derecho contribuyen muchísimo en esa revisión analítica para la determinar la mejor toma de decisión, tanto individuales, políticas, sociales, económicas, jurídicas, entre otras, con el de construir, fortalecer y garantizar las bases de una sociedad justa en el cual se garanticen los derechos de las presentes y futuras generaciones.

Por tanto, después de haber analizado el reconocimiento de las instituciones indígenas, la actual situación social y económica de estos pueblos, así como la importancia y la transcendencia de la minería en el Perú, nos preguntamos: ¿Podría admitirse la viabilidad de la actividad minera en territorios indígenas en el Perú? Por otro lado, conforme a la realidad nacional: ¿La minera podría ser considerado como un mecanismo de desarrollo para los pueblos indígenas en el Perú?

4.3.2. Resultado sobre la minería en territorio indígena en el Perú.

A lo largo de este trabajo de investigación, se determinó reiteradas veces que la minería es una actividad de alto riesgo y que presenta una constante aleatoriedad en su proceso de investigación y de producción. Además, se consideró, por un lado, que infelizmente a lo largo de la historia la minería en el Perú, ésta se llevó a cabo conforme a un sobre un modelo de insosteniblemente no tan sólo sobre un contexto ambiental,

⁴⁷⁴ WIELAND, Patrick Fernandini. *Avatar y la fábula del minero avaro, el Estado ausente y el indio pobre*. p. 43.

⁴⁷⁵ BERMÚDEZ, Flor Marina. *Libro: Las ciencias en el cine. Discursos, representaciones e imaginarios. Reseña crítica*. p. 153.

sino también social, cultural, político, entre otros, en concordancia, con el modelo de la minería clásica o negra. Pero, por otro lado, se destacó a la minería como una de las actividades económicas que no sólo contribuye con el desarrollo de la economía, como estimulante del progreso, sino que también es el sector por el cual se encaminará a concretizar el desarrollo eficiente en el país. Es decir, se resalta que tan sólo conseguiremos el desarrollo pleno a través del crecimiento económico.

En ese contexto, Osvaldo SUNKEL e Ricardo INFANTE destacan que la dinámica disociadora y divergente que caracteriza el desarrollo actual no se soluciona con mayores tasas de crecimiento ni con una mayor y mejor utilización del gasto social. Lo que se requiere es un cambio de enfoque: políticas públicas para superar gradualmente la heterogeneidad estructural prevaleciente en los diferentes sectores y regiones de la matriz productiva y social del país, puesto que ella es el principal obstáculo para lograr el crecimiento con equidad⁴⁷⁶.

En una primera aproximación de la estrategia de desarrollo inclusivo propuesta —muy provisional, por cierto—, se tienen en cuenta al menos cuatro elementos estrechamente relacionados entre sí: convergencia productiva, protección social garantizada, cambios institucionales necesarios y crecimiento económico sostenido con equidad. El adecuado funcionamiento de estos pilares permitiría reforzar la cohesión social al asegurar el bienestar de una proporción creciente de la población y minimizar las disparidades evitando la polarización⁴⁷⁷.

En ese sentido, consideramos que no se puede mantener en un mismo escenario una relación entre la obtención de yacimientos mineros muy ricos, gobiernos regionales o municipales con altas partidas para el gasto e inversión pública y una población en el cual carece los principales servicios públicos. De esa forma, en la actualidad, consideramos que el problema sobre el combate a la pobreza e desigualdades sociales no está inmerso sobre el criterio de la escases de recursos económicos o financieros que permitan cubrir tales servicios, sino, que se destaca tal ineficiencia a dos aspectos centrales: La inestabilidad de las instituciones políticas, jurídicas, económicas y sociales, así como la ineficiencia sobre la distribución de los beneficios económicos. Concerniente a esos problemas centrales, se destaca que en el primer aspecto está

⁴⁷⁶ SUNKEL, Osvaldo; INFANTE, Ricardo. “**Hacia un crecimiento incluyente**”, Foro Chile 21, año 6, No 61, Santiago de Chile, Ediciones Fundación Chile 21, 2006.

⁴⁷⁷ INFANTE, Ricardo; SUNKEL, Osvaldo. **Chile: hacia un desarrollo inclusivo**. Revista CEPAL, 97, pp. 135-154. Abril 2009.

basado sobre la debilidad de las instituciones jurídicas, pues, la seguridad jurídica en la mayoría de los casos se ve amenazada frente a los conflictos ambientales e multiculturales a lo largo del territorio nacional. Sobre el segundo aspecto, se resalta la pésima aplicación, utilización y distribución de los recursos públicos por parte de la administración pública, recayendo tal responsabilidad específicamente a los gobiernos regionales y locales. Su inoperancia en la ejecución de obras, prestación de servicios públicos adecuados y mejoras en la calidad de vida son sumamente vitales para gozar de un ambiente proporcionalmente equilibrado. Tal ineficiencia se presenta aun más, y es mucho más evidente, cuando analizamos los departamentos que ostenta la característica de ser una región minera e multicultural.

Frente a la inestabilidad de las instituciones y la ineficiencia sobre la distribución de la riqueza, consideramos que tales fallas no sólo afectan al desarrollo de la comunidad local sino también al desarrollo del Perú. La debilidad de las instituciones afecta en primera línea a la comunidad local y las externalidad negativas de la ineficiencia en la administración pública recae sobre los intereses nacionales. De esa forma, nos preguntamos: En qué medida tales fallas afectan a los pueblos indígenas?

Sobre el enfoque de la actual situación indígena en el Perú, se destaca que tales fallas afectan directamente al desarrollo de los pueblos indígenas, pues, su debilidad y marginalidad en el sistema, genera que estos pueblos sean aún más excluidos e vulnerables de su extinción por la debilidad de las instituciones y la ineficiencia de la administración pública.

Tal como señala Liliana LÓPEZ, los pueblos indígenas no solamente se ven vulnerables por la ejecución de cualquier proyecto de desarrollo –sea estatal o privado–, sino también porque muchos de ellos tienen como espacio de ejecución territorios que pertenecen y en los que se asientan pueblos indígenas⁴⁷⁸.

En esa línea, por un lado se resalta que los impactos e vulnerabilidades sobre los pueblos indígenas se presentan constantemente por los emprendimientos mineros. Es decir, se considera que la minería es verdaderamente el causante de todos los males que le ocurrieron y de los que puedan ocurrir con la integridad de sus territorios así como de sus derechos fundamentales. Pero, por otro lado, también analizamos que la actividad minera contribuye con el desarrollo en todas sus dimensiones, sin negárselo específicamente el papel transcendental que ocupa en el desarrollo económico del país

⁴⁷⁸ LÓPEZ, Liliana López. **Autonomía, derechos colectivos y megaproyectos**. p. 149-164.

y, a su vez, la minería conforme a un modelo eficiente contribuye sosteniblemente en el desarrollo de las comunidades indígenas, como fue el caso de las experiencias que fueron analizadas sobre Canadá y Australia.

Por tanto, frente al problema de investigación que delimitamos – recaído sobre si actualmente en el Perú podría viabilizar la actividad minera en territorios indígenas -, es el momento de tomar de responder tal cuestionamiento deslizando las hipótesis en el cual fueron formuladas.

En primer lugar, después de haber analizado la situación y el proceso de desarrollo de los pueblos indígenas desde la conquista española en el Perú, recayendo sobre el trabajo obligatorio en las minas a través de la institución de la *mita* castellana o colonial, así como también haber resaltado la importancia del fortalecimiento de las instituciones indígenas, como su reconocimiento, autonomía, autodeterminación, jurisdicción, como mecanismos de protección que estimulan el desarrollo de estos pueblos en base a la legislación nacional y los tratados internacionales, así como también después de haber analizado los datos oficiales de las variables demográficas, sociales y económicas de la situación de los pueblos indígenas expedidos por el INEI y por la Defensoría del Pueblo, se destacó la omisión del Estado en la prestación de los servicios públicos a favor de los pueblos indígenas, pues, el derecho al desarrollo no estuvo garantizado por la desprotección del mínimo existencial de los derechos sociales de estos pueblos, tales como, la salud, educación, alimentación, trabajo, vivienda, entre otros. De esa forma, se determinó que existe una necesidad de presentar incentivos para generar renta para los pueblos indígenas a través del consentimiento en la exploración y explotación económica de los recursos minerales localizados en sus tierras.

En segundo lugar, después de haber analizado la tesis del ‘‘Misterio del Capital de los Indígenas Amazónicos’’ presentada por el ILD e presidida por Hernando de Soto, sosteniendo que los pueblos indígenas son poseedores de un gran capital y que a través de éstos tales pueblos pueden incursionar en el sistema económico y así puedan obtener recursos económicos e financieros para que contribuya con el desarrollo para los integrantes de sus pueblos en base al derecho de participación económica por la exploración y explotación de los recursos minerales localizados en sus territorios, se consideró que el capital a través de los derechos de propiedad no son los únicos instrumentos que nos permitirán viabilizar el desarrollo de los pueblos indígenas, pues, destacó la necesidad de que, primero, fortalezcamos e consolidemos las instituciones y

que el Estado torne sus funciones en base a la eficiencia sobre la administración pública. En ese contexto, analizando uno de los mecanismos que conlleva al desarrollo pleno de los derechos de los pueblos indígenas, se indicó que actualmente que el Estado omite en fortalecer los derechos de propiedad de estas tierras indígenas a través de la titulación eficiente de las mismas. Así, nos preguntamos si: ¿Realmente la actividad minera puede considerarse como un mecanismo de desarrollo para los pueblos indígenas en el Perú? ¿Podemos considerar la minería como la actividad viable que puede excluir de la pobreza y del subdesarrollo a los pueblos indígenas? ¿Actualmente se podrá admitir proyectos mineros en territorios indígenas no demarcados y sin título de propiedad que garanticen la integridad de los derechos fundamentales de esos pueblos?

En tercer lugar, acorde a las variables demográficas, los índices negativos de desarrollo social y económico indígena presentados por el INEI y los informes de la Defensoría del Pueblo, la falta de reconocimiento, respeto e integración al sistema de las instituciones indígenas, tales como la autonomía y la jurisdicción, así como la creciente pero aún débil institucionalidad democrática, los altos índices de conflictividad entre las empresas mineras y los pueblos indígenas, la falta de tecnología para desarrollar sosteniblemente la extracción los recursos naturales, así como también teniendo en consideración la inestabilidad de la seguridad jurídica en el Perú, se destacó, o si quiere decir, se fortaleció aún más los fundamentos del punto uno y dos de lo que se describió anteriormente.

POR TANTO, se ha llegado a la conclusión que en un primer momento, en la actualidad no se debe puede admitir la ejecución de los proyectos mineros sobre los territorios indígenas por la falta de integración, cooperación dinamismo e compatibilidades de los componentes que se presentaron a lo largo de este trabajo de investigación.

Sin embargo, en contrapartida sobre la viabilidad de los proyectos mineros en TIs, en un segundo momento, se destaca que si bajo la implementación y ejecución de las políticas de Estado peruano son reivindicadas en el futuro, incluyendo y consolidando las instituciones y tornándose más eficientes sobre la distribución de la riqueza, consideramos que la viabilidad de los proyectos mineros en TIs, según los parámetros de una minería sostenible teniendo como modelo a las experiencias canadienses y australiana estrictamente, podría ser un mecanismo de desarrollo para

estos pueblos que pasarían del paternalismo o asistencialismo para ser integrantes y sujetos activos de ese mundo de oportunidades que brinda el sistema.

Frente a esa armonización de la explotación de los recursos naturales en el Perú, es de suma importancia destacar que se debe de brindar la máxima seguridad jurídica de los sujetos involucrados en la actividad minera, por lo que ante los conflictos ambientales y multiculturales se destaca que el componente de la institucionalización del diálogo ante la relación de la empresa minera y pueblos indígenas es fundamental para la construcción de un nuevo ambiente institucional en el Perú.

En ese sentido, Sandra CARRILLO afirma que la institucionalización del diálogo como mecanismo de construcción de paz, es una propuesta planteada por especialistas de varios sectores, por lo que no se puede lograr sin antes trabajar todos estos factores que se encuentran presentes en el proceso comunicativo entre la empresa minera y la comunidad local. Definitivamente, se trata de un proceso de prevención a largo plazo, pero que es más eficiente y eficaz que la reacción ante la crisis, violencia e inestabilidad social provocados por conflictos inadecuadamente gestionados⁴⁷⁹. Es decir, la institucionalidad del diálogo insta mecanismos para consolidación en el respeto y garantía de los principios de igualdad, libertad y seguridad jurídica.

Así, destacando la importancia de la "seguridad jurídica" como componente de realización de valores de libertad e igualdad de dignidad en aras de alcanzar el desarrollo, Humberto ÁVILA argumenta que:

É precisamente nessa novel significação que a segurança jurídica revela-se, com mais clareza, como instrumento de realização dos valores de liberdade, de igualdade de dignidade: de liberdade, porque quando maior for o acesso material e intelectual do cidadão-contribuinte relativamente às normas a que deve obedecer, e quando maior for a sua estabilidade, tanto maiores serão, mas suas condições de conceber o seu presente e de planejar o seu futuro: de igualdade, porque quando mais gerais e abstratas forem às normas, e mais uniformemente elas forem aplicadas, tanto maior será o tratamento isonômico do cidadão-contribuinte: de dignidade, porque quando mais acessíveis e estáveis forem às normas, e mais justificadamente elas forem aplicadas, com tanto mais intensidade se estará tratando o cidadão-contribuinte como um ser capaz de se autodefinir autonomamente, quer pelo respeito presente da sua autonomia exercia no passado, quer pela consideração futura da sua autonomia praticada no presente⁴⁸⁰.

⁴⁷⁹ CARRILLO, Sandra Verónica Hoyos. **Comunidades y minería: la comunicación en el conflicto**. Tesis para optar el Título de Licenciada. Lima, PUCP. p. 160.

⁴⁸⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 675.

Sobre el enfoque indígena, según la relación de la seguridad jurídica, bienestar y paz social para los pueblos indígenas, consideramos que el primer paso que debe de seguir el Estado para la viabilidad de proyectos de extracción en territorios indígenas, será adoptar un modelo de Estado Socioambiental de Derecho, fortalecer aún más las instituciones indígenas y delimitar legalmente los derechos de propiedad de estos pueblos en base al principio de la seguridad jurídica bajo la supervisión del Imperio del Derecho⁴⁸¹.

Por tanto, frente a los desafíos de estructurar y consolidar el derecho al desarrollo y la participación económica de los pueblos indígenas por la explotación de los recursos naturales susceptibles de valorización económica localizados sobre sus territorios, consideramos que se debe de estructurar una institución que sea capaz de administrar y gerencia eficientemente los recursos financieros que sean transferidos a favor de los pueblos indígenas.

Los pueblos indígenas en el Perú no están condenados a vivir sobre el subdesarrollo, sobre la carencia del uso de los servicios públicos básicos que les permita estimular su desarrollo tanto individual como colectivo, pues, el derecho al mínimo existencial debe de estar garantizado por parte del Estado. No es novedad para nadie que los pueblos indígenas siempre fueron “condenados” en la historia por su subdesarrollo, por lo que consideramos que estamos en la hora de estructurar y reivindicar nuevos mecanismos de desarrollo para estos pueblos conforme a las tendencias modernas y la responsabilidad sobre la toma de decisiones políticas, con la finalidad de reconocer, fomentar y garantizar los derechos fundamentales de las presentes y futuras generaciones de la sociedad peruana.

⁴⁸¹ Concerniente al Imperio del Derecho y a la viabilidad de la minería en tierras indígenas y el derecho a la participación económica por la cesión de la licencia social y territorio para la explotación de los recursos naturales localizados en tierras indígenas, el **Tribunal Constitucional peruano determinó que:** “Por lo expuesto, es de suma relevancia que el Estado refuerce y dinamice las labores de limitación de los territorios indígenas a fin de brindar una apropiada protección jurídica a los pueblos indígenas, mediante la concretización de los derechos de propiedad de los territorios que cada comunidad ocupa. Con ello también se estaría promoviendo la seguridad jurídica puesto que al momento de lotizar o emprender estudios y acciones con miras a desarrollar la exploración y explotación de recursos naturales se tendría una adecuada perspectiva de la realidad y de cuáles son los pasos necesarios a fin de llevar a cabo ese tipo de procesos sin vulnerar derechos fundamentales de los pueblos indígenas. La apertura económica del mercado pasa por brindar seguridad a los agentes a través de la información sobre las “reglas de juego” las que, en el fondo, no son más que la normativa dirigida a procurar el bien común, así como tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos, dentro del imprescindible respeto por la lógica de la economía social de mercado. Con ello se pretende alcanzar el difícil equilibrio entre inversión, justicia y progreso”. PERÚ. Resolución del Tribunal Constitucional del Perú TC. EXP. N.º 0022-2009-PI/TC. Lima. **Proceso: Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos.** Fundamento 44.

5. CONCLUSIONES.

El encuentro de esos dos mundos entre el imperio incaico y la corona española, pasó a unificarse con la constitución del virreinato español en el Perú. Este nuevo sistema pasó a considerar a los indígenas como grupos inactivos condenados a la pobreza por su falta de incapacidad y su improductividad a nivel macroeconómico por ser “diferentes”. La degradación indígena se presentó aun más a través de los trabajos obligatorios en las *mitas* bajo el sistema denominado *mita* colonial, por lo que los pueblos indígenas fueron sometidos al subdesarrollo y a la degradación humana por parte de los conquistadores españoles.

Frente a esa degradación de la condición humana y, en busca de esa reivindicación del respeto a la dignidad humana, y con el fin de salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas, los Reyes Católicos de España expidieron Las Leyes Nuevas de Indias por la osadía y defensa de Bartolomé de las Casas de considerar que los derechos naturales y la protección de la divinidad incluida también al espíritu de los indígenas conquistados. Tal influencia es considerada como una de las primeras luchas sobre la reivindicación de los derechos humanos a nivel mundial.

El Perú es un Estado Multicultural, pues, éste ostenta la condición de ser un país indígena. El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y la adopción de forma clara de los dispositivos en el ordenamiento jurídico, y aun más, a nivel constitucional, es el primer punto de partida para consolidar las instituciones indígenas en aras de garantizar su bienestar social. En ese sentido, consideramos que no tan sólo debemos quedarnos con el logotipo o rótulo de “Perú, Estado Multicultural”, sino que debemos ir más a fondo en aras de salvaguardar los derechos e intereses indígenas, por lo que se destaca que el Estado deberá fortalecer sus instituciones con el fin de implementar mecanismos de desarrollo para los integrantes de estos pueblos sobre un modelo sostenible.

Frente a la intención de implementar mecanismos de desarrollo a favor de los pueblos indígenas, consideramos que se debe dejar en claro que tales pueblos forman parte de un sistema social diferente, justamente por ser grupos diferenciados desde una perspectiva cultural. De esa forma, el reconocimiento y garantía de las instituciones indígenas por parte del Estado, tales como la autonomía, autodeterminación y

jurisdicción, contribuirán relevantemente al momento de estructurar o programar políticas públicas que conlleven al desarrollo real y eficiente a favor de los pueblos indígenas.

La Constitución peruana de 1993 reconoce algunos derechos colectivos, como el derecho a la identidad étnica y cultural, la educación bilingüe e intercultural, así como el reconocimiento de idiomas como el castellano, quechua, aymara y las demás lenguas aborígenes como lenguas oficiales, pero, constitucionalmente no se reconoce a los pueblos indígenas como sujetos jurídicos, identificables y con derechos colectivos como etnia dentro de un país multicultural, plurinacional e multiétnico. En razón a esta postura, estamos frente a una gran omisión de derechos que deberían ser constitucionalizados, pues, a pesar que éstos derechos se podrían encuadrar en el artículo 3 de la constitución bajo la adopción del *numerus apertus*, los operadores del derecho no siempre consideran que un derecho constitucional se encuentra bajo la figura de derecho constitucional como tal por las múltiples interpretaciones y la diversificaciones jurisprudenciales en el Perú.

Los instrumentos internacionales por excelencia para la protección de los pueblos indígenas reposa en la Convención 169 de la OIT, así como sobre la Declaración de de las Naciones Unidas para la Defensa de los Pueblos Indígenas DNUDPI. En ese sentido, estos dos instrumentos, sin desconsiderarse las demás convenciones o tratados internacionales que versan sobre la protección de los derechos humanos, salvaguardan las directrices básicas al momento de implementar cualquier proyecto o programa que conlleven al desarrollo de los pueblos indígenas en el contexto internacional. Destacamos que la pobreza, el cumplimiento de la Declaración de los Objetivos del Milenio y el papel que desarrolla el PNUD son trascendentales para la consolidación de las instituciones indígenas en el país, pues, ambos tienen como objetivo principal erradicar la pobreza. De esa forma, consideramos que sin el debido respeto y garantía en el cumplimiento de los dispositivos internacionales, el país estará muy lejos de estructurar políticas de extracción de los recursos naturales sobre los territorios indígenas bajo un modelo de sostenibilidad minera.

En ese contexto, consideramos que no podemos comenzar a estructurar ningún mecanismo de desarrollo en el Perú, así como de analizar las variables demográficas, sociales y económicas de un Estado o comunidad determinada, sin antes conocer las teorías de desarrollo económico y social expuestas por la doctrina clásica y moderna. En

ese sentido, y según esas variables que fueron analizadas, concluimos que la condición indígena actual es negativa concerniente a la asistencia de la prestación de los servicios públicos básicos a favor de estos grupos sociales.

La globalización económica genera oportunidades por el dinamismo en las relaciones sociales y económicas, por lo que, si sus directrices son llevadas a cabo conforme al respeto de los derechos humanos de los indígenas, sin excepción alguna, consideramos que tales pueblos podrán obtener mayores opciones frente a un mayor número de oportunidades. Frente a las oportunidades de desarrollo por la globalización económica, se destaca que los pueblos indígenas no están excluidos de beneficiarse con tal procesos es que éste es llevado a cabo con absoluta responsabilidad conforme a las experiencias de los aborígenes canadienses y australianos.

El ILD en su documental ‘El Misterio del Capital Indígena Amazónico’ ha determinado brillantemente las primeras consideraciones sobre los problemas del subdesarrollo indígena así como ha señalado los mecanismos que conllevan para alcanzar el desarrollo de éstos pueblos. Estamos frente a un importante estudio de investigación que nos hace reflexionar y resaltar las omisiones y responsabilidades del Estado frente a los pueblos indígenas. En ese contexto, dicho estudio ha destacado que el problema del subdesarrollo no es étnico sino económico. En ese sentido, consideramos que admitir la tesis de Hernando de Soto, de que la pobreza proviene por la falta del reconocimiento de los derechos de propiedad, aún consientes de que éste es un componente que contribuye para el subdesarrollo indígena, destacamos que no tan sólo consideramos que la no adopción de ese sistema sea el único medio que nos conducirá a alcanzar el desarrollo humano de los pueblos indígenas.

En ese contexto, concluimos que el sistema que propone Hernando de Soto sobre el valor, uso y omnipotencia del capital para generar riqueza y a la vez ser el instrumento que conducirá a erradicar el subdesarrollo de los pueblos indígenas, es una posición aceptable, admisible y viable en un mundo en el que se urge nuevas acciones basados en el dinámica del capital, pero, conforme a la situación actual y la fragilidad en las instituciones democráticas en el Perú, y considerando los factores que fueron expuestos a lo largo de este trabajo para alcanzar el desarrollo sostenible e inclusivo de estos pueblos, consideramos que la dinámica solitaria del capital no sólo agudizará más la situación de los pueblos indígenas sino también se correrá el riesgo de la extinción de los pueblos indígenas a lo largo del territorio nacional.

En esa línea, se destaca que la institucionalidad, el respeto y el fortalecimiento del Estado de Derecho en el Perú es la pieza angular al momento de presentar mecanismos de desarrollo con inclusión social a favor de los pueblos indígenas, pues, consideramos que a través de ese marco jurídico sobre los derechos y libertades, se garantizará el principio de la dignidad humana de las presentes y futuras generaciones. En ese sentido, la política de inclusión social para los pueblos indígenas tiene su sentir por la reivindicación de los derechos que les fueron resquebrajados a lo largo de la historia en el Perú. Por tanto, el objetivo de la sociedad peruana será establecer un consenso de justicia con el fin de optar por los mecanismos que permitan maximizar el bienestar común de los pueblos indígenas.

El ILD destacó que no hay desarrollo sin propiedad, es decir, que no se alcanzará consolidar el desarrollo humano sin antes haber reconocido y garantizados los derechos concernientes a la propiedad. Frente a tal posicionamiento, consideramos que tal perspectiva es incompleta. De esa forma, determinamos que no habrá desarrollo sin la consolidación antes de las libertades e instituciones. Desarrollo como Libertad e Institucionalidad superan la tesis de Hernando de Soto de que "sin propiedad, no hay desarrollo"

Destacando el Desarrollo como Libertad e Institucionalidad, considerase al derecho al desarrollo como un derecho humano, por lo que su consolidación se presenta cuando los derechos y libertades se encuentren reconocimientos, respaldados y garantizados por el Estado. Por tanto, no existirá un desarrollo de los pueblos indígenas sin antes consolidar las libertades y derechos recaídos en sus instituciones y sistemas sociales. Es ahí la tesis que fue desarrollado brillantemente por Amartya Sen, "El desarrollo como libertad".

Los recursos naturales son considerados en la teoría del desarrollo económico como activos que permiten alcanzar el desarrollo. En el caso de los minerales, esta percepción de valorización económica no es distinta. Por tanto, el valor de la tierra y la riqueza mineral está relacionado a las medidas de desarrollo del Estado. Concerniente a la actividad minera, en base una alta valorización económica de los minerales, ésta representa una de las actividades económicas más importantes de la producción nacional. En el caso del Perú, éste es considerado un país minero por excelencia por sus altos volúmenes de minerales localizados a lo largo y ancho del país. Infelizmente, esta bonanza genera altas tasas de conflictividad intercultural entre las empresas mineras y

los pueblos indígenas, por lo que hace necesario la estructuración de una política frente esos conflictos desde una fase preventiva teniendo como componente principal al dialogo y negociación de “ganar y ganar” sin perdedores de por medio.

Concerniente a la minería en territorios indígenas TIs, es importante resaltar la diferenciación ente el derecho de consulta que poseen los pueblos indígenas, así como el derecho de veto que tan sólo recae sobre el Estado peruano a través del Congreso de la República. Confundir estos dos institutos y unificarlos genera un grave peligro para la mantención del Estado Social y Democrático de Derecho por atribuirse derechos que no se encuentran tutelados.

Frente al derecho del desarrollo de los pueblos indígenas, se destaca que tales pueblos ostentan el derecho a la co-participación de la riqueza frente a actividades extractivas que se desarrollen sobre sus territorios. El Tribunal Constitucional peruano y la doctrina moderna señalan que ese derecho debe de ser reivindicado, pues, de esa forma, se busca que estos pueblos obtengan mayores recursos para la implementación de sus políticas de desarrollo con el fin de satisfacer sus demandas sociales.

La minería en TIs en Canadá y Australia, representan los eficientes modelos de extracción sostenible de los recursos naturales en territorios indígenas a nivel mundial. En ese escenario internacional, la preocupación no tan sólo recae sobre la obtención de los recursos económicos por la extracción sobre sus territorios, sino también que éste proceso debe llevarse a cabo bajo un real y eficiente desarrollo sostenible. Así, consideramos la urgencia de estructurar un nuevo modelo de extracción de recursos naturales sobre territorios indígenas en el Perú, claro está, previamente consolidando los componentes que fueron desarrollados a lo largo de este trabajo de investigación. Por tanto, se destaca que la máxima expresión del derecho al desarrollo como libertad e institucionalidad se presenta en los modelos exitosos de Canadá y Australia resaltando el respeto, la fortaleza y la estabilidad de sus instituciones. Por otro lado, es importante indicar que tales modelos también presentan ciertas fallas, pues, no existe perfección sobre la programación de las políticas públicas por lo que al momento de comparar tal modelo para ser adoptado en el Perú, éste debe de ser analizado estrictamente.

Por tanto, conforme a la situación indígena, según las variables de los datos económicos, sociales y culturas en el Perú, consideramos que actualmente es inviable que los proyectos mineros se desarrollen sobre los territorios indígenas por la falta de dinamismo de todos los componentes que fueron desarrollados a lo largo de este trabajo

de investigación, pues, una vez más, destacamos que no sólo el reconocimiento de los derechos de propiedad y formalidad de los actos de jurídicos irán a solucionar la pobreza de los pueblos indígenas, pues, aun que éstos contribuyan con tal erradicación, su contribución es incompleta si es que no se tiene en consideración el fortalecimiento y consolidación de los derechos y libertades así como la eficiencia sobre la institucionalidad en el país.

Por último, es importante destacar que este trabajo buscó que se reflexione sobre los nuevos desafíos que iremos enfrentar a futuro por ser el Perú un país indígena y minero por excelencia al igual que otros países que sí conciliaron tales contextos en base a un desarrollo sostenible real y eficiente sobre sus instituciones. De esa forma, se busca el interés académico y político para profundizar la construcción de esta posibilidad de admitir la explotación de los recursos naturales sobre los territorios indígenas bajo y tan sólo sobre un modelo de sostenibilidad.

De esa forma, el propósito de este trabajo es proporcionarle al Gobierno del Perú un marco de diferentes alternativas que le pueden otorgar una mayor capacidad para enfrentar el impacto de las operaciones mineras sobre la sociedad, así como reflexionar sobre los desafíos que se encaran al futuro sobre una posible viabilidad minera en territorios indígenas en el Perú.

Así, caso se presente esa viabilidad, llamamos la atención para que los futuros trabajos de investigación se enfoquen sobre las modalidades de contratación empresarial, laboral, estabilidad tributaria, así como la determinación sobre el derecho a la participación económica sobre los proyectos mineros sobre territorios indígenas, destacándose el fideicomiso de administración bancaria para la administración de tal participación, así como la estructura de un modelo eficiente de extracción sostenible de los recursos naturales en territorios indígenas conforme a nuestra realidad nacional, todo esto, con el único propósito de garantizar la máxima seguridad jurídica y desarrollo humano de las presentes y futuras generaciones en el Perú.

6. BIBLIOGRAFIA.

ALMEIDA, Ângela. **O mínimo existencial e a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares.** Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Caxias do Sul, 2009.

ALTMAN, Jon. **Indigenous communities, miners and the state in Australia.** In: Power, Culture, Economy. Indigenous Australians and Mining. ALTMAN, Jon; MARTIN, David. (editors). Centre for Aboriginal Economic Policy Research. Canberra: Published by ANU E Press, 2009.

ALVARADO, Omar Escobar; VENTURA, Alberto Rivas Plata. **A tajo abierto: explorando la intervención estatal en la actividad minera.** Trabajo de investigación del grupo Ius Et veritas. Nro 35. Lima: Revista Ius Et veritas, 2009.

ALONSO, Germán O. Vélez. **La Chagra: patrimonio colectivo de las comunidades indígenas amazónicas.** In: FLORÉZ, Margarita (Org.) Diversidad biológica y cultural retos y propuestas desde América Latina. Bogotá: Grupo Ad Hoc sobre diversidad biológica, 1998.

ANAYA, James S. **Os direitos humanos dos povos indígenas.** Tradução, Bias Arrudão. In: Povos indígenas e a lei dos "brancos": o direito a diferença. Ana Valéria ET aliii. Ministerio da Educação, UNESCO, Secretaria de Educação continua, Alfabetização e Diversidade. Brasília: LACED - Museu Nacional, 2006.

ANGUELOVSKI, Isabelle. **Environmental justice concerns with transnational mining operations. Exploring the limitations of post-crisis community dialogues in Peru.** In: Earth Matters. Indigenous peoples, the extractive industries and corporate social responsibility. O'FAIRCHEALLAIGH, Ciaran; ALI, Saleem. Cornwall: Greenleaf Publishing, 2008.

ANJOS FILHOS, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil.** Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo USP, como requisito parcial a obtenção do título de Doutor sob a orientação do Professor Gilberto Bercovici. Largo São Francisco, São Paulo, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário.** 2 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BANCO MUNDIAL. **Hacia un mejor equilibrio: el grupo del Banco Mundial y las industrias extractivas.** Informe final de la reseña de las industrias extractivas. Respuesta del equipo de gestión del grupo del banco mundial a la Reseña de las Industrias Extractivas. Washington D.C., WB, 2004. pp. 1-62.

_____. **Minería y comunidades locales. Criterios Marco para una relación de mutuo beneficio.** Coordinación General: Ramiro Larrea CEPLAES. Quito, 2004.

_____. **Hacia un mejor equilibrio.** La Revisión de las Industrias Extractivas. Coord. SALIM, Emil. Washintong D.C: Banco Mundial, 2004.

_____. 2012. **Informe sobre el desarrollo mundial 2013. Panorama general: Empleo.** Washington, DC: Banco Mundial. Licencia: Creative Commons Atribucion CC BY 3.0.

_____. **Riqueza y Sostenibilidad: Dimensiones Sociales y Ambientales de la Minería en el Perú.** Unidad de Gestión del País-Perú - Desarrollo Ambiental y Social Sostenible. Región Latinoamérica y El Caribe. 2005.

_____. **Pueblos indígenas, pobreza y desarrollo humano en América Latina 1994-2004.** HALL, Gillette. PATRINOS, Harry Anthony (Orgs.). Direcciones para el desarrollo. Banco Mundial. Coedición con Mayol Ediciones S.A. Washintong D.C., 2006.

_____. **Los recursos naturales en América Latina y el Caribe ¿Más allá de bonanzas y crisis?** Estudios del banco mundial sobre América Latina y el Caribe. SINNOTT, Emil; NASH, John; DE LA TORRE, Augusto. (Orgs.). Banco Mundial. La traducción al castellano fue hecha por Mayol Ediciones S.A., Washintong D.C., 2010.

BAPTISTA, Fernando Mathias. **Descascando o abacaxi da mineração em Terras Indígenas.** In: *Mineração em Terras Indígenas na Amazônia Brasileira.* (Org.) Fany Ricardo e Alicia Rolla. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2005.

BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil.** São Paulo: Plêide: FAPESP, 2001.

BARKER, Tanuja. **Indigenous employment outcomes in the Australian mining industry.** In: *Earth Matters. Indigenous peoples, the extractive industries and corporate social responsibility.* O'FAIRCHEALLAIGH, Ciaran; ALI, Saleem. Cornwall: Greenleaf Publishing, 2008.

BARNADAS, Josep M. **A Igreja Católica na América Espanhola Colonial.** In *BETHEL, Leslie (Org). América Latina Colonial. Da independencia a 1879. V 3.* São Paulo: EDUSP, 2001.

BARRANTES, Roxana. **Minería, desarrollo y pobreza en el Perú, o de cómo todo depende del cristal con que se mire.** In: BARRANTES, Roxana, ZÁRATE. Patricia; DURAND; Anahí (Orgs). **“Te quiero pero no”:** **minería, desarrollo y poblaciones Locales.** Lima: Instituto de Estudios Peruanos IEP; OXFAM, 2005.

BASADRE, Jorge. **Historia del Derecho Peruano.** 1ra ed. Lima: Editorial Rochas. 1997.

BAKEWELL, Peter. **A mineração na América Espanhola Colonial.** In: *História da América Latina: América Latina Colonial.* BETHELL, Leslie (Org.). Volume II. 1° ed. São Paulo: EDUSP, 2008. p. 119.

BEBBINGTON, Anthony. **Elementos para una ecología política de los movimientos sociales y desarrollo territorial en zonas mineras.** In: *Minería, movimientos sociales y respuestas campesinas. Una ecología política de transformaciones territoriales.* BEBBINGTON, Anthony. (Org.). 2° ed. Lima: IEP, CEPES, 2011.

BELLO, Álvaro. **Etnicidad y ciudadanía en América Latina. La acción colectiva de los pueblos indígenas.** Santiago de Chile, CEPAL. (2002). Reporte sobre el Seminario de expertos de la región de América Latina y El Caribe sobre el cumplimiento del Programa de acción adoptado por la Conferencia mundial contra el racismo: intercambio de ideas para una acción futura, México, 1 a 3 de julio de 2002.

BELLO, Enzo. KELLER, René José. **A pobreza como fruto pernicioso das relações entre o homem e a natureza no capitalismo.** In: **Estado, médio ambiente e jurisdição.** Org. Carlos Alberto Lunelli, Jeferson Marin. 1 ed. Caxias do Sul RS, EDUCS, 2012.

BERCOVICI, Gilberto. **Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais.** São Paulo: Quartie Latin, 2011. p. 318.

BERMÚDEZ, Flor Marina. **Libro: Las ciencias en el cine. Discursos, representaciones e imaginarios. Reseña crítica.** Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales. REDHES. Año VI Nro. 8. Julio-Diciembre. 2012.

BERTHELOT, Jean. **The extraction of precious metals at the time of the Inka.** In: *Anthropological History of Andean Politics.* MURRA, John V; WACHTEL, Nathan; REVEL, Jacques. London; Cambridge University Press, 1986.

BID. **Estrategia para la reducción de la pobreza rural.** Banco Interamericano de Desarrollo. Departamento de Desarrollo Sostenible. División de Medio Ambiente. Documento preparado por Rubén G. Echeverría (SDS/ENV). N° ENV – 122. Washington, D.C, 1998.

_____. **Perspectivas sobre mercados de tierras rurales en América Latina.** Informe técnico. Banco Interamericano de Desarrollo. Departamento de Desarrollo Sostenible. Washington, D.C. Diciembre 1998 - No. ENV – 124.

BLANCHARD, Martin. **Globalization and the challenges of Nationalism.** In: IVR. 22nd World Congress. Law and Justice in a Global Society. Granada - Spain, 2005.

BOHRER, Carolina Pancotto. **Rule of Law no Banco Mundial e promoção do desenvolvimento.** In: Estado de Direito e os desafios do desenvolvimento. Vieira, Oscar Vilhena: Dimitri Dimoulis (org.). Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série produção científica FGV. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONFIL, Guillermo Batalla. **Etnodesarrollo: sus premisas jurídica, políticas y de organización.** En obras escogidas de Guillermo Bonfil Battalla. Tomo 2. México: INAH-INI, 1995.

BOISIER, Sergio. **¿Hay espacio para el desarrollo local en la globalización?** Revista CEPAL, 86. pp. 47-61. Santiago de Chile: Agosto 2005.

BULLARD, Alfredo. O'NEILL, Cecilia. **Avatares para definir la propiedad.** En: Cato Institute, Themis. Lima: Enfoque Derecho, 2011.

BULLARD, Alfredo. **Predictibilidad judicial.** Diario El Comercio. Disponible en: <http://elcomercio.quioscodigital.pe/?ref=ecs>. Acceso, 2 de julio del 2013.

BURY, Jeffrey. **Neoliberalismo, minería y cambios rurales.** In: Minería, movimientos sociales y respuestas campesinas. Una ecología política de transformaciones territoriales. BEBBINGTON, Anthony. (Org.). 2° ed. Lima: IEP, CEPES, 2011.

BURNEO, María Luisa. **Espacio regional, recursos naturales y estudios sobre Piura.** En **Revista Argumentos.** Edición N° 3. Año 7. Lima: IPE, 2013. Disponible en: http://www.revistargumentos.org.pe/espacio_regional.html Acceso, 23 de julio de 2013.

CABEDO, Vicente Mallol. **Análisis de las Constituciones Latinoamericanas.** In: Constituciones, Derechos y Justicia en los pueblos indígenas de América Latina. Lima: Fondo editorial PUCP, 2002.

CALDERÓN, Fernando G. **Diez tesis sobre el conflicto social en América Latina.** Revista CEPAL 107. pp. 7-30. Santiago de Chile; CEPAL, 2012.

CASTRO, Sofía Amelia Salvador. **Pobreza y conflictos socioambientales: el caso de la minería en el Perú.** Tesis para optar el grado de Magister en Desarrollo Ambiental

por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesora: Dra. Martha Rodríguez Achung. Lima: PUCP, 2011.

CANDIA, Renan Collantes. **Uma contribuição ao estudo de acidentes fatais por queda de rochas: O caso da mineração peruana.** Tese apresentada a Escola Politécnica da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Engenharia. Orientador. Dr. Wilson Siguemasa Iramina. São Paulo, USP.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **O Direito ao desenvolvimento, a sociedade ocidental e a sociedade tribal no caso brasileiro.** In Revista de informação Legislativa, Brasília, ano 34, nro. 133, jan-mar. 1997.

CASAS, FREI Bartolomé de las. **Princípios para defender a justiça dos índios.** In: MARÉS, Carlos. Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas. Curitiba: Juruá, 1992.

CARDOSO, Ana Lúcia Brunetta. **Implicações jurídicas e ecológica do licenciamento ambiental para mineração.** Dissertação de Mestrado em Direito Ambiental apresentado a Programa de Pós-graduação em Direito pela Universidade de Caxias do Sul - UCS. Caxias do Sul, 2006.

CARRILLO, Sandra Verónica Hoyos. **Comunidades y minería: la comunicación en el conflicto.** Tesis para optar el Título de Licenciada por la Pontificia Universidad Católica del Perú - Facultad de ciencias y artes de la comunicación asesor: Luis Olivera Cárdenas. Lima: PUCP, 2012.

CDB. Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica. **Directrices Akwé: Kon voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares.** Montreal, 27p. (Directrices del CDB). 2004.

CEPAL. **Estudio Económico de América Latina y el Caribe. Las políticas ante las adversidades de la economía mundial.** Documento anual de la División de Desarrollo Económico de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Santiago de Chile: CEPAL, 2012.

_____. **Los pueblos indígenas y afrodescendientes ante el nuevo milenio.** Colaboradores; HOPENHAYN, Martín; BELLO, Álvaro; MIRANDA, Francisca. Serie 118. Políticas sociales. División de Desarrollo Social. Santiago de Chile; CEPAL, 2006.

CHANG, Ha-Joon. **23 coisas que não nos contaram sobre o capitalismo. Os maiores mitos do mundo em que vivemos.** Tradução: Claudia Gerpe Duarte. 1º ed. São Paulo: Cultrix, 2013. p. 287-300.

CIDH. **Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.** Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No 172, párr. 89. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79.

_____. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua.** Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79.

_____. **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay.** Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

CLEMENTE FILHO, Damião Felipe; BRESCIANI, Luis Paulo. **Crescimento, desenvolvimento econômico e qualidade de vida.** Revista Trabalho e Meio Ambiente UCS. V. 1. Nro. 1. (Janeiro-Junho. 2002) Caxias do Sul, RS:EDUCS, 2005.

CONTRERAS, Carlos. **Mineros y campesinos en los andes. Mercado Laboral y Economía campesina en la sierra central, siglo XIX.** Instituto de Estudios Peruanos – Serie: Estudios históricos 12. Lima, IEP, 1988.

COSTA, Maria D'Assunção. **O direito de acesso à energia. Meio e Pre-condição para o exercício do Direito ao Desenvolvimento e dos Direitos Humanos.** Tese apresentada ao programa de Pós-graduação em Energia da Universidade de São Paulo para obtenção do Título de Doutor em Energia. Orientador. Prof. Dr. Edmilson Moutinho dos Santos. São Paulo, USP, 2009.

CORRÊA, Ceres Fernanda. **Direito fundamental ao Desenvolvimento e condições para a realização dos direitos fundamentais no setor energético: O caso da Usina Hidrelétrica Belo Monte.** Dissertação apresentada o programa de pós-graduação em direitos fundamentais e democracia da UNIBRASIL. Curitiba: 2012.

CORREAS, Oscar. **Derecho Indígena Mexicano I. Centro de investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades.** CEIICH - UNAM. Ediciones Coyoacán. 1 Ed. México DF, 2007.

COLOMBRES, Adolfo. **La civilización cultural de la América Indígena.** 5 ed. Buenos Aires. Ediciones del Sol, 1998.

COLOMBIA. **Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas.** El presente documento ha sido elaborado por María Clara Galvis y Angela Ramírez. Fundación para el Debido Proceso Legal. Washington D.C, DPLF. 2003.

_____ **Acción de tutela presentada por Jovannys Pardo Castro contra la Dirección General Marítima de la Capitanía de Puerto de Cartagena (Dimar) (Pueblos indígenas).** Expediente T-3331151. Sentencia de la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Bogotá, 18 de mayo del 2012.

_____ **Pueblos Indígenas y Leyes en Colombia.** Corte Constitucional Colombiana, M.P. (Hernando Herrera Vergara) In: ROLDÁN, Roque Ortega. C-104-95, 15-III. 1995.

COUMANS, Catherine. **Realising solidarity. Indigenous peoples and NGOs in the contested terrains of mining and corporate accountability.** In: Earth Matters. Indigenous peoples, the extractive industries and corporate social responsibility. O'FAIRCHEALLAIGH, Ciaran; ALI, Saleem. Cornwall: Greenleaf Publishing, 2008.

COURTOIS, Séphane. **Global Distributive Justice and CULTURAL Diversity.** In: IVR. 22nd World Congress. Law and Justice in a Global Society. Granada, 2005

DAMONTE, Valencia. **Minería y política: La recreación de luchas campesinas en dos comunidades andinas.** In: Minería, movimientos sociales y respuestas campesinas. Una ecología política de transformaciones territoriales. BEBBINGTON, Anthony. (Org.). 2° ed. Lima: IEP, CEPES, 2011. p. 192.

DANCOURT, Oscar. **Reforma neoliberal y política macroeconómica en el Perú.** Revista de la CEPAL 67. pp. 49-70. Santiago de Chile: CEPAL, 1999.

DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. **O direito diferenciado: Pessoas, sociedades e direitos indígenas no Brasil.** Tese submetida ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, para a obtenção do título de Doutor em Direito das Relações sociais. Orientador: Dr. Luiz Edson Fachin. Curitiba, 2003.

DA SILVEIRA, Edson Damas. **Meio Ambiente, Terras Indígenas e Defesa Nacional: Direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia Brasileira.** Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUCPR, como requisito parcial a obtenção do título de Doutor. Orientador, Prof. Dr. Vladimir Passos de Freitas. Curitiba, 2009.

DE LA TORRE, Oscar Arnulfo de Lara. **Tierra y derecho: la disputa inmemorialp.** Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales RDHES. Año III No. 6. Julio-Diciembre 2011.

DESCOLA, Jean. **La vie queotidienne au Perou au temps des espagnols 1710 – 1820.** Cartoné, Hachette, 1977.

DE SOTO, Hernando. **El misterio del Capital: Porque el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en el resto del mundo?** Editorial Norma. Lima, 2009.

_____. **El otro sendero: Una respuesta económica a la violencia.** 3 ed. Lima: Editorial Norma, 2010.

_____. **The Amazon is not Avatar.** In: Development Co-operation. Report 2011. 50th Anniversary Edition. OECD Publishing. pp. 1-254, 2011. Acceso, 20 de enero del 2013.

DEUSTUA, José R. **El embrujo de la plata. La economía social de la minería en el Perú del siglo XIX.** 1º ed. (serie Historia Económica, 6). Lima. BCR-IEP, 2009.

DOOHAN, Kin; LANGTON, Marcia; MAZEL, Odette. **From paternalism to partnership. The Good Neighbour Agreement and the Argyle Diamond Mine Indigenous land use Agreement in Western Australia.** In: Community Futures, Legal Architecture: Foundations for Indigenous Peoples in the Global Mining Boom. LANGTON, Marcia; LONGBOTTOM, Judy (Edited). First published. Routledge: Agawam- Massachusetts, 2012. p. 231.

DORNELES, Ana Cláudia Bertoglio. **A função socioambiental da propriedade e a propriedade privada.** In: Revista de Direito Ambiental e Sociedade UCS. Volume 1. Nro. 1. Janeiro-Junho. Caxias do Sul, RS, EDUCS, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2010.

_____ **A justiça de Toga.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

_____ **O império do Direito.** São Paulo: Martins Editora, 2007. p. 486.

EIR. **La Revisión de las Industrias Extractivas. Taller Regional para América Latina y el Caribe. Regional Consultation Workshop Latin America and the Caribbean.** Proyecto Informe de Testimonios y la Consulta. Ver. 2.0. Río de Janeiro, 2002.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Os novos direitos à luz da transdisciplinaridade: o resgate de um humanismo radical e a promoção da ecologia na sociedade do mal-estar.** Espaço Jurídico EJJL, Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 57-66, jan./jun. 2008.

EPSTEIN, Marc J. **Making Sustainability work. Best practices in Managing and Measuring Corporate Social, Environmental, and Economic impacts.** San Francisco: Berrett Koehler Publishers, 2008.

FAGUNDES, Lucas Machado. **Reflexiones sobre el proceso constituyente boliviano y el nuevo constitucionalismo sudamericano.** Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales. REDHES. Año IV Nro. 4. Enero-Junio 2012.

FAPESP. **Dinâmica social, qualidade ambiental e espaços intra-urbanos em São Paulo: uma análise socioespacial.** Programa de Pesquisas em Políticas Públicas. São Paulo, 2001.

FARIAS, José Eduardo. **O direito na economia globalizada.** 1 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2000.

FOGEL, Ramón. **Las luchas campesinas: Tierras y luchas condiciones de producción.** Centro de Estudios Rurales Interdisciplinarios (CERI) Asunción, 2001.

FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento.** 4. Ed., Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

_____. **Teoria e Política do desenvolvimento econômico.** 7. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1979.

FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e Subdesenvolvimento,** pp. 233-234 apud BERCOVICI, Gilberto. **Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais.** São Paulo: Quartie Latin, 2011.

FREIRE, William. **Código de Mineração Anotado.** 5ta edição. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2010.

GALDOS, Carmen Patricia Kajjatt. **Negociación.** II etapa Nro. 13. Año IX. Editada por estudiantes de la PUCP. Lima: Revista Derecho y Sociedad, 2010.

GARCÍA, Laura Victoria Matamoros. **El derecho del desarrollo como base para la construcción del derecho al desarrollo. Del primer decenio de las naciones unidas para el desarrollo (1960) a la Declaración de las Naciones Unidas para el desarrollo (1986).** N° 9. Int. Law: Bogotá: Revista colombiana, 2007.

GHERSI, Enrique. **¿Quién es el dueño del subsuelo?** | Enfoque Derecho: el portal web de actualidad jurídica de THEMIS. Disponible en: <http://www.enfoquederecho.com:2095/> Acceso, 29 de diciembre del 2012.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

GLAVE, Manuel; BARRANTES, Roxana. **Recursos naturales, medio ambiente y desarrollo: Perú 1970-2010**». En: RODRÍGUEZ, José y Mario TELLO. Opciones de política económica en el Perú: 2011-2015. Lima: Fondo editorial PUCP, 2010.

GONZALES, Germán Correa (coord.). **Los pueblos indígenas en el país y en América. Elementos de política colombiana e internacional**. Bogotá: Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, 1998.

GONÇALVES, Marco Antonio Uberti. **O impacto da reserva legal e da área de preservação permanente sobre pequenas propriedades rurais (Um estudo na agricultura ecológica de Antonio Prado-RS)**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado em Direito Ambiental, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul. Caxias do Sul, 2008.

GULLO, Maria Carolina Rosa. **Valoração econômica dos recursos naturais: uma aplicação para o setor industrial de Caxias do Sul**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Economia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Economia, ênfase em Economia do Desenvolvimento. Orientador: Prof. Dr. Sabino da Silva Porto Junior. Porto Alegre, 2010.

HANS, Michael van Bellen. **Indicadores de sustentabilidade: uma análise comparativa**. 2. Ed., Rio de Janeiro: FGV, 2006.

HALL, Gillette & PATRINOS, Harry. **Pueblos indígenas, pobreza y desarrollo humano en América Latina, 1994 - 2004**. Elaborado por el Banco mundial. Bogotá: Ediciones Mayol, 2006.

HART, Stuart L. Capitalism at the crossroads. **Next generation business strategies for a post-crisis world. Third Edition**. USA - Sales: Wharton School Publishing, Pearson, 2010.

HEDLUND, Alexandre Nicoletti. **Da famosa aventura do barco encantado: ou dos desafios aos direitos humanos na sociedade contemporânea**. Revista de Trabalho e Ambiente UCS. V. 5. Nro. 9. Julho-Dezembro. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2007.

HOLT-GIMÉNEZ, Eric. **La restructuración territorial y las bases de la reforma agraria: comunidades indígenas, minería aurífera y el Banco Mundial**. In: Minería, movimientos sociales y respuestas campesinas. Una ecología política de transformaciones territoriales. BEBBINGTON, Anthony. (Org.). 2° ed. Lima: IEP, CEPES, 2011. p. 141.

ILD. Documental **‘El Misterio del Capital de los Indígenas Amazónicos’**. Dirigida por Hernando De Soto, presidente del Instituto Libertad y Democracia ILD. Producción de Becket Films LLC y del ILD. Director James Becket. DVD, duración 30 minutos. Lima: ILD, 2009.

_____ **A partir de un documento preliminar ILD para la Comisión de las Naciones Unidas para el Empoderamiento Jurídico de los Pobres**. Haciendo que la ley para todo el mundo. El informe final está disponible en:

http://www.undp.org/content/undp/en/home/ourwork/democraticgovernance/focus_areas/focus_justice_law/legal_empowerment.html Acceso, 20 de diciembre del 2012.

INFANTE, Ricardo; SUNKEL, Osvaldo. **Chile: hacia un desarrollo inclusivo**. Revista CEPAL, 97. pp. 135-154. Abril 2009.

ITURRALDE, Diego. **Demandas indígenas y reformas legal: retos y paradojas**. In: Alteridades, 7 (14), 1997.

KLIKSBERG, Bernardo. **Capital social y cultura, claves esenciales del desarrollo**. Revista de la CEPAL Nro. 69, 1999.

KLIKSBERG, Bernardo; SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

KURAMOTO, Juana R. **Las aglomeraciones productivas alrededor de la minería: el caso de la Minera Yanacocha S.A. División de Desarrollo Productivo y Empresarial**. Serie 67. Desarrollo productivo. CEPAL. Santiago de Chile, 2000.

LANDES, David S. **Riqueza e a pobreza das nações. Porque algumas são tão ricas e outras tão pobres**. 3 ed. Tradução, Álvaro Cabral. Rio de Janeiro. Editora Campus, 1998.

LANGTON, Marcia; MAZEL, Odette. **The resource curse compared: Australian Aboriginal participation in the resource extraction industry and distribution of impacts**. In: Community Futures, Legal Architecture: Foundations for Indigenous Peoples in the Global Mining Boom. LANGTON, Marcia; LONGBOTTOM, Judy (Edited). First published. Routledge: Agawam- Massachusetts, 2012.

LEWIS, Arthur W. **A teoria do desenvolvimento econômico**. Tradução de Alfredo Moutinho dos Reis e Olavo Miranda. Rio de Janeiro: Zahar Edittores,

LINDE, Eva. **Consultation or Consent? Indigenous People's Participatory Rights with regard to the Exploration of Natural Resources according the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples**. Thesis submitted in conformity with the requirements for the degree of Masters of Law (LL.M) Graduate Department of Law. University of Toronto, 2009.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito**. Análisis das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabbris, (SAFE). 2002.

LOCKHART, James. **Spanish Peru, 1532-1560: A colonial society**. University of Wisconsin Press, London, 1968.

LÓPEZ, Liliana López. **Autonomía, derechos colectivos y megaproyectos**. Revista de derechos humanos y estudios sociales RDHES. México: Año I No. 2 julio-diciembre 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**. Fundamentos de Direito. 2, edição, ver. e atual. Tradução Bruno Miragem. Notas da tradução. Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARIN, Jefferson. **A influencia da universalização conceitual na inefetividade da jurisdição: Teorias da decibilidade, (des) coisificação do caso julgado e estandardização do Direito**. Tese de Doutorado apresentada ao programa de Pós-graduação em Direito na Universidade do Vale dos Sinos - UNISINOS. São Leopoldo, RS, 2010.

MARTINEZ COBO, José. **Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas**. Vol. V, Conclusiones, propuestas y recomendaciones. Nueva York: Naciones Unidas (ECN.4/Sub.2/1986/7/ Add.4)

NÓBREGA, Maílson. ARNT, Ricardo (Org.). In: **O que os economistas pensam sobre sustentabilidade**. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

MARX, Karl. **O Capital: Crítica da Economia Política**. Coordenação e revisão de Paul Singer. Tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

MELATTI, Julio Cesar. **Índios do Brasil**. Editora da Universidade de São Paulo - EDUSP. São Paulo, 2007.

MONTÚFAR, Guillermo García. FRANCISKOVIC, Militza Ingunza. **Derecho minero: Doctrina, jurisprudencia e legislación actualizada.** Editora Gráfica Horizonte. 2 edición. Lima, 2001.

MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição: Para o conceito de Constituição econômica.** 2 ed., Coimbra, Coimbra edições, 1979. Apud BERCOVICI, Gilberto. **Direito Econômico do petróleo e dos recursos minerais.** Editora Quartier Latin. São Paulo, 2011.

NORTH, Douglas. **Institutions, institutional change and Economic Development.** Syndicate of the University of Cambridge; Cambridge: Press 1991.

OLAECHEA, Juan B. Labayen. **El indigenismo desdeñado. La lucha contra la marginación del indio en la América Española.** Madrid: Editorial Mapdre, 1992.

OLIVA DE COLL, Josefina. **A resistência indígena.** Porto Alegre, L&PM, 1986.

O'FAIRCHEALLAIGH, Ciaran. **Mineral revenues, rent seeking and development in Aboriginal Australia.** In: Community Futures, Legal Architecture: Foundations for Indigenous Peoples in the Global Mining Boom. LANGTON, Marcia; LONGBOTTOM, Judy (Edited). First published. Routledge: Agawam- Massachusetts, 2012.

_____. **Understanding corporate-Aboriginal agreements on mineral development.** A conceptual framework. In: Earth Matters. Indigenous peoples, the extractive industries and corporate social responsibility. O'FAIRCHEALLAIGH, Ciaran; ALI, Saleem. Cornwall: Greenleaf Publishing, 2008.

ONU. **El desarrollo sostenible en América latina y el Caribe: tendencias, avances y desafíos en materia de consumo y producción sostenibles, minería, transporte, productos químicos y gestión de residuos.** Informe para la decimoctava sesión de la comisión sobre el desarrollo sostenible de las naciones unidas. ONU. Santiago de Chile, 2010. pp. 3-133.

_____. **¿Qué está pasando con los derechos de los pueblos indígenas?** Estudio regional: Buenas prácticas, obstáculos y desafíos en la implementación de las recomendaciones del Relator Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, del Comité de los Derechos del Niño y del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en Ecuador, Bolivia y Perú. Myrna Cunningham... [et al.]. UNIFEM, UNICEF, OACNUDH Managua : CADPI, 2008. 146 p. : il. Col.

_____. **Pueblos indígenas: Diálogo entre culturas. Cuaderno del Informe de Desarrollo Humano.** Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD. Bogotá: PNUD, 2011.

_____. **La protección social de cara al futuro: acceso, financiamiento y solidaridad.** La coordinación de este documento estuvo a cargo de José Luis Machinea, Secretario Ejecutivo de la CEPAL. Santiago de Chile, CEPAL, 2006.

_____. **Declaración sobre el Derecho al Desarrollo.** Adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986.

_____. **Declaración del Milenio.** Resolución aprobada por la Asamblea General. Washington: UN, 2000.

OIT. **Convención 169 de la OIT.** Sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes, 1989.

OSORIO, Juan M. **Los indios del Perú.** 1° ed. Madrid: Editorial MAPFRE, 1992. p. 241.

OSORIO, Alejandra. **El Rey en Lima: El simulacro real y el ejercicio del poder en la Lima del diecisiete.** (Documento de Trabajo, 140. Serie Historia.). Lima: Instituto de Estudios Peruanos IEP, 2004.

OSORIO, Ricardo Serrano. MORETTINI, Felipe. **Mineração e desenvolvimento peruano sob análise econômica do direito minerário ambiental: a propósito do projeto Aurífero Conga.** Workshops III. 12p. XVII Annual Conference. Rio de Janeiro, ALACDE, 2013.

OSORIO, Ricardo Serrano e COUTO, Clayton. **A defesa comercial e a restrição da liberalização e da integração comercial pelo aumento da alíquota de IPI de veículos importados no Brasil.** Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 10, n. 1, 2013.

OSORIO, Ricardo Serrano. **El sistema de extrafiscalidad minera en el Perú: estimulando una explotación minera sostenible sin incentivos?** In: Tributação, Concorrência e Desenvolvimento. GONÇALVES, Oksandro; RIBEIRO, Marcelo Miranda. (Org.). Curitiba: Juruá, 2013.

OSORIO, Ricardo Serrano. **Desenvolvimento sustentável e a ordem demográfica no século XXI: políticas globais ou regionais sobre o controle populacional?** Revista da AJURIS 129 - Ano XL. Porto Alegre, AJURIS, 2013.

OSORIO, Ricardo Serrano. **La tutela jurisdiccional al medio ambiente en un país minero: A propósito de los amparos ambientales en el Perú.** Tomo 62 Febrero. Doctrina Constitucional. Lima: Gaceta Constitucional, 2013.

_____. **A tutela das águas do mar sul-americano.** In: Os recursos naturais e o homem. O direito ao médio ambiente ecologicamente equilibrado frente à responsabilidade solidaria. BUTZKE, Alindo; PONTALTI, Sieli (Orgs.). 379 pp. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2012.

OSSA, Juan Luis Bulnes. **Tratado de Derecho de Minería.** 4 ed. Actualizada e ampliada. Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil.** 7. Ed., São Paulo: Brasiliense, 1977.

PEREZ, Rafael Gomez. **Breve historia de la cultura Europeaia.** Madrid: Rial, 2005.

PERÚ. **Resolución del Tribunal Constitucional del Perú TC.** Exp. n.º 0022-2009-PI/TC. **Caso Gonzalo Tuanama y más de 5000 ciudadanos.** Lima, 2009.

_____. Resolución del Tribunal Constitucional del Perú TC. Exp. Nro. 001126-2011-HC-TC. Madre de Dios. **Proceso: Juana Griselda Payaba Cachique.** Lima, 2011.

_____. Sentencia del Tribunal Constitucional. EXP. N.º 03343-2007-PA/TC. **Caso Cordillera Escalera.** Lima, 2009.

_____. Resolución del Tribunal Constitucional. Expediente N.º 0001-2012-PI/TC. **Caso. Proyecto Minero Conga.** 2012.

_____. **Acuerdo Nacional en Palacio de Gobierno de la República del Perú.** 22 de julio de 2002, Documento de de las políticas de Estado bajo el acuerdo nacional.

_____. **Decimocuarto Informe Anual de la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República. Enero - diciembre 2010.** 1 ed. Lima: Defensoría del Pueblo del Perú – DP. 2011.

_____. **II Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonía peruana 2007. Dirección y Supervisión general:** Gaspar Humberto Morán Flores. Tomo 1. Dirección Nacional de Censos y Encuestas del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). Lima: INEI, 2008.

_____ **Aportes para una Política Nacional de Educación Intercultural Bilingüe a favor de los Pueblos Indígenas del Perú.** Series, Informes Defensoriales. Informe Nro. 152. 1. Ed. Lima: Defensoría del Pueblo del Perú DP. 2011

_____ **Estado de la niñez indígena en el Perú.** INEI – UNICEF. Martín Benavides, Magrith Mena y Carmen Ponce. Lima: INEI y UNICEF, 2010.

_____ **La Defensoría del Pueblo y los derechos territoriales de las comunidades nativas. El conflicto territorial en la comunidad nativa Naranjos.** Informe Defensorial N° 68. Lima: Defensoría del Pueblo, 2002.

Perú. Resumen Ejecutivo del Informe del Cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio en el Perú - 2008. Presidencia del Consejo de Ministros del Perú. 1 ed. Lima, 2010.

_____ **La Electrificación Rural en el Perú: Derechos y Desarrollo para Todos.** 1 ed. Serie Informes Defensoriales - Informe Defensorial N° 149. Lima. Defensoría del Pueblo, 2010.

_____ **Decimoquinto Informe Anual de la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República.** Enero - diciembre 2011. 1 ed. Lima: Defensoría del Pueblo del Perú – DP. 2012.

PETRELLI, Gastaldi. J. **Elementos de economía política.** 15. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.

PIOVESAN, Flávia. **A constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.** São Paulo, Método. 2001.

PLANT, Roger; HVALKOF, Søren. **Titulación de tierras y pueblos indígenas.** Serie de informes técnicos del Departamento de Desarrollo Sostenible. Banco Interamericano de Desarrollo. Washington, D. C: BID, 2002.

PORTALES, Rafael Enrique Aguilera. **Políticas multiculturales, conflictos raciales y derechos de minorías en América Latina.** Revista Argumenta - Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP. Jacarezinho. N° 16 pp. 63 – 82. 2012.

POZZI-ESCOT, Inés. **El multilingüismo en el Perú.** Lima: Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas, 1998.

PRADO, Rafael Clemente Oliveira do. **Direitos Humanos, povos indígenas e desenvolvimento na expansão da fronteira agrícola na Amazônia Brasileira.** Revista de Direito Econômico e Socioambiental. PUCPR. Volume 2. Nro. 1. Janeiro-Junho 2011. Curitiba: Champagnat, 2010.

PUCP. **A tajo abierto: explorando la intervención estatal en la actividad minera.** Trabajo de investigación del grupo Ius Et Veritas. Lima: Ius Et Veirtas, 2009.

PULGAR, Manuel Vidal. **Actividad Minera y Comunidades. Bases para un mejor entendimiento.** Nro. 53. Lima: Revista de Derecho Minero y Petrolero, 2011.

RALWS, John. **Uma teoria da justiça.** 3 ed. São Paulo. Martins Fontes, 2008.

RAMÍREZ, Marcelo Ruiz; FERNÁNDEZ, Federico Christlieb. **“La policía de los indios y la urbanización del Altepétl”**, In: FERNÁNDEZ, Federico Christlieb; GARCÍA, Ángel Julián Zambrano (Org.). Territorialidad y paisaje en el Altepétl del siglo XVI. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

RICARDO, David. **Princípios de economia política e tributação.** Tradução de Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

RIBEIRO, Darcy. **As Américas e a Civilização: estudos de antropologia da civilização.** 4 ed. Petrópolis: Vozes, 1983.

ROLDÁN, Roque Ortega. **Pueblos Indígenas y Leyes en Colombia: Aproximación crítica al estudio de su pasado y su presente.** Bogotá: Tercer mundo Editores, 2000.

ROSENBLAT, Ángel. **Inca Garcilaso de la Vega. Comentarios reales de los incas.** Edición al cuidado de Ángel Rosenblat del Instituto de Filología de la Universidad de Buenos Aires. 2°ed. Tomo II. Buenos Aires: Emecé Editores, 1945.

ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia.** Buenos Aires: Editora Eudeba, 2006. p. 261.

ROWE, Edward Snow. **True Tales of Pirates and Their Gold.** New York: Dodd, Mead, 1957.

RUIZ, Mario Sanz. **La enseñanza del Derecho a través del cine: implicaciones epistemológicas y metodológicas.** Revista de educación y derecho. Education and Law Review. Número 2. Abril – Septiembre. Tarragona. 2010.

SALAMA, Bruno Meyershof. **Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North.** In: Estado de Direito e os desafios do desenvolvimento. Vieira, Oscar Vilhena: Dimitri Dimoulis (org.). Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série produção científica FGV. São Paulo: Saraiva, 2001.

SAMUELSON, Robert J. **The Spirit of Capitalism**. January/February. Vol. 80 Issue 1. New York: Foreign Affairs, 2001.

SANDEL, Michael. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. Tradução Heloisa Matias e Maria Alice Máximo 6 edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Corsino Medeiros dos. **A produção das minas do Alto Peru e a evasão de prata para o Brasil**. Brasília: Thesaurus, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **La globalización del derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación**. Traducción de César Rodríguez, Santa Fé de Bogota, 1998, Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales e Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA.

SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental. Constituição, Direitos Fundamentais e proteção do Ambiente**. 2 ed. Revista e atualizada. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SCAMBARY, Benedict. **Mining agreements, development, aspirations, and livelihoods**. In: Power, Culture, Economy. Indigenous Australians and Mining. ALTMAN, Jon; MARTIN, David. (editors). Centre for Aboriginal Economic Policy Research. Canberra: Published by ANU E Press, 2009.

SCHAPIRO, Mario G. **Repensando a relação entre Estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma Rule of Law e a relevância das alternativas institucionais**. In: Estado de Direito e os desafios do desenvolvimento. Vieira, Oscar Vilhena: Dimitri Dimoulis (org.). Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série produção científica FGV. São Paulo: Saraiva, 2001.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya. SEN, Amartya. KLIKSBERG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar. A ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. Tradução: Bernarndo Ajzenberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Editora Companhia das letras, 2010.

SERRANO, José Luis. DUARTE, Francisco Carlos. **La nueva temporalidad y el riesgo en la sociedad mundial**. Separata de Sequência. Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC. Ano XXVII. Florianópolis, 2007.

SNMPE. **La tributación minera en el Perú: contribución, carga tributaria y fundamentos conceptuales.** Documento elaborado por el Instituto Peruano de Economía IPE por encargo de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía SNMPE. 1 ed. Lima: 2011. pp. 3-63.

SNMPE. **Efecto de la minería sobre el empleo, el producto y recaudación en el Perú.** Documento elaborado por el Instituto Peruano de Economía. Lima: SNMPE, 2012. pps.46.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. MARTINS, Ezequiel. **Desenvolvimento e Direito Ambiental: A gestão democrática das cidades para a sustentabilidade.** In: O direito ambiental e biodireito: da modernidade a pós-modernidade. PEREIRA, Agostinho Oli Koppe e CALGARO, Cleide (coord.). Caxias do Sul RS, EDUCS, 2008.

SILVA, Eduardo Vale Gomes. **Mineração em Terras indígenas brasileiras – diretrizes para negociação entre empresas e comunidades.** Tese apresentada ao Instituto de Geociência – Administração e Política de recursos naturais - da Universidade Estadual de Campinas, como parte dos requisitos para obtenção do título de Doutor em Geociências. Campinas - SP, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Auto-aplicabilidade do artigo 198 da Constituição Federal,** In Boletim da Comissão Pro índio de São Paulo. Ano I, Nro. 3. São Paulo, 1984.

SOUZA, Nali de Jesus de. **Desenvolvimento econômico.** 6. ed. Rev. São Paulo: Atlas, 2012.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos povos indígenas para o direito.** Curitiba: Juruá, 1998.

_____. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano y los pueblos indígenas,** in: ‘‘Derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de América Latina’’, SANCHEZ, Henrique. Bogotá: Disloque, 1996.

_____. SOUZA FILHO, Carlos Marés de. **Princípios para defender a justiça dos índios.** CASAS, FREI Bartolomé de las. In: Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas. Curitiba: Juruá, 1992.

STEINMETZ, Wilson. **Premissas para uma adequada reforma do Estado.** Revista Trabalho e Ambiente UCS. Volume 1. Nro. 1. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Coleção o que é isto. 1 Volume. 3 ed. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre, 2012.

SUNKEL, Osvaldo; INFANTE, Ricardo. **“Hacia un crecimiento incluyente”**, Foro Chile 21, año 6, No 61, Santiago de Chile, Ediciones Fundación Chile 21, 2006.

TANAKA, Martín; HUBER, Ludwig, REVESZ, Bruno; DIEZ, Alejandro, RICARD, Xavier; ECHAVE, José de. **Minería y conflicto social**. Este artículo es el resumen de la investigación “Minería y Conflicto Social”, realizada en el marco del Concurso de Investigación CIES ACIDI-IDRC 2005. Lima: Economía y Sociedad 65, CIES, octubre 2007.

TAYLOR, John. **Measuring indigenous outcomes from mining agreements in Australia. The role of applied demography**. In: Community Futures, Legal Architecture: Foundations for Indigenous Peoples in the Global Mining Boom. LANGTON, Marcia; LONGBOTTOM, Judy (Edited). First published. Routledge: Agawam- Massachusetts,

_____. **Data mining: Indigenous peoples, applied demography and the resource extraction industry**. In: Power, Culture, Economy. Indigenous Australians and Mining. ALTMAN, Jon; MARTIN, David. (editors). Centre for Aboriginal Economic Policy Research. Canberra: Published by ANU E Press, 2009.

TEHAN, Maureen; GODDEN, Lee. **Legal forms and their implications for long-term relationships and economic, cultural and social empowerment**. In: Community Futures, Legal Architecture: Foundations for Indigenous Peoples in the Global Mining Boom. LANGTON, Marcia; LONGBOTTOM, Judy (Edited). First published. Routledge: Agawam- Massachusetts, 2012.

TRUXILLO, Charles A. **By the Sword and the Cross: The Historical Evolution of the Catholic World, 1492-1825**. Minnesota: Greenwood Press, 2001.

THURY, Valentín Cornejo. **El cine, ¿nos aporta algo diferente para la enseñanza del Derecho? Academia**. Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 7, número 14. págs. 59-81. Buenos Aires, 2009.

UNICEF. **¿Qué está pasando con los derechos de los pueblos indígenas?** Estudio regional: Buenas prácticas, obstáculos y desafíos en la implementación de las recomendaciones del Relator Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, del Comité de los Derechos del Niño y del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en Ecuador, Bolivia y Perú. Myrna Cunningham... [et al.]. UNIFEM, UNICEF, OACNUDH. 146 p. : il. Col.. Managua: CADPI, 2008.

URIBE, Aramando Herrera. **Manual de Derecho de Minería**. M-2. 3° ed. Santiago de Chile; Editorial Jurídica de Chile, 1968.

URRUNAGA, Roberto; APARICIO, Carlos. **Infraestructura y crecimiento económico en el Perú**. Revista CEPAL 107. pp. 157-177. Santiago de Chile, CEPAL, 2012.

WIELAND, Patrick Fernandini. **Avatar y la fábula del minero avaro, el Estado ausente y el indio pobre**. En: Cecilia O'Neil (ed.), Cine y Derecho, Lima: Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos; BATISTA, Anne Carolinne. **Derechos humanos, interculturalidad y educación popular**. Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales. REDHES. Año II Nro. 4. Julio-Diciembre. 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 2 edição, revista e ampliada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1995.

VALCÁRCEL, Luis E. **Historia del Perú antiguo. A través de la fuente escrita**. V. 2. Lima: Editorial Juan Mejia Baca, 1984.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A desigualdade e a subversão do Estado de Direito**. In: Estado de Direito e os desafios do desenvolvimento. (org.). Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série produção científica FGV. São Paulo: Saraiva, 2011.

VILLAS BÔAS, Hariessa C. **Mineração em terras indígenas: a procura de um marco legal**. Rio de Janeiro: CETEM / MCT /CNPq / CYTED/IMPC, 2005.

ZÁRATE, Patrícia; DURAND, Anahí. **El desarrollo a la vuelta de la mina: percepciones sobre desarrollo, pobreza y minería**. In: BARRANTES, Roxana, ZÁRATE. Patricia; DURAND; Anahí (Orgs). **“Te quiero pero no”: minería, desarrollo y poblaciones Locales**. Lima: Instituto de Estudios Peruanos IEP; OXFAM, 2005.