



Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte
<https://www.forhistiur.de>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Stephan Dusil M.A., LMS (Tübingen)

Prof. Dr. Elisabetta Fiocchi Malaspina (Zürich)

Prof. Dr. Martin Schermaier (Bonn)

Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)

Prof. Dr. Andreas Thier M.A. (Zürich)

Artikel vom 20.12.2018, Version vom 2.11.2020

© 2020 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag

<https://2018-12-guevara-gil-verona-badajoz>

ISSN 1860-5605

Armando Guevara-Gil
Aarón Verona-Badajoz

Si No Hay Sujeto, No Hay Derecho

La Negación de la Historicidad del Sujeto Indígena y la Consulta Previa en el Perú

Introducción

El Derecho moderno proyecta la fuente de legitimación de los derechos indígenas contemporáneos en las profundidades del tiempo. Por eso, el Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas enfatiza que los Estados modernos no establecen sino reconocen los derechos de los pueblos indígenas que viven en sus territorios. De esta formulación resulta que el carácter preexistente, la continuidad histórica y cultural de su trayectoria colectiva, y la experiencia colonial o neocolonial son atributos indispensables para reivindicar su vigencia.¹

El problema se acentúa cuando el régimen proindígena consagrado en la esfera internacional es trasplantado al ámbito doméstico de los países signatarios. Por ejemplo, el Convenio 169 de la OIT sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en Países Independientes (Convenio 169 o Convenio), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (la Declaración) o la Declaración de la Organización de los Estados Americanos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.²

Debido a una serie de razones, entre ellas el racismo o la discriminación, la injusticia cultural y redistributiva, y las exigencias propias de la economía política del extractivismo, los Estados mediatizan o simplemente se niegan a desarrollar las normas, políticas e instituciones destinadas a reconocer los derechos de los pueblos indígenas. Los países de América Latina, más allá del constitucionalismo multicultural y del discurso oficial celebratorio de la diferencia étnica y cultural, no escapan a esta tendencia (CLAVERO 2014; LA ROSA 2012; RUIZ 2014; GUEVARA-GIL y CABANILLAS 2018; VERONA-BADAJOZ 2014).

¹ Este es el caso de textos jurídicos como el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en Países Independientes (que reivindica la ascendencia); el artículo 7 de la ley peruana del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, de 2011 (que postula la descendencia directa); la Constitución boliviana que reconoce el carácter preexistente y ancestral del dominio de su territorio (artículos 2 y 290); la Constitución ecuatoriana que se pronuncia en sentido similar (artículos 57 y 60); entre otros ejemplos (ver CLAVERO [2014], quien cuestiona la vocación de estos reconocimientos). Asimismo, algunos autores siguen la línea argumentativa enfocada en la ancestralidad (MERINO y LANEGRA 2013: 8-9; ROMERO 2012: 53; GARCÍA 2012: 73, 98, 107; BALTAZAR 2009: 452-455; RODRÍGUEZ-PINERO 2004: 221 y YRIGOYEN 2004: 174).

² El Convenio 169 de la OIT de 1989 puede ser consultado en http://www.ilo.org/lima/publicaciones/WCMS_345065/lang-es/index.htm. La Declaración de Naciones Unidas de 2007 puede consultarse en <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/declaracion-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas.html>. La Declaración de la OEA de 2016 puede ser revisada en <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>

En este trabajo presentamos el caso del Perú debido tanto a su extraordinaria diversidad cultural³ como a su riqueza minera excepcional.⁴ El resultado de este contrapunto es una colisión entre dos regímenes legales: el que reconoce los derechos de los pueblos indígenas contra el que promueve la inversión, sobre todo en megaproyectos extractivos. Para resolver esta confrontación, la alta burocracia minera, en consonancia con los grandes inversores, ha desarrollado una estrategia destinada a evaporar la fuente de legitimidad de los derechos indígenas y, en la práctica, conculcarlos.

A diferencia de los contextos jurisdiccionales, nacionales o internacionales, en los que se desarrolla una *historia legal forense* (DUVE 2017: 15), en este caso llamamos la atención sobre una *historia y antropología legal desde el derecho administrativo*. Esta es escrita por la alta burocracia minera y sus consultores *ad hoc* con fines claramente performativos, en este caso a favor de la inversión minera. Postula que la experiencia moderna y el mestizaje han impactado significativamente en la historia y cultura de los colectivos indígenas y campesinos andinos. Ello habría producido la disolución o desaparición de los rasgos ancestrales y auténticos que les permitirían reivindicar la condición de aborígenes. Ergo, si no hay sujeto, no hay derecho.

Para analizar este proceso, en la primera sección presentamos un panorama sobre las corrientes que estudian la etnicidad, la formulación del sujeto indígena y las disputas etnopolíticas que se producen cuando las definiciones que pretende imponer el Estado prominero colisionan con sus compromisos internacionales y las reivindicaciones de derechos diferenciados. En la segunda estudiamos las asociaciones y las prácticas público-privadas destinadas a desconocer los derechos indígenas en el Perú, sobre todo cuando los petitorios mineros se superponen a los territorios comunales. En la tercera llamamos la atención sobre el desarrollo de una *historia y antropología legal desde el derecho administrativo*, elaborada por la alta burocracia minera y sus consultores para favorecer la expansión de las industrias extractivas. Finalmente, ofrecemos algunas conclusiones sobre la gravitación de la economía política del extractivismo en este peculiar tipo de historia y antropología oficial.

1. Etnicidad, sujeto indígena y disputas etnopolíticas

En una brillante y didáctica analogía, GERD BAUMANN se pregunta si la etnicidad es como la sangre o como el vino, es decir, si la portamos en nuestros genes o la cultivamos en el curso de la acción social (1999: 63-34). El primer símil tiene una impronta racial muy clara y conduce a clasificaciones tajantes entre grupos humanos porque la sangre es un atributo inmodificable. El

³ El escritor y antropólogo peruano José María Arguedas solía decir, «No, no hay país más diverso, más múltiple en variedad terrena y humana; todos los grados de calor y color, de amor y odio, de urdimbres y sutilezas, de símbolos utilizados e inspiradores.» (ARGUEDAS 2005[1968]: 100; extracto de su discurso al recibir el premio Inca Garcilaso de la Vega en 1968).

⁴ En el Perú, la producción de plata, zinc, oro, plomo y cobre oscila entre el primer y segundo lugar a nivel latinoamericano y mundial (ver <http://observatorio.osinergmin.gob.pe/peru-ranking-mundial>). No en vano, la inversión minera representa el 21% de la inversión privada en el Perú y el 57% de las exportaciones entre el año 2001 y el 2015 (ver <http://www.snmpe.org.pe/mineria/publicaciones-del-sector-minero/peru-sector-minero.html>). Más aún, la proyección de la inversión privada para el periodo 2017-2019 es de 35,8% (Banco Central de Reserva del Perú 2017: 48, 54).

segundo enfatiza el carácter histórico y cultural de las identidades colectivas y de los marcadores que las diferencian. El problema, como indica el autor, es que la exacerbación de las diferencias étnicas conduce a la formación de prejuicios, a la calcificación de las fronteras étnicas y, eventualmente, al estallido de conflictos violentos.

Para estudiar las identidades como procesos histórico culturales se han desarrollado dos grandes escuelas: la escuela de la supervivencia cultural, inspirada en corrientes estructural-funcionalistas, y la de la resistencia/adaptación, derivada de los estudios sobre la subalternidad y la hegemonía (GUEVARA-GIL 2009: 90-92).⁵ La primera,

resalta los rasgos primordiales o esenciales de los grupos estudiados. Estos atributos están espacial y culturalmente distribuidos en forma discreta y diferenciada con respecto a otros grupos. El lenguaje, la organización política, el ritual, la religión o las formas de adaptación al medio sirven de marcadores que fijan y tipifican la identidad del grupo y devienen en elementos esenciales y definitorios de «lo indígena». En esta perspectiva, el grado de «indianidad» se mide por la proximidad o distancia a los parámetros identificados, y la supervivencia o asimilación del grupo se pronostica en función de la factibilidad de continuar la práctica de los patrones culturales considerados esenciales.⁶

De otro lado, la escuela de la resistencia/adaptación,

postula que la identidad indígena es un producto que fluye del devenir histórico y de los diversos encuentros culturales, sociales y políticos experimentados por los pueblos indígenas a lo largo de la historia [...]. La identidad y la situación actual son [...] fruto de las luchas contra el despojo territorial, la asimilación cultural, la marginación social, la degradación étnica y la pauperización de las sociedades aborígenes afectadas por el colonialismo (externo o interno). En este contexto, la identidad indígena es fluida, relacional y flexible [...]. Esta escuela enfatiza que la presión e influencia de las fuerzas externas puede ser de tal magnitud que las sociedades indígenas contemporáneas no necesariamente se asemejan a sus predecesoras porque han ido incorporando diversas formas socio-culturales que las han transformado por completo (e. g., religión Católica, cabildos, alfabeto, derecho). [...]

Bajo esta perspectiva, es importante enfatizar que los «indios» son, en efecto, una creación colonial y estatal. Sin ambos referentes no existirían «indios» ni comunidades indígenas o campesinas. Indios y comunidades no son los resabios de sociedades aborígenes aisladas y suspendidas en el tiempo sino el resultado de procesos históricos de resistencia a la subordinación e incorporación excluyente a una economía política mayor (colonial, nacional, internacional).

⁵ JOSÉ BENGEOA insiste en el carácter dialógico de las identidades, aunque subraya que a veces las asimetrías de poder conducen a la imposición, inclusive violenta, de las características que supuestamente definen al otro (2007[2000]: 10-11).

⁶ Tal y como señala BAUMANN, esta «falsa carta» puede ser jugada etnopolíticamente por quienes discriminan o por quienes reivindican su identidad diferenciada (1999 :62-63).

Como se aprecia sobre todo en la escuela primordialista, la proyección de prejuicios sobre «el otro» lo retratan como exótico y distante, a veces románticamente, como en el mito del buen salvaje, o a veces denigratoriamente, como en el mito del caníbal salvaje. En este juego de espejos, los marcadores que enfatizan la diferencia, pureza y ancestralidad sirven para definir las identidades y los derechos de base étnica (DUVE 2017: 14-15; KUPER 2003: 390-391, 395, 400). El sujeto indígena latinoamericano no ha sido la excepción debido a la experiencia colonial y neocolonial que ha experimentado (COSTA 2016: 15-20; ALBÓ 2003). **13**

En la construcción y aplicación del discurso jurídico en materia indígena, el primordialismo o esencialismo resulta prevalente. Ello se grafica en las tres fuentes principales para caracterizar al sujeto indígena: el Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas – Conclusiones, Propuestas y Recomendaciones de JOSÉ MARTÍNEZ COBO (1987);⁷ el Convenio 169 de la OIT (1989); y la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, Ley n.º 29785 (2011). **14**

Por ejemplo, la categoría «pueblo indígena», derivada del Convenio 169 ha sido y es materia de disputa debido a la impronta esencialista y genealógica que plantea para el reconocimiento de una colectividad como pueblo indígena (ver nota 1). En esta concepción, la supuesta *pureza* (étnica, cultural, racial)⁸ pasa a ser un requisito para acceder a ese régimen de derechos especiales. Como apunta Kuper (2003: 389), aquí se produce una traducción de los prejuicios raciales de jerarquización, discriminación y estancamiento temporal a un lenguaje más aceptable, en tiempos multiculturales, de cultura, etnia y diversidad. **15**

Es menester reconocer que los tres documentos mencionados, en particular el de MARTÍNEZ COBO (1987: 30-31), resaltan o al menos aluden a la necesidad de asumir la diferencia cultural efectiva en su propio contexto histórico, es decir, diacrónica e intersubjetivamente en lugar de sincrónica y estáticamente (DUVE 2017: 1; SEN 2007: 155-161). También señalan que la autopercepción de esa diferencia es un elemento de diagnóstico crucial para la identificación del sujeto indígena.⁹ No obstante, si bien la ascendencia no es el único criterio de identificación, en la práctica todos los otros se subordinan a este. Así, aunque en el discurso multicultural en boga lo importante es acreditar la diferencia cultural, esta ha sido desplazada por una aproximación genealógica (biológica o sociocultural) improbable. **16**

Por eso, lo que enfatizan es la continuidad histórica, expresada en el vínculo ancestral entre un pueblo indígena situado temporal y espacialmente en un contexto moderno y sus (supuestos) antepasados premodernos. MARTÍNEZ COBO destaca que se trata de una sucesión histórica autopercebida (1987: 30), el Convenio 169 de una relación de ascendencia (artículo 1.b) y la ley **17**

⁷ Al momento de su redacción, Cobo era relator especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de Naciones Unidas.

⁸ Ver DUVE 2017: 17; GUEVARA-GIL 2009: 91; PLASENCIA 2005.

⁹ Ver los artículos 1.2, 2.b, 5.a-b, 8.1, entre otros, del Convenio 169 y el artículo 7 de la ley n.º 29785. Por lo menos en dos de sus documentos sobre el estado de las poblaciones indígenas en el mundo, la Organización de las Naciones Unidas sigue a MARTÍNEZ COBO (2009: 4-7; 2016: 3-6). Por su parte, la Organización de Estados Americanos, basada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también ha resaltado este punto (2010: 12).

peruana de descendencia *directa* (artículo 7.a; nuestro énfasis). Nótese que la ley expande la exigencia del Convenio para, precisamente, restringir su aplicabilidad.

Este planteamiento excluye a los colectivos diferenciados cuya peculiaridad podría fácilmente distinguirse bajo una óptica multicultural. A veces la *ancestralidad* no puede ser históricamente rastreada o ni siquiera es admitida por los propios grupos debido a su inevitable asociación con lacerantes y discriminatorias jerarquías raciales (GUEVARA-GIL 2009: 86-87). El antropólogo FRANK SALOMON (2001) y la historiadora CECILIA MÉNDEZ (2002), por ejemplo, han llamado la atención sobre estas identidades sin aparente ancestralidad. El primero detecta que los comuneros de Tupicocha (Huarochirí, Lima), indígenas para cualquier observador externo, rechazan esa denominación por la carga premoderna que implica y porque han construido su identidad bajo un esquema de arraigo local e interpretación mitohistórica peculiar. La segunda anota que los iquichanos de las alturas de Huanta, Ayacucho, derivan su identidad actual de un proceso de etnogénesis republicano (siglos XIX-XX).

De otro lado, en contextos de ciudadanía disminuida (GIBNEY 2008: 27-28), otros colectivos y organizaciones han optado más bien por la vía de la reivindicación étnica para afirmarse como sujetos políticos con capacidad para invocar el Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas (tratados, jurisprudencia) y la legislación especial interna. Sergio Costa, por ejemplo, refiere que en el Brasil una comunidad afrodescendiente debió subsumirse bajo la categoría jurídica de «quilombo», que tiene rango constitucional, pese a que originalmente no se definía como tal, solo para tener derechos inaccesibles de otra manera, a pesar de su diferencia cultural (COSTA 2016: 21-25). GUEVARA-GIL, para el Perú, relata que los Uros Chulluni, que habitan islas flotantes en el Lago Titica, transitaron de la exigencia de ser reconocidos como comunidad campesina a la de serlo como pueblo indígena para mejorar su capacidad de negociación con el Estado (2009: 178, n. 104).

El Ministerio de Energía y Minas peruano, por su parte, ha decidido asumir el enfoque esencialista para interpretar el Convenio 169 y la legislación especial sobre la consulta previa.¹⁰ No prioriza la diferencia cultural en sí misma, sino la identificación de las comunidades y pueblos actuales con los modos de vida de sus ancestros, ciertamente míticos y premodernos. A pesar de las migraciones, desposesión, discriminación, asimilación y adaptación que han marcado la trayectoria histórica de las identidades étnicas y locales en el Perú, mediante esta operación se despoja a grupos culturalmente diferenciados y en situación de vulnerabilidad de su historicidad y de sus posibilidades de apelar a la legislación especial proindígena (DUVE 2017: 3-4, 8-9). Tal vez una de las expresiones más gráficas de esta desnaturalización sean unas sentencias del Tribunal Constitucional en las cuales la defensa del Estado declara, sin ambages, la inexistencia del sujeto de derechos especiales

¹⁰ Además de la Ley n.º 29785, rige su reglamento (Decreto Supremo n.º 001-2012-MC); la Resolución Ministerial n.º 202-2012-MC (y su Directiva n.º 03-2012-MC, Directiva que regula el funcionamiento de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios); y la Resolución Ministerial n.º 004-2014-VMI-MC (y su Directiva n.º 001-2014-VMI-MC, Lineamientos que establece instrumentos de recolección de información social y fija criterios para su aplicación en el marco de la identificación de pueblos indígenas u originarios).

porque el proceso de mestizaje peruano habría desaparecido cualquier rasgo netamente originario (VERONA-BADAJOS 2014: 39, 154-155, 173-174).¹¹ 11a

En efecto, como se verá a continuación, la estrategia de la alta burocracia minera está dirigida a lograr que el sujeto «pueblo indígena» sea impredecible, ya que solo podría definirse como tal a los colectivos alocrónicos (FABIAN 2014[1983]: 25-35), es decir, a aquellos pueblos o comunidades atrapados en la premodernidad, endogámicos y de intersubjetividad negada.¹² El menor contacto con la modernidad o cualquier proceso histórico-cultural de contacto los despojaría de su etnicidad y, en consecuencia, de sus derechos diferenciados.

21

2. Asociaciones y prácticas público-privadas para desconocer derechos indígenas

Entre los años 2012 y 2014, el Ministerio de Energía y Minas del Perú (MINEM) emitió más de una docena de resoluciones directorales que autorizaban el inicio de actividades de explotación y exploración minera sin verificar la existencia de comunidades campesinas que podrían haber invocado la condición de indígenas. En consecuencia, ningún proceso de consulta previa se llevó a cabo (GUEVARA-GIL y CABANILLAS 2018). Semejante sesgo de la administración fue denunciado por la Defensoría del Pueblo, lo que motivó una investigación del Órgano de Control Institucional del propio ministerio. La conclusión del Informe de Auditoría n.º 08-2015-2-0054 (OCI-MINEM 2015) fue que, efectivamente, la alta burocracia minera había resuelto favorablemente las peticiones de los inversores sacrificando los derechos fundamentales de las comunidades afectadas por los proyectos mineros.

22

Esta práctica, derivada de una agresiva política de promoción del extractivismo, se contradice, sin duda, con los discursos oficiales que el Estado peruano ha desarrollado en dos frentes. En el político-constitucional, el reconocimiento de los derechos indígenas, inspirado por el Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas y por el constitucionalismo latinoamericano multicultural de la segunda mitad del siglo pasado (COSTA 2016: 18; VERONA-BADAJOS 2014: 44), se plasmó tanto en la aprobación de la Constitución de 1993 como en la ratificación del Convenio 169 de la OIT.¹³ En el económico, el reconocimiento celebratorio de las culturas andinas y amazónicas ancestrales para captar una parte del flujo turístico internacional, se plasmó en campañas publicitarias alocrónicas que enfatizaban la radical otredad de los pueblos indígenas, representados

23

¹¹ El término mestizo, evocativo de la estratificación racial que caracterizó tanto la colonia como buena parte de la república, tiene hoy un contenido ambiguo que combina este recuerdo racial con la percepción de movilidad social que implica pasar de la pobreza (asociada a lo rural e indígena) a una posición socioeconómica mejor (IOP-PUCP 2017: 5-7, 10-11, 17). Su empleo puede leerse como una propuesta ciudadana poscolonial.

^{11a} La frase precedente fue modificada posteriormente (3.11.2020).

¹² FABIAN denuncia una «persistent and systematic tendency to place the referent(s) of anthropology in a Time other than the present of the producer of anthropological discourse» (2014[1983]: 31).

¹³ La Constitución peruana de 1993, por ejemplo, reconoce la pluralidad étnica y cultural (artículos 2.19, 17, 89), y de formas de propiedad (artículo 60); el derecho de propiedad comunal sobre la tierra (artículo 88); la autonomía de las comunidades campesinas y nativas en su organización, en el trabajo comunal, el uso y la libre disposición de sus tierras (artículo 89) y la administración de justicia (artículo 149). Asimismo, fomenta la educación bilingüe e intercultural (artículo 17) y establece cuotas de representación de las comunidades campesinas, nativas y «pueblos originarios» en los gobiernos regionales y locales (artículo 191).

como »parte de un paisaje, como adorno de una postal, como marca bandera« (DEGREGORI y SANDOVAL 2009; ver también GUEVARA-GIL y CABANILLAS 2018: 443).¹⁴

La razón de esta flagrante contradicción se encuentra en el modelo extractivista que preside la economía nacional.¹⁵ Tal como señalan GUEVARA-GIL y CABANILLAS, el crecimiento de la actividad minera ha sido exponencial:

Mientras el año 2009 las concesiones mineras (exploración y explotación) cubrían el 7.3%; el año 2014 se asentaban sobre el 20.23% del territorio nacional. Al expandirse, la superposición entre los mapas de concesiones mineras e hidrocarburíferas y los que grafican a los territorios indígenas y comunales es evidente. Solo para traer un ejemplo a colación, el 96.16% del distrito de Cañaris, ubicado en la sierra de la región Lambayeque, fue concesionado para actividades mineras. Estas concesiones afectaron sobre todo a la Comunidad Campesina de San Juan Bautista de Cañaris y se otorgaron sin haber consultado previamente a ni un solo comunero. (2018: 444)

A continuación presentamos un análisis de las estrategias desarrolladas por el Ministerio de Energía y Minas entre los años indicados para desconocer al sujeto indígena y evitar los procesos de consulta previa que, en el imaginario empresarial predominante, solo sirven para paralizar o impedir sus inversiones (GUEVARA-GIL y CABANILLAS 2018: 462). Luego, se examinan los pasos que siguió para plantear una *historia y antropología legal desde el derecho administrativo* signada por el esencialismo cultural y hasta racial, destinada a conculcar los derechos de las comunidades campesinas afectadas por la inversión minera.

Es necesario aclarar, sobre esa activa política de desconocimiento, que en ese período el MINEM siguió las directivas emitidas por el órgano especializado en esta materia, el Ministerio de Cultura.¹⁶ Estas propiciaban la esencialización de la categoría »pueblo indígena«, pues solo priorizaban dos elementos para comprobar el cuestionable criterio de »continuidad histórica« para acreditar su existencia: la lengua y la propiedad comunal de la tierra.¹⁷ Si cumplir con las exigencias para

¹⁴ De acuerdo a Guevara-Gil y Cabanillas, »[g]racias a las campañas publicitarias y a la mejora en los servicios, el turismo internacional ha aumentado notablemente en los últimos 10 años: en el 2007 llegó a 1.8 millones, 82% más que en el 2002; en el 2015, a 3.5 millones de turistas, 7.5% más que en el 2014; y en el 2016 a 3.7 millones, 7.7% más que el año anterior, según las estadísticas del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo« (GUEVARA-GIL y CABANILLAS 2018: 443).

¹⁵ Distintos mapas sobre la expansión minera en el Perú demuestran la voracidad con la que el Estado ha concesionado territorios (Cooperación 2014), en algunos casos por encima del 65% del área de un departamento, como es el caso de Moquegua (77,77%) y Apurímac (67,75%) (Grupo Propuesta Ciudadana 2014). La superposición con el mapa etnolingüístico del año 2010 se aprecia en <http://www.indepa.gob.pe/mapa2.html>. En relación a la consulta previa, el mapa interactivo del Ministerio de Cultura, muestra cómo es que la mayoría de procesos en marcha se vinculan con actividades extractivas, lo que coloca al MINEM como la principal entidad estatal responsable de la consulta (ver <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/>)

¹⁶ Debe mencionarse que, en algunos casos, el informe de auditoría mide el actuar del MINEM en función de una guía metodológica del Ministerio de Cultura emitida con posterioridad a los hechos investigados (OCI-MINEM 2015: 28, 47). No obstante, si bien esto es algo criticable, no excusa al MINEM de su conveniente indiferencia ante lo dispuesto por la normativa tanto nacional como internacional, vigente desde hace lustros.

¹⁷ Ver el artículo 7.1.5 de la Resolución Ministerial n.º 202-2012-MC (y su Directiva n.º 03-2012-MC). Los lineamientos para la identificación de pueblos indígenas serían luego precisados con mayor detalle metodológico y conceptual a mediados de 2014 (Resolución Ministerial n.º 004-2014-VMI-MC). Debe mencionarse que incluso en esta visión restringida de los criterios objetivos para identificarlos, ninguno de estos dos elementos de diagnóstico son determinantes, pese a que la lengua es una expresión cultural muy significativa en el Perú. Ver,

acreditar esa continuidad impoluta, libre de resabios occidentales, coloniales o republicanos, era muy difícil de por sí, la actuación de la burocracia minera impidió que las comunidades afectadas pudieran reivindicar su condición étnica. Como resalta el informe de auditoría del MINEM, su propia Dirección General de Minería procedió, por lo menos, negligentemente en el proceso de identificación sociocultural de las comunidades campesinas y, además, manipuló la información que obtuvo.¹⁸

En efecto, la primera objeción surge cuando la burocracia minera consideró determinante la información contenida en la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios del Ministerio de Cultura (2013).¹⁹ Esta lectura dirigida se hizo para autorizar la exploración o explotación minera en áreas en las que no figuraban pueblos o comunidades indígenas. Lo llamativo, por decir lo menos, es que el propio Ministerio de Cultura consideró y considera que su Base es referencial y por eso recomienda que la caracterización del sujeto indígena se haga a partir de trabajos etnográficos (OCI-MINEM 2015: 48-49; GUEVARA-GIL y CABANILLAS 2018: 455-456).

La segunda observación es que los informes antropológicos que el MINEM contrató para verificar la existencia de pueblos indígenas en zonas de actividad minera fueron mal hechos. No solo seleccionaron muestras muy escasas y distorsionadas para derivar sus conclusiones (e.g., entrevistar a comuneros contratados por el proyecto minero), sino que no justificaron la metodología que emplearon. Tampoco aplicaron las herramientas metodológicas señaladas por el Ministerio de Cultura o no las usaron adecuadamente. En el colmo de la debilidad metodológica, en algunos casos las conclusiones de los informes no se siguen de los hallazgos consignados ni incluyen la documentación que las debería respaldar (OCI-MINEM 2015: 23-28; 31-32).²⁰

El tercer cuestionamiento a la negación del sujeto indígena es que el criterio utilizado por el MINEM para evaluar el grado de afectación de las comunidades campesinas por las inversiones mineras haya sido el de la superposición geográfica entre el territorio comunal y el área del proyecto (OCI-MINEM 2015: 15). Esta opción, que sustenta las resoluciones ministeriales observadas, contraviene normas de mayor rango como son el Convenio 169 de la OIT (artículos 6.1.a, 14) y la ley de consulta previa de 2011 (artículo 5, 7.b, 8.e, 9; reglamento, artículos 3.b-c), pues estas no limitan la afectación de derechos al ámbito geográfico, sino que ponderan su impacto efectivo al hábitat del pueblo o comunidad. Por último, en lugar de seguir al pie de la letra la directiva del Ministerio de Cultura para definir la «continuidad histórica» entre los pueblos originarios y las

por ejemplo, el mapa etnolingüístico elaborado por el Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano (2010) y el mapa sonoro estadístico elaborado por el Ministerio de Cultura peruano (2015, ver <http://www.mapasonoro.cultura.pe/>)

¹⁸ El impacto del informe de auditoría fue notorio aunque luego se diluyó. Las funciones vinculadas con la aplicación del derecho a la consulta (incluyendo la identificación del sujeto indígena) fueron transferidas a la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del MINEM (DGAAM), pero en la práctica la Dirección General de Minería (DGM), la dependencia que institucionalizó las prácticas reseñadas, continuó ejerciéndolas (OCI-MINEM 2015: 22). Para una explicación más detallada, ver GUEVARA-GIL y CABANILLAS (2018).

¹⁹ Ver <http://bdpi.cultura.gob.pe/>

²⁰ Los informes se refieren a la comunidad campesina Cayhuachahua – Proyecto Hierro Aymaraes, comunidad campesina Ccollpa Casahui – Proyecto Crespo, comunidad campesina de Huallhua – Proyecto Inmaculada, y comunidad campesina de Huaquirca – Proyecto Anama.

28

29

30

comunidades campesinas, el MINEM debió regirse por los criterios establecidos en las normas de rango superior (OCI-MINEM 2015: 47-48). El resultado, como era de esperarse, fue que ningún pueblo o comunidad indígena fue identificado como tal y cuatro empresas mineras lograron la aprobación de sus operaciones sin necesidad de pasar por procesos de consulta previa.²¹

En lo que respecta a la manipulación de información para impedir el ejercicio del derecho a la consulta previa, destacan tres ejemplos. El primero es que las empresas Strait Gold Perú SAC y Exploraciones Águila Dorada SAC presentaron al MINEM actas de las asambleas generales de la comunidad campesina Cancahuani y la comunidad nativa Los Naranjos en las que señalaban que sus derechos no se verían perjudicados por las actividades de ambas compañías. Amparadas en estos documentos, las mineras solicitaron al MINEM que declarase innecesaria la verificación de los procesos de consulta respectivos. El ministerio procesó este pedido como parte de su propio discurso denegatorio (OCI-MINEM 2015: 36-37). **31**

Esta aparentemente exitosa conciliación de intereses públicos, privados y comunales obedece a una interpretación muy sesgada de los deberes de protección que tiene el Estado en materia de derechos fundamentales, en este caso colectivos. El MINEM debió, más bien, cerciorarse de que esas comunidades tenían pleno conocimiento de sus derechos especiales, de las consecuencias de sus expresiones de voluntad y de que estas no fueron manipuladas o tergiversadas. Como comprobaron después los auditores del sector, ninguna de las dos comunidades conocía ni les fueron comunicados sus derechos, entre ellos el de la consulta (OCI-MINEM 2015: 38). **32**

El segundo ejemplo se deriva del examen del expediente de Exploraciones Águila Dorada SAC. En la acción de control, el Apu (líder) de la comunidad nativa precisó que la empresa había intervenido en la elaboración del acta que sirvió para decretar la inaplicabilidad del derecho a la consulta, entre otros (OCI-MINEM 2015: 37-38). Es decir, no solo se creó una justificación caprichosa e ilegal para que el Estado incumpla con sus deberes de protección, sino que esta se ideó con el concurso de una empresa privada interesada, sin duda, en que no se convoque a una consulta previa. Se trata de otro caso en el que el »Estado transfiere, entonces, su misión civilizatoria a las grandes empresas, que supuestamente sí saben cómo poner en valor estos territorios [comunales]« (DEGREGORI y SANDOVAL 2009; GUEVARA-GIL y CABANILLAS 2018: 448-451). **33**

El último ejemplo es el de la identidad de los informantes o entrevistados que los consultores contratados por el MINEM consignan en sus informes de caracterización sociocultural. Esta no pudo ser corroborada por el Órgano de Control Institucional en sus trabajos de campo, lo que siembra dudas sobre la veracidad de la información utilizada para justificar los derechos mineros concedidos a las empresas (OCI-MINEM 2015: 64).²² **34**

Luego de la revisión de las estrategias discursivas destinadas a desconocer al sujeto indígena, en la siguiente sección examinamos la peculiar historia y antropología legal elaborada por una poderosa **35**

²¹ Sumitomo Metal Mining S.A., Minera Trevali Perú S.A.C., Verde Resources S.A.C. y Hudbay Perú S.A.C.

²² La auditoría, además, establece las responsabilidades individuales de los funcionarios involucrados en la elaboración de las resoluciones cuestionadas (OCI-MINEM 2015: 43-46, 54-60, 66-69).

asociación público-privada formada por la alta burocracia minera y algunas empresas interesadas en evaporar al sujeto indígena con el fin de evitar los procesos de consulta a los pueblos y comunidades afectados por los proyectos extractivos que pretenden ejecutar a toda costa. Incluso si para ello es necesario apelar al esencialismo cultural y hasta racial, y exigir una historicidad perversamente idílica para poder calificar como «pueblo indígena».

3. Historia y antropología legal desde el derecho administrativo: el indígena imposible

El sello distintivo de los informes profesionales que justificaron las autorizaciones de exploración y explotación minera que concedió el MINEM en desmedro de los derechos especiales de las comunidades afectadas fue la trampa de la esencialización: solo se atribuye la identidad indígena al sujeto colectivo primitivo y premoderno; si no lo es, entonces no puede exigir el reconocimiento jurídico de su diferencia étnica o cultural. De modo complementario, pese al consenso internacional que señala que la denominación de un pueblo indígena es irrelevante para reconocerlo como tal, los expertos al servicio del MINEM invierten el sentido de la proposición. Para ellos, denominar a un colectivo indígena de otra forma resulta más bien útil para negarle su identidad étnica y cultural, incluso cuando se evidencia una efectiva diferencia cultural.

Esta estrategia denegatoria se puede rastrear en los informes que sustentaron las Resoluciones Directorales del MINEM a favor de más de una docena de proyectos mineros (GUEVARA-GIL y CABANILLAS 2018). Aquí solo analizamos dos informes, el primero preparado por consultores designados por el ministerio y el segundo por expertos contratados por las empresas interesadas. Estos documentos grafican cómo se elabora una antropología e historia legal administrativa que reconfigura la trayectoria y el perfil sociocultural de las actuales comunidades campesinas o nativas para negar sus derechos y acelerar la inversión minera.

El primer informe corresponde al caso de la comunidad campesina Cayhuachahua.²³ Esta se encuentra en el departamento de Apurímac, provincia de Aymaraes, distrito de Lucre. En sus tierras se pretendía desarrollar el proyecto de exploración «Hierro Aymaraes», a cargo de la empresa Ferrobamba Iron S.A. El trabajo de campo para la identificación de la comunidad como pueblo indígena fue encargado por el MINEM a un equipo consultor dirigido por el sociólogo Víctor Nomberto Bazán.²⁴

De acuerdo al informe de los consultores, su trabajo de reconocimiento etnográfico duró un día. Además, de una población de 500 comuneros que viven en 13 caseríos, solo entrevistaron a cinco personas, el 1% del total (Informe n.º 010-2014: 13, 24, 28). Ambos datos revelan la baja calidad profesional del equipo contratado. La muestra no se sustenta ni cuantitativamente, pues no se justifica metodología alguna en ese sentido, ni cualitativamente, dada la dispersión geográfica de los

²³ Informe n.º 010-2014-MEM-DGM-DTM/IEX que sustenta la Resolución Directoral n.º 005-2014-MEM/DGM. En adelante, Informe n.º 010-2014.

²⁴ El perfil del consultor puede ser visto en https://dina.concytec.gob.pe/appDirectorioCTI/VerDatosInvestigador.do?id_investigador=26903

36

37

38

39

comuneros en tantos caseríos y la variabilidad que esto implica. La muestra para tan una población de tales características, la desvirtúa. Tampoco es serio pretender que un solo día de interacción directa con los comuneros puede ser suficiente para caracterizar sus patrones culturales e identidad étnica.

Una metodología tan banal solo podía conducir a conclusiones de similar naturaleza, basadas en generalizaciones y observaciones superficiales, muchas veces contradictorias con las más elementales consideraciones antropológicas e históricas. Partiendo de una visión estática y alocrónica sobre la historicidad de la cultura, los consultores se concentraron en desvirtuar el carácter indígena de la comunidad esgrimiendo falacias.

Para justificar sus conclusiones adelantadas, se dedicaron a recolectar información que confirmase la existencia de tecnologías y prácticas consideradas modernas, de tal manera que se negara la cualidad indígena a Cayhuachahua (Informe n.º 010-2014: 38). Así, mientras describen una comunidad caracterizada por una economía agrícola de subsistencia, la carencia de servicios de agua y electricidad, una arquitectura semitradicional, prácticas médicas ancestrales, y el uso de instrumentos y vestimenta tradicionales; inmediatamente después neutralizan estos indicadores señalando que algunos pobladores trabajan para la compañía minera, acuden a centros de salud estatales, manejan aparatos electrónicos, consumen productos no tradicionales y enfatizan que no todos usan vestidos «típicos». Además, anotan que la empresa arrienda un local a la comunidad. A estos aires modernizantes añaden que si bien la población conserva algunas festividades «típicas», es mayoritariamente católica o evangélica (Informe n.º 010-2014: 27-32).

El informe concluye que la comunidad campesina de Cayhuachahua no pertenece a un pueblo indígena, a pesar de «descender de poblaciones originarias» (Informe n.º 010-2014: 38). De este modo, los consultores plantean, y el MINEM acepta, que el requisito esencial para acceder a derechos diferenciados es encontrarse en un estado de aislamiento absoluto, no participar de la modernidad y la globalización, excluirse de servicios que mejoran la calidad de vida, y, más absurdo aún, resistirse a los avances estatales por dotarlos. Al comprobar que la comunidad no posee estas características, pasa a ser definida como una «población rural integrada predominantemente a la sociedad estatal» (Informe n.º 010-2014: 39).

En el campo de la historia, en particular de la evolución institucional de las sociedades campesinas, la justificación de la falta de identidad indígena es enrevesada, por decir lo menos. En principio, los consultores afirman que la comunidad se encuentra en un largo proceso de transición de lo indígena hacia lo campesino, presentando a ambas categorías como necesariamente antitéticas, cuando más bien corresponden a dos visiones sobre el proceso histórico y cultural que han atravesado las sociedades andinas.²⁵ Encima, recurren a un falso historicismo para vincular la política de las reducciones de pueblos de indios del virrey Francisco de Toledo (siglo XVI) con la reforma agraria iniciada en 1969 (Informe 010-2014: 32-38) y concluir que esa trayectoria *desindigenizó* a los comuneros contemporáneos.

²⁵ Sobre el énfasis socio-económico o étnico-cultural para definir a las sociedades rurales como campesinas o indígenas, véase GUEVARA-GIL 2009: 79 et seq.

Los juicios preconcebidos también nutren al informe antropológico de parte preparado por Pleno Ingeniería Social SAC a favor de la empresa Ferrobamba Iron S.A. (2013). Las falencias metodológicas son similares. Solo entrevistó a 13 personas (2.6% de la población) y la muestra tampoco fue representativa de los caseríos y diversidad de opiniones sobre la presencia de la minera en su territorio (Pleno 2013: 9). Lo más saltante del informe es una lista de indicadores para la identificación de pueblos indígenas, cuyo autor sería el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas (no cita una referencia específica). Esta excede los criterios establecidos en el Convenio 169 de la OIT y en las normas nacionales, a la vez que crea condiciones para formular afirmaciones esencialistas. Por ejemplo, uno de los indicadores reza: »[q]ue sea Pueblo Indígena bajo la denominación de Comunidades Campesinas y Nativas constituidas *antes* de la Reforma Agraria« (Pleno 2013: 12-14; nuestra cursiva), como si ese proceso de cambio fuera determinante y suficiente para definir la identidad indígena. 44

Precisamente, usando este extraño indicador, la consultora sostiene que la comunidad de Cayhuachahua no tiene antecedentes de pertenecer a una comunidad originaria porque recién en 1962 adquirió su actual territorio para finalmente constituirse en comunidad campesina a principios de los años 1980. Como se observa, incluso dentro de esta lógica antojadiza la consultora cayó en flagrantes contradicciones porque la fecha señalada para la adquisición de sus tierras es anterior a la reforma agraria de los años setenta (Pleno 2013: 31, 32, 37). La contradicción también es evidente al referirse a la religiosidad local. Mientras en una parte señala que los lugares sagrados (apus) y las prácticas rituales tradicionales han desaparecido, en otra describe rituales propios de la religiosidad andina (Pleno 2013: 78, 109, 80-83, 98). 45

Para tratar de desvirtuar cualquier rasgo de continuidad histórica, Pleno refiere que antes de la formación de la comunidad campesina existía un centro poblado llamado Cayhuachahua, cuya ubicación se corresponde con la comunidad actual, pero que eso no implica que estén vinculados con los habitantes originarios de la región. También enfatiza que no hay registro histórico de la existencia de la comunidad o algún antecedente organizativo consuetudinario antes de los años 1980, pretendiendo bloquear cualquier aspiración genealógica (Pleno 2013: 32, 39, 87, 113). 46

El informe de parte también subraya la presencia de tecnología y prácticas consideradas modernas para banalizar la diferencia cultural de la comunidad y desacreditar su carácter indígena. Así, el material de construcción de las viviendas, la parcelación familiar de la tierra, el consumo de comida no originaria, la vestimenta moderna, la urbanización del poblado central, la existencia de servicios básicos y los cambios de oficio (incluso de los migrantes) son algunos de los elementos modernos que anulan la etnicidad ancestral porque no se condicen con la »época de los incas« (Pleno 2013: 43-46, 52, 73, 90, 97, 106, 110). 47

Para sustentar su visión estática y maniquea señala que el manejo de la tierra en Cayhuachahua ya no es indígena porque prima la parcelación familiar y, en la peor vena superorgánica, que las comunidades indígenas ejercen un férreo control sobre sus miembros, al punto de abolir su individualidad (ergo, conductas individualistas expresan su disolución). También afirma que la actividad minera artesanal no es tradicional sino moderna, por lo que su difusión local es un síntoma 48

inequívoco de su desintegración étnica. Una vez más todas estas aseveraciones carecen de respaldo bibliográfico o etnográfico (Pleno 2013: 54-55, 74, 80).

Bajo el mismo razonamiento, la consultora llega a sostener que las reconocidas prácticas democráticas campesinas, cuyo emblema son las decisiones que se toman en las asambleas comunales, son manifestaciones »occidental[es] y moderna[s]« que van en contra de su cultura y etnicidad tradicional (Pleno 2013: 96). **49**

Finalmente, en un atrevido uso estratégico de las normas, la consultora niega que la lengua sea un elemento determinante para identificar a un pueblo indígena. Si bien esto es consonante con las advertencias del Convenio 169 y con la normatividad nacional,²⁶ es evidente que estas disposiciones tienen un sesgo proindígena, para prevenir que el efecto de la castellanización, por ejemplo, sea usado en su contra. Como en la comunidad de Cayhuachahua se verificó que la lengua quechua era predominante, Pleno procura invisibilizar este marcador etnolingüístico del carácter indígena de la comunidad (2013: 99). **50**

Por su parte, el segundo caso, correspondiente al proyecto minero Antamayo, también fue objeto de dos informes de caracterización sociocultural, uno oficial y otro de parte (GUEVARA-GIL y CABANILLAS 2018: 451-452). El objetivo fue sustentar la inaplicabilidad de la consulta previa a la comunidad de Flor de Cantu (Ancash). En este caso, la beneficiaria de la Resolución Directoral n.º 208-2013-MEM/DGM que autorizó el inicio de las actividades de exploración fue la empresa OBAN SAC **51**

El informe del MINEM fue preparado por Dixie Arlyn Arteaga, Sofía Romero y José Li Wan (en adelante, ARTEAGA et al. 2013). También presenta fallas metodológicas. El trabajo de reconocimiento etnográfico fue realizado en un solo día, únicamente entrevistaron a 9 personas de un total de 1,119 comuneros²⁷ (0.8%) que tenían vínculos con la empresa (ARTEAGA et al. 2013: 12). **52**

Es más, reporta que luego de un par de talleres informativos la empresa y la comunidad firmaron una escritura pública para autorizar las actividades de exploración (Arteaga et al. 2013: 11). Si bien el año 2009 el Tribunal Constitucional consintió que ante la ausencia de una ley de consulta previa se aplicara el Reglamento de participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos (Decreto Supremo n.º 012-2008-EM),²⁸ con lo cual la consulta se reducía a simples talleres informativos organizados por las empresas, hacia el año 2013 ya se encontraba vigente la ley de consulta previa y sus reglamentos (VERONA-BADAJOS 2014: 149-150). Al respecto, tanto el Convenio 169 como la ley insisten en que la organización de la consulta corresponde, exclusivamente, al Estado.²⁹ **53**

²⁶ Ver la Resolución Ministerial n.º 202-2012-MC y su Directiva n.º 03-2012-MC, así como la Resolución Ministerial n.º 004-2014-VMI-MC y su Directiva n.º 001-2014-VMI-MC.

²⁷ Este dato se extrae del apéndice n.º 17 del documento de auditoría del Órgano de Control Institucional del MINEM.

²⁸ Ver sentencia del expediente n.º 03343-2007-PA/TC del 19 de febrero del 2009 (conocida como Cordillera Escalera).

²⁹ Ver artículos 6 y 15.2 del Convenio 169 y artículo 2 de la ley 29785 sobre la consulta previa.

La lógica privatista que legitima este *acuerdo previo* también respalda las conclusiones del informe. Así, por más que reconoce el carácter indígena de la comunidad, también sostiene que la comunidad puede disponer libremente de sus tierras, obviando el deber tuitivo del Estado, entre ellos el de convocar a una consulta previa en caso de posibles afectaciones de sus derechos. Y esto lo hace aunque los propios consultores indican que la comunidad Flor de Cantu estaba enfrentada con las autoridades municipales, provinciales y distritales por haber renunciado a sus protecciones externas y autorizado la incursión de la minera en su territorio (ARTEAGA et al. 2013: 85, 82, 71-72). 54

Por cierto, los acuerdos previos suscritos por los dirigentes a espaldas de los comuneros (ARTEAGA et al. 2013: 71-72) generaron desconfianza y, a su vez, la expectativa de ser mejor informados en las futuras negociaciones con la empresa (ARTEAGA et al. 2013: ficha »Información para el plan de comunicaciones«). Si bien el informe recoge expresiones de entusiasmo sobre el proyecto, estas corresponden a la sesgada muestra del 0.8% de los comuneros. Pese a la situación contenciosa que reflejan, estas fueron las bases para que el MINEM decidiera que no era necesario desarrollar una consulta previa antes de autorizar el proyecto de exploración Antamayo (GUEVARA-GIL y CABANILLAS 2018: 457). 55

Aún más, el informe encargado por el MINEM está atravesado por la mendacidad. La primera es que el área del proyecto, conocida como Muki, se encuentra alejada de la comunidad y que esta no iba a sufrir impactos. El informe de auditoría del ministerio desmintió categóricamente esta afirmación porque el paraje era parte integral del hábitat comunal (GUEVARA-GIL y CABANILLAS 2018: 457). La segunda es que el expresidente de la comunidad reveló que la consultora había recogido esa información de un impostor. La tercera es que el expresidente de la comunidad nunca fue entrevistado por los consultores, pese a que así lo consignan en su informe. Finalmente, la auditoría detectó que tres de las ocho personas que también fueron entrevistadas no pertenecían a la comunidad (ARTEAGA et al. 2013: 6, 83; OCI-MINEM 2015: 63-64 y apéndice 17). 56

Para reforzar el petitorio minero, el informe sociocultural y legal de parte, presentado por la empresa OBAN SAC, fue preparado por la destacada abogada ambientalista Clara Chávarri García (en adelante, OBAN SAC 2013). Es similar a los reseñados en cuanto a su talante y deficiencias metodológicas. Por ejemplo, el trabajo de campo solo duró dos días y en esta ocasión ni siquiera se menciona cuál fue la agenda etnográfica que sustenta sus conclusiones (OBAN SAC 2013: 8). Es más, desde su título, *Ausencia de impacto directo sobre derechos colectivos de la comunidad campesina Flor de Cantu*, el sesgo es evidente: interpretar hechos históricos y procesos socioculturales para restringir los derechos comunales, *desindigenizando* la evidencia estudiada. 57

Como la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas del Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura sí incluía a la comunidad Flor de Cantu, el objetivo de la consultora fue doble. Por un lado, sostener que, aunque estuviera reconocida como indígena, la afectación a sus derechos colectivos no se producía pues la exploración minera no iba a causar impactos directos en la comunidad ni en su »existencia física, identidad cultural [o] calidad de vida«. Por el otro, afirmar que la comunidad, creada en 1992 por campesinos beneficiarios de la Reforma Agraria para practicar una agricultura asociativa, había desvirtuado la finalidad pública »que motivó la Constitución del derecho 58

de propiedad comunal» porque sus miembros practicaban la minería ilegal. Ergo, «apreciamos una tendencia progresiva a la desnaturalización de [los] rasgos característicos de una *auténtica* comunidad campesina» (OBAN SAC 2013: 7, 12-13, 21; énfasis añadido).

Para lograr su cometido, evitar la realización de un proceso de consulta, la experta apeló a tres argumentos. El primero de ellos es atribuir la responsabilidad por la falta de identificación precisa de pueblos indígenas a la ausencia de una base de datos apropiada (OBAN SAC 2013: 5-7). En su informe cita un documento oficial del MINEM³⁰ en el que se apela al mismo argumento para bloquear el ejercicio del derecho a la consulta previa, como si la omisión de los deberes estatales pudiese ser invocada para violar derechos fundamentales, individuales o colectivos.³¹

El segundo argumento consistió en desacreditar la diferencia étnica que le da sentido a la categoría «pueblo indígena». A lo largo del informe de parte se banalizan y esencializan las expresiones culturales para equiparar la identidad indígena con rasgos premodernos y primitivos. El jalón que usa la consultora es que los comportamientos individuales, como la explotación minera ilegal o informal en tierras comunales, han desvirtuado la gestión colectiva de sus recursos. Como se trataría de una característica esencial de la vida comunal, lo que está en crisis es la propia comunidad y la identidad indígena colectiva (OBAN SAC 2013: 7, 14-15, 18).

Ese individualismo que se exhibe en el afán de formalizar denuncias mineras personales a costa del interés colectivo, en explotaciones contaminantes, en la ocupación indebida de las áreas concesionadas a la empresa y en el chantaje que esta sufre para operar, es presentado como el indicador más claro de la mencionada *desindigenización*, como la decadencia terminal del buen salvaje. A su vez, en un giro retórico admirable, la consultora señala que esos antecedentes ilícitos, considerados perversos, son, simultáneamente, la prueba de la continuidad histórica de la actividad minera en la comunidad de Flor de Cantu. De ello deriva que la ejecución del proyecto minero Antamayo no perturbaría la vida comunal ni comprometería sus derechos (OBAN SAC 2013: 7, 12-13, 16).

Finalmente, el informe de OBAN SAC llega a concluir que la eventual autoidentificación de Flor de Cantu como pueblo indígena podría ser el producto de una estrategia de instrumentalización de las normas para maximizar sus intereses económicos. Resulta irónico, por cierto, que eso lo denuncie la asociación público-privada formada por el MINEM y sus consultores.

³⁰ Oficio n.º 126-2013-MEM/OGGS de 2013, de la Oficina General de Gestión Social del MINEM.

³¹ Lamentablemente, este argumento adquiere rango consuetudinario pues el Tribunal Constitucional lo ha usado para atenuar la responsabilidad del Estado estatal por no haber implementado el Convenio 169 de la OIT antes de la promulgación de la ley de consulta previa (Verona-Badajoz 2014: 31, 148). Las falencias de esta justificación saltan a la vista. En primer lugar, la base de datos tiene carácter referencial (pero proindígena), lo cual ha sido usado o ignorado por el MINEM según lo encontraba conveniente para desvirtuar la atribución de la condición de indígena o la aplicación de la consulta. En segundo lugar, el Convenio 169 es un tratado sobre derechos humanos con rango constitucional, vigente desde 1995, mientras que la norma nacional es de 2011. Usar la propia negligencia estatal para vulnerar derechos es inaceptable jurídicamente. En tercer lugar, el Convenio de la OIT establece criterios de identificación, principios y directivas que bien podrían haber sido utilizadas para ponerlo en marcha, pero se prefirió apelar al legalismo en lugar de proteger derechos.

Conclusiones

Es usual que el contenido de una categoría jurídica y los derechos que de ella se derivan sean materia de una pugna interpretativa, sobre todo cuando tratan de reivindicar una ciudadanía diferenciada en un país con profundas brechas sociales, étnicas y económicas. Pero este ejercicio se torna perverso y excede el campo de la especulación semántica cuando se coloca al servicio de una economía política extractivista que colisiona con los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. **63**

Esta política contrasta con el discurso oficial y la normatividad nacional e internacional que el Perú suscribe en materia de derechos indígenas. La contradicción se explica, al decir de RANDERIA (2003: 28-31), porque estamos ante un «cunning State», capaz de erigirse como vocero del discurso jurídico internacional más progresista sobre la diversidad cultural y su reconocimiento jurídico, a la par que internamente desarrolla políticas sectoriales y prácticas administrativas para desconocerlos sistemáticamente en aras de expandir la industria minera. **64**

En los casos que hemos revisado, se evidencia una asociación público-privada, integrada por la alta burocracia minera, empresas interesadas y consultores particulares para disolver al sujeto indígena que podría reivindicar su derecho a la consulta. Para realizar esta operación recurren a esencializar las características que permiten la adscripción de determinados colectivos (comunidades campesinas y nativas) a la categoría de pueblo indígena. La estrategia más frecuente se sustenta en una visión alocrónica que exige a esas comunidades una pureza cultural y una genealogía inmaculada imposible de probar por los propios avatares de la experiencia colonial y moderna. **65**

En este afán, la administración pública produce una historia y una antropología del Derecho peculiar. Más allá de los fines académicos o pedagógicos que ambas disciplinas tienen, las de origen estatal guardan otro objetivo: legitimar la concesión de derechos mineros de exploración o explotación a costa de los derechos indígenas, entre ellos el de la consulta previa. Esto, por cierto, genera efectos devastadores sobre la vigencia de los derechos fundamentales diferenciados en un Estado que se proclama constitucional y multicultural. **66**

En su artículo sobre los derechos indígenas en Latinoamérica, Thomas Duve advierte sobre la naturaleza política del reconocimiento a las que algunas comunidades aspiran, cuestionando el carácter instrumental de sus reivindicaciones étnicas.³² En contraste, aquí damos cuenta del proceso inverso, orientado a desconocer y conculcar derechos desde las más altas esferas estatales y empresariales. Es indudable que al fragor de ambas formas de etnopolítica, la verdad histórica y antropológica se relativiza en función de los intereses en juego.³³ Por ello, en aras del valor científico y político de ambas disciplinas también es necesario impugnar a los agentes públicos y privados que controlan la materialización del discurso oficial. Así, nuestro llamado de atención a la *historia* y **67**

³² »At the risk of sounding indelicate, it might be the case that, in many cases, the driving force behind the process of recognising indigenous peoples' rights is not so much the desire to restore historical tradition but simply the political calculation to grant more autonomy to certain groups that succeeded in asserting their claims in the political debate« (DUVE 2017: 14).

³³ El Convenio Aarhus ofrece una vía que merece ser explorada para salir de la trampa étnica. Fortalece, a un nivel similar al de la consulta previa, el derecho de participación de cualquier población que pueda ver afectado su medio ambiente (Poole 2015: 75).

antropología legal desde el derecho administrativo tiene una consecuencia metodológica clara: mas allá del interés en las fuentes judiciales y legislativas tradicionales, es preciso ampliar el abanico de fuentes para incluir a la documentación producida por las agencias administrativas del Estado.

Bibliografía

- ALBÓ, X. 2003. 50 años después, emergencia étnica. En Vargas Vega, J. (Coord.). *Proceso agrario en Bolivia y América Latina* (321-328). La Paz: CIDES-UMSA / Posgrado en Ciencias del Desarrollo / PLURAL editores.
- ARGUEDAS, J. M. 2005. *Breve antología didáctica*. Lima: editorial horizonte.
- ARTEAGA, D. & al. 2013. *Servicio de consultoría de asistencia en la coordinación, programación y supervisión en la caracterización de la comunidad campesina Flor de Cantu, área de influencia del proyecto de exploración minera Antamayo. Informe final* (sustenta la Resolución Directoral n.º 208-2013-MEM/DGM 2013). Lima: MINEM.
- BALTAZAR, R. 2009. La justicia indígena en el Ecuador. En Gallegos-Anda, C. & Caicedo, D. (coords.). *Derechos ancestrales justicia en contextos plurinacionales* (451-472). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Banco Central de Reserva del Perú (BCRP). 2017. *Reporte de Inflación: Panorama actual y proyecciones macroeconómicas 2017-2019. Setiembre 2017*. Lima: BCRP.
- BAUMANN, G. 1999. *The Multicultural Riddle. Rethinking National, Ethnic, and Religious Identities*. New York / London: Routledge.
- BENGOA, J. 2007[2000]. *La emergencia indígena en América Latina*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- CLAVERO, B. 2014. *Geografía jurídica de América Latina: pueblos indígenas entre constituciones ladinas*. Recuperado de: <http://www.bartolomeclavero.net/wp-content/uploads/2014/08/Geograf%C3%ADa-Jur%C3%ADdica-II.pdf>
- Convenio 169 sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes 1989* (Organización Internacional del Trabajo).
- Cooperación. 2014. *Mapa de concesiones mineras-Perú 2014*. Recuperado de: <http://cooperacion.org.pe/main/images/Archivos/concesionesminerasoct14.pdf>
- COSTA, S. 2016. Freezing differences: Politics, Law, and the Invention of Cultural Diversity in Latin America. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, 3(2), 9-32.
- Decreto Supremo n.º 001-2012-MC Reglamento de la Ley N.º 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) 2012* (Ministerio de Cultura del Perú).
- Decreto Supremo N.º 012-2008-EM Reglamento de participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos 2008* (Ministerio de Energía y Minas del Perú).

- DEGREGORI, C. & SANDOVAL, P. 2009. Lo que viene para el país es un nuevo capítulo en la transacción entre Estado, elites y sociedad. *Revista Argumentos*, (3). Recuperado de <http://revistaargumentos.iep.org.pe/articulos/lo-que-viene-para-el-pais-es-un-nuevocapitulo-en-la-transaccion-entre-estado-elites-y-sociedad/>
- DUVE, T. 2017. *Indigenous Rights in Latin America: A Legal Historical Perspective* (Research Paper Series n.º 2017-02). Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History. Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=2976301>
- FABIAN, J. 2014[1983]. *Time and the Other. How Anthropology Makes its Object*. New York: Columbia University Press.
- GARCÍA, F. 2012. Experiencias de dos comunidades de las provincias de Chimborazo y Tungurahua. En Córdor, E. (coord.). *Normas, procedimientos y sanciones de la justicia indígena en Colombia y Ecuador* (59-110). Lima: Comisión Andina de Juristas.
- GIBNEY, M. 2008. Who Should be Included? Noncitizens, Conflict and the Constitution of the Citizenry. En Stewart, F. *Horizontal Inequalities and Conflict. Understanding Group Violence in Multiethnic Societies* (25-40). Oxford: Centre for Research on Inequality, Human Security and Ethnicity, Department of International Development.
- Grupo Propuesta Ciudadana. 2014. *Concesiones mineras en el Perú. Análisis y propuestas de política*. Lima: Grupo Propuesta Ciudadana / Natural Resource Governance Institute / Brot für die Welt. Recuperado de: <http://www.propuestaciudadana.org.pe/sites/default/files/publicaciones/archivos/REPORTE%20CONCESIONES%20MINERAS.pdf>
- GUEVARA-GIL, A. 2009. Bases para el estudio de la diversidad legal. En Guevara-Gil, A. *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la Antropología e Historia del Derecho* (73-107). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- GUEVARA-GIL, A. & CABANILLAS, C. 2018. La consulta previa en el sector minero: del reconocimiento al desconocimiento de los derechos indígenas y campesinos en el Perú En García, M. (ed.). *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente. Tomo XVIII* (431-480). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Informe n.º 010-2014-MEM-DGM-DTM/IEX que sustenta la Resolución Directoral n.º 005-2014-MEM/DGM 2014* (Ministerio de Energía y Minas del Perú).
- Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano (INDEPA). 2010. Mapa Etnolingüístico del Perú. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 27(2): 288-91.
- Instituto de Opinión Pública de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IOP-PUCP). 2017. *Estado de la opinión pública. Etnicidad, origen familiar-cultural y condiciones de vida en el Perú* (Boletín n.º 141). Lima: IOP-PUCP.
- KUPER, A. 2003. The Return of the Native. *Current Anthropology*, 44(3), 389-402.
- MARTÍNEZ-COBO, J. 1987. *Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas – Conclusiones, Propuestas y Recomendaciones*. Nueva York: Naciones Unidas.

- MÉNDEZ, C. 2002. *El poder del nombre, o la construcción de identidades étnicas y nacionales en el Perú: Mito e historia de los iquichanos* (Documento de Trabajo No 115. Serie Historia n.º 21). Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- MERINO, B. & LANEGRA, I. 2013. *Consulta previa a los pueblos indígenas. El desafío del diálogo intercultural en el Perú*. Lima: CENTRUM Business School / Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH / Cengage Learning.
- Ministerio de Cultura del Perú. 2014. *Etapas de identificación de pueblos indígenas u originarios. Guía Metodológica*. Lima: Ministerio de Cultura del Perú.
- _____. 2013. *Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios del Ministerio de Cultura*. Recuperado de: <http://bdpi.cultura.gob.pe/>
- LA ROSA, J. 2012. El derecho a la consulta previa y su implementación en el Perú según las reglas legislativas y el Tribunal Constitucional. *Derecho y Sociedad*, (36), 196-203.
- Ley No. 29785 *Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) 2011* (Congreso de la República del Perú).
- OBAN S.A.C. 2013. *Informe de consultoría. Ausencia de impacto directo sobre derechos colectivos de la comunidad campesina Flor de Cantú*. Lima: OBAN S.A.C.
- Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN). s/a . *Observatorio Energético Minero*. Recuperado de: <http://observatorio.osinergmin.gob.pe>
- Organización de Estados Americanos (OEA). 2010. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Washington D.C.: OEA.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). 2009. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT*. Perú: OIT.
- Órgano de Control Institucional del Ministerio de Energía y Minas (OCI-MINEM). 2015. *Auditoría de cumplimiento. Ministerio de Energía y Minas. »Consulta previa de los pueblos indígenas u originarios para el otorgamiento de concesiones de beneficio, autorización de inicio de exploración, aprobación de plan de minado y autorización de actividades de desarrollo a cargo de la Dirección General de Minería. Periodo: 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2014. Tomo I (Informe de auditoría n.º 08-20152-0054)*. Lima: Ministerio de Energía y Minas.
- PLASENCIA, R. 2005. ¿Existe la cultura andina? *Revista de Antropología*, (3), 275-282.
- PLENO Ingeniería Social S.A.C. 2013. *Informe Final. Sustento social sobre pertinencia de Consulta Previa a la C. C. Cayhuachabua en cuyo territorio se ubica el Proyecto »Hierro Aymaraes«*. Lima: PLENO Ingeniería Social. S.A.C.
- POOLE, E. 2015. *Consulta previa: Dificultades de su formulación como derecho de los pueblos indígenas*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) (ed.). *II Concurso de Investigación en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario: Compilación de textos ganadores (42-87)*. Lima: IDEHPUCP / Comité Internacional de la Cruz Roja.

- RANDERIA, S. 2003. Cunning States and Unaccountable International Institutions: Legal Plurality, Social Movements and Rights of Local Communities to Common Property Resources. *European Journal of Sociology*, 44(1), 27-60.
- Resolución Directoral n.º 208-2013-MEM/DGM 2013 (Ministerio de Energía y Minas del Perú).
- Resolución Ministerial n.º 202-2012-MC (Directiva n.º 03-2012/MC Directiva que regula el funcionamiento de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios) 2012 (Ministerio de Cultura del Perú).
- Resolución Ministerial n.º 004-2014-VMI-MC (y su Directiva n.º 001-2014-VMI-MC, Lineamientos que establece instrumentos de recolección de información social y fija criterios para su aplicación en el marco de la identificación de pueblos indígenas u originarios) 2014 (Ministerio de Cultura).
- RODRÍGUEZ-PINERO, L. 2004. El caso *Amas Tingni* y el régimen de derechos territoriales indígenas en la Costa Atlántica de Nicaragua. En Aylwin, J. (ed.). *Derechos Humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno* (218-233). Temuco: Instituto de Estudios Indígenas / Universidad de la Frontera.
- ROMERO, N. 2012. Experiencias de justicia indígena en el departamento del Tolima – Colombia. En Córdor, E. (coord.). *Normas, procedimientos y sanciones de la justicia indígena en Colombia y Ecuador* (11-57). Lima: Comisión Andina de Juristas.
- RUÍZ, J. 2014. Problemas Jurídicos en la Implementación de la Consulta Previa en el Perú o los «Pretextos Jurídicos» del Gobierno para Incumplirla. *Derecho y Sociedad*, (42). Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/12474>
- SEN, A. 2007. *Identidad y violencia. La ilusión del destino*. Buenos Aires: Katz.
- SALOMON, F. 2001. Una etnohistoria poco étnica. Nociones de lo autóctono en una comunidad campesina peruana. *Desacatos. Revista de Ciencias Sociales*, (7), 65-84.
- United Nations (Division for Social Policy and Development & Secretariat of the Permanent Forum on Indigenous Issues of the Department of Economic and Social Affairs). 2016. *State of the World's Indigenous Peoples. Indigenous Peoples' Access to Health Services*. New York: United Nations.
- _____. 2009. *State of the World's Indigenous Peoples*. New York: United Nations.
- VERONA-BADAJÓZ, A. 2014. *Dos caras: la protección de los derechos de los pueblos indígenas según el Tribunal Constitucional peruano*. Tesis de licenciatura en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.
- YRIGOYEN, R. 2004. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. *El otro derecho*, (30), 171-195.