ANÁLISIS CRÍTICO DE LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ

INFORMES SOBRE EL PROCESO DE REGLAMENTACIÓN DE LA LEY DE CONSULTA Y DEL REGLAMENTO

GRUPO DE TRABAJO SOBRE
PUEBLOS INDÍGENAS DE LA
COORDINADORA NACIONAL
DE DERECHOS HUMANOS

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ

INFORMES SOBRE EL PROCESO DE REGLAMENTACIÓN DE LA LEY DE CONSULTA Y DEL REGLAMENTO

Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de
la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos

Lima, 2012

Editores:
César Gamboa
Sébastien Snoeck

DERECHO, AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES - DAR
Jirón Coronel Zegarra N° 260, Jesús María (Lima 11)
Teléfono: (511) 2662063 / (511) 4725357
Correo electrónico: dar@dar.org.pe
Página web: www.dar.org.pe

Diseño y diagramación:
REALIDADES S.A.
Augusto Tamayo #190 Of. 5
Correo electrónico: informes@realidades.pe
Página web: www.realidades.pe

Coordinación General:
Liliana García

Análisis crítico de la consulta previa en el Perú. Informes sobre el proceso de reglamentación de la Ley de Consulta y del Reglamento/ César Gamboa y Sébastien Snoeck (Editores).
Lima: Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2012.
p. 76

Primera edición: Diciembre 2012, consta de 1000 ejemplares.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-02358

Está permitida la reproducción parcial o total de este libro, su tratamiento informático, su transmisión por cualquier forma o medio, sea electrónico, mecánico, por fotocopia u otros; con la simple indicación de la fuente cuando sea usado en publicaciones o difusión por cualquier medio.

Esta publicación presenta la opinión de los autores y no necesariamente la visión de los donantes. Ha sido posible gracias al financiamiento de Oxfam, Catholic Relief Services - CRS y Coalición Flamenca para la Cooperación Norte-Sur - 11.11.11.

Impreso y hecho en el Perú.

MIEMBROS DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS DE LA COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Asociación Paz y Esperanza

Asociación Pro Derechos Humanos - APRODEH

Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica - CAAAP

Centro de Derechos y Desarrollo - CEDAL

CooperAcción

Coordinadora Nacional de Derechos Humanos - CNDDHH

Derecho, Ambiente y Recursos Naturales - DAR

Forum Solidaridad Perú - FSP

Fundación Ecuménica para el Desarrollo y la Paz - FEDEPAZ

Instituto de Defensa Legal - IDL

Instituto del Bien Común - IBC

Servicios en Comunicación Intercultural - SERVINDI

ACRÓNIMOS

AIDESEP	:	Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana.
CADH	:	Convención Americana de Derechos Humanos.
CCP	:	Confederación Campesina del Perú.
CIDH	:	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CM	:	Comisión Multisectorial.
CNA	:	Confederación Nacional Agraria.
CNDDHH	:	Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.
CONACAMI	:	Confederación Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería.
CONAP	:	Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú.
DCTF	:	Disposición Complementaria, Transitoria y Final.
EIA	:	Estudio de Impacto Ambiental.
INDEPA	:	Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos.
OIT	:	Organización Internacional del Trabajo.
ONAMIAP	:	Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú.
PCM	:	Presidencia del Consejo de Ministros.
TUPA	:	Texto Único de Procedimientos Administrativos.

ÍNDICE

Introducción.
Avances y vicios de la consulta en el Perú durante el 2012 **11**

Informe
Observación del Proceso de Consulta Previa del Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, Ley Nº 29785 **23**

1. Introducción. 25
2. Objetivo. 26
3. Metodología. 26
4. Conclusiones. 29

Informe
Análisis del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, Decreto Supremo N°001-2012-MC, del 17 de mayo de 2012 **31**

1. Introducción. 33
2. Contexto del Reglamento de la Ley de Consulta Previa. 34
3. Observaciones al proceso de consulta previa del Reglamento. 36
4. Análisis del contenido del Reglamento. 39
5. Criterios de resolución de conflictos. 48
6. Fuentes del Derecho aplicables y adecuación de todo el ordenamiento jurídico y la normativa al Convenio N° 169 de la OIT. 50
7. Conclusiones. 51

Anexos **55**

Anexo Nº 1.
Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Ley N° 29785. 57

Anexo Nº 2.
Reglamento de la Ley de Consulta, DS N° 001-2012-MC. 63

INTRODUCCIÓN

AVANCES Y VICIOS DE LA CONSULTA EN EL PERÚ DURANTE EL 2012

Crédito: Jonathan Hurtado / Servindi

Foto:
Los siete talleres macrorregionales para someter a consulta el Reglamento de la Ley N°29785 se realizaron en el corto periodo de un mes.

INTRODUCCIÓN

AVANCES Y VICIOS DE LA CONSULTA EN EL PERÚ DURANTE EL 2012

La presente obra recoge los dos informes que el Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos presentó a la opinión pública en el proceso de reglamentación de la Ley de Consulta, Ley N°29785, con la finalidad de corregir los errores procedimentales y conceptuales que se venían produciendo en dicho proceso. Esta publicación recoge el Informe "Observación del Proceso de Consulta Previa del Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, Ley N° 29785", y el Informe "Análisis del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, Decreto Supremo N°001-2012-MC, del 17 de mayo de 2012", con la finalidad de difundir aún más la posición constructiva de la sociedad civil para materializar tan importante derecho de los pueblos indígenas, lo que aún continúa pendiente.

No podemos dejar de mencionar el rol importante que han jugado las organizaciones indígenas en el proceso de reconocimiento legal de sus derechos. Y dejando de lado intereses subalternos, es menester continuar con la defensa de esos derechos, no solo de las propias organizaciones indígenas, sino de las organizaciones de la sociedad civil, bajo un rol colaborador y veedor del proceso de la implementación de la consulta en el Perú. Ambos informes, difundidos en fechas críticas para el proceso de reglamentación de la Ley de Consulta, son un fiel testimonio de un proceso que padeció de muchos problemas formales y de fondo, tanto por la aplicación de etapas procedimentales para la realización de talleres informativos como por la falta del compromiso para recoger la demanda indígena, y respetar los acuerdos entre autoridades y organizaciones indígenas.

Como se podrá apreciar en ambos informes, aún es insuficiente lo que ha hecho el Estado peruano, por lo que es muy importante que se rectifiquen los alcances legales, institucionales y políticos del marco legal de consulta, con la idea de minimizar las *situaciones discrecionales* de la autoridad y aplicar claramente este derecho a favor de los pueblos indígenas, quienes históricamente reclaman su reconocimiento para integrarse de manera adecuada y justa al proceso de desarrollo que viene viviendo nuestro país.

Finalmente, el Grupo de Trabajo de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos quiere agradecer a todas las instituciones y donantes que hicieron posible la presente publicación, así como a la Secretaría Ejecutiva de dicha institución.

El derecho a la consulta previa, libre e informada para los pueblos indígenas era una demanda histórica de estos pueblos en el Perú y en la región andina, así como una exigencia constitucional, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional y la propia vigencia del Convenio N° 169 de la OIT, desde el 02 de febrero de 1995. Este es un paso hacia la construcción de una nueva forma de democracia en el Perú: la democracia participativa.

La nueva Ley N° 29785 ha sido saludada por representantes extranjeros, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la sociedad civil, el sector privado, etc., hasta su votación de aprobación por el Congreso ha implicado un consenso nacional, muy alejado de las ideas que veían a esta institución jurídica como un retroceso y un serio cuestionamiento al modelo de desarrollo amparado en la Constitución de 1993, sin embargo, el plus de este reconocimiento es que se constituía en un paso importante para la construcción de nuevas reglas de juego en las inversiones y también en las relaciones entre el poder político, los actores económicos y la ciudadanía, hasta con el pacto constitucional[1]. Sin embargo, el Reglamento de esta Ley (DS N°001-2012-MC), muy por el contrario, vacía de contenido y resta en avance los posibles acuerdos que se hubieran logrado con la Ley, y el incierto desarrollo de otros instrumentos, la falta de transparencia o claridad de la consulta en el sector minero energético, no hacen más que generar dudas para la implementación de este importante derecho. En las próximas páginas nos ocuparemos de estas contradicciones e incertidumbres del derecho a la consulta en el Perú.

1. PROBLEMA JURÍDICO DE FONDO

La falta de integración normativa o el carácter laxo de las normas constitucionales que regulan los derechos de los pueblos indígenas y la soberanía sobre los recursos naturales es causada por la ausencia de una adecuación de la legislación nacional al Convenio N° 169 de la OIT y su integración con la legislación constitucional en materia de recursos naturales.

En el caso peruano, la "falta de observancia" o "no aplicación" de este convenio produce una reducción del contenido del derecho de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales, en relación a lo definido por la legislación internacional. Esto trae como consecuencia la falta de realización, por ejemplo, de la consulta previa, libre e informada; o la falta de gestión autónoma o coordinada de dichos recursos (conservación, administración y uso de recursos naturales) por parte de los pueblos indígenas.

CUADRO N° 1. CONTRADICCIÓN CONSTITUCIONAL ENTRE EL PODER DEL ESTADO Y EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS SOBRE LOS RECURSOS NATURALES

Institución Jurídica	Derecho de los pueblos indígenas sobre recursos naturales	Cláusulas constitucionales o legales
Patrimonio de la Nación	Silencio constitucional, no se reconoce el derecho a la consulta o manejo sobre los recursos naturales para los pueblos indígenas.	Sin adecuación al Convenio N° 169 de la OIT
Manejo de los recursos naturales	Silencio constitucional, la legislación nacional menciona el derecho de primacía de recursos naturales renovables siempre que no existan derechos previos opuestos de terceros. Se ha ampliado garantías de exclusividad de recursos con la Ley Forestal.	Primacía de los derechos de terceros (inversionistas) cuando existe oponibilidad
Derecho a la consulta previa	Silencio constitucional, la reciente Ley N° 29785 sobre consulta regula un procedimiento previo ante una decisión administrativa, legal u otorgamiento de un derecho a tercero que afecte o vulnere el derecho de estos pueblos.	Cláusula legal que no considera la consulta retroactiva cuando se otorgaron derechos a terceros y previas decisiones estatales.

Fuente: Elaboración propia

1 César Gamboa. "Consulta Previa y Contexto Nacional: Un mejor manejo sobre los recursos naturales", En: *Revista Elecciones (Lima)*, vol. 10, N° 11, 2011, p. 156.

Pero fue el impulso del movimiento indígena el que logró generar todo un proceso social para obligar al Estado peruano a reconocer, diseñar e implementar el derecho a la consulta. Durante el conflicto de Bagua (2009), tanto por el conflicto, como por el diálogo nacional; y por los avances de satisfacción de las demandas judiciales ante el Tribunal Constitucional peruano, el Congreso de la República decidió priorizar la adopción de un marco legal para el derecho a la consulta previa. Este proceso permitió un debate nacional sobre los derechos indígenas en relación a lo definido por el Tribunal Constitucional, pero especialmente una controversia de posiciones encontradas, en ese momento, entre el Gobierno peruano y el movimiento indígena.

Entre el 2009 y 2010, se presentaron varias propuestas de ley para regular el derecho a la consulta[2]. Estas propuestas e ideas se enriquecieron con la propuesta y posterior Dictamen de Proyecto de Ley discutido por la Comisión de Pueblos Indígenas (CPAAAAE), dictamen aprobado que incorpora parte de la propuesta elaborada en la Mesa de Trabajo N°3. Sin embargo, la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso aprobó un Dictamen de Proyecto de Ley el 18 de mayo de 2010, el cual se sometió a debate y votación en el Pleno del Congreso, siendo aprobada la autógrafa de la Ley de Consulta con 62 votos a favor, 7 en contra y 6 abstenciones.

El Congreso le remitió al Presidente de la República la autógrafa de la Ley de Consulta para que la promulgue y entre en vigencia, sin embargo, el Poder Ejecutivo observó el texto de la autógrafa –a recomendación de los gremios empresariales "canalizada" por el Ministerio de Energía y Minas-, enviando propuestas de cambios en el texto (cuyo contenido era restrictivo de derecho)- al Congreso de la República, el cual a su vez, las remitió a su Comisión de Constitución, emitiendo un dictamen de allanamiento a los cambios del Poder Ejecutivo.

Este dictamen que recoge la propuesta del Poder Ejecutivo fue desechado y la propuesta original aprobada por el Congreso (cuyo contenido era garantista de derecho) fue aprobada en agosto del año pasado por unanimidad.

2. LEY DE CONSULTA PREVIA (LEY N° 29785)

La Ley de Consulta Previa, pese a esto, fue aprobada en agosto del año 2011 y ciertamente fue parte de un proceso político que las organizaciones indígenas aceptaran un texto sin modificaciones pero con ciertas salvedades o críticas. Sus contenidos más resaltantes, son la identificación de un procedimiento de consulta con etapas orientadoras y el establecimiento del acuerdo entre Estado y pueblos indígenas como vinculante u obligatorio, dos elementos que ya habían sido señalados en diversos pronunciamientos por el Tribunal Constitucional.

No obstante, podemos decir que esta norma también contiene aspectos criticables: no incluye causales de consentimiento previo, que sí están contemplados en el Convenio N°169 de la OIT y en normas nacionales (por ejemplo, el consentimiento para el desplazamiento voluntario); no define un órgano técnico para su implementación, sino que su función recae en el Viceministerio de Interculturalidad, que no cuenta con participación indígena en su conformación; y pretende darle carácter de no revisable a las medidas administrativas y legislativas anteriores a la entrada en vigencia de la mencionada Ley (Segunda Disposición Complementaria Final), entre otras.

Las organizaciones nacionales representativas de los pueblos indígenas agrupadas en el Pacto de Unidad, así como las comunidades que representan, señalaron una serie de críticas a la Ley de Consulta Previa durante los encuentros previos a la reglamentación (febrero a marzo de 2012), pidiendo su modificatoria como requisito para seguir con el proceso. Entre estas críticas, tenemos las siguientes:

- **Artículo 1.-** Señala que se consultarán solo las afectaciones "directas", cuando debería incluir TODA afectación, no solo la "directa", y considerar toda fuente jurídica internacional, como la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y no solo el Convenio N° 169 de la OIT.

- **Artículo 2.-** Solo protege los derechos colectivos, debiendo proteger TODO derecho indígena e INVALIDAR todo acto no consultado a los pueblos.

- **Artículo 4.-** Considera sólo 7 de los 18 principios de la consulta concertados con el Estado en abril de 2010.

- **Artículo 7.-** Limita la denominación de "indígena" solo a los descendientes "directos" y a quienes conserven "todos" sus elementos culturales, lo cual excluye a las rondas campesinas y los pueblos costeros. Debería considerarse indígenas a TODOS los descendientes desde antes de la colonia.

- **Artículo 15.-** No regula el consentimiento. Debería precisar que la "decisión final" estatal está obligada a

2 La propuesta de la Defensoría del Pueblo sobre el derecho a la consulta, presentada luego de los acontecimientos de Bagua (junio de 2009); la propuesta de la Mesa N° 3 de Consulta del Grupo Nacional de Desarrollo de la Amazonía, que fue una propuesta consensuada entre organizaciones indígenas amazónicas y el Poder Ejecutivo; y la propuesta de organizaciones indígenas amazónicas y andinas que enriqueció la propuesta de la Mesa 3 del Grupo de Diálogo Nacional Post Bagua.

lograr el consentimiento cuando se consulta sobre la realización de megaproyectos, depósitos de relaves tóxicos, desplazamientos poblacionales o cuando se afecte la supervivencia; y en un segundo momento de diálogo; a no afectar el derecho a un medio ambiente equilibrado.

- **Artículo 19.-** El Viceministerio de Interculturalidad no debe ser juez y parte en los reclamos sobre cuándo se debe hacer la consulta y al mismo tiempo debe garantizar que se cumplan los acuerdos. Se requiere de una Institucionalidad Indígena Autónoma dentro de la estructura del Estado.

- **Segunda Disposición Final.-** Dispone que sigan activas todas las medidas legislativas y administrativas anteriores a la vigencia de la Ley de Consulta que no hayan pasado por un proceso de consulta previa. Esto debería modificarse, pues tales medidas deben ser revisadas y consultadas pues violan el Convenio N° 169 de la OIT, vigente en el Perú desde 1995[3].

Además, el equivocado desarrollo del proceso de reglamentación de la Ley de Consulta no contribuyó a crear un escenario propicio para el diálogo entre funcionarios del Estado y organizaciones indígenas, lo que derivó en un estado de desconfianza que se mantiene hasta el momento.

3. REGLAMENTO DE LA LEY DE CONSULTA

Pese a esta nueva Ley, lo cierto es que las organizaciones indígenas, a través del Pacto de Unidad[4], plantearon continuar con el proceso de reglamentación de la Ley de Consulta, el cual se desarrolló entre noviembre de 2011 y marzo de 2012. Este Reglamento fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MC del 02 de abril de 2012.

Este proceso de reglamentación padeció de serias deficiencias de forma y fondo, que desnaturalizaron el diálogo entre los pueblos indígenas y el Gobierno peruano, siendo acusado éste por las propias organizaciones indígenas de mala fe, y terminó con la renuncia de la mayoría de ellas[5].

No fue una sorpresa que se produjeran cambios en este Reglamento, en las propuestas que se manejaron por parte del Estado y en la que finalmente se consensuó con algunas organizaciones indígenas –vulnerando los acuerdos entre Estado y organizaciones indígenas de la Comisión Multisectorial, pero no se respetaron puesto que se produjeron modificaciones, eliminaciones y distorsiones de la propuesta consensuada.

Las organizaciones sociales, el Pacto de Unidad y el Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos se pronunciaron en contra o preocupados por esta norma; mientras que algunos legisladores, medios de comunicación y hasta la Sociedad Nacional de Minería, Energía y Petróleo, que finalmente terminó por reconocer el derecho a la consulta previa, han saludado la reglamentación de la consulta[6].

El Reglamento de la Ley de Consulta no se adecúa a los estándares internacionales, solo busca instrumentalizar este derecho para facilitar la inversión y no recoge la visión de estos pueblos en el proceso de uso de recursos naturales, uno de los temas más complejos de nuestro país. Con ello, incumple con el sentido normativo del derecho a la consulta y la obligación trasladada hacia el Gobierno peruano sobre la regulación del mismo por el Tribunal Constitucional del Perú en diversos pronunciamientos constitucionales y que, por desnaturalizarlo, incumple su obligación.

Por ejemplo, el artículo 24 de dicho Reglamento establece un plazo máximo de 120 días para realizar un proceso de consulta, lo cual resulta muy rígido considerando la situación cultural y geográfica de los pueblos indígenas, y otros condicionantes complejos que excederán ese plazo. Otra contradicción en el texto del Reglamento se encuentra en el artículo 6, el cual señala que la consulta se puede realizar después de la concesión del territorio, mientras que la Decimoquinta Disposición Complementaria y Final exonera de consulta las medidas sobre servicios públicos, educación y salud dado que "favorecerían a los pueblos indígenas", aunque ello es decidido por las instancias estatales, sin considerar procesos de consultas.

---

3 Ver AIDESEP et al. *Perú: Informe Alternativo 2012 sobre el Cumplimiento del Convenio 169 de la OIT.* Lima: Paz y Esperanza, 2012, p. 17.

4 Durante el 2011, las organizaciones indígenas amazónicas y andinas decidieron unirse y organizarse a nivel nacional a través del Pacto de Unidad, un ente coordinador del movimiento indígena. Eran parte del Pacto: La Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana - AIDESEP; la Confederación Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería - CONACAMI ; la Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú - ONAMIAP; la Confederación Nacional Agraria – CNA y la Confederación Campesina del Perú – CCP. La Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú - CONAP también estuvo presente y fue convocada a ser miembro de la Comisión Multisectorial encargada de elaborar la propuesta de reglamento de la Ley de Consulta.

5 "Magros Talleres en el que han participado más de 300 personas y que no contaban con información previa, con una falta de metodología, con problemas logísticos, mediocre transparencia y rebasados por las expectativas locales indígenas, es muy poco lo que ha podido enriquecer al proceso, aunado a la desconfianza; muchos de estos pueblos, ya defraudados, están planteado la modificación de la Ley de Consulta, pues estos talleres no se centraron en sus virtudes, sino más bien en sus limitaciones". César Gamboa: "¿El fracaso de la consulta?". En: *Diario La Primera,* 15 de febrero de 2012. Ver: http://www.diariolaprimeraperu.com/online/columnistas-y-colaboradores/el-fracaso-de-la-consulta_105416.html

6 César Gamboa. "La captura pública de la consulta previa", En: *Diario La Primera,* 11 de abril de 2012.

En general, podemos identificar cuatro contradicciones principales del Reglamento del derecho a la consulta:

- La consulta no se produce antes del otorgamiento de la concesión, se coloca como opcional (artículos 3 lit. i y artículo 6).
- No se mencionan claramente los casos de consentimiento que el Estado debería respetar.
- El Viceministerio de Interculturalidad tiene pocas facultades para intervenir en los procesos de consulta que desarrollen los sectores. Además, la aprobación de procesos de consulta a nivel regional o local por parte del Viceministerio (artículo 2.3) es una facultad inconstitucional puesto que no es un ente rector –no existe un sistema de políticas públicas ni la Ley de Consulta lo faculta a ello.
- Se pretende limitar la presencia de organizaciones indígenas de carácter nacional para ciertos casos (p.e. artículo 27.6).

Tal como se ha señalado, el Reglamento tiene una marcada tendencia centralista[7], pues recorta funciones a los gobiernos regionales y gobiernos locales, a través de su artículo 2. Esto significará el control del Gobierno Central (Ministerio de Cultura) sobre los procesos de consulta de medidas legislativas y administrativas, normas y disposiciones que puedan afectar los derechos de los pueblos indígenas y que escapan de la competencia de dicho Ministerio.

En cuanto a la institucionalidad, que debe permitir el ejercicio continuo del derecho de participación de los pueblos indígenas en los asuntos que les conciernen[8], el Ministerio de Cultura no garantiza un correcto cumplimiento de esta norma. No solo por la mala experiencia de diálogo que produjo este Reglamento meses atrás, sino porque queda claro que la autoridad en este tema será una autoridad política (por ejemplo, la Presidencia del Consejo de Ministros) y no este ministerio, que podrá cumplir un papel técnico, pero no garante del diálogo con las organizaciones y pueblos indígenas. Es más, su función de ente rector se encuentra en tela de juicio porque la única facultad formal para intervenir, corregir y mejorar los procesos de consulta de los sectores a nivel nacional, es la posibilidad de revisar la decisión del sector proponente en la inclusión o exclusión de alguna comunidad o pueblo indígena en el proceso de consulta que esté llevando a cabo.

Después de esta facultad, descontando la opinión previa vinculante para el tema indígena y la facultad de filtro decisorio para consultas regionales y locales, ese Viceministerio tendrá poca intervención en la regulación de la consulta y su aplicación sectorial. Hubiera sido aconsejable crear mecanismos ad hoc de resolución de diferencias y quejas para resolver los problemas de aplicación de esa nueva normatividad de manera ágil y garantista del derecho.

En el siguiente cuadro se puede ver una serie de posibles problemas de aplicación de la Ley y el Reglamento de Consulta:

CUADRO N° 2. MARCO CONCEPTUAL Y LEGAL DEL DERECHO A LA CONSULTA

Aspectos esenciales del derecho a consulta	Definición legal	Posibles problemas
¿A quiénes se consulta?	Se menciona una versión parecida pero alterada de los criterios del artículo 1 del Convenio N° 169 de la OIT y a las comunidades campesinas y nativas.	Identificación territorial de las comunidades nativas o campesinas más que por la afectación de sus derechos. La representatividad o acreditación puede convertirse en un filtro de consulta.
¿Quién les consulta?	Cada sector promueve la consulta. También se realiza a solicitud de los pueblos indígenas.	Cada sector podría tener una capacidad discrecional de aplicar el derecho de consulta, en los casos que no estén claramente estipulados, lo cual podría generar conflictos.
¿Qué se les consulta?	- Medidas legislativas y administrativas que les afecten según cada Sector. Ante un rechazo de solicitud de consulta se puede apelar ante el Ministerio de Cultura. - Planes, Programas y Proyectos de Desarrollo Nacional y Regional.	El Sector califica cuáles son las normas o actos susceptibles de afectar a los pueblos indígenas. El Reglamento es poco claro sobre si la realización de la consulta es previa al otorgamiento del derecho cuando se tratan de inversiones. Algunas decisiones (por ejemplo, políticas) no siempre se adoptan mediante medidas formales, por lo cual no se someterían a consulta.

7 El artículo 2 de la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales y el artículo II del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades destacan que ambas instancias de gobierno gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Ver: AIDESEP et al. Perú: *Informe Alternativo 2012 sobre el Cumplimiento del Convenio 169 de la OIT.* Lima: Paz y Esperanza, 2012, pp. 17-18.

8 La normatividad nacional no ha regulado el derecho a la participación de los pueblos indígenas en los asuntos que les afecten, de tal manera que se permita su incidencia en la elaboración de esas decisiones, notablemente en las medidas programáticas (ej. en las políticas). Ese derecho a la participación constituye un derecho distinto al derecho a la consulta o al derecho de participación de la sociedad civil en general. El Reglamento se limitó a disponer que corresponde a cada entidad estatal desarrollar los mecanismos de participación dispuestos en la legislación vigente (Quinta DCTF), los cuales no contemplan ese derecho.

Aspectos esenciales del derecho a consulta	Definición legal	Posibles problemas
¿Cómo se les consulta?	Se establecen principios orientadores procedimentales.	El Reglamento vigente señala un procedimiento de 120 días, aún no se ha publicado la Guía Metodológica.
¿Cuál es el efecto del acuerdo que resulta de la consulta?	El Acuerdo entre pueblos indígenas y Estado, que es un acto administrativo y obligatorio para ambas partes.	Este reconocimiento del acuerdo entre los pueblos indígenas y el Estado es el más importante señalado por la ley.

Fuente: Elaboración propia

Una situación pendiente para la implementación de la consulta es la difusión, la transparencia y el acceso a la información de los procesos de consulta, los que se ha anunciado que ya están desarrollando sectores como Educación, Forestal y Energía, de los cuales pocos se conocen. Asimismo, el Viceministerio de Interculturalidad tiene la obligación legal de elaborar y difundir la Guía Metodológica y la Base de Datos de los Pueblos Indígenas en el Perú, y hasta el momento no han sido ni publicadas ni difundidas, aún menos consultadas, por lo que esta ausencia de transparencia puede afectar más el proceso de implementación del derecho a la consulta en el país.

En cuanto a las inconstitucionalidades del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, podemos señalar lo siguiente:

- **Artículo 2 del Decreto Supremo N°001-2012-MC:** Convalida la omisión de consulta de los actos anteriores a la Ley de Consulta y posteriores a la entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT en el año 1995.
- **Decimoquinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley de Consulta:** Establece que no se consultan las obras públicas.
- **Artículo 7.2 del Reglamento:** Excluye a las organizaciones nacionales de los pueblos indígenas de las consultas locales[9].
- **Artículo 24 del Reglamento:** Viola el principio del plazo razonable de los procesos de consulta.
- **Artículos 3.i) y 6 del Reglamento:** Establece que la consulta se realizará antes de la exploración y no antes de la concesión, violando el principio de oportunidad según el cual la consulta debe hacerse antes de la decisión que afecta a los pueblos indígenas.
- **Artículo 2.3 del Reglamento:** Establece un poder de veto en el Viceministerio por invasión de competencias de los gobiernos subnacionales por el Poder Ejecutivo.
- **Artículo 9.1 del Reglamento:** No garantiza una efectiva comunicación y defensa de los derechos de los pueblos indígenas[10].
- **Artículo 3.i y Quinta Disposición Complementaria:** No reconocen el derecho específico de los pueblos indígenas de participar de manera continua en los procesos de toma de decisiones que les conciernen.
- **Sexta Disposición Complementaria:** Regula de manera insuficiente la obligación del Estado de realizar, en cooperación con los pueblos afectados, estudios de evaluación social, espiritual y cultural de las actividades de desarrollo.
- **Décima Disposición Complementaria:** No regula el derecho de los pueblos de participar en los beneficios que reporten las actividades de explotación de los recursos naturales y de percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

4. CONSULTA PREVIA Y GESTIÓN DE RECURSOS NATURALES

Lo que debemos apreciar también es que la consulta debe estar integrada a los procesos de planificación estatal previos a la toma de decisiones, especialmente cuando involucran el aprovechamiento de recursos naturales. Este es un paso más a un modelo de democracia participativa que permita la gobernanza en nuestro país, la legitimidad para un uso sostenible de nuestros recursos estratégicos.

Asimismo, un elemento importante en este proceso será reglamentar el procedimiento de la consulta previa para tres situaciones: procesos de consulta antes de aprobarse una medida legislativa a nivel local, regional y nacional; procedimientos antes de una medida administrativa; y en el caso de proyectos de inversión económica, debemos señalar que idealmente deben desarrollarse procedimientos de consulta antes del otorgamiento de un derecho (por ejemplo, la concesión[11]) y durante la elaboración de los

9 En varias oportunidades, el Reglamento confunde el pueblo asentado en el ámbito geográfico de la medida con la organización asentada en ese ámbito geográfico. Es de resaltar que corresponde al pueblo determinar a sus representantes.

10 Para más precisión, ver: Javier La Rosa y Juan Carlos Ruiz, "Derecho a la Consulta Previa en el Perú: A modo de balance del primer año de Humala". En: *Justicia Viva*, 02 de agosto de 2012.
Ver: http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=866

11 En efecto, la "afectación" a los pueblos indígenas puede atañer a sus derechos (*de jure*) o a su situación concreta (*de facto*). Aún cuando no se han iniciado las actividades concretas de un proyecto, el otorgamiento de cualquier derecho sobre el territorio del pueblo afecta su derecho a la propiedad comunal, consagrado por la Convención Americana de los Derechos Humanos (que no menciona erróneamente el Artículo 3, inciso f, del Reglamento).

Estudios de Impacto Ambiental, de acuerdo a la aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio N° 169 de la OIT. Como lo han precisado los órganos de control de la OIT y el Tribunal Constitucional peruano, la consulta debe permitir que los pueblos indígenas tengan una verdadera posibilidad de influir en el proceso de decisión. Al no tener esa posibilidad, la consulta sería tardía o llevada a cabo de mala fe. Entonces, la consulta se debe iniciar lo más pronto posible, antes de que se tomen decisiones que ya no se puedan revertir. Por otro lado, el Convenio N°169 de la OIT dispone que los pueblos deban participar en la redacción de los EIA. Cabe resaltar que la información sobre las consecuencias de la medida debe ser completa, dado que la etapa de diálogo sobre el proyecto final no puede iniciarse antes de tener toda la información brindada por el EIA. Esos criterios deben tomarse en cuenta al momento de determinar el inicio del (de los) proceso(s) de consulta y sus etapas.

En el siguiente cuadro, se puede apreciar el desarrollo de un proceso de consulta para actividades minero energéticas:

CUADRO N° 3. REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE LA CONSULTA

Principios orientadores del procedimiento	Contenido de los Principios
Condición sine qua non y previa para el desarrollo del procedimiento de consulta	Registro de pueblos indígenas elaborado por Ministerio de Cultura, a cargo del Viceministerio de Interculturalidad.
Etapa 1. Preparación del proceso de consulta	Identificación de la medida legislativa o administrativa a consultar.
	Identificación de los pueblos indígenas u originarios que serán consultados.
	Publicidad de la medida legislativa o administrativa (apropiada culturalmente).
	Información sobre la medida legislativa o administrativa (motivos, implicancias, impactos y consecuencias).
Etapa 2. Evaluación interna y definición de la autodeterminación	Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente (plazo razonable).
Etapa 3. Diálogo	Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.
Etapa final de la toma de decisión (acuerdo o no acuerdo)	Decisión (tomando en cuenta la posible afectación de derechos en caso no exista acuerdo con los pueblos indígenas).

Fuente: Ley N° 29785 y Decreto Supremo N° 001-2012-MC. Elaboración propia.

Un importante aporte de la Ley que permitirá implementar la consulta a los pueblos indígenas e identificar rápidamente la viabilidad de diversos proyectos de infraestructura y gestión de recursos naturales, es la consulta a nivel de la etapa de planificación de las decisiones políticas a través de planes y programas sectoriales[12]. Ello mejoraría la toma de decisiones y generaría un modelo de desarrollo integrado y un posible balance integral de beneficios y costos en todos los sectores. Como podemos ver en el cuadro anterior, todas las etapas deberían desarrollarse durante la planificación estatal de la gestión pública y en el caso de los proyectos de inversión, durante la elaboración de los EIAs. Así, el Reglamento de la Ley de Consulta se convierte en una oportunidad perdida, una vez más, al no regular los procesos de consulta para planes y programas de desarrollo regional, lo cual permitiría quitarle peso político al otorgamiento del derecho, pues las consultas tendrían plenamente su cualidad de previa al momento de definir, tomar decisiones estatales sobre los recursos naturales y su aprovechamiento espacial, mucho antes que la propia concesión o la elaboración del EIA.

Por otro lado, poco a poco se ha accedido a información y tornado transparente los primeros intentos de implementar el derecho a la consulta previa en la gestión de los recursos naturales. Se ha anunciado su aplicación para la reglamentación

12 Sin embargo, el Reglamento limita el alcance de la participación en precisar que la consulta será únicamente sobre la medida administrativa que aprueba el plan o el programa. Además, las políticas que afecten a los pueblos indígenas deberían diseñarse en colaboración con esos pueblos, y consultarse cuando se están tomando decisiones efectivas, específicamente cuando se trata del modelo de desarrollo.

de la Ley Forestal y para el caso de hidrocarburos (Consulta previa para el Lote 192, ex 1AB). Para el primer caso, se anunció en el 2012, el inicio del proceso de reglamentación de la Ley Forestal a través de talleres especiales y regionales, en un proceso que duraría 11 meses y que terminaría en el primer semestre del 2013, y recientemente también se ha anunciado la elaboración de la Política Nacional Forestal, convirtiéndose en un proceso más complejo y en una oportunidad para tratar las diversas aristas entre el Estado y los pueblos indígenas, especialmente en el manejo de sus bosques y la asunción de compromisos de ambas partes por promover un adecuado y coherente manejo forestal comunitario indígena.

En el caso de hidrocarburos, el anterior presidente de Perupetro, Aurelio Ochoa, mencionó que dicha institución ya estaba aplicando la Ley de Consulta, aunque no precisó cómo estaban aplicando el Reglamento. Y pese a que aún no se conoce la Base de Datos sobre Pueblos Indígenas ni la Guía Metodológica sobre la Consulta –pues no han sido publicadas ni difundidas-, no hay una homogeneidad sectorial en la implementación de los procesos de consulta, generando más dudas que certezas[13].

Esta falta de claridad en el diseño de las consultas en el proceso de inversión y gestión de los recursos naturales se denota especialmente en relación al otorgamiento de derechos de aprovechamiento de los recursos naturales en tierras de comunidades nativas y campesinas; Ello no incluye a los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, debido a que por su necesaria protección como seres humanos y pueblos, es necesaria una protección tan alta como la intangibilidad[14], por lo que no cabe opinión previa vinculante del Viceministerio de Interculturalidad para autorizar o no la realización de consultas para estos pueblos (Novena Disposición Final Complementaria y Transitoria del Reglamento).

Un primer ejemplo de la falta de homogeneidad de la realización de la consulta entre los sectores lo muestra el sector energético minero. Mientras que todo haría indicar que la consulta previa se realizaría antes del otorgamiento del derecho para proyectos energéticos (hidrocarburos, electricidad, geotermia)[15], para el caso minero podría ser hasta después de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental en explotación, tal como señala el Anexo del Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del sector minero (2013)[16]. El TUPA actualizado de la Dirección General de Minería identifica tres procedimientos por los cuales el Estado realizará la consulta previa a los pueblos indígenas[17]:

- Otorgamiento de concesión de beneficio (plantas): El Estado realizará la consulta antes de la autorización de la construcción.
- Inicio de las actividades de exploración.
- Inicio o reinicio de las actividades de desarrollo, preparación y explotación: El Estado realizará la consulta antes de la aprobación del plan de minado.

Para cada uno de esos procedimientos se requiere la aprobación del instrumento de gestión ambiental (ej. EIA) sin que se precise cuando se llevará a cabo la consulta, aunque, por lo menos, se entiende que sería después de la aprobación del EIA. Realizar la consulta después de la aprobación del EIA no permite respetar el derecho de los pueblos a elegir sus prioridades acerca del desarrollo, no cumple con el principio de oportunidad y no les permite participar en la elaboración de los instrumentos de gestión ambiental[18].

Otro ejemplo sobre esta falta de claridad y transparencia lo representa el próximo proceso de lotización en la Amazonía peruana, específicamente el caso del lote 192 o actual lote 1AB. Hace meses que se anunció el proceso de consulta y se iniciaron conversaciones con las organizaciones indígenas representativas de las cuencas de los ríos Napo, Tigre, Pastaza y Corrientes, mas no se ha indicado la forma en que se desarrollaría la consulta, en qué momento específico antes de la suscripción del contrato se realizaría o cuáles serían las comunidades consultadas.

A estas posibles demoras, se suma el hecho de que la regulación sectorial no ha sido publicada, y allí se debería indicar mínimamente que la consulta previa se realiza antes de tomar la decisión de aprovechar hidrocarburos en la zona o en la situación que afecte los derechos de los pueblos indígenas, y antes de la aprobación del EIA de la actividad hidrocarburífera. Desafortunadamente, esta norma sectorial energética (Resolución Ministerial

---

13 César Gamboa. "Balance sobre la Consulta y los indígenas aislados". En: *Diario La Primera,* 11 de julio de 2012. Ver: http://www.diariolaprimeraperu.com/online/columnistas-y-colaboradores/balance-sobre-la-consulta-y-los-indigenas-aislados_115220.html

14 ACNUDH, AECID. *Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial de la Región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental del Paraguay. Mayo del 2012*. Ginebra: CNUDH- AECID, 2012.

15 Cfr. nota 11.

16 Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Dirección General de Minería, modificado por la Resolución Ministerial N°003-2013-MEM/DM, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 13 de enero del 2013.

17 En comparación con el anterior (junio de 2012), el TUPA revisado de la Dirección General de Minería no identifica la consulta previa como un requisito del procedimiento, sino que agrega precisiones acerca de la consulta mediante 'notas' explicativas. Entonces, ya no se identifica con claridad el momento de la consulta, en articulación con el cumplimiento de los requisitos.

18 Véase el artículo 7 del Convenio N°169 de la OIT. Cabe mencionar que en el proyecto Conga se abrió, *de facto*, un proceso de "consulta" después de aprobado el EIA, cuando el Ministerio de Energía y Minas estaba evaluando la autorización de construcción.

N°350-2012-MEM/DM, del 20 de julio de 2012) no ha sido publicada hasta el momento, y lo único que indica es que la consulta se realizaría "antes de emitir el Decreto Supremo que aprueba la suscripción de contratos de exploración o explotación de lotes petroleros y gasíferos" por Perupetro, sin especificar alguna otra garantía para el pleno ejercicio de este derecho.

Recientemente, Perupetro realizó mesas de trabajo y eventos en Loreto, informando a la ciudadanía que la consulta previa para el caso de la lotización de la Amazonía se desarrollaría después de haber obtenido el resultado de la buena pro y antes de suscribir el contrato, sin embargo, las organizaciones indígenas consideraron que esta decisión vacía de contenido el derecho a la consulta, pues la decisión de aprovechar el recurso hidrocarburífero fue tomada desde mucho antes, desde que se decidió explorar o explotar esa área otorgándole el derecho a un tercero, aun sin determinar.

Ante la renuencia de las organizaciones indígenas, que en diferentes momentos explicaron su posición de condicionar la realización de la consulta a que se resuelvan los pasivos ambientales provenientes de la explotación actual del lote 1 AB (Pluspetrol) y pasada (Oxy), el presidente de Perupetro anunció la suspensión del proceso de lotización porque el Ministerio de Cultura no había definido aún las comunidades a las que se debía consultar. Esta falta de claridad, dejada al juego político entre Estado, empresas, y organizaciones indígenas, no solo genera incertidumbre en esta primera experiencia, sino que deja claro que este derecho no está asegurado por el actual marco legal, pues otorga mucha discrecionalidad a la autoridad en definir la consulta previa de acuerdo a cada caso.

COMENTARIO FINAL

Vale la pena mencionar que la consulta previa en el Perú tiene oportunidades, riesgos y posibles soluciones para una coherente implementación. Una oportunidad principal es que el Congreso de la República ha dado un paso importante al presentarse en la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología, el Proyecto de Ley Nº 1183/2011-CR de Consulta Previa de Medidas Legislativas, el cual regularía la consulta a los pueblos indígenas cuando alguna medida legislativa afecte sus derechos. En ese sentido, será recomendable que el Congreso peruano consulte a las organizaciones indígenas, debata esta propuesta de Ley, la apruebe en la próxima legislatura (2012 – 2013) y suspenda entre tanto la aprobación de proyectos de leyes que pueden afectar a pueblos indígenas.

Un riesgo permanente que no se supera con la Ley y Reglamento de Consulta es la instrumentalización de este derecho en procedimientos administrativos que no solucionen la ilegitimidad de las inversiones en tierras indígenas, especialmente en los Andes y la Amazonía peruana. Este Reglamento no incluye la consulta antes de las concesiones o contratos de licencia, los casos de consentimiento, claridad en afectación de derechos, participación en los planes de consulta, etc., es decir, estamos claramente ante una instrumentalización y poco discutiremos del modelo de desarrollo y menos obtendremos la legitimidad de las decisiones de Estado, que serán orígenes de muchos conflictos. Dadas las graves falencias del Reglamento, la mejor opción hubiera sido quedarnos con el Reglamento Minero Energético de Consulta (2011)[19]. Además, la negligencia, acusaciones de mala fe, desconfianza, poca autocrítica y sobre todo la falta de claridad política, no contribuirán a lograr cambios permanentes que aseguren una mejor gestión sobre los recursos naturales.

Necesitamos una salida jurídica y otra política. La primera es una modificación en el Reglamento de la Ley de Consulta, mínimamente acompañada por el diseño e implementación de la consulta pre legislativa; y la segunda, es un nuevo acuerdo entre el Estado y las organizaciones indígenas para llevar a cabo reformas estructurales en diversos campos, que van más allá de la consulta previa, institucionalidad indígena, seguridad jurídica de las tierras y manejo forestal comunitario, es decir, que se construyan políticas públicas de manera permanente entre el Estado y los pueblos indígenas, pues recordemos la efectividad del espacio de diálogo que formó el gobierno del presidente de Valentín Paniagua el 2001.

César Gamboa y Sébastien Snoeck (Editores)

Lima, diciembre de 2012

19 César Gamboa, "Desconfianza: Consulta e institucionalidad indígena". En: *Diario La Primera,* 13 de marzo de 2012.
Ver: http://www.diariolaprimeraperu.com/online/columnistas-y-colaboradores/desconfianza-consulta-e-institucionalidad-indigena_107175.html

INFORME

OBSERVACIÓN DEL PROCESO DE CONSULTA PREVIA DEL REGLAMENTO DE LA LEY DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS, RECONOCIDO EN EL CONVENIO N° 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO - OIT, LEY Nº 29785

Crédito: Jonathan Hurtado / Servindi

Foto:
Los talleres macrorregionales congregaron tanto a representantes indígenas como a autoridades para el trabajo conjunto

INFORME

OBSERVACIÓN DEL PROCESO DE CONSULTA PREVIA DEL REGLAMENTO DE LA LEY DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS, RECONOCIDO EN EL CONVENIO N° 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO - OIT, LEY Nº 29785

1. INTRODUCCIÓN

Desde que el Estado, a través del Viceministerio de Interculturalidad, presentó el borrador de la propuesta del Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, Ley Nº 29785, en noviembre del 2011, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos - CNDDHH, a través del Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas, ha jugado un importante rol de vigilancia e incidencia política respecto a las obligaciones del Estado y al respeto de los estándares internacionales sobre el derecho a la consulta. Asimismo, ha acompañado a las organizaciones e instituciones indígenas y ha mantenido en todo momento canales de comunicación y coordinación con ellas.

Una de las primeras acciones del Grupo de Trabajo Sobre Pueblos Indígenas ante la presentación pública del borrador de Reglamento de la Ley de Consulta Previa fue la publicación y difusión el 9 de diciembre de 2011 de un pronunciamiento que expresó la opinión y posición de la CNDDHH, respecto al documento presentado por el Viceministerio de Interculturalidad. El 22 de diciembre de 2011 entregamos al Viceministro de Interculturalidad, Iván Lanegra, un documento técnico con los aportes de la Coordinadora al borrador del Reglamento.

Por otro lado, vale mencionar que a inicios del proceso de reglamentación, se solicitó al Viceministro de Interculturalidad que la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos sea incorporada en el proceso de consulta del Reglamento, para que participe en calidad de observadora. El 17 de diciembre de 2011, ante la falta de respuesta por parte del Viceministerio, reiteramos esta solicitud.

La CNDDHH insistió en este petitorio y envió el 7 de febrero del presente año, una tercera solicitud para participar en calidad de observadora en el proceso de consulta. Finalmente, mediante oficio N° 042-2012-PCM/OGCSS, la Oficina de Gestión de Conflictos Sociales de la Presidencia del Consejo de Ministros aceptó nuestra participación, invitándonos a participar oficialmente a partir de la reunión del 22 de febrero de 2012, continuando nuestra presencia hasta la reunión final del 5 de marzo.

Es importante señalar que a lo largo del proceso de consulta sobre el Reglamento de la Ley de Consulta Previa, los miembros del Grupo de Trabajo sostuvieron reuniones y coordinaciones con las diferentes organizaciones e instituciones indígenas nacionales y regionales. En estas reuniones y coordinaciones se plantearon nuestros puntos de vista, se difundió información sobre la Ley de Consulta y el Borrador del Reglamento y se llevaron a cabo talleres de capacitación con diversas organizaciones de carácter regional y local.

2. OBJETIVO

El presente análisis busca dar a conocer a las autoridades estatales, a las organizaciones e instituciones de pueblos indígenas y a la opinión pública en general, las observaciones del Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la CNDDHH sobre el proceso de consulta del Reglamento de la Ley de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios. Señalamos nuestra opinión crítica y las lecciones aprendidas respecto de la actuación estatal y de las organizaciones indígenas participantes, con la intención de contribuir al respeto de derechos de los pueblos indígenas y a mejorar los mecanismos para favorecer un sincero, honesto y coherente diálogo intercultural.

3. METODOLOGÍA

Para elaborar el presente informe, se ha procedido a tomar en cuenta las siete etapas mínimas que debe tener un proceso de consulta, de acuerdo a lo establecido por la Ley del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT, Ley N° 29785.

3.1. PRIMERA Y SEGUNDA ETAPA: IDENTIFICACIÓN DE LA MEDIDA LEGISLATIVA O ADMINISTRATIVA QUE DEBE SER OBJETO DE CONSULTA Y LA IDENTIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS A SER CONSULTADOS

> **Artículo 9. Identificación de medidas de objeto de consulta**
> "Las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas".
>
> **Artículo 10. Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados**
> "La identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa sobre la base del contenido de la medida propuesta, el grado de relación directa con el pueblo indígena y el ámbito territorial de su alcance".

Mediante Resolución Suprema N° 337-2011-PCM, la Presidencia del Consejo de Ministros creó una Comisión Multisectorial - CM de naturaleza temporal, con el objeto de emitir un informe a través del cual se propusiera el proyecto de Reglamento de la Ley N° 29785. Esta Comisión estuvo adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros - PCM.

En ella se detalla que la Comisión Multisectorial estará integrada por quince (15) representantes por parte del Estado y Viceministerios[20], y seis (06) organizaciones indígenas de alcance nacional[21].

Las seis (06) organizaciones indígenas de carácter nacional que participaron fueron AIDESEP, CONACAMI, ONAMIAP, CCP, CNA y CONAP[22], cinco de ellas constituidas en una plataforma denominada "Pacto de Unidad". En la Comisión Multisectorial no se consideró la participación de organizaciones indígenas regionales que no se encuentran representadas en estas seis organizaciones nacionales. Diversas organizaciones regionales no fueron representadas en este proceso[23]. El Estado debió garantizar la representatividad de estas organizaciones, dado que es el deber del Estado de consultar a todos los pueblos afectados por la medida propuesta.

---

20 Según el numeral 2.1 del artículo 2 de la Resolución Suprema N° 337-2011-PCM, la Comisión Multisectorial de naturaleza temporal estaría integrada por quince (15) representantes por parte del Estado, los cuales son: Un representante de la Presidencia del Consejo de Ministros, quien la presidiría; el Viceministro de Interculturalidad del Ministerio de Cultura; el Viceministro de Justicia del Ministerio de Justicia; el Viceministro de Economía del Ministerio de Economía y Finanzas; el Viceministro de Minas del Ministerio de Energía y Minas; el Viceministro de Energía del Ministerio de Energía y Minas; el Viceministro de Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones; el Viceministro de Gestión Ambiental del Ministerio del Ambiente; el Viceministro de Agricultura del Ministerio de Agricultura; el Viceministro de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo; el Viceministro de Gestión Pedagógica del Ministerio de Educación; el Viceministro de Salud del Ministerio de Salud; el Viceministro de Políticas y Evaluación Social del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social; el Viceministro de Orden Interno del Ministerio de Interior; el Viceministro de Relaciones Exteriores del Ministerio de Relaciones Exteriores.

21 Según el numeral 2.3 del artículo 2 de la Resolución Suprema N° 337-2011-PCM, las organizaciones de pueblos indígenas de alcance nacional podrán conformar la citada Comisión Multisectorial, siendo integrada por seis (6) representantes, titular y alterno, los cuales serían acreditados ante la Secretaría Técnica de dicha Comisión, a través de una comunicación escrita hasta un (1) día hábil antes de que se instale la citada Comisión.

22 Algunas de las organizaciones indígenas nacionales más representativas son: La Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana - AIDESEP; la Confederación Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería - CONACAMI; la Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú - ONAMIAP; la Confederación Nacional Agraria - CNA; la Confederación Campesina del Perú – CCP (todas ellas conformaban el Pacto de Unidad); y la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú - CONAP. *Nota de los Editores*.

23 Las organizaciones tales como la Unión de Comunidades Aymaras UNCA-Perú; la Federación Nacional de Mujeres Campesinas, Artesanas, Indígenas Nativas y asalariadas del Perú -FEMUCARINAP, entre otras no fueron consideradas en la Resolución Suprema N° 337-2011-PCM.

3.2. TERCERA Y CUARTA ETAPA: PUBLICIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA O ADMINISTRATIVA E INFORMACIÓN SOBRE LA MEDIDA LEGISLATIVA O ADMINISTRATIVA

> **Artículo 11.- Publicidad de la Medida Legislativa o Administrativa**
> "Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben ponerla en conocimiento de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios que serán consultadas, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan".

> **Artículo 12.- Información sobre la Medida Legislativa o Administrativa**
> "Corresponde a las entidades estatales brindar información a los pueblos indígenas u originarios y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa".

Podemos señalar que la acción estatal tuvo serias limitaciones en la etapa de difusión de la propuesta de Reglamento. El Estado distribuyó el borrador del Reglamento para que las organizaciones a su vez lo distribuyan a sus bases. Con ello, el Estado trasladó la responsabilidad de la publicidad de la medida a las organizaciones. Asimismo, la publicidad se limitó sólo a la difusión del texto vía internet y se distribuyó tardíamente en los eventos macrorregionales (Etapa de Evaluación Interna) donde recién las organizaciones regionales y locales, en su gran mayoría, tomaron conocimiento del contenido del borrador de Reglamento.

Asimismo, el Estado ha reducido la etapa de información a la entrega del contenido de la propuesta a las organizaciones nacionales, lo cual no ha garantizado que los consultados conozcan los motivos, implicancias, impactos y consecuencias del borrador del Reglamento.

Finalmente, el Estado no ha hecho esfuerzos suficientes para dar a conocer la propuesta de Reglamento con la debida anticipación y mediante procedimientos culturalmente adecuados. Los mecanismos tradicionales de talleres y entrega de información se repitieron en todas las audiencias, sin tener en cuenta la cultura de cada pueblo, su lengua o al menos intentar comunicar la información, escapando del formato de las exposiciones magistrales y formales.

3.3. QUINTA ETAPA: EVALUACIÓN INTERNA EN LAS INSTITUCIONES Y ORGANIZACIONES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS SOBRE LA MEDIDA LEGISLATIVA O ADMINISTRATIVA QUE LES AFECTE DIRECTAMENTE

> **Artículo 13.- Evaluación Interna de las Instituciones y Organizaciones de los Pueblos Indígenas u Originarios**
> "Las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios deben contar con un plazo razonable para realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos".

Según los acuerdos que constan en el Acta de reunión con las organizaciones indígenas para los talleres macrorregionales de Evaluación Interna del 27 de diciembre de 2011, se programaron siete talleres macrorregionales:

CUADRO N° 4. ENCUENTROS REGIONALES EN EL PROCESO DE REGLAMENTACIÓN DE LA LEY DE CONSULTA

EVENTOS	REGIONES QUE PARTICIPAN	LUGAR DE REALIZACIÓN	FECHA
Macro Norte	Tumbes, Piura, La Libertad, Cajamarca, Ancash y Lambayeque	Chiclayo	07 y 08 de enero de 2012
Macro Oriente I	Ucayali	Pucallpa	12 y 13 de enero de 2012
Macro Centro	Ayacucho, Huancavelica, Pasco, Junín, Ica, Huánuco y Lima provincias	Huancayo	16 y 17 de enero de 2012
Macro región Oriente II	Loreto	Iquitos	19 y 20 de enero de 2012
Macro Sur	Arequipa, Tacna, Moquegua, Cusco, Puno, Apurímac, Madre de Dios	Cusco	23 y 24 de enero de 2012
Macro Oriente III	Amazonas, San Martín	Bagua	27 y 28 de enero de 2012
Encuentro Nacional	Lima	Lima	08 a 10 de febrero de 2012 (reprogramado 13 al 15 de febrero)

Fuente: INDEPA, 2012

El tiempo para el desarrollo de las siete reuniones macrorregionales fue de un mes y medio. Esto no posibilitó una participación más informada y deliberativa de las organizaciones indígenas y restringió la posibilidad de comprender mejor la propuesta de Reglamento, así como la propia Ley N° 29785, como consta en las Actas de estas reuniones.

Los plazos no permitieron que los dirigentes que participaban en los eventos macrorregionales llevaran una propuesta consultada en sus bases.

Al terminar las reuniones macrorregionales, las organizaciones indígenas apenas contaron con un día para consolidar sus aportes y propuestas para la siguiente etapa (etapa de diálogo). Esto se debió a la reprogramación del evento macrorregional realizado en Lima de manera unilateral y arbitrariamente organizado por el Viceministerio de Interculturalidad[24].

De la observación efectuada en estos talleres, podemos referir que el no haber llevado una adecuada etapa de información generó que en el proceso de Evaluación Interna, los participantes no contaran con las herramientas adecuadas para analizar los alcances e incidencia de la propuesta de borrador de Reglamento. Pese a que la etapa de evaluación interna es de responsabilidad de las organizaciones indígenas, el Estado no puede desprenderse de su rol garantista de derechos, que incluye de forma vital a las etapas previas, lo que requiere planificación logística adecuada, asegurar la representatividad de los pueblos, establecer plazos razonables y brindar la asistencia técnica que sea necesaria.

El proceso de evaluación interna representa un gran reto para las organizaciones indígenas, situación que el Estado debe considerar al momento de planificar el proceso de consulta, por lo que la flexibilidad de los tiempos, las consideraciones culturales, metodológicas y logísticas deben tomarse en cuenta cuidadosamente, sin precipitaciones ni apresuramientos, tal como se evidenció en el proceso de reglamentación.

3.4. SEXTA ETAPA: PROCESO DE DIÁLOGO ENTRE REPRESENTANTES DEL ESTADO Y REPRESENTANTES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS

> **Artículo 15.- Proceso de Diálogo Intercultural**
> "El diálogo intercultural se realiza tanto sobre los fundamentos de la medida legislativa o administrativa, sus posibles consecuencias respecto al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, como sobre las sugerencias y recomendaciones que estos formulan, las cuales deben ser puestas en conocimiento de los funcionarios y autoridades públicas responsables de llevar a cabo el proceso de consulta.
>
> Las opiniones expresadas en los procesos de diálogo deben quedar contenidas en un acta de consulta, la cual contiene todos los actos y ocurrencias realizados durante su desarrollo".

En esta etapa se programaron inicialmente cuatro sesiones a ser desarrolladas los días 15, 17, 20 y 22 de febrero, fecha en la que debió culminar el proceso. Ante la decisión de CONAP y CCP[25] de condicionar su participación a la aprobación de una metodología consensuada[26], el Estado atendió este requerimiento, dejando abierto el plazo hasta culminar la revisión del articulado propuesto en el borrador del Reglamento. Asimismo, el Estado propuso y acordó con las organizaciones indígenas presentes en la CM, desarrollar reuniones previas a cada sesión para facilitar la discusión de los puntos controvertidos, lo que permitió acelerar el proceso. Sin embargo, dejamos constancia que desde el inicio de este proceso, los miembros del Estado que conformaron la CM evidenciaron su interés por acelerar esta etapa, lo que atentó contra los principios de flexibilidad y plazo razonable, situación que fue señalada por las organizaciones.

El Estado debió procurar en todo momento y de manera oportuna mantener la participación de las organizaciones indígenas que conformaron la CM en todas las etapas del proceso[27]. De acuerdo a lo mencionado, la conformación

---

24 La reprogramación del Encuentro Nacional realizado en Lima fue una medida unilateral tomada por el INDEPA, que mediante oficio N° 049-2012-INDEPA-J, comunica a las organizaciones indígenas el cambio de fecha.

25 CCP y CONAP enviaron cartas al Vice Ministerio de Interculturalidad, el 21 de febrero de 2012, exigiendo la aprobación de una metodología consensuada y flexibilidad en los plazos, entre otros puntos.

26 Después de una actitud pasiva y ante la crisis producida por el retiro momentáneo de las dos últimas organizaciones indígenas que se mantuvieron en el diálogo, CCP y CONAP, mediante Oficio N° 166-2012-DP del 22 de febrero de 2012, la Defensoría del Pueblo recomienda establecer un cronograma y una metodología consensuada para el desarrollo de la etapa de diálogo. Asimismo, el 22 de febrero, el Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos remitió una carta al Viceministerio de Interculturalidad señalando su preocupación por la ausencia de las cuatro organizaciones indígenas que no estaban participando de la etapa de diálogo, recomendando una metodología consensuada y la ampliación del plazo de esta etapa. *Nota de los Editores*.

27 Con fecha 16 de febrero de 2012, AIDESEP remitió una carta a la PCM, en la que proponía que se iniciara el proceso de diálogo intercultural el día 15 de marzo; de la misma manera mediante carta enviada el 17 de febrero, la CNA comunicó a la PCM su iniciativa de retornar al diálogo intercultural en una nueva fecha. Por su parte, el 24 de febrero, el Ministerio de Cultura envió una comunicación a cada una de las organizaciones (AIDESEP, CONACAMI, CNA y ONAMIAP), en la que les explicaba el proceso que se estaba llevando a cabo, las gestiones que venía haciendo para atender sus demandas en relación a Ley de Consulta Previa y les invocaba a reincorporarse al proceso.

de la CM mostró desde el principio un desbalance en su composición, considerando el número de representantes del Estado y de organizaciones indígenas; dicha situación se agravó con el retiro de cuatro de las seis organizaciones indígenas.

Más allá de la solidez de las propuestas planteadas por las organizaciones indígenas que participaron hasta el final de esta etapa (CCP y CONAP), se evidenció el desbalance en la representación de los pueblos indígenas.

3.5. SÉPTIMA ETAPA: DECISIÓN

> **Artículo 16: Decisión**
> "La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.
>
> El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.
>
> Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial".

Pese a que en la etapa de diálogo participaron sólo dos organizaciones indígenas, éstas alcanzaron valiosos aportes y acuerdos que han sido consignados en el Acta de Consulta de la etapa de diálogo intercultural, firmada el 05 de marzo de 2012.

De acuerdo al Convenio N° 169 de la OIT y la Ley de Consulta, los acuerdos alcanzados deben respetarse en la redacción final de los artículos de la norma a aprobarse. La Defensoría del Pueblo debe velar por su cumplimiento.

En el caso de los artículos en los que no se llegó a acuerdos, el Estado debe justificar su decisión final garantizando la protección de los derechos de los pueblos indígenas, conforme al marco jurídico nacional e internacional, e indicando por qué no se recogieron los aportes de las organizaciones indígenas.

4. CONCLUSIONES

1. Considerando que el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas debe darse en el marco de un diálogo intercultural de buena fe entre el Estado y los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas, las observaciones señaladas anteriormente han evidenciado que la legitimidad del proceso de consulta se ha visto afectada por la ausencia de las cuatro organizaciones nacionales -que inicialmente formaron parte de la CM- y de otras organizaciones regionales y locales, que no se encuentran representadas por las organizaciones indígenas convocadas.

2. Instamos al Estado a no alejarse del diálogo con las organizaciones e instituciones representativas de los pueblos indígenas, a fin de poder arribar a acuerdos que recojan las demandas y propuestas manifestadas por éstas.

3. Desde nuestro papel de observadores, dejamos constancia que desde el inicio del proceso, el Estado evidenció su interés por acelerar todo el proceso de consulta del Reglamento de la Ley, afectando los principios de flexibilidad y plazo razonable, situación que fue señalada por las organizaciones indígenas.

4. Respetando el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas, señalamos la necesidad permanente de que el Estado no deje de lado su rol garantista de derechos, que contribuye al fortalecimiento de las organizaciones e instituciones indígenas, en todas las etapas del proceso, situación que exige que desde el inicio hasta el final, exista un adecuado nivel de planificación, asistencia técnica y coordinación continua.

5. Más allá del desbalance en la representación de los pueblos indígenas en el proceso de consulta del Reglamento, el Estado debe considerar especialmente los aportes de la CCP y la CONAP, referidos al carácter previo del proceso de consulta de las medidas administrativas que puedan afectar a los pueblos indígenas; los supuestos en los que no procede la consulta, sino que se debe obtener el consentimiento previo, libre e informado; y sobre la participación de los pueblos indígenas en los beneficios de las actividades desarrolladas en sus territorios[28].

28 Se debe tomar en cuenta que CONAP presentó su posición final ante el Reglamento de la Ley de Consulta señalando la necesidad de modificarse. Ver: http://servindi.org/actualidad/62673

6. Con el fin de garantizar el derecho a la participación de los pueblos indígenas en los asuntos que les afecten, que constituyen un derecho distinto del derecho a la consulta, el Estado debe crear e implementar una institucionalidad indígena permanente y legítima basada en la participación efectiva de los Pueblos Indígenas en el Estado.

7. El Estado debe considerar que existe legislación sectorial (relacionada al otorgamiento de derechos y a la gestión ambiental) que requiere adecuarse con la finalidad de facilitar y concretar el ejercicio del derecho a la consulta previa.

8. Esta experiencia de consulta a los pueblos indígenas ha evidenciado que el Estado debe fortalecer sus capacidades para entablar un diálogo democrático e intercultural y mostrar una mayor voluntad política para garantizar los derechos de los pueblos indígenas. Asimismo, es importante que las instituciones y organizaciones indígenas sigan haciendo esfuerzos por fortalecer y enriquecer sus mecanismos de toma de decisiones para llegar a acuerdos.

INFORME

ANÁLISIS DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA, DECRETO SUPREMO N° 001-2012-MC

Crédito: Jonathan Hurtado / Servindi

Foto:
Algunas críticas a la organización de los talleres se refirieron al aspecto logístico, especialmente en el caso del Encuentro Nacional, que inicialmente no contó con instalaciones adecuadas para llevar a cabo el evento.

INFORME

ANÁLISIS DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA, DECRETO SUPREMO N° 001-2012-MC

1. INTRODUCCIÓN

El 6 de setiembre de 2011 se promulgó en el Perú la 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, Ley N° 29875. Esta medida fue saludada por su posibilidad de generar avances significativos en el lento y largo camino hacia el pleno respeto de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú.

A partir de la promulgación de esta Ley, se inició un debate sobre los mecanismos que debían regularse para asegurar procesos de consulta -sobre medidas legislativas o administrativas-, en asuntos que pudiesen afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En suma, se trataba de asegurar los cauces que permitiesen un diálogo intercultural sincero entre el Estado y los pueblos indígenas, algo mayoritariamente ausente en nuestra etapa republicana.

La consulta previa a los pueblos indígenas u originarios no sólo es un tema teórico, jurídico y procedimental, sino que tiene consecuencias muy prácticas. En el caso peruano, éstas se explicitan a partir las políticas estatales que promueven y facilitan la inversión privada en materia de extracción de recursos naturales, generando agudas controversias porque el Estado no protege de la misma forma los derechos de las comunidades y pueblos indígenas. Como consecuencia de ello, se evidencia un incremento notorio de los conflictos sociales, relacionados con el desarrollo de proyectos extractivos, donde lo común es que no se establezcan mecanismos de diálogo con las comunidades y pueblos indígenas, y sus voces no sean consideradas al momento de tomarse las decisiones.

Es por ello que la expectativa generada por la Ley de Consulta Previa viene significando, por ahora, una frustración y un reclamo justificado de las principales organizaciones nacionales representativas de los pueblos indígenas. La forma en la cual los funcionarios estatales especializados en el tema manejaron los momentos siguientes a la promulgación de esta Ley ha sido decepcionante y ha defraudado rápidamente las esperanzas que se habían generado, provocando un incremento de la desconfianza hacia un Estado que históricamente ha excluido y reprimido las demandas de estos pueblos.

Por eso cuando más adelante se inició el proceso de consulta previa del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, se pensó que podía significar la posibilidad de nuevas formas de promover un diálogo intercultural -indispensables en el Perú- entre el Estado y los pueblos indígenas, pero lamentablemente no ha sido así. Por el contrario, el proceso desarrollado adoleció de sustanciales deficiencias, ya sea por su falta de legitimidad, debido a la escasa participación de organizaciones indígenas nacionales representativas por el interés del Estado en acelerar el proceso, afectando los principios de flexibilidad y plazo razonable; por la asimetría en que se desarrolló este proceso; por desconocer varios acuerdos alcanzados en la etapa de diálogo y por haber introducido textos nuevos que no formaron parte de la consulta.

A pesar de ello, el 3 de abril de 2012 fue publicado el Reglamento de la Ley de Consulta Previa (Decreto Supremo N° 001-2012-MC), por lo tanto nos encontramos con la norma procedimental vigente que establece las reglas de juego para los procesos de consulta en el Perú.

El presente informe ofrece una mirada general sobre el contexto en el que se promulgó esta ley y en el que se debatió el contenido del Reglamento respectivo. Asimismo, hay un análisis minucioso de los acuerdos no respetados, de los textos introducidos sin consulta y de artículos cuyo contenido es controversial por incumplir los estándares nacionales e internacionales de respeto a los derechos de los pueblos indígenas en el Perú.

El Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos espera que el presente informe sea de utilidad para aquellos que quieran conocer a profundidad la orientación y consecuencias de una reglamentación importante pero deslegitimada. Esperamos, sobre todo, que puedan corregirse los errores en la presente reglamentación para que no se vacíe de contenido al derecho a la consulta previa, nuestro interés permanente es que puedan generarse procesos reales de diálogo intercultural y no procesos que terminen siendo un mero trámite administrativo.

2. CONTEXTO DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA

El presidente Ollanta Humala ganó las elecciones con propuestas de políticas públicas que señalaban la necesidad de tener un Estado que promoviera la inclusión social, y el respeto de los derechos de los pueblos indígenas. En tal razón, dentro de los primeros cuarenta y cinco días de su gobierno promulgó la Ley de Consulta Previa. Esta promesa electoral -ratificada en el mensaje presidencial[1] y en el mensaje al Congreso del entonces premier Salomón Lerner Ghitis[2]-, fue cumplida cabalmente.

El nuevo gobierno de Ollanta Humala planteó la configuración de un nuevo escenario político en el país, que generó en algunos sectores sociales -como los pueblos indígenas-, expectativas respecto al inicio de un proceso de inclusión social y reconocimiento de la diversidad cultural, mediante políticas y programas que los favorezcan. Sin duda, una de las medidas más importantes del inicio del gobierno de Ollanta Humala fue la aprobación de la Ley de Consulta Previa por el Congreso de la República y su promulgación por parte del Poder Ejecutivo. Los pueblos indígenas amazónicos, andinos y costeños saludaron esta medida, que recogió una demanda por la que habían luchado durante el gobierno de Alan García.

En este contexto, hay que tener en cuenta que la consulta previa ha sido una demanda de los pueblos indígenas desde que entró en vigencia el Convenio N° 169 de la OIT en el Perú; pero adquirió mayor relevancia a partir de los lamentables sucesos de Bagua[3]. Este conflicto se inició debido a la emisión de una serie de decretos legislativos, considerados por los pueblos indígenas como violatorios de sus derechos, y que además, no fueron consultados y se puso en evidencia un grave problema en la relación entre el Estado y los pueblos indígenas: una relación marcada por la asimilación, exclusión e invisibilización, así como por la falta de mecanismos de diálogo.

Después de la aprobación de la Ley de Consulta Previa y de los primeros meses de gestión, el Gobierno tomó la decisión de cambiar drásticamente la orientación de sus políticas en torno a la gestión de los recursos naturales. En aras de poder cumplir con los programas sociales ofrecidos en el marco de la campaña electoral, el Gobierno ha reafirmado su opción por un modelo extractivista para conseguir el desarrollo del país. Importantes voceros del Gobierno han señalado que la única manera de promover la inclusión social en el país es mediante la ejecución de proyectos de inversión en minería, hidrocarburos y la construcción de grandes centrales hidroeléctricas, especialmente en la sierra y la Amazonía del país.

Al finalizar el año 2011, luego de las protestas de las organizaciones sociales y los pueblos indígenas contra las actividades mineras en Cajamarca por el proyecto Conga, se

1 Mensaje presidencial dirigido al Congreso de la República, 28 de julio de 2011.
2 Discurso del premier Salomón Lerner al Congreso de la República, donde saluda la aprobación por este de la Ley de Consulta, 24 de agosto de 2011.
3 El 5 de junio de 2009 en un enfrentamiento entre la policía y pobladores indígenas durante el desalojo de una carretera resultaron 33 personas fallecidas, 200 heridos y un desaparecido.

produjo la primera crisis de gabinete que terminó con la salida del Presidente del Consejo de Ministros, Salomón Lerner, y de la mayoría de sus ministros. El presidente Humala quería recuperar el orden y el "principio de autoridad" y designó como nuevo premier a Óscar Valdés Dancuart, Teniente Coronel del Ejército en retiro, quien se había desempeñado hasta el momento como Ministro de Defensa[4].

En tal sentido, el proceso de diálogo y consulta del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, que se inició con la instalación de la Comisión Multisectorial (22 de noviembre de 2011), seguida de las seis audiencias (del 06 de enero al 16 de febrero de 2012), así como la etapa de diálogo intercultural, se realizaron en un escenario en el que el presidente Ollanta Humala decidió impulsar como eje económico la extracción de los recursos naturales y no buscar una adecuada relación entre estas actividades y el respeto al medio ambiente y los derechos de los pueblos indígenas.

Las seis organizaciones indígenas nacionales (AIDESEP, CCP, CNA, ONAMIAP, CONACAMI y CONAP) y el INDEPA acordaron la realización de cinco audiencias macrorregionales (Iquitos, Bagua, Chiclayo, Cusco, Huancayo) y un encuentro nacional en Lima. Diversas organizaciones nacionales y regionales solicitaron su incorporación en la Comisión Multisectorial y su participación en los encuentros macrorregionales, ya que no se encontraban representadas en las seis organizaciones que el Gobierno identificó, pero no se les concedió. Esto impidió que las organizaciones regionales participaran en la etapa de evaluación interna del Reglamento. Por otro lado, existieron problemas logísticos muy graves, como el repentino cambio de fechas de algunos encuentros, el uso de lugares inadecuados para el desarrollo de los mismos y la deficiente alimentación para los participantes, que generaron malestar y un justificado rechazo por parte de los líderes y dirigentes que asistieron a los encuentros.

Asimismo, estos encuentros pusieron en evidencia que el Gobierno no aseguró la publicidad ni la información necesaria sobre la Ley de Consulta a los pueblos indígenas. Esto se visibilizó en los encuentros macrorregionales, pues los participantes no conocían los alcances de la Ley y en muchos casos no se tuvo acceso a la norma. Esta situación de desinformación dificultó sustancialmente la discusión sobre los temas de fondo del Reglamento[5].

En el encuentro nacional, realizado en Lima, las organizaciones indígenas debatieron y evaluaron la continuidad de su participación en la etapa de diálogo intercultural para la elaboración del Reglamento. Finalmente, CONAP y CCP decidieron continuar participando en el proceso con aportes concretos para el Reglamento; mientras que AIDESEP, CONACAMI, CNA y ONAMIAP decidieron retirarse del proceso. No obstante, cada una de estas organizaciones elaboró aportes respecto al derecho a la consulta.

El proceso impulsado desde el Viceministerio de Interculturalidad siguió solo con la participación de dos organizaciones nacionales (CONAP y CCP), en sesiones interdiarias en las que se discutió el contenido del Reglamento, artículo por artículo. Ante la renuencia inicial del Viceministerio de Interculturalidad de trabajar bajo una metodología, las dos organizaciones indígenas que venían participando en el proceso anunciaron su decisión de retirarse del mismo. Posteriormente, esta situación fue superada cuando al interior de la Comisión, y después de un amplio debate, se aprobó la discusión y elaboración de un acta con la metodología consensuada. Finalmente, luego de terminadas las sesiones y revisado en su integridad el documento del Reglamento, este pasó a la Presidencia del Consejo de Ministros para su revisión y posterior publicación.

El 9 de marzo de 2012, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos emitió un informe que contenía los aspectos observados en el proceso de consulta previa del Reglamento de la Ley N° 29785. El objetivo del documento mencionado ha sido señalar nuestra opinión crítica respecto del proceso desarrollado y el rol que jugaron los funcionarios del Estado y los miembros de las organizaciones indígenas participantes.

Consideramos que en las etapas de publicidad, información y evaluación interna, se realizó un proceso con serias deficiencias; habiéndose distribuido la información de manera tardía, se redujo la etapa de información a la entrega de documentos a representantes de las organizaciones nacionales, y no se realizaron esfuerzos para dar a conocer el borrador del Reglamento con la debida anticipación y uso de procedimientos culturalmente adecuados, tal como está establecido en la Ley de Consulta Previa (artículos 11, 12 y 13).

Asimismo, durante la etapa de diálogo se evidenció el interés de los funcionarios del Estado por acelerar esta etapa, lo que vulneró el principio de flexibilidad[6] y plazo razonable, situación que fue señalada en su momento por las organizaciones indígenas participantes.

El proceso de consulta del Reglamento también tuvo debilidades con respecto a la representatividad de las

4 A la fecha de la edición de esta publicación, se ha producido un segundo cambio de ministros. El actual Premier es Juan Jiménez Mayor. *Nota de los Editores.*

5 Ver: http://servindi.org/actualidad/60457 Nota de los editores.

6 El principio nacional de 'flexibilidad' se fundamenta a la obligación internacional de organizar el proceso de manera adecuada a la circunstancias. Los procesos son considerados con adecuados si crean condiciones favorables para lograr acuerdo o consentimiento en relación con la medida propuesta. Se puede asumir que el apresuramiento no crea esas condiciones. *Nota de los Editores.*

organizaciones indígenas nacionales y regionales, pues como se mencionó antes, sólo dos organizaciones nacionales participaron durante todo el proceso de consulta.

El 3 de abril de 2012 fue publicado el Decreto Supremo N° 001-2012-MC, mediante el cual se aprueba el Reglamento de la Ley de Consulta Previa. Las organizaciones del Pacto de Unidad, liderado por CONACAMI, mostraron su disconformidad con esta decisión del Gobierno y anunciaron una acción de inconstitucionalidad contra la Ley de Consulta Previa y la posibilidad de recurrir a instancias internacionales para garantizar la protección del derecho a consulta. Por su parte, CCP saludó la aprobación del Reglamento y CONAP, mediante un pronunciamiento público[7], expresó sus críticas al Reglamento aprobado y exigió que se cumpla con los acuerdos tomados en el proceso de diálogo.

3. OBSERVACIONES AL PROCESO DE CONSULTA PREVIA DEL REGLAMENTO

3.1. Acuerdos no respetados

El día 5 de marzo de 2012, como conclusión de la etapa de diálogo del proceso de consulta del Reglamento, los representantes de los viceministerios, los representantes de la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP) y los representantes de la Confederación Campesina del Perú (CCP), suscribieron un acta final que recoge los puntos consensuados y las observaciones en los aspectos en los que no se lograron acuerdos.

El artículo 15 de la Ley de Consulta Previa señala en su segundo párrafo que "El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes", sin embargo, ha sorprendido que el texto final del Reglamento, publicado el 3 de abril de 2012, contenga cinco artículos en los que no se han respetado los acuerdos a los que llegaron el Estado y las organizaciones indígenas, en el proceso de consulta del Reglamento.

En el cuadro siguiente se puede observar las diferencias entre los textos aprobados y los textos consignados en el acta final de la etapa de diálogo. En la columna de la derecha constan los textos consensuados entre el Estado y las organizaciones indígenas participantes; y en la columna de la izquierda constan los textos finales aprobados en el Reglamento de la Ley de Consulta Previa.

CUADRO N° 1. VIOLACIÓN A LOS ACUERDOS ASUMIDOS EN LA ETAPA DE DIÁLOGO ENTRE ESTADO PERUANO Y LAS ORGANIZACIONES INDÍGENAS

Artículos	Texto aprobado en el Reglamento	Texto consignado en el acta final de la etapa de diálogo
Art. 5 a)	**Obligación de consultar** a) Las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre las autoridades gubernamentales y el o los pueblos indígenas, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo o consentimiento; **buscando que la decisión se enriquezca con los aportes de los o las representantes del o de los pueblos indígenas, formulados en el proceso de consulta y contenidos en el Acta de Consulta.**	**Obligación de consultar** a) Las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre las autoridades gubernamentales y el o los pueblos indígenas, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo o consentimiento.
Art. 9, 9.2	**Efecto suspensivo de la apelación** La apelación, en cualquier supuesto, debe realizarse en cuaderno aparte y sin efecto suspensivo.	**Efecto suspensivo de la apelación** La apelación, en cualquier supuesto, debe realizarse en cuaderno aparte y con efecto suspensivo.
Art. 20, 20.6	**Plazo máximo adicional para etapa de diálogo** 20.6. El periodo máximo de esta etapa será de treinta (30) días calendario, pudiendo ser extendido, por razones debidamente justificadas y por acuerdo de las partes.	**Plazo máximo adicional para etapa de diálogo** 20.6. El periodo máximo de esta etapa será de treinta (30) días calendario, pudiendo ser extendido, por razones debidamente justificadas y por acuerdo de las partes, **por un plazo máximo adicional de hasta treinta (30) días calendario.**

7 Pronunciamiento emitido por el Consejo Directivo Nacional de CONAP el 9 de abril de 2012.

Artículos	Texto aprobado en el Reglamento	Texto consignado en el acta final de la etapa de diálogo
Art. 23	**Etapa de decisión** NO se ha consignado el acuerdo 23.3. del acta.	**Etapa de decisión** **23.3. Cuando exista un acuerdo parcial, la entidad promotora debe enriquecer su propuesta con los aportes de los y las representantes indígenas formulados en el proceso de consulta y contenidos en el Acta de Consulta, a fin de tomar la decisión final.**
Art. 27, 27.4	**Consulta de Reglamentos sobre leyes ya consultadas** 27.4. Conforme al numeral 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú, las medidas reglamentarias no pueden transgredir ni desnaturalizar las leyes, por lo que no pueden cambiar la situación jurídica de los derechos colectivos de los pueblos indígenas previstos en la ley. Sin perjuicio de lo anterior, podrían utilizarse los mecanismos de participación ciudadana previstos en la legislación, distintos a la consulta, conforme lo señala el Convenio N° 169 de la OIT.	**Consulta de Reglamentos sobre leyes ya consultadas** 26.3. Las medidas reglamentarias que, conforme al artículo 118, numeral 8 de la Constitución, no pueden cambiar derechos colectivos de los pueblos indígenas; no requerirán ser consultadas, si reglamentan o desarrollan una ley que ya fue materia de consulta, **salvo en aquello que pudiera afectar directamente los derechos colectivos de dichos pueblos,** sin perjuicio de utilizar los mecanismos participativos conforme lo señala el Convenio N° 169 de la OIT o seguirse el procedimiento previsto en el presente Reglamento por decisión de la entidad promotora.

Fuente: Elaboración propia.

Revisemos cada uno de los artículos modificados mencionados en el cuadro:

Tal como consta en el cuadro anterior, en el **artículo 5, a)** se ha introducido un texto nuevo en la parte final (resaltado en negritas), que no fue discutido previamente con las organizaciones. Consideramos que con este agregado se recoge la redacción del artículo 23, inciso 3, pero vaciándolo de contenido. El texto cambia el **"deber"** de la entidad promotora para enriquecer su propuesta con los aportes de las organizaciones indígenas, por una simple **"búsqueda"** de que esta decisión se enriquezca con dichos aportes. Consideramos que este cambio es sustancial, porque supone una disminución de los deberes de las entidades promotoras, respecto a considerar los aportes de los pueblos indígenas y, además, supone una falta de valoración e importancia de su opinión, aún en situaciones en las que no se consiguió un acuerdo.

La modificación del **artículo 9** del Reglamento pone en riesgo la participación efectiva y oportuna de los pueblos indígenas en el proceso de consulta. Regula el derecho de petición de los pueblos indígenas en el supuesto de no haber sido incluidos en el proceso de consulta y la parte final del inciso 2 de este artículo establece el efecto de la apelación en el caso en el que el pedido haya sido denegado. En el acta final, el acuerdo señalaba que la apelación tiene **"efecto suspensivo"**, es decir, que el proceso se suspendería hasta contar con una decisión final. De esta manera se buscaba garantizar la participación en todo el proceso del pueblo o los pueblos que solicitaran su incorporación. Sin embargo, el Reglamento cambia esta posibilidad y se cambia el acuerdo, se señala que la apelación debe realizarse **"sin efecto suspensivo"**. En términos prácticos, el pueblo indígena que sea incorporado al proceso, después de la decisión final obtenida por apelación, deberá aceptar el proceso de consulta en el estado en el que se encuentre en ese momento. Si consideramos lo corto e inflexible de los plazos, con suerte llegará a incorporarse unos días antes que termine la consulta[8].

Asimismo, en dos artículos se han realizado supresiones. En el **artículo 20.6,** se trata de una mención a un límite temporal de la etapa de diálogo; en el **artículo 27.4** la supresión es más grave, pues se está recortando la posibilidad de realizar consultas de reglamentos de leyes ya consultadas. Este fue un punto arduamente debatido en la etapa de diálogo, donde las organizaciones manifestaron expresamente su preocupación y se logró un acuerdo con todos los sectores participantes en que se mantuviera la salvedad *"en aquello que pudiera afectar directamente los derechos colectivos de dichos pueblos"*. Esta frase ha sido eliminada, anulando la posibilidad de que se

8 En caso de que se adopte la decisión final sobre la medida antes del pronunciamiento sobre la apelación, el único recurso disponible es solicitar la nulidad de la medida, buscando que se reinicie todo el proceso. Esa vía no parece garantizar efectiva el derecho a la consulta, tal como se podría lograrlo con el carácter suspensivo de la apelación. *Nota de los Editores.*

consulten reglamentos de leyes ya consultadas, aunque la norma amenace derechos de los pueblos indígenas[9].

En el artículo 23.3 se ha eliminado el texto íntegro de un inciso que contemplaba el supuesto de la existencia de un acuerdo parcial y, por lo tanto, el deber de la entidad promotora de enriquecer su propuesta con los aportes de las organizaciones indígenas.

De acuerdo a lo mencionado anteriormente, podemos afirmar que la falta de respeto del Estado, por no incorporar todos los acuerdos tomados en el proceso de consulta previa del Reglamento, no sólo trasgrede el mandato expreso de la Ley de Consulta, sino que viola derechos constitucionales. Tal y como lo ha señalado el Tribunal Constitucional:

> "El contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa (…) iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta (…)" (f. 37, Sentencia TC N° 00022-2009-PI/TC).

3.2. Incorporación sin consulta de nuevo articulado

El artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT establece que cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, estos deben ser consultados. Estas consultas deben efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con el fin de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de tales medidas propuestas.

En ese sentido, la existencia de medidas que generan una afectación directa motiva los procesos de consulta y, por lo tanto, estas medidas se convierten en el eje de una consulta determinada.

Cabe entonces preguntarnos, ***¿cuándo estamos ante una medida que deba necesariamente pasar por proceso de consulta?*** Conforme al fundamento 21 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00022-2009-PI, dichas medidas son las que regularán exclusivamente aspectos relevantes de los pueblos indígenas (una ley o reglamento cuyo contenido regula únicamente sus derechos o intereses), o regularán una materia con carácter general, pero necesitan precisar algunas disposiciones relativas a estos pueblos.

De acuerdo a esto, podemos concluir que el Decreto Supremo N° 001-2012-MC, que regula el Reglamento de la Ley de Consulta Previa, es una norma que se ajusta al supuesto de la sentencia del Tribunal Constitucional mencionada en el párrafo anterior, por lo tanto debe ser sometida a un proceso de consulta, ya que en su integridad regula un derecho colectivo indígena. A ello debemos sumar que, conforme a los Fundamentos 37 y 38 de la referida Sentencia del Tribunal Constitucional, se ha previsto que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta incluye, entre otros, el derecho de poder contar con el acceso a las medidas que se quieren normar; se precisa además que la adopción de medidas sin la correspondiente consulta previa supone la afectación de este derecho.

En esa línea de ideas, toda disposición que finalmente ha sido adoptada en el Reglamento, ha debido ser consultada, tomando en cuenta su naturaleza, puesto que se trata de una norma que regula íntegra y exclusivamente supuestos relacionados con los pueblos indígenas.

Por lo anteriormente mencionado, la **etapa de decisión** del proceso de consulta del Reglamento debió efectuarse en función de las propuestas presentadas por las organizaciones indígenas, quienes ejercieron su derecho a la consulta previa, con o sin acuerdo con el Estado, la finalidad de la consulta previa es no afectar los derechos de los pueblos indígenas.

Adoptar medidas que no formaron parte del proceso de consulta, cuanto menos, supone un atentado en contra del Principio de Buena Fe previsto en el Convenio N° 169 de la OIT y en la Ley de Consulta Previa. Asimismo, las medidas adoptadas y que no fueron sometidas al proceso de consulta -independientemente de si estarían buscando beneficiar o no a dichos pueblos- devienen en inconstitucionales puesto que suponen la negación del ejercicio del derecho a la consulta libre, previa e informada.

En ese sentido, en la tabla siguiente detallamos los artículos que no fueron sometidos al proceso de diálogo previo y que sin embargo forman parte del texto del Reglamento aprobado (DS N° 001-2012-MC):

9 Esa eliminación se basa en una equivocación entre la naturaliza de la medida y sus efectos. La determinación de la afectación de los pueblos debe fundamentarse en los efectos concretos de la medida, no en su rango normativo. *Nota de los Editores.*

CUADRO N° 2. INCORPORACIÓN DE DISPOSICIONES POR EL ESTADO SIN DIÁLOGO PREVIO CON LAS ORGANIZACIONES INDÍGENAS

Artículos	Contenido
1, 1.5	Señala que el proceso de consulta no es vinculante, salvo en aquellos aspectos en que hubiere acuerdos entre las partes.
2, 2.3	Prevé la necesidad de un informe previo y favorable del Viceministerio de Interculturalidad para los procesos de consulta de los gobiernos regionales y locales.
3, n)	Señala la definición de representante de un pueblo indígena.
5, j)	Dispone que la obligación de informar que le corresponde al Estado, se realice únicamente con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas.
10, 10.4.	Establece el plazo para que los pueblos indígenas designen a sus representantes, su segundo párrafo no fue incluido en el proceso de consulta.
24	Establece el plazo máximo para desarrollar el proceso de consulta.
27, 27.3	Establece que el proceso de la consulta se realiza mediante las organizaciones representativas asentadas dentro del ámbito geográfico de la medida.
27, 27.6	Desarrolla el supuesto de consulta indígena para los proyectos de Decretos Legislativos.
Decimosegunda DCTF	Establece que no se consultarán medidas administrativas complementarias.
Decimosegunda DCTF	Establece la coordinación de procesos de promoción de la inversión privada.
Decimosegunda DCTF	Establece que no será necesaria la consulta de una medida administrativa sobre el reinicio de una actividad.
Decimosegunda DCTF	Establece que no será necesaria la consulta en casos de construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación y provisión de servicios públicos.
Decimosegunda DCTF	Los costos de la consulta los asumirá la entidad promotora correspondiente.

Fuente: Elaboración propia.

4. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL REGLAMENTO

4.1. La aplicación de la consulta en el tiempo

En el Derecho Internacional, los Estados y las organizaciones internacionales tienen la posibilidad de suscribir tratados internacionales, con lo cual se obligan a respetarlos a partir de su entrada en vigor, o de su ratificación. Una vez que estos instrumentos internacionales empiezan a generar efectos jurídicos, se desprende la segunda gran obligación que deriva de los tratados internacionales: los Estados deben adecuar su ordenamiento interno a estas normas del ordenamiento jurídico internacional.

La adecuación antes mencionada puede darse mediante dos procesos distintos: El primer procedimiento consiste en que, para que las normas del Derecho Internacional sean efectivas dentro de un Estado, este debe producir un conjunto de leyes que desarrollen el contenido de las normas del tratado. El segundo procedimiento posibilita que las normas de los tratados internacionales se hagan parte del ordenamiento jurídico interno de un Estado, al mismo tiempo que este las ratifica.

El Estado peruano ha optado, mediante el artículo 55 de la Constitución Política del Perú, por el segundo procedimiento, dado que manifiesta que "los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional". Esto quiere decir que en el Perú no es necesario legislar para que se apliquen las normas de un tratado internacional. Si estas no son aplicadas desde el momento en el que se ratifica el tratado internacional y este entra en vigor, el Estado estaría incumpliendo la norma constitucional antes citada. Por lo tanto, el Estado peruano no podrá argumentar la falta de una ley interna para dejar de cumplir un tratado internacional.

Es por ello que, en el caso del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, este debió ser aplicado desde el año 1995, en el cual el Convenio N° 169 de la OIT entró en vigor para el

Perú. Desde ese momento, todas las medidas administrativas o legislativas que puedan afectar a los pueblos indígenas debieron ser consultadas. Aquello que cumpliendo con estas características no fuese consultado, está fuera del marco legal y debe ser corregido; más aún si el tratado vulnerado es uno de derechos humanos, pues, según el propio Tribunal Constitucional del Perú, posee rango constitucional[10].

Lo grave es que el Estado peruano, a pesar de haber ratificado el Convenio N° 169 de la OIT, ha venido adoptando un conjunto de medidas que atentan contra los derechos de los pueblos indígenas sin consultarles previamente. En consecuencia, todos estos actos que producen efectos jurídicos devendrían en nulos por carecer de legalidad. Frente a esto, el Estado peruano se ha esforzado en afirmar que desde que entró en vigencia el Convenio N° 169 de la OIT, se han realizado procedimientos en los cuales la población ha participado; sin embargo, en esta argumentación claramente se confunden dos derechos de distinta naturaleza.

El derecho a la participación es una prerrogativa que le asiste a **todos** los ciudadanos de un Estado de involucrarse en los asuntos públicos, y además puede versar sobre cualquier materia de orden público: presupuesto de la nación, formulación de políticas públicas, elección de representantes, etc. La finalidad del derecho a la participación difiere de la finalidad del derecho a la consulta de los pueblos indígenas: lograr acuerdos o consentimiento.

Cabe mencionar que el derecho a la consulta es de titularidad de los pueblos indígenas y tribales que habitan en el Perú y se aplica, según el propio Convenio N° 169 de la OIT, cada vez que se adopte medidas legislativas o administrativas que las afecten directamente. Esto quiere decir que cuando, se necesiten normas jurídicas que regulen el sistema de propiedad de los pueblos indígenas, estas deberán ser consultadas; ocurre lo mismo cuando se pretende otorgar a un particular, derechos sobre los recursos naturales existentes en los territorios indígenas.

El proceso de consulta, como ya lo adelantáramos, tiene como finalidad lograr acuerdos o el consentimiento de los pueblos indígenas. Respecto a los acuerdos, estos deberán ser cumplidos y una vez alcanzado el consenso, el Estado está obligado a respetarlo. La controversia se genera a partir del consentimiento. Los tribunales internacionales en diversa jurisprudencia han señalado que este será absolutamente necesario cuando se ponga en riesgo la sobrevivencia del pueblo o de su cultura.

De acuerdo a lo anteriormente planteado, ***¿qué le correspondería hacer al Estado peruano con los actos jurídicos que ha realizado desde 1995, sin observar un tratado internacional de Derechos Humanos, como es el Convenio N° 169 de la OIT?*** Estos actos son nulos y no tendrían que desplegar efectos jurídicos y, por lo tanto, se tendrían que reiniciar todos los procedimientos ya concluidos por medio de los cuales se haya afectado los derechos de los pueblos indígenas.

En este sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional Colombiana, que ordena la suspensión de proyectos o declara la inconstitucionalidad de las leyes y estatutos, como la Ley General Forestal o el Estatuto de Desarrollo Rural, por no haber sido consultados previamente. Así, por ejemplo, esta Corte ha suspendido el llenado de un embalse ubicado en territorio indígena, las actividades de exploración de petróleo y las actividades de exploración y explotación de oro y cobre, hasta que no se realice la consulta previa[11].

4.2. Afectación del plazo razonable, principio de flexibilidad

Concebir a la consulta como un procedimiento único, que solo atienda parámetros objetivos, es deslegitimarla y anular los objetivos para los que está pensado desde el inicio. La realidad nos demuestra que no todos los supuestos que justifican la realización de la consulta son iguales y que la propia dinámica de los pueblos es distinta, con lo cual implementar el proceso sin atender a las particularidades de cada pueblo y de cada supuesto es en vano.

Precisamente por estos motivos se ha concluido que el principio de flexibilidad también debe ser observado en todo el proceso de consulta a los pueblos indígenas. Esto ha quedado establecido en el artículo 6.2 del Convenio N° 169 de la OIT cuando manifiesta que las consultas llevadas a cabo en aplicación del Convenio deben efectuarse "de manera adecuada a las circunstancias"[12].

El cumplimiento del plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan informarse y decidir formar parte del propio principio de flexibilidad. No sería legítimo un proceso de consulta en el que los plazos no sean adecuados para cada uno de los pueblos, sin atender a sus propios procedimientos y particularidades. Estos plazos deberán variar dependiendo de la medida que se esté consultando. El plazo razonable también guarda relación con el principio de buena fe, en tanto se permite el correcto desarrollo del diálogo; en la medida que los pueblos han tenido el tiempo suficiente para razonar en torno a la situación a la que se encuentran.

---

10 Constituye una obligación internacional resarcir los daños provocados por vulneraciones de derechos humanos. *Nota de los Editores.*

11 En el Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam (2007), la Corte Interamericana de Derechos Humanos impuso al Estado Surinamés, como medida de satisfacción de la sentencia, revisar las concesiones ya otorgadas sin consulta, con el fin de evaluar si era necesario modificar los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka (párr. 194). *Nota de los Editores.*

12 Lo mismo se ha señalado en el fundamento 31 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 00022-2009-PI/TC.

4.3. Consentimiento, como expresión de la autodeterminación

La normativa internacional, así como la nacional, son claras al reconocer entre los derechos de los pueblos indígenas el **derecho a la autodeterminación**, es decir, la capacidad de decidir sobre sus prioridades y la forma en la que van a regir su vida como comunidad. En base a esta autonomía, los pueblos indígenas podrán decidir acerca de las formas de elección de sus representantes, las formas en que solucionan sus conflictos, sus tipos de intercambio y su forma de desarrollo.

Es esta autonomía también la que impide que actores extraños a la comunidad interfieran en las formas de organización de la comunidad. Pretender otorgar derechos sobre sus territorios, por ejemplo, negaría la autodeterminación ya reconocida. Es por ello que cada vez que se pretenda penetrar en ámbitos indígenas es necesario que esta intervención, para ser resguardada por la legalidad, cuente con el consentimiento de los pueblos indígenas. Es esta atribución la que exigiría que los pueblos indígenas sean siempre consultados, no únicamente cuando se ponga en riesgo su sobrevivencia o la de su cultura.

Por otro lado, las Directrices del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo sobre los asuntos de los pueblos indígenas señalan que el consentimiento libre implica ausencia de coerción, intimidación o manipulación. Asimismo, el consentimiento informado significa que el Estado debe suministrar información que abarque por lo menos lo siguiente:

- La naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto.
- Las razones o el objetivo del proyecto y/o la actividad.
- La duración del proyecto o actividad.
- La ubicación de las áreas que serán afectadas.
- La evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluso los posibles riesgos, y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución.
- El personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto.
- Los procedimientos que puede entrañar el proyecto.

4.4. Vulneración de la autonomía de gobiernos regionales (artículo 2, 2.3) y atribuciones del Viceministerio de Interculturalidad (artículo 28.3, 9.2)

El artículo 2 de la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales y el artículo II del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades precisan que ambas instancias de gobierno gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.

En ese sentido, los gobiernos locales y los gobiernos regionales -en atribución de sus funciones-, dictan medidas de manera permanente, de modo que algunas de estas normas podrían afectar los derechos de los pueblos indígenas de su jurisdicción y, por lo tanto, debieran ser consultadas a través de procesos de consulta, impulsados por estas instancias de gobierno.

Asimismo, el proceso de descentralización tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país, la igualdad de oportunidades y la lucha contra la pobreza. Para ello se plantea -entre otros temas-, incorporar la participación de las comunidades campesinas y nativas, reconociendo la interculturalidad, y superando toda clase de exclusión y discriminación. La descentralización ha creado gobiernos regionales y locales que han asumido competencias y funciones en nuestro país en materias como salud, educación, medio ambiente, producción, etc. No considerar la participación de los pueblos indígenas en estas áreas y/o no considerar los derechos colectivos sobre estas materias -como el derecho a la consulta-, significaría una violación a las normas del Convenio N° 169 de la OIT y al artículo 2, num. 19 de la Constitución Política.

En este sentido, el artículo 2.3 del Reglamento de la Ley de Consulta constituye un obstáculo para el propio Estado, pues impide que a través de sus diferentes niveles de gobierno cumpla su rol de garante y responsable de implementar y hacer cumplir las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT:

> "Artículo 2.1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad".

Por otro lado, en el artículo 2, 2.3 del Reglamento de la Ley de Consulta se optó por lo siguiente: "Los gobiernos regionales y locales sólo podrán promover procesos de consulta, previo informe favorable del Vice ministerio de Interculturalidad (…)", consideramos que con este dispositivo se vulnera la autonomía de los gobiernos regionales y locales, por lo siguiente:

a. **Se violan los principios de competencia y la autonomía de los gobiernos regionales reconocidos en los artículos 191 y 192.6 de la Constitución.** Las relaciones entre el Gobierno Nacional y los gobiernos regionales no son de jerarquía, sino de competencia; sin embargo, el artículo 2.3 del Reglamento subordina la decisión de un gobierno regional a la aprobación de un ente estatal del Ministerio de Cultura. Con esto se viola la autonomía normativa y política, y el principio de competencia de los gobiernos regionales, pues una norma reglamentaria del Poder Ejecutivo está configurando competencias de un gobierno

regional. Por ejemplo no sería aceptable que un gobierno regional regulara aspectos del gobierno central.

b. **Se viola el principio constitucional de jerarquía normativa, contenido en el artículo 51 y 138 (2do párrafo) de la Constitución.** Esto se da en dos momentos: primero, cuando a través de una norma reglamentaria, -es decir de rango infralegal-, como es un decreto supremo se modifican normas de rango legal, como son las leyes orgánicas. Nos referimos a la Ley N° 27867 (Ley Orgánica de Gobiernos Regionales). Este principio de jerarquía normativa también se viola cuando se crea, a través una norma reglamentaria, un nuevo requisito para la realización de un derecho constitucional. Es decir, a través de una norma de rango infralegal, se está modificando una norma de rango constitucional, como es el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT y la Ley N° 29785.

c. **Se ha modificado normas del bloque de constitucionalidad a través de un decreto supremo.** La Ley N° 27867 (Ley Orgánica de Gobiernos Regionales) estaría siendo modificada por el artículo 2.3 del Reglamento de la Ley de Consulta, que desarrolla las funciones de un gobierno regional durante la consulta. La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales es una norma que forma parte del bloque de constitucionalidad, es decir, tiene la misma fuerza que las normas constitucionales para efectos del control constitucional, de acuerdo con el artículo 79 del Código Procesal Constitucional. En consecuencia, al ser una norma de rango constitucional, no puede ser modificada por un Decreto Supremo como es el Reglamento de la Ley de Consulta (DS N° 001-2012-MC).

   Resulta evidente que el caso del proyecto minero Conga de la región Cajamarca ha influido en la restricción de la autonomía a los gobiernos regionales y locales, pero consideramos que hay otras vías para el manejo de estas situaciones, sin necesidad de interferir en la autonomía de los gobiernos regionales y locales. Consideramos que el artículo 2.3 del Reglamento es inconstitucional. Estamos ante una norma inválida, por contravenir expresas disposiciones constitucionales. Contra ella cabe una demanda de acción popular, proceso constitucional especialmente diseñado para el control constitucional de normas reglamentarias.

d. **El Gobierno ha ejercido la potestad reglamentaria de manera inconstitucional, violándose el artículo 118.8 de la Constitución.** Lo establecido en el artículo 2.3 del Reglamento excede y va más allá de lo establecido en la Ley de Consulta (Ley N° 29785), pues esta facultad no se considera en ella. En tal sentido, se viola el artículo 118.8 de la Constitución, que establece que es atribución del Presidente de la República "Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones". Esta modificatoria debió realizarse por ley. En todo caso, una restricción como la contenida en el artículo 2.3 del Reglamento, debió haberse discutido y aprobado a través de la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura y no del Reglamento, conforme señala el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (Ley N° 29158).

4.5. Guía metodológica

La idea de contar con una guía metodológica surgió durante el proceso de consulta previa del Reglamento y fue una propuesta planteada por las organizaciones indígenas, con el objetivo de contar con una herramienta que permitiera uniformizar criterios entre los distintos sectores y niveles de gobiernos que, conforme a la Ley de la Consulta Previa y del Reglamento, tendrán que encargarse de los procesos de consulta. Asimismo, la Guía Metodológica constituía la oportunidad para definir detalles que orientarían el proceso de consulta al momento de implementarlo, detalles que por su especialidad o variedad resultaba imposible recoger en el texto del Reglamento.

Sin embargo, llama la atención que su elaboración haya quedado exclusivamente en manos del Viceministerio de Interculturalidad, dejando de lado la participación de las organizaciones indígenas, que son las beneficiarias del derecho y conocen con precisión las singularidades de cada región y los requerimientos en cada circunstancia especial.

Este aspecto adquiere mayor relevancia si consideramos que el Reglamento de la Ley indica que varios aspectos de éste serán definidos a través de la Guía Metodológica, y no se limitan con esto a la metodología desarrollada en el artículo 13, sino que también se incluye lo siguiente:

> **Artículo 10.3**
> (…) "La falta de organizaciones representativas o representantes no es obstáculo para la realización del proceso de consulta, debiendo la entidad promotora adoptar las medidas necesarias para hacer posible la consulta al o a los pueblos indígenas que pudieran ser afectados. Corresponde al Viceministerio de Interculturalidad incluir dicho supuesto en la Guía Metodológica".

La Guía Metodológica es la que desarrolla las medidas que se adoptarán para garantizar la participación de pueblos sin representantes. Consideramos que los mecanismos de garantía de participación de organizaciones indígenas no son un asunto menor ni de simple metodología, sino que desarrollan los criterios de acceso de determinados

pueblos a los procesos de consulta y pueden afectar de forma esencial su derecho. Siendo así, consideramos que, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 6, inciso 1, literal a) del Convenio N° 169 de la OIT, la definición de estas medidas debió formar parte del texto consultado y no quedar relegada a una guía metodológica y a la discreción del Viceministerio de Interculturalidad, una autoridad más política que técnica.

Por lo anteriormente mencionado, se debe garantizar que la Guía Metodológica se restrinja a aspectos que no afecten derechos de los pueblos indígenas y que debieran ser objeto de consulta y, por otro lado, se debe convocar a las organizaciones indígenas para que participen en su discusión y elaboración[13].

4.6. ¿Cuándo se realiza la consulta? ¿a partir de qué momento? Artículos 3, i) y 6.

El artículo 2 del Reglamento establece su ámbito de aplicación. En el caso del Poder Ejecutivo lo constituyen:

a) Las medidas administrativas.
b) Los decretos legislativos.
c) Las medidas administrativas en virtud de las cuales se aprueban los planes, programas y proyectos de desarrollo.

En seguida, el artículo 3, literal i), define las medidas administrativas del primer supuesto y señala que estas son: a) las normas reglamentarias de alcance general, b) el acto administrativo que faculta el inicio de la actividad o proyecto y c) el acto administrativo que autorice a la Administración la suscripción de contratos en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Es más, no se desarrollan los supuestos de consulta para planes y programa de desarrollo de alcance nacional, regional y local, una grave omisión que indica la reducida intención de introducir la consulta previa en los procesos de planificación de la gestión pública.

El Reglamento no es claro respecto a cuándo debe realizarse la consulta en el caso de las medidas administrativas que aprueban el aprovechamiento de los recursos naturales. De acuerdo a los artículos 3, i) y 6 del Reglamento, se interpreta que la consulta se desarrollaría únicamente durante la elaboración de los Estudios de Impacto Ambiental.

Tampoco es claro sobre si se cumplirá para todos los casos de aprovechamiento de recursos naturales, renovables y no renovables. Esto no sólo sucede porque cada sector tiene una legislación especial con respecto al desarrollo del EIA, sino porque el Reglamento no aclara esta situación, tan sólo menciona las opciones sobre las que discrecionalmente decidirá cada sector al momento de regular la consulta en dicho sector.

En el caso de hidrocarburos, la empresa nacional Perupetro S.A. es la entidad que está facultada a negociar los lotes hidrocarburíferos con terceros o empresas interesadas. Cuando el Reglamento señala que la consulta debe realizarse antes de la suscripción de contratos, debemos entender que es Perupetro S.A., el que está obligado a realizar la consulta a los pueblos indígenas respecto a la delimitación de los lotes de hidrocarburos, modalidad del contrato, etc. En este caso, la consulta debería realizarse antes de la suscripción de los contratos y durante la realización de cada uno de los EIA correspondientes a cada etapa del proceso hidrocarburífero, al menos eso es de esperarse[14].

En el caso de las concesiones mineras, éstas son otorgadas a través del Instituto Geológico Minero y Metalúrgico- INGEMMET y después de ello se realiza el Estudio de Impacto Ambiental. De acuerdo con el Reglamento de la Ley de Consulta, se entendería que la última medida administrativa que autoriza el aprovechamiento del recurso sería este instrumento de gestión ambiental, pero por la falta claridad de esta nueva norma, se podría entender que en el caso de minería, la última medida podría ser la autorización de operaciones que realiza la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, que es posterior a la aprobación del EIA[15].

En el caso de los proyectos eléctricos, el Estudio de Impacto Ambiental es previo a la concesión definitiva para la construcción del proyecto eléctrico. Si bien es cierto que el EIA se realiza en paralelo o posterior al otorgamiento de la concesión temporal, potestad que se le da al concesionario para realizar estudios de viabilidad técnica y económica, lo cierto es que el tercero no goza ningún derecho sobre el área y podría ser este caso el que más se ajuste a incluir coherentemente las prioridades de desarrollo de los pueblos indígenas o la generación de acuerdos previos entre los pueblos indígenas y el Estado sobre la medida administrativa en el sector.

---

13 Si bien la Guía metodológica no produce efectos jurídicos, ese documento desarrollará los procesos para llevar a cabo consultas y tendrá seguramente una influencia concreta muy importante en la conducta de las entidades promotoras. *Nota de los Editores.*

14 Véase la Resolución Ministerial N°350-2012-MEM/DM del 12 de julio de 2012, que menciona la consulta por parte de PERUPETRO antes de la adopción del Decreto Supremo que aprueba la suscripción del contrato de exploración o explotación. Esta norma no ha sido a la fecha publicada, desnaturalizando el concepto de consulta previa, libre e "informada". *Nota de los Editores.*

15 El TUPA actualizado de la Dirección General de Minería del 13 de enero de 2013 prevé la celebración de consultas en tres momentos: (i) Antes del otorgamiento de una concesión de beneficio: el Estado realizará la consulta antes de la autorización de la construcción; (ii) Antes del inicio de las actividades de exploración; (iii) Antes del inicio o reinicio de las actividades de desarrollo, preparación y explotación: el Estado realizará la consulta antes de la aprobación del plan de minado. *Nota de los Editores.*

Como se puede apreciar en todos estos casos, ante la falta de claridad del Reglamento de Consulta, los sectores tendrán la discrecionalidad de ajustar este derecho a la legislación de cada sector para viabilizar la inversión, restringir los posibles efectos de este derecho lo más posible, e impedir cualquier variación de la decisión estatal de otorgar un derecho[16]. El Reglamento debió señalar claramente que los dos momentos en que se debe realizar la consulta, son antes del otorgamiento del derecho y durante la elaboración del EIA, mínimamente.

Finalmente, la consulta previa debe ser parte de un proceso integral de definición de aprovechamiento de los recursos naturales. Ello pasa por la definición del uso territorial, en ese sentido, son los procesos de planificación a través del Ordenamiento Territorial en los que debe insertarse la consulta previa. Desafortunadamente, el Estado peruano no ha expresado una voluntad política para promover estos procesos, más bien, los ha venido limitando legalmente.

4.7. Decimosexta Disposición. Notificaciones adecuadas culturalmente.

A lo largo del Reglamento, se mantiene la lógica de cualquier norma nacional, dejando de lado la especificidad de una norma para pueblos indígenas. Se asume que los pueblos indígenas tienen las mismas oportunidades de acceso a la información que cualquier ciudadano que vive en centros urbanos, por ello se establece que las notificaciones serán realizadas a través del diario oficial El Peruano y las diversas páginas web. Esto evidentemente no responde a una realidad rural y atenta contra el derecho de acceso a la información.

Los pueblos indígenas, en su mayoría, no cuentan con servicios públicos, lo que no les permite el acceso a internet; asimismo, los diarios en general no llegan a sus localidades por la distancia geográfica de los centros urbanos. Es por ello que se requiere la utilización de mecanismos culturalmente adecuados a cada pueblo indígena, que permitan un debido acceso a las informaciones en su propia localidad y la entrega directa de notificaciones escritas u orales, vinculadas con el Plan de Consulta Previa a los pueblos y organizaciones indígenas, y las etapas preclusivas de un proceso de consulta. Los contenidos brindados en la información y notificaciones que se alcancen, deben ser de fácil comprensión, respetando el idioma de los pueblos de la localidad.

4.8. La consulta previa a pueblos indígenas en aislamiento voluntario

Según lo prevé el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, el Estado debe realizar la consulta a los pueblos interesados, mediante sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas que puedan afectarlos directamente. Esto supone la posibilidad de que un pueblo indígena pueda manifestar su voluntad ante el Estado en un proceso de consulta, y a través de sus representantes, es decir, se trata de acciones que puede concretar un pueblo indígena que desarrolla relaciones sociales con la sociedad nacional y que puede ejercer sus derechos conforme al sistema jurídico legalizado y legitimado por ella.

Sin embargo, en el caso de los pueblos indígenas en aislamiento o en contacto inicial; conforme al artículo 2 de la Ley N° 28736[17], el aislamiento supone el no haber desarrollado relaciones sociales de manera sostenida con el resto de la sociedad nacional, o que, habiéndolo hecho, se debe presumir y respetar la voluntad de estos pueblos de discontinuarlas. El contacto inicial implica que un pueblo indígena o parte de él se encuentra en el inicio de un proceso de interrelación con los demás integrantes de la sociedad nacional.

Cabe mencionar que el régimen de protección previsto en dicha Ley -artículos 1 y 4, a) y b)- establece la necesidad de preservar la vida y salud de estos pueblos, pues es en ese marco que se presume su vulnerabilidad ante enfermedades transmisibles, debiendo respetarse lo decidido por ellos en torno a su relacionamiento con la sociedad y el Estado.

Es en ese marco que la Ley que regula la protección de estos pueblos (artículo 5), prevé la intangibilidad de las reservas indígenas. No obstante, este mismo artículo establece la excepción en caso exista en ellas algún recurso natural cuya explotación resulte de necesidad pública para el Estado, debiendo procederse de acuerdo a Ley. Es en ese marco que el Reglamento de la Ley de Consulta – a través de su Novena Disposición Final- ha modificado el Reglamento de la Ley para la Protección de los Pueblos en Aislamiento o Contacto Inicial, otorgándole la facultad al Ministerio de Cultura de emitir una opinión técnica previa vinculante sobre los Estudios de Impacto Ambiental requeridos conforme a Ley.

Ello nos coloca ante un supuesto de **intangibilidad relativa** respecto a los pueblos en situación de aislamiento o contacto inicial, el mismo que contradice el marco legal previsto para la protección de estos pueblos, ante alguna medida administrativa o legislativa que pudiera habilitar la explotación de dicho recurso natural.

El derecho a la consulta para las poblaciones en aislamiento o contacto inicial debe entenderse como un derecho en suspenso, a ser ejercido cuando estas poblaciones decidan dejar tal condición. Así, esta imposibilidad de consulta implica también que toda medida que pueda afectarlos no contará con ella como requisito para su adopción; si no se realiza

16 En la medida en que las normas emitidas para determinar los momentos de la consulta son normas administrativas que afectan el derecho a la consulta, uno podría argumentar a favor de la celebración de procesos de consulta antes de adoptarlas. *Nota de los Editores.*

17 Ley para la Protección de los Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento o Contacto Inicial, Ley 28736.

la consulta, la medida adoptada deberá considerarse como inválida e inconstitucional. Ello no excluye el ejercicio del derecho a la consulta por parte de la población indígena que no se encuentra en aislamiento o contacto inicial, no obstante, la medida que pudiera adoptarse como producto de esta consulta no debe, ni puede afectar derechos de sus pares que sí se encuentran bajo esa condición. Es en ese sentido que debe configurarse el contenido de las opiniones que deba emitir el Viceministerio de Interculturalidad.

4.9. Deberes pendientes del Estado

4.9.1. Costos de la consulta

Es preocupante la incorporación de la Decimosexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final, que establece que la aplicación del Reglamento de Consulta se hará "(…) con cargo al presupuesto institucional de las entidades promotoras correspondientes sin demandar recursos adicionales del Tesoro Público". En primer lugar, este texto no ha formado parte de la propuesta inicial del Estado, y por lo tanto no ha sido consultado; asimismo, se pone un límite al financiamiento de los procesos de consulta, poniendo en riesgo su implementación, en los casos en que la entidad promotora agote su presupuesto anual.

Entendemos que esta norma obliga a cierto nivel de previsión por parte de las entidades promotoras, quienes deberán incluir el costo de los procesos de consulta en sus pliegos presupuestales del año siguiente, como sabemos, el presupuesto de los sectores es por naturaleza finito y puede ocurrir que se agote antes de culminar los procesos de consulta en marcha. La lógica nos orienta a demandar recursos adicionales, pero la Decimosexta Disposición, lo prohíbe expresamente. ¿Cómo se resolverán estas situaciones? Lastimosamente, el Reglamento no ofrece una respuesta, pero parece orientarnos hacia una tendencia a evitar asumir los costos reales de un adecuado proceso de consulta.

Similar situación encontramos en el texto del artículo 18, inciso 3 del Reglamento. En este caso, durante el proceso de consulta previa, las organizaciones propusieron que el Estado asumiera el costo económico de la asistencia técnica a los pueblos indígenas, con la finalidad de lograr una mayor comprensión de la medida consultada. No se llegó a un acuerdo al respecto y el Estado prefirió mantener su propuesta a lo siguiente: "la entidad promotora alentará que el o los pueblos indígenas cuenten con asistencia técnica (…)".

Alentar significa animar, infundir aliento o esfuerzo, dar vigor; son expresiones que implican solidaridad y no una verdadera obligación, mientras que el rol que le corresponde al Estado es de garantizar los derechos de los pueblos. Consideramos que este artículo es poco serio y no refleja el verdadero sentido que reclamaron las organizaciones indígenas en el proceso de consulta previa.

Al respecto, el artículo 18 de la Ley de Consulta Previa señala lo siguiente: "Las entidades estatales deben garantizar los recursos que demande el proceso de consulta a fin de asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas u originarios". Esta norma, a su vez, recoge lo establecido en el artículo 33, numeral 1 del Convenio N° 169 de la OIT, que prescribe lo siguiente: "La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones"[18].

Las obligaciones económicas del Estado estipuladas en el Reglamento de la Ley de Consulta, van claramente en contra de lo establecido en la Ley de Consulta, el Convenio N° 169 de la OIT y el deber de todo Estado de crear y desarrollar una organización y procedimientos necesarios adecuados para la efectiva concreción de los derechos fundamentales[19].

4.9.2. Obligación de Informar (Artículo 5,j)

De acuerdo al artículo 5, j del Reglamento, la obligación del Estado de informar a un pueblo indígena se concreta a través de las organizaciones representativas que participen en el proceso de consulta. Sobre el particular:

Creemos que la etapa de información exige una manifestación concreta y proactiva del Estado respecto al contenido de las medidas que él mismo pretende disponer, como conocedor de las mismas y en beneficio del correspondiente pueblo indígena. Ello siempre en coordinación con las organizaciones representativas, a fin de precisar los temas y métodos a usar para el conocimiento de la medida.

Frente a esto, el literal e) del artículo 5 precisa que la consulta como derecho implica necesariamente que el pueblo indígena sea informado; ello, recordando que no existen derechos sin Estado, supone una actuación directa y especializada por parte de este último. En ese sentido, el numeral 18.1 del artículo 18 del Reglamento dispone que corresponde a las entidades promotoras de la medida brindar información al

18 Además, las posibles limitaciones presupuestales de la entidad y la obligación restringida de brindar asistencia técnica podrían menoscabar el debido cumplimiento de la obligación de información del Estado. *Nota de los Editores.*

19 Robert Alexy. "Teoría de los derechos fundamentales". En: Instituto de Defensa Legal. *Guía de interpretación de la Ley de Consulta Previa de los pueblos indígenas (Ley 29785)*. Lima: IDL 2012, p. 219.

o a los pueblos indígenas y también a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta.

Si bien el numeral 18.1 precisa la obligación de informar a los pueblos indígenas y sus representantes, el 18.2 prevé que se deben usar medios de comunicación cercanos a la población indígena a fin de que la información llegue efectivamente a sus organizaciones representativas y representantes. Esta priorización resulta en una interpretación restrictiva del derecho a la consulta informada.

Por ello, la necesidad de información que se genera en los pueblos indígenas frente una medida estatal propuesta, no puede darse por satisfecha con la sola participación de sus organizaciones representativas; sino que debe suponer actos que, en coordinación con tales organizaciones, impliquen una facilitación del contenido de las medidas que el propio Estado viene promoviendo en beneficio de los miembros del o los pueblos indígenas involucrados.

Así, la delimitación de la actuación estatal únicamente en función de las organizaciones representativas, prevista en el Reglamento de la Ley de Consulta, no debe aplicarse para la etapa de información ya que resulta necesario que el Estado disponga medidas que faciliten la información de los propios pueblos indígenas.

Asimismo, el Convenio N° 169 de la OIT en su artículo 6 precisa que la consulta (que incluye la etapa de información) se lleva a cabo a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas. La Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta, prevé en su artículo 4 el Principio de Información Oportuna, que señala que son los pueblos indígenas quienes ostentan el derecho de información. Ello se reitera y precisa en el artículo 12 de dicha Ley que dispone que corresponde a las entidades estatales brindar información a los pueblos indígenas u originarios y a sus representantes.

Al respecto, debe entenderse al Convenio N° 169 de la OIT como una norma de mínimos, de manera que en el marco legal nacional el desarrollo legislativo precise su contenido, el mismo que puede ser más garantista que lo previsto en el marco internacional, pero no menos. En ese sentido, si bien es a través de las organizaciones indígenas que se deben desarrollar los procesos de consulta, existen etapas y condiciones mínimas que el Estado debe garantizar a fin de hacer de conocimiento de los pueblos indígenas lo relacionado a la medida que pretende adoptar; ello como garantía también para favorecer a la evaluación interna que deban realizar los pueblos indígenas y sus representantes, oportunidad en la cual podrán generar una posición propia, ya sin la intervención estatal.

4.10. Medidas que no serán consultadas

4.10.1. Obras públicas

La Decimoquinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento establece:

> "La construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos que, en coordinación con los pueblos indígenas, esté orientada a beneficiarlos, no requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previsto en el Reglamento".

Esto quiere decir que las obras realizadas a favor de los pueblos indígenas no se consultarán. Sobre el particular debemos manifestar que el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT señala que se debe consultar toda medida que impacta directamente en los pueblos indígenas. No discrimina si se trata de impactos positivos o negativos. Esa diferencia es irrelevante para efectos de la consulta, pues según el artículo 6.1.a del Convenio N° 169 de la OIT, también se debe consultar lo que "supuestamente" beneficia a los pueblos indígenas. El cuestionamiento es ¿para quién es positivo y sobre qué criterio? No necesariamente lo mejor para el Estado es lo mejor para los pueblos indígenas. Hay una visión de desarrollo implícita en estas valoraciones. Los pueblos indígenas tienen derecho a decidir qué cosa es lo mejor para ellos, de acuerdo con su propia visión de desarrollo.

Tal como señala el artículo 7.1 del Convenio N° 169 de la OIT:

> "Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural".

Además, la Decimoquinta DCTF resulta violatoria del artículo 4, incisos 1 y 2 del Convenio N° 169 de la OIT; ya que el inciso 1 menciona lo siguiente:

> "Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados". Asimismo, se señala en el inciso 2: "Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los

deseos expresados libremente por los pueblos interesados"[20].

4.10.2. Decretos de Urgencia (artículo 5, inc. l)

De acuerdo al artículo 5, inc. l) del Reglamento, no se consultarán las decisiones estatales de carácter extraordinario dirigidas a enfrentar situaciones temporales. En principio tiene sentido que no deban consultarse los decretos de urgencia, si tenemos en cuenta que estas normas son de carácter transitorio y tienen por finalidad dotar al Estado de la facultad de expedir normas con rango de ley, de forma extraordinaria y en situaciones en las que no se puede esperar el proceso ordinario de toma de decisiones, pues se afectaría la eficacia de las mismas; ello sucedería, por ejemplo, en caso de una catástrofe o de una situación que genere una gran conmoción en la economía.

Sin embargo, la forma en la que se utilizan los decretos de urgencia en el Perú cambia esta regla general, pues a través de esta facultad supuestamente extraordinaria, el Gobierno aprueba normas que no quiere que sean revisadas por el Congreso de la República o que no reúnen los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico. Un ejemplo de esto es el famoso decreto de urgencia aprobado por el Gobierno de Alan García, que exoneraba de Estudio de Impacto Ambiental a los megaproyectos, que fue finalmente declarado inconstitucional.

4.11. Participación indígena en la Comisión Multisectorial, artículos 15 y 16

Una Comisión Multisectorial que dé seguimiento a la aplicación del derecho a la consulta previa no es posible sin que se incluya a los representantes de las organizaciones de pueblos indígenas, pues son los primeros llamados a definir si su derecho está siendo cumplido o vulnerado.

En el artículo 6, numeral 1, literal b) del Convenio N° 169 de la OIT, se establece que los gobiernos al aplicar el Convenio deben "establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan".

Asimismo, el artículo 7 del mismo Convenio N° 169 de la OIT en su numeral 1, establece que "los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente".

De mantenerse una Comisión compuesta sólo por el Estado, en primer lugar no se estaría cumpliendo con lo dispuesto en el Convenio N° 169 de la OIT, cuando requiere la participación de los pueblos en los "organismos administrativos" y otros que adoptan decisiones sobre ellos; y en segundo lugar, no se permitiría una evaluación adecuada y transparente de los procesos de consulta en la práctica, pues las eventuales posturas vinculadas con intereses económicos de parte del Estado, podrían prevalecer en sus decisiones. Por ello, esta Comisión debiera incluirlos.

4.12. La aplicación de la consulta en el tiempo

El artículo 2 del Decreto Supremo N° 001-2012-MC establece que el Reglamento solo se aplica a los actos administrativos y normativos posteriores a la entrada en vigencia de este Decreto Supremo. Esto significa que las decisiones normativas y administrativas adoptadas con posterioridad a la entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT el 2 de febrero de 1995 y con anterioridad a la expedición de la Ley de Consulta (Ley N° 29785), el 7 de setiembre de 2011, no serán objeto de procesos de consulta. Esto desconoce la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que señala que el derecho a la consulta es exigible desde febrero del año 1995.

Se podría sostener que el Reglamento no puede modificar una ley, sin embargo, lo ha hecho a través de su artículo 3.k, disposición donde corrige lo establecido en el artículo 7 de la Ley de Consulta, que establecía requisitos adicionales a los establecidos en el artículo 1 para que un pueblo sea considerado indígena, tal como lo ha reconocido el propio TC cuando precisó lo siguiente:

> "La exigibilidad del derecho a la consulta está vinculada con la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio N° 169 de la OIT. Este Convenio fue aprobado mediante Resolución Legislativa 26253, ratificado el 17 de enero de 1994 y comunicado a la OIT a través del depósito de ratificación con fecha 02 de febrero de 1994. Y conforme a lo establecido en el artículo 38. 3 del referido Convenio, éste entró en vigor doce meses después de la fecha en que nuestro

20 Esa limitación al derecho a la consulta es sumamente cuestionable, no sólo por su incongruencia con el propósito de la consulta, sino también por no cumplir con las condiciones de legalidad, legitimidad, necesidad y proporcionalidad que se aplican cuando se quiere limitar un derecho humano. *Nota de los Editores.*

país registró la ratificación. Esto es, desde el 02 de febrero de 1995, el Convenio N° 169 de la OIT es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento"[21].

Esta regla deviene en vinculante en virtud del artículo 82 del Código Procesal Constitucional, aprobado mediante Ley N° 28237.

4.13. Sanción de NULIDAD para medidas no consultadas

¿Cuál es la validez de los actos no consultados? El Estado no tiene un poder ilimitado, el artículo 45 de la Constitución es claro, el poder se ejerce en el marco de las competencias legalmente reconocidas. Si el poder se ejerce por fuera de estas competencias, este será nulo (artículo 46 de la Constitución, 3er párrafo). Todo acto administrativo (por ejemplo, una concesión minera) emitido con posterioridad al año 1995 y que afecte a los pueblos indígenas tendrá un vicio de nulidad. El artículo 5.n evita pronunciarse sobre la validez del acto administrativo no consultado. Se reconoce el derecho a la consulta pero no se menciona nada respecto a la validez de los actos que no han respetado este derecho.

Esto es muy importante en caso que se quiera burlar este derecho de los pueblos indígenas. Los actos administrativos que, afectando de manera directa a un pueblo indígena, se implementen sin el procedimiento adecuado de consulta son nulos, o en el peor de los casos, deben ser suspendidos en sus efectos hasta que ese proceso se lleve a efecto. Esto debería quedar así establecido en la ley. Como señala Pedro García Hierro, al carecer de validez legal, tales actos no generan derechos adquiridos, siendo la entidad encargada de ejecutar la consulta responsable por los daños y perjuicios ocasionados al pueblo indígena y a los terceros afectados por el incumplimiento de esta obligación[22].

4.14. Sobre invitación de administrados al proceso de consulta (artículo 12)

En aras de lograr un proceso de consulta adecuado con ambas partes -el Estado y los pueblos indígenas- en un diálogo horizontal, con una participación equitativa que tenga las mismas condiciones, donde los acuerdos sean consensuados y en aplicación del principio de buena fe, no es posible que se permita que cualquiera de las partes en cualquier momento del proceso posibilite que se integre un tercero administrado solicitante (empresas), sin que medie un acuerdo previo entre ellas.

Durante el proceso de diálogo, las organizaciones participantes manifestaron su disconformidad con el texto de este artículo porque en términos prácticos contempla solo una consecuencia: facilitar la participación del tercero administrado (las empresas) en cualquier supuesto (ya sea por invitación del Estado o de los pueblos indígenas consultados, aunque ello es menos probable).

Por ello es necesario que, a lo largo de todo el proceso de consulta, cualquier decisión sea conjunta y consensuada, para facilitar y mantener la confianza en su continuidad.

5. CRITERIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La consulta previa es una herramienta para asegurar el respeto y la protección de otros derechos. Hay una pregunta central que debemos hacernos ¿sobre la base de qué criterios se van a resolver los conflictos entre el Estado y los pueblos indígenas en caso de que no haya acuerdos? El Estado no tiene un poder absoluto e ilimitado para actuar. Asimismo, no es suficiente la motivación de la decisión y que esta esté orientada al interés público, lo cual es bastante[23]. En efecto, el ordenamiento constitucional no solo exige la obligación de consultar sino que la decisión que se adopte debe respetar los derechos de los pueblos indígenas y en caso de colisión con otros derechos o bienes jurídicos, la decisión que adopte el Estado debe ser adoptada luego de una ponderación entre los derechos y bienes jurídicos que invoca el Estado y los que invocan los pueblos indígenas. Dicha ponderación tendrá como objetivo la armonización de ambos bienes y derechos, y en caso de imposibilidad, deberá optarse por proteger los bienes jurídicos de mayor entidad constitucional en el caso concreto.

En efecto, existen derechos y principios que son "intangibles"[24], es decir, que bajo ningún supuesto pueden ser afectados, incluso cuando entran en conflicto con otros derechos y principios. Estos serían:

---

21 Como señala el TC en el fundamento 23 de la sentencia recaída en el expediente 0022-2009-PI.

22 Además, es de resaltar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y órganos de Naciones Unidas han precisado que el Convenio N° 169 de la OIT también se aplica a las consecuencias actuales de medidas ya adoptadas. N*ota de los Editores.*

23 El derecho internacional impone que la restricción a un derecho humano sea prevista por una ley, persigue un objetivo legítimo en una sociedad democrática y sea estrictamente necesaria para lograr ese fin. Además, el Estado peruano tiene que cumplir con las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las restricciones a derechos cuando se trata de limitar un derecho garantizado por esa Convención. *Nota de los Editores.*

24 Sobre los derechos "intangibles" y "maximizables", tomamos los conceptos de Raquel Yrigoyen Fajardo, sobre los derechos de participación, consulta y consentimiento. Fundamentos, balance y retos para su implementación. En: *Consulta previa. Experiencias y aprendizajes.* Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia y la Agencia Nacional de Hidrocarburos, 2009, p. 101 y siguientes. Sin embargo, discrepamos a nivel formal, con Yrigoyen cuando precisa que solo tres son los derechos intangibles (derecho a la existencia, a la integridad física y cultural, y a las indemnizaciones). En el campo de los derechos humanos, el derecho internacional señala que solo identifica la prohibición de la tortura como un derecho absoluto y garantiza el carácter universal

a. El derecho de los pueblos indígenas a existir como pueblo, es decir, la obligación del Estado de protegerlos a efectos de evitar la extinción de los mismos (artículo 2.1 de la Constitución). Esto implica la no aprobación de proyectos que amenacen la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas (Corte IDH, sentencia Saramaka, párr. 128).
b. El derecho al acceso a los recursos naturales que permiten la sobrevivencia de los pueblos indígenas.
c. El respeto a la dignidad de los pueblos y la prohibición de ser tratados con violencia o algún tipo de coerción, (artículos 1 y 1.1 de la Constitución y 3.2 del Convenio N° 169 de la OIT).
d. El derecho a la vida y a la salud de cada uno de los miembros de los pueblos indígenas, lo que supone la prohibición de poner en peligro los mencionados derechos de cada uno de ellos (artículos 2.1, 7 y 44 de la Constitución),
e. El derecho a la integridad física (territorios y alimentos) (artículo 2.1, 5.d del Convenio N° 169 de la OIT).
f. El derecho a la identidad cultural (identidad, instituciones y costumbres) de los pueblos indígenas, el cual trae como correlato la obligación del Estado de proteger el pluralismo cultural y étnico (2.19 de la Constitución y 5.a del Convenio N° 169 de la OIT).
g. El derecho a un medio ambiente adecuado y equilibrado de los pueblos indígenas (2.22 de la Constitución y 7.4 del Convenio N° 169 de la OIT) lo cual ocasiona el deber estatal de prevenir la contaminación ambiental. Esto también acarrea el deber estatal de acción inmediata de suspensión, reparación y prevención de daños ulteriores (Corte IDH, sentencia Saramaka párr.39).
h. El derecho a un Estudio de Impacto Ambiental que sea realizado con la participación de los pueblos indígenas y mida el impacto social, cultural y espiritual de la medida prevista de ser adoptada. (artículo 7.3 del Convenio N° 169 de la OIT).
i. El Estudio de Impacto Ambiental debe ser realizado por una institución independiente y técnicamente capaz. (Corte IDH, sentencia Saramaka, párr. 129).
j. El derecho a beneficiarse de la explotación de recursos naturales en sus territorios (artículo 15.2 del Convenio N°169 de la OIT, Corte IDH, sentencia Saramaka párr. 129).
k. El derecho a ser indemnizado por los daños que se generen a los derechos de los pueblos indígenas. (artículo 15.2 del Convenio N° 169 de la OIT).
l. El derecho a la implementación efectiva de los estándares legales existentes (artículo 2 de CADH y 44 de la Constitución).
m. El derecho a la revisión de los actos administrativos (concesiones) no consultados con los pueblos indígenas (Corte IDH, sentencia Saramaka, párr. 196).

Asimismo, la interpretación de los derechos debe apuntar a su interpretación en sentido amplio en la medida que ello sea posible jurídicamente y fácticamente. En caso de colisión se deberá intentar armonizarlos. Esto no significa que hay licencia para violar estos bienes jurídicos de los pueblos indígenas. La decisión del Estado de explotar los recursos naturales en territorio de los pueblos indígenas, no deroga automáticamente los derechos constitucionales de estos, sino que siguen siendo exigibles y siguen vinculando al Estado y solo retrocederán si es que se demuestra que ello es condición ineludible para proteger bienes jurídicos de mayor relevancia y entidad constitucional:

a. El derecho a decidir autónomamente y el principio de control indígena de sus propias instituciones, (considerando quinto, artículo 7.1 del Convenio N° 169 de la OIT).
b. El derecho a decidir sus prioridades de desarrollo, (artículo 7.1 del Convenio N° 169 de la OIT).
c. El derecho a la posesión y propiedad de sus territorios, (artículos 13 y 14 del Convenio N° 169 de la OIT).
d. El derecho al aprovechamiento de los recursos naturales en sus territorios, que han utilizado tradicionalmente, (artículo 15.1 de Convenio N° 169 de la OIT).
e. El derecho a no ser desplazados de sus territorios (artículo 16 del Convenio N° 169 de la OIT).
f. El derecho al mejoramiento de las condiciones de vida, de salud y de bienestar (artículo 7.2 del Convenio N° 169 de la OIT).

Finalmente, existen un conjunto de factores que deben ser tenidos en cuenta al momento de ponderar casos de colisión de derechos y principios de los pueblos indígenas, del Estado y de las empresas[25]. Como dijimos, en caso de conflicto entre derechos y principios se deberá intentar armonizarlos y compatibilizarlos, y cuando realmente esto no sea posible, se deberá proteger aquellos bienes jurídicos (derechos y principios) de acuerdo al test de proporcionalidad en cada caso en concreto. Esta ponderación deberá apoyarse en los siguientes criterios o factores:

a. Se deberá preferir la protección de aquellos derechos que tienen conexión directa con la dignidad, con el

---

e interdependiente de los derechos humanos, es decir, no establece una jerarquía entre estos derechos. La ponderación no se hace a priori en cuanto al contenido del derecho, sino al momento de evaluar el carácter legítimo del interés general perseguido y al momento del "test de proporcionalidad" entre el derecho restringido y el interés general u otro derecho humano. Los casos presentados no son derechos absolutos, sino límites identificados después de un balance de proporcionalidad. *Nota de los Editores.*

25 Estos criterios han sido desarrollados por Mijail Mendoza. Puede revisarse, por ejemplo, Mijail Mendoza. *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor.* Lima: Palestra, 2007, p.. 441 y sgts.

derecho a la vida y a la salud. Se deberá preferir por ejemplo el derecho a la salud sobre el derecho a la libertad de empresa.

b. Se deberá proteger aquellos derechos cuyo grado de reparación sea más difícil, complejo o imposible.
c. Se deberá preferir aquellos derechos que no brindan otras alternativas a las víctimas. En el caso de la libertad empresarial, la empresa extractiva puede explotar en otros lugares donde no se genere tanto daño -en el caso que lo cause-, en cambio los pueblos indígenas no pueden ir a otro sitio porque tienen un solo territorio.
d. Se deberá preferir la protección de los derechos que afecten una mayor extensión geográfica ante aquellos que afecten un área geográfica más reducida.
e. Se deberá preferir la protección de los derechos cuya violación tenga una mayor durabilidad en el tiempo.
f. Se deberá preferir la protección de los derechos cuya violación tenga más efectos colaterales.
g. Se deberá preferir la protección de los derechos cuya violación genere un mayor costo en la intervención.

Este conjunto de derechos y principios constituye en conjunto una evaluación que podrían tener en cuenta los pueblos indígenas al dialogar con el Estado y las empresas privadas, el mismo tiene como base la idea de que los derechos no son negociables y deben ser cumplidos, pues constituyen criterios de validez material de las decisiones del Estado y de las propias empresas.

El Reglamento omite qué hacer en casos de conflicto entre los derechos de los pueblos indígenas y la obligación del Estado de promover el desarrollo a través de la explotación de recursos naturales en territorios de pueblos indígenas. Teniendo en cuenta que la población destinataria del Reglamento de la Ley de Consulta es población indígena, este debió cumplir una función pedagógica en temas como este, no obstante el proyecto omite pronunciarse sobre diferentes aspectos fundamentales.

Uno de ellos es el supuesto de que los derechos de los pueblos indígenas colisionan con otros bienes jurídicos que sustentan la explotación de recursos naturales en territorios de estos últimos. Como lo señala Mijail Mendoza, el parámetro para examinar la validez de las limitaciones y afectaciones de los derechos de pueblos originarios se establece en base a dos principios: la prohibición de afectación del núcleo mínimo de derechos intangibles y el principio de proporcionalidad. La consecuencia de ello es que cualquier medida que no cumpla con las exigencias de estos principios será inválida. Tal es el fundamento principal sobre el que debe motivarse la decisión del Estado.

Si bien el Reglamento reconoce derechos a los pueblos indígenas, omite hacer referencia a la obligación del Estado de armonizar los diferentes derechos en conflicto. Muy relacionado con este último punto, si bien se advierte el esfuerzo del Estado por reconocer los derechos de los pueblos indígenas en artículos como el 3.f, no se establece la obligación de armonizar y compatibilizar los derechos en conflicto y en tensión.

En efecto, la obligación de protección de los derechos de los pueblos indígenas exige al Estado armonizar y compatibilizar los intereses en juego. En esos casos deberemos recurrir a la ponderación, que es la técnica constitucional idónea para resolver y armonizar los bienes jurídicos constitucionales en juego. ¿Y si no es posible armonizar la preservación del pluralismo cultural y el respeto del derecho a la identidad cultural prevalecerán sobre las libertades económicas? La prevalencia de los derechos de los pueblos indígenas sobre las libertades económicas no es una opción arbitraria, es consecuencia de la ponderación de derechos de acuerdo al contexto social, donde los derechos de los pueblos indígenas están en conexión más directa con la dignidad humana y el derecho a la vida.

6. FUENTES DEL DERECHO APLICABLES Y ADECUACIÓN DE TODO EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LA NORMATIVA AL CONVENIO N°169 DE LA OIT

En el Reglamento de la Ley de Consulta se constata la ausencia y referencia a las reglas vinculantes contenidas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y del Tribunal Constitucional (TC), que han desarrollado derechos vinculantes de los pueblos indígenas.

En el Reglamento no se reconoce que el desarrollo jurisprudencial del derecho a la consulta realizado por el TC y por la CIDH, es también fuente de derecho. La función pedagógica que las normas cumplen exigía precisar esto en el texto, consideramos que debió agregarse en el texto del Reglamento, que se interpreta de conformidad con el Convenio N° 169 de la OIT "y su desarrollo jurisprudencial por los órganos jurisdiccionales competentes". Habrá que interpretar que cuando se hace referencia al carácter vinculante del Convenio, también se hace referencia tácitamente a la interpretación de este Convenio por el TC y la CIDH, en la medida en que la interpretación de estos tribunales se "adhiere" a las disposiciones del mencionado instrumento de protección de los derechos de los pueblos indígenas. Al momento de interpretarse el artículo 1.1 deberá entonces tenerse presente fundamentalmente que el Convenio ha sido desarrollado jurisprudencialmente.

No solo basta con adecuar el Reglamento de Consulta al Convenio N° 169 de la OIT; es necesario adecuar todo el ordenamiento jurídico, susceptible de afectar los derechos de los pueblos indígenas a este cuerpo de derechos,

desarrollado en el Convenio N° 169 de la OIT, del Tribunal Constitucional y de la CIDH. En otras palabras, el gran desafío es "convencionalizar" el ordenamiento jurídico nacional.

Este pedido de adecuación ha sido formulado incluso por el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) en su Informe 2010. Este ha instado al Gobierno peruano a lo siguiente:

> "a que adopte las medidas necesarias para poner la legislación y la práctica nacional de conformidad con los artículos 2º, 6º, 7º y 15º del Convenio, teniendo en cuenta el derecho de los pueblos cubiertos por el Convenio a establecer sus propias prioridades y participar en los planes y programas de desarrollo nacional y regional".

Si bien el debate en torno a la naturaleza jurídica vinculante del Convenio N° 169 de la OIT ha sido zanjado y superado, reconociéndose que este es de rango constitucional y de cumplimiento obligatorio; para la gran mayoría de los operadores del sistema de justicia y para la generalidad de los peruanos, el Convenio N° 169 de la OIT no existe o sigue siendo una norma política que contiene aspiraciones. Sin embargo, no es concebido como una norma con efecto vinculante y exigible en las instancias jurisdiccionales.

CONCLUSIONES

1. El proceso de consulta del Reglamento de la Ley de Consulta Previa pudo significar el inicio de nuevas formas de diálogo intercultural entre el Estado y los pueblos indígenas, sin embargo, esto no fue así. Lamentamos que haya sido un proceso con serias deficiencias, como su falta de legitimidad debido a la escasa participación de organizaciones indígenas nacionales y regionales, el interés del Estado en acelerar el proceso, afectando los principios de flexibilidad y plazo razonable, y el desconocimiento de varios acuerdos alcanzados en la etapa de diálogo y la introducción de textos nuevos que no formaron parte de la consulta.

2. El texto final del Reglamento, publicado el día 3 de abril de 2012, contiene cinco artículos en los que no se han respetado los acuerdos a los que llegaron el Estado y las organizaciones indígenas en el proceso de consulta del Reglamento. Esta situación es grave y refleja la ausencia de una voluntad sincera del Estado por respetar los compromisos asumidos con las organizaciones indígenas, además de incumplir la Ley de Consulta Previa. Estamos entonces, ante disposiciones ilegales e inconstitucionales.

3. Todos los artículos que han sido adoptados en el Reglamento han debido ser consultados, tomando en cuenta su naturaleza, puesto que se trata de una norma que regula íntegra y exclusivamente supuestos relacionados con los pueblos indígenas. Adoptar medidas que no formaron parte del proceso de consulta, cuanto menos supone un atentado en contra del Principio de Buena Fe previsto en el Convenio N° 169 de la OIT y en la Ley de Consulta Previa. Asimismo, las medidas adoptadas que no fueron sometidas al proceso de consulta -independientemente de si buscan beneficiar o no a dichos pueblos- devienen en inconstitucionales, puesto que suponen la negación del ejercicio del derecho a la consulta libre, previa e informada.

4. El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, debió ser aplicado desde el año 1995 cuando el Convenio N° 169 de la OIT entró en vigor para el Perú. Desde ese momento todas las medidas administrativas o legislativas que pudieran afectar a los pueblos indígenas debieron ser consultadas. Todo aquello que no fuese consultado, está fuera del marco legal y debe ser corregido. El Estado peruano, entre 1995 y el 2011, ha venido adoptando un conjunto de medidas que atentan contra los derechos de los pueblos indígenas, sin consultarles previamente. En consecuencia, todos estos actos que producen efectos jurídicos serían en nulos por carecer de legalidad.

5. Las normativas internacional y nacional son claras en reconocer el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación; es decir, la capacidad de decidir sobre sus prioridades y la forma en la que van a regir su vida como comunidad. En base a esta autonomía, los pueblos indígenas podrán decidir acerca de las formas de elección de sus representantes, las formas en que solucionan sus conflictos, sus tipos de intercambio y su forma de desarrollo. Es por ello que cada vez que se pretenda ingresar en el ámbito territorial indígena es necesario que se promueva la obtención del consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas. Es esta atribución la que exigiría que los pueblos indígenas sean siempre consultados, no únicamente cuando se ponga en riesgo su sobrevivencia o la de su cultura. Por esto lamentamos que en el Reglamento no se hayan incorporado expresamente todos los supuestos establecidos en el Derecho Internacional, vinculantes para nuestro país, en los que existe la obligación estatal de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas.

6. La descentralización ha creado gobiernos regionales y locales que han asumido competencias y funciones en nuestro país en materias como salud, educación, medio ambiente, producción, etc. No considerar la participación de los pueblos indígenas en estas áreas

y/o no considerar los derechos colectivos sobre estas materias -como el derecho a la consulta-, significaría una violación a las normas del Convenio N°169 de la OIT y al artículo 2, num.19 de la Constitución Política. En este sentido, el artículo 2.3 del Reglamento, constituye un obstáculo para el propio Estado, impide que a través de sus diferentes niveles de gobierno cumpla su rol de garante y responsable de implementar y hacer cumplir las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT. Asimismo, en el artículo 2, num. 2.3 del Reglamento, se vulnera la autonomía de los gobiernos regionales y locales, y es una norma inválida, por contravenir expresas disposiciones constitucionales: se violan los principios de competencia, autonomía, y jerarquía normativa, y se han modificado normas del bloque de constitucionalidad. Contra ella cabe una demanda de acción popular, proceso constitucional especialmente diseñado para el control constitucional de normas reglamentarias.

7. El Reglamento es confuso respecto a cuándo debe realizarse la consulta sobre recursos naturales. De acuerdo a los artículos. 3, i) y 6 del Reglamento, se interpreta que la consulta se desarrollaría únicamente durante la elaboración de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA); sin embargo, no queda claro si eso se cumplirá para todos los casos de aprovechamiento de recursos naturales, tanto renovables y no renovables. Esto no sólo sucede porque cada sector tiene una legislación especial con respecto al desarrollo del EIA, sino porque el Reglamento no aclara esta situación, tan sólo menciona las opciones que discrecionalmente decidirá cada sector al momento de regular la consulta en dicho sector. El Reglamento debió señalar claramente que los dos momentos en que se debe realizar la consulta son: antes del otorgamiento del derecho y durante la elaboración del EIA, mínimamente.

8. El Reglamento de la Ley de Consulta Previa (Novena Disposición Final) ha modificado el Reglamento de Protección de los Pueblos en Aislamiento o Contacto Inicial, otorgándole la facultad al Ministerio de Cultura de emitir una opinión técnica previa vinculante sobre los Estudios de Impacto Ambiental requeridos conforme a ley. Esto propone un supuesto de intangibilidad relativa respecto de pueblos en situación de aislamiento o contacto inicial, el mismo que contradice el marco legal previsto para la protección de estos pueblos ante alguna medida administrativa o legislativa que pudiera habilitar la explotación de dicho recurso natural. Es cuestionable que un viceministerio, - una autoridad política y no unidad técnica-, sea el que expida dicha opinión técnica previa vinculante. Asimismo, el derecho a la consulta de las poblaciones en aislamiento o contacto inicial debe entenderse como un derecho en suspenso, a ser ejercido cuando estas poblaciones decidan dejar tal condición.

9. La Decimosexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento establece que las entidades promotoras de procesos de consulta deberán asumir los costos que demande su implementación. En primer lugar, este texto no ha sido consultado; asimismo, se pone un límite al financiamiento de los procesos de consulta poniendo en riesgo su implementación, en los casos en que la entidad promotora agote su presupuesto anual. Las obligaciones económicas del Estado establecidas en el Reglamento contravienen lo estipulado en la Ley de Consulta, el Convenio N° 169 de la OIT y el deber estatal de crear y desarrollar una organización y procedimientos necesarios y adecuados para la efectiva concreción de los derechos fundamentales.

10. El artículo 18.1 precisa la obligación de informar a los pueblos indígenas y sus representantes, a través de medios de comunicación cercanos a la población indígena a fin de que la información llegue efectivamente a sus organizaciones representativas y representantes. Esta priorización resulta una interpretación restrictiva del derecho a la consulta libre, previa e informada. Si bien es a través de las organizaciones indígenas que se deben desarrollar los procesos de consulta, existen etapas y condiciones mínimas que el Estado debe garantizar a fin de hacer de conocimiento de los pueblos indígenas lo relacionado a la medida que pretende adoptar; ello como garantía también para favorecer la evaluación interna que deban realizar los pueblos indígenas y sus representantes, oportunidad donde podrán generar una posición propia, ya sin la intervención estatal.

11. La Decimoquinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento establece que las obras de infraestructura en salud, educación y obras públicas realizadas a favor de los pueblos indígenas no se consultarán. Sobre el particular, debemos manifestar que el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT señala que se debe consultar toda medida que impacta directamente en los pueblos indígenas. No discrimina si se trata de impactos positivos o negativos. Esa diferencia es irrelevante para efectos de la consulta, pues según el artículo 6.1.a del Convenio N° 169 de la OIT, también se debe consultar lo que "supuestamente" beneficia a los pueblos indígenas. No necesariamente lo mejor para el Estado es lo mejor para los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas tienen derecho a decidir qué es lo mejor para ellos, de acuerdo con su propia visión de desarrollo.

12. Consideramos que el Estado peruano tiene el deber de adecuar el Reglamento de Consulta al Convenio N° 169 de la OIT, pero también es indispensable adecuar todo el ordenamiento jurídico, susceptible de

afectar los derechos de los pueblos indígenas, a este cuerpo de derechos desarrollado en el Convenio N° 169 de la OIT, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y por la jurisprudencia de la Corte IDH. En otras palabras, el gran desafío es "convencionalizar" el ordenamiento jurídico nacional.

13. Se requiere crear condiciones de equidad para el diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas, para ello se requiere cambiar las relaciones asimétricas y de jerarquización entre las culturas, que han mantenido por siglos a los pueblos indígenas en una situación de exclusión, discriminación y desventaja frente a una sociedad nacional dominante. Por otro lado, para avanzar en la institucionalización de un diálogo intercultural, se requiere conocer las diferencias entre las racionalidades que dialogan. Consideramos que por la forma en la que se condujo la consulta del Reglamento, que esto fue incumplido por el Estado.

14. La consulta no debe ser entendida solamente como la posibilidad de lograr un acuerdo o no, sino como un proceso de armar de manera conjunta una propuesta que recoja prioridades de desarrollo y que influencie en el Estado. La OIT ha señalado que un adecuado mecanismo de consulta debe asegurar que se desarrollen iniciativas de los pueblos indígenas, ello supone incluso el desarrollo de sus propias instituciones, velando siempre porque esto no afecte el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas.

15. Finalmente, es importante tener en cuenta la urgencia de contar con una institucionalidad estatal indígena, que en relación a la implementación de los procesos de consulta, permita una revisión periódica de los procedimientos, para identificar si estos responden a lo establecido como espíritu del Convenio N° 169 de la OIT, asegurando, tal como han señalado los órganos de control de la OIT, que ésta no se convierta en un mero intercambio de opiniones y sugerencias[26]. La actual institucionalidad no da confianza para el cumplimiento, el respeto y el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas en el Perú.

26 James Anaya, *Una cuestión fundamental: El Deber de Celebrar Consultas con los Pueblos Indígenas,* párrafo 46. En: Informe A/HRC/12/34, presentado al Consejo de Derechos Humanos en su 12 período de sesiones, setiembre de 2009. Al referirse a la condición previa, el Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas ha señalado "… se hace más hincapié en que las consultas sean negociaciones en procura de acuerdos mutuamente aceptables y se celebren antes de la adopción de las decisiones sobre las medidas propuestas, y no consultas con el carácter de mecanismos para proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse, sin permitirles influir verdaderamente en el proceso de adopción de decisiones".

ANEXOS

ANEXO 1. LEY DE CONSULTA, LEY N° 29785
ANEXO 2. REGLAMENTO DE LA LEY DE CONSULTA, DS Nº 001-2012-MC

Crédito: Jonathan Hurtado / Servindi

Foto:
Los representantes de comunidades campesinas, en su condición de pueblos indígenas, fueron invitados a formar parte del proceso.

ANEXO 1

LEY DE CONSULTA, LEY N° 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).

LEY Nº 29785

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:
El Congreso de la República
Ha dado la Ley siguiente:
EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;
Ha dado la Ley siguiente:

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)

TÍTULO I. ASPECTOS GENERALES

Artículo 1. Objeto de la Ley
La presente Ley desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. Se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa 26253.

Artículo 2. Derecho a la consulta
Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o 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 planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos.

La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado.

Artículo 3. Finalidad de la consulta
La finalidad de la consulta es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos.

Artículo 4. Principios
Los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:

a) Oportunidad. El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales.
b) Interculturalidad. El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas.
c) Buena fe. Las entidades estatales analizan y valoran la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. El Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios tienen el deber de actuar de buena fe, estando prohibidos de todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas.
d) Flexibilidad. La consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar, así como tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados.
e) Plazo razonable. El proceso de consulta se lleva a cabo considerando plazos razonables que permitan a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida legislativa o administrativa objeto de consulta.
f) Ausencia de coacción o condicionamiento. La participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno.
g) Información oportuna. Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre la medida legislativa o administrativa a ser consultada. El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación.

TÍTULO II. PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS A SER CONSULTADOS

Artículo 5. Sujetos del derecho a la consulta
Los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa.

Artículo 6. Forma de participación de los pueblos indígenas u originarios
Los pueblos indígenas u originarios participan en los procesos de consulta a través de sus instituciones y organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales.

Artículo 7. Criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios
Para identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos.

Los criterios objetivos son los siguientes:

a) Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.
b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.
c) Instituciones sociales y costumbres propias.
d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.

El criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria.

Las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en el presente artículo.

Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos.

TÍTULO III. ETAPAS DEL PROCESO DE CONSULTA

Artículo 8. Etapas del proceso de consulta
Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben cumplir las siguientes etapas mínimas del proceso de consulta:

a) Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.
b) Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.
c) Publicidad de la medida legislativa o administrativa.
d) Información sobre la medida legislativa o administrativa.
e) Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente.
f) Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.
g) Decisión.

Artículo 9. Identificación de medidas objeto de consulta
Las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas.

Las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto a determinada medida que consideren que les afecta directamente. En dicho caso, deben remitir el petitorio correspondiente a la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa y responsable de ejecutar la consulta, la cual debe evaluar la procedencia del petitorio.

En el caso de que la entidad estatal pertenezca al Poder Ejecutivo y desestime el pedido de las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, tal acto puede ser impugnado ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. Agotada la vía administrativa ante este órgano, cabe acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes.

Artículo 10. Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados
La identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa sobre la base del contenido de la medida propuesta, el grado de relación directa con el pueblo indígena y el ámbito territorial de su alcance.

Artículo 11. Publicidad de la medida legislativa o administrativa
Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben ponerla en conocimiento de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios que serán consultadas, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan.

Artículo 12. Información sobre la medida legislativa o administrativa
Corresponde a las entidades estatales brindar información a los pueblos indígenas u originarios y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa.

Artículo 13. Evaluación interna de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios
Las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios deben contar con un plazo razonable para realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos.

Artículo 14. Proceso de diálogo intercultural
El diálogo intercultural se realiza tanto sobre los fundamentos de la medida legislativa o administrativa, sus posibles consecuencias respecto al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, como sobre las sugerencias y recomendaciones que estos formulan, las cuales deben ser puestas en conocimiento de los funcionarios y autoridades públicas responsables de llevar a cabo el proceso de consulta.

Las opiniones expresadas en los procesos de diálogo deben quedar contenidas en un acta de consulta, la cual contiene todos los actos y ocurrencias realizados durante su desarrollo.

Artículo 15. Decisión
La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.

El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.

Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial.

Artículo 16. Idioma
Para la realización de la consulta, se toma en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas u originarios, particularmente en las áreas donde la lengua oficial no es hablada mayoritariamente por la población indígena. Para ello, los procesos de consulta deben contar con el apoyo de intérpretes debidamente capacitados en los temas que van a ser objeto de consulta, quienes deben estar registrados ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.

TÍTULO IV. OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ESTATALES RESPECTO AL PROCESO DE CONSULTA

Artículo 17. Entidad competente
Las entidades del Estado que van a emitir medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los derechos de los pueblos indígenas u originarios son las competentes para realizar el proceso de consulta previa, conforme a las etapas que contempla la presente Ley.

Artículo 18. Recursos para la consulta
Las entidades estatales deben garantizar los recursos que demande el proceso de consulta a fin de asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas u originarios.

Artículo 19. Funciones del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo
Respecto a los procesos de consulta, son funciones del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo las siguientes:

a) Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta.
b) Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades estatales y los pueblos indígenas u originarios, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular.
c) Mantener un registro de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios e identificar a las que deben ser consultadas respecto a una medida administrativa o legislativa.
d) Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades facultadas para solicitar la consulta, sobre la calificación de la medida legislativa o administrativa proyectada por las entidades responsables, sobre el ámbito de la consulta y la determinación de los pueblos indígenas u originarios, a ser consultados.
e) Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y a los pueblos indígenas u originarios que son consultados en la definición del ámbito y características de la consulta.
f) Elaborar, consolidar y actualizar la base de datos relativos a los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas.
g) Registrar los resultados de las consultas realizadas.
h) Mantener y actualizar el registro de facilitadores e intérpretes idóneos de las lenguas indígenas u originarias.
i) Otras contempladas en la presente Ley, otras leyes o en su reglamento.

Artículo 20. Creación de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios
Créase la base de datos oficial de los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas, la que está a cargo del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.

La base de datos contiene la siguiente información:

a) Denominación oficial y autodenominaciones con las que los pueblos indígenas u originarios se identifican.
b) Referencias geográficas y de acceso.
c) Información cultural y étnica relevante.
d) Mapa etnolingüístico con la determinación del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas u originarios ocupan o utilizan de alguna manera.
e) Sistema, normas de organización y estatuto aprobado.
f) Instituciones y organizaciones representativas, ámbito de representación, identificación de sus líderes o representantes, período y poderes de representación.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Para efectos de la presente Ley, se considera al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura como el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.

SEGUNDA. La presente Ley no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana. Tampoco modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia.

TERCERA. Derógase el Decreto Supremo 023-2011-EM, que aprueba el Reglamento del Procedimiento para la Aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas.

CUARTA. La presente Ley entra en vigencia a los noventa días de su publicación en el diario oficial El Peruano a fin de que las entidades estatales responsables de llevar a cabo procesos de consulta cuenten con el presupuesto y la organización requerida para ello.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los treinta y un días del mes de agosto de dos mil once.

DANIEL ABUGATTÁS MAJLUF
Presidente del Congreso de la República

MANUEL ARTURO MERINO DE LAMA
Primer Vicepresidente del
Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en el distrito de Imaza, a los seis días del mes de septiembre del año dos mil once.

OLLANTA HUMALA TASSO
Presidente Constitucional de la República

SALOMÓN LERNER GHITIS
Presidente del Consejo de Ministros

ANEXO 2

REGLAMENTO DE LA LEY DE CONSULTA DS Nº 001-2012-MC

Reglamento de la 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)

DECRETO SUPREMO Nº 001-2012-MC

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, el numeral 19) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú establece que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural y que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación;

Que, el artículo 55 de la Constitución Política del Perú establece que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional;

Que, es objetivo prioritario del Estado garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos fundamentales de los pueblos indígenas, así como el pleno acceso a las garantías propias del Estado de Derecho, respetando sus valores, costumbres y perspectivas;

Que, mediante 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), se desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente, la cual se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), ratificado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa Nº 26253;

Que, a través de la Resolución Suprema Nº 337-2011-PCM, se crea la Comisión Multisectorial de naturaleza temporal con el objeto de emitir un informe a través del cual se proponga el proyecto de Reglamento de la Ley Nº 29785, con la participación de representantes de organizaciones indígenas de alcance nacional y del Poder Ejecutivo, la cual fue instalada en Lima, el 22 de noviembre de 2011;

Que, la Comisión Multisectorial, ha cumplido con emitir un informe final que recoge el proyecto de Reglamento de la 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), en cuya elaboración se siguieron las etapas previstas en el artículo 8 de la Ley Nº 29785, por lo que, es pertinente su aprobación;

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 8) artículo 118 de la Constitución Política del Perú, así como el numeral 3) artículo 11 de la Ley Nº 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

DECRETA:

Artículo 1.- Aprobación del Reglamento
Apruébese el Reglamento de la 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), el cual consta de treinta (30) artículos y dieciséis (16) Disposiciones Complementarias, Transitorias y Finales, los que forman parte integrante del presente Decreto Supremo.

Artículo 2.- Vigencia
El presente Decreto Supremo entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, aplicándose a las medidas administrativas o legislativas que se aprueben a partir de dicha fecha, sin perjuicio de lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 29785. Respecto a los actos administrativos, las reglas procedimentales previstas en la presente norma se aplican a las solicitudes que se presenten con posterioridad a su publicación.

Artículo 3.- Refrendo
El presente Decreto Supremo será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Cultura.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los dos días del mes de abril del año dos mil doce.

OLLANTA HUMALA TASSO
Presidente Constitucional de la República

ÓSCAR VALDÉS DANCUART
Presidente del Consejo de Ministros

LUIS ALBERTO PEIRANO FALCONÍ
Ministro de Cultura

Reglamento de la 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

TÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- Del objeto
1.1 La presente norma, en adelante "el Reglamento", tiene por objeto reglamentar la 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, en adelante "La Ley", para regular el acceso a la consulta, las características esenciales del proceso de consulta y la formalización de los acuerdos arribados como resultado de dicho proceso, de ser el caso.
1.2 El derecho a la consulta se ejerce conforme a la definición, finalidad, principios y etapas del proceso establecidos en la Ley y en el Reglamento.
1.3 El derecho a la consulta se realiza con el fin de garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos

como tales por el Estado Peruano en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Perú y las leyes.

1.4 El Viceministerio de Interculturalidad, en ejercicio de su función de concertar, articular y coordinar la implementación del derecho de consulta, por parte de las distintas entidades del Estado, toma en consideración la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

1.5 El resultado del proceso de consulta no es vinculante, salvo en aquellos aspectos en que hubiere acuerdo entre las partes.

Artículo 2.- Ámbito de aplicación

2.1 El Reglamento se aplica a las medidas administrativas que dicte el Poder Ejecutivo a través de las distintas entidades que lo conforman, así como a los Decretos Legislativos que se emitan conforme a lo establecido en el artículo 104 de la Constitución Política del Perú. Igualmente establece las reglas que deben seguirse obligatoriamente para la implementación de la Ley por parte de todas las entidades del Estado. También se aplica a las medidas administrativas en virtud de las cuales se aprueban los planes, programas y proyectos de desarrollo.

2.2 Las disposiciones del presente Reglamento serán aplicadas por los gobiernos regionales y locales para los procesos de consulta a su cargo, sin transgredir ni desnaturalizar los objetivos, principios y etapas del proceso de consulta previstos en la Ley y en el presente Reglamento, y en el marco de las políticas nacionales respectivas.

2.3 Los gobiernos regionales y locales sólo podrán promover procesos de consulta, previo informe favorable del Viceministerio de Interculturalidad, respecto de las medidas que puedan aprobar conforme las competencias otorgadas expresamente en la Ley Nº 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, y en la Ley Nº 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, respectivamente, y en tanto dichas competencias hayan sido transferidas. El Viceministerio de Interculturalidad ejercerá el rol de rectoría en todas las etapas del proceso de consulta, correspondiendo a los gobiernos regionales y locales la decisión final sobre la medida.

Artículo 3.- Definiciones

El contenido de la presente norma se aplica dentro del marco establecido por la Ley y el Convenio 169 de la OIT. Sin perjuicio de ello, se tomarán en cuenta las siguientes definiciones:

a) Acta de Consulta.- Instrumento público, con valor oficial, que contiene los acuerdos que se alcance como resultado del proceso de consulta, así como todos los actos y ocurrencias desarrollados durante el proceso de diálogo intercultural. Es suscrita por los funcionarios competentes de la entidad promotora y por los o las representantes del o de los pueblos indígenas. En caso de que los o las representantes no fueran capaces de firmar el acta, estamparán sus huellas digitales en señal de conformidad. Los documentos sustentatorios del acuerdo forman parte del acta de consulta.

b) Afectación Directa.- Se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos.

c) Ámbito Geográfico.- Área en donde habitan y ejercen sus derechos colectivos el o los pueblos indígenas, sea en propiedad, en razón de otros derechos reconocidos por el Estado o que usan u ocupan tradicionalmente.

d) Buena Fe.- Las entidades estatales deben analizar y valorar la posición del o los pueblos indígenas durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. El Estado, los o las representantes y las organizaciones de los pueblos indígenas tienen el deber de actuar de buena fe, centrando la discusión en el contenido de las medidas objeto de consulta, siendo inadmisible las prácticas que buscan impedir o limitar el ejercicio de este derecho, así como la utilización de medidas violentas o coercitivas como instrumentos de presión en el proceso de consulta. El principio de buena fe, aplicable a ambas partes, comprende adicionalmente:

   i. Brindar toda la información relevante para el desarrollo del proceso de diálogo.
   ii. Evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado.
   iii. Cooperar con el desarrollo de la consulta.
   iv. Diligencia en el cumplimiento de lo acordado.
   v. Exclusión de prácticas que pretendan impedir o limitar el ejercicio del derecho a la consulta.
   vi. No realizar proselitismo político partidario en el proceso de consulta.

e) Convenio 169 de la OIT.- Convenio OIT Nro. 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 1989, ratificado por el Estado Peruano mediante la Resolución Legislativa Nº 26253.

f) Derechos Colectivos.- Derechos que tienen por sujeto a los pueblos indígenas, reconocidos en la Constitución, en el Convenio 169 de la OIT, así como por los tratados internacionales ratificados por el Perú y la legislación nacional. Incluye, entre otros, los derechos a la identidad cultural; a la participación de los pueblos indígenas; a la consulta; a elegir sus prioridades de desarrollo; a conservar sus costumbres, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos; a la jurisdicción especial; a la tierra y el territorio, es decir al uso de los recursos naturales que se encuentran en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente en el marco de la legislación vigente-; a la salud con enfoque intercultural; y a la educación intercultural.

g) Entidad promotora.- Entidad pública responsable de dictar la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta en el marco establecido por la Ley y el Reglamento. Las entidades promotoras son:

   i. La Presidencia del Consejo de Ministros, para el caso de Decretos Legislativos. En este supuesto, dicha entidad puede delegar la conducción del proceso de consulta en el Ministerio afín a la materia a consultar.
   ii. Los Ministerios, a través de sus órganos competentes.
   iii. Los Organismos Públicos, a través de sus órganos competentes.

   Los gobiernos regionales y locales, a través de sus órganos competentes, también se entenderán entidades promotoras, conforme a lo establecido en los artículos 2.2 y 2.3 del Reglamento.

h) Enfoque Intercultural.- Reconocimiento de la diversidad cultural y la existencia de diferentes perspectivas culturales, expresadas en distintas formas de organización, sistemas de relación y visiones del mundo. Implica reconocimiento y valoración del otro.

i) Medidas Administrativas.- Normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la Administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

   En el caso de actos administrativos, el proceso de consulta a los pueblos indígenas se realiza a través de sus organizaciones representativas locales, conforme a sus usos y costumbres tradicionales, asentadas en el ámbito geográfico donde se ejecutaría el acto administrativo.

j) Medidas Legislativas.- Normas con rango de ley que puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

k) Pueblo Indígena u Originario.- Pueblo que desciende de poblaciones que habitaban en el país en la época de la colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; y que, al mismo tiempo, se auto reconozca como tal. Los criterios establecidos en el artículo 7 de la Ley deben ser interpretados en el marco de lo señalado en artículo 1 del Convenio 169 de la OIT. La población que vive organizada en comunidades campesinas y comunidades nativas podrá ser identificada como pueblos indígenas, o parte de ellos, conforme a dichos criterios. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas no alteran su naturaleza, ni sus derechos colectivos. En adelante se utilizará la expresión “pueblo indígena” para referirse a “pueblo indígena u originario”.

l) Plan de Consulta.- Instrumento escrito que contiene la información detallada sobre el proceso de consulta a realizarse, el que debe ser adecuado a las características de la medida administrativa o legislativa a consultarse y con un enfoque intercultural.

m) Institución u Organización Representativa de los Pueblos Indígenas.- Institución u organización que, conforme los usos, costumbres, normas propias y decisiones de los pueblos indígenas, constituye el mecanismo de expresión de su voluntad colectiva. Su reconocimiento se rige por la normativa especial de las autoridades competentes, dependiendo del tipo de organización y sus alcances. En el Reglamento se utilizará la expresión “organización representativa”.

n) Representante.- Persona natural, miembro del pueblo indígena, que pudiera ser afectada directamente por la medida a consultar y que es elegida conforme los usos y costumbres tradicionales de dichos pueblos. Cualquier mención a “representante” en el Reglamento se entenderá referida a la forma de participación a que hace referencia el artículo 6

de la Ley. El Plan de Consulta incluye la referencia al número de representantes conforme a los criterios señalados en el numeral 2 del artículo 10 del Reglamento. En el proceso de consulta, los organismos no gubernamentales u otras organizaciones de la sociedad civil y del sector privado sólo podrán ejercer las funciones señaladas en el numeral 3 del artículo 11 del Reglamento.

Artículo 4.- Contenido de la medida legislativa o administrativa

El contenido de la medida legislativa o administrativa que se acuerde o promulgue, sobre la cual se realiza la consulta, debe ser acorde a las competencias de la entidad promotora, respetar las normas de orden público así como los derechos fundamentales y garantías establecidos en la Constitución Política del Perú y en la legislación vigente. El contenido de la medida debe cumplir con la legislación ambiental y preservar la supervivencia de los pueblos indígenas.

TÍTULO II. ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO DE CONSULTA

Artículo 5.- De la obligación de consultar

La obligación de consultar al o los pueblos indígenas deriva del Convenio 169 de la OIT y de la Ley y constituye una responsabilidad del Estado Peruano. Dicha obligación significa que:

a) Las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre las autoridades gubernamentales y el o los pueblos indígenas, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo o consentimiento; buscando que la decisión se enriquezca con los aportes de los o las representantes del o de los pueblos indígenas, formulados en el proceso de consulta y contenidos en el Acta de Consulta;
b) Deben establecerse mecanismos apropiados, realizándose las consultas de una forma adaptada a las circunstancias y a las particularidades de cada pueblo indígena consultado;
c) Las consultas deben realizarse a través de los o las representantes de las organizaciones representativas del o de los pueblos indígenas directamente afectados, acreditados conforme al numeral 10.1 del artículo 10 del Reglamento;
d) Las consultas deben realizarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas administrativas o legislativas propuestas. No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta;
e) El derecho a la consulta implica la necesidad de que el pueblo indígena, sea informado, escuchado y haga llegar sus propuestas, buscando por todos los medios posibles y legítimos, previstos en la Ley y en el Reglamento, llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas consultadas mediante el diálogo intercultural. Si no se alcanzara el acuerdo o consentimiento sobre dichas medidas, las entidades promotoras se encuentran facultadas para dictarlas, debiendo adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo;
f) La consulta debe tener en cuenta los problemas de accesibilidad que pudieran tener los miembros de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, y sus representantes, de llegar al lugar en donde se realice el proceso de consulta. Debe optarse por lugares que por su fácil acceso permitan lograr el máximo de participación;
g) Atendiendo a la diversidad de pueblos indígenas existentes y a la diversidad de sus costumbres, el proceso de consulta considera las diferencias según las circunstancias a efectos de llevar a cabo un verdadero diálogo intercultural. Se presta especial interés a la situación de las mujeres, la niñez, personas con discapacidad y los adultos mayores;
h) El proceso de consulta debe realizarse respetando los usos y tradiciones de los pueblos indígenas, en el marco de lo establecido por la Constitución y las leyes. La participación de las mujeres, en particular en funciones de representación, se realizará conforme a lo señalado en este inciso;
i) Los pueblos indígenas deben realizar los procedimientos internos de decisión o elección, en el proceso de consulta, en un marco de plena autonomía, y sin interferencia de terceros ajenos a dichos pueblos, respetando la voluntad colectiva;
j) La obligación del Estado de informar al pueblo indígena, así como la de apoyar la evaluación interna, se circunscribe sólo a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que participen del proceso de consulta.
k) Las normas de carácter tributario o presupuestario no serán materia de consulta;
l) No requieren ser consultadas las decisiones estatales de carácter extraordinario o temporal dirigidas a atender situaciones de emergencia derivadas de catástrofes naturales o tecnológicas que requieren una intervención rápida e impostergable con el objetivo de evitar la vulneración de derechos fundamentales de las personas. El mismo

tratamiento reciben las medidas que se dicten para atender emergencias sanitarias, incluyendo la atención de epidemias, así como la persecución y control de actividades ilícitas, en el marco de lo establecido por la Constitución Política del Perú y las leyes vigentes;

m) Son documentos de carácter público, disponibles, entre otros medios, a través de los portales web de las entidades promotoras: El Plan de Consulta, la propuesta de la medida administrativa o legislativa a consultar, el nombre de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas y el de sus representantes, el nombre de los representantes estatales, el Acta de Consulta y el Informe de Consulta; y

n) La dación de medidas administrativas o legislativas que contravengan lo establecido en la Ley y el Reglamento, vulnerando el derecho a la consulta, pueden ser objeto de las medidas impugnatorias previstas en la legislación.

Artículo 6.- Consulta previa y recursos naturales

De acuerdo a lo establecido en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y en el artículo 66 de la Constitución Política del Perú; y siendo los recursos naturales, incluyendo los recursos del subsuelo, Patrimonio de la Nación; es obligación del Estado Peruano consultar al o los pueblos indígenas que podrían ver afectados directamente sus derechos colectivos, determinando en qué grado, antes de aprobar la medida administrativa señalada en el artículo 3, inciso i) del Reglamento que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican el o los pueblos indígenas, conforme a las exigencias legales que correspondan en cada caso.

Artículo 7.- Sujetos del derecho a la consulta

7.1 Los titulares del derecho a la consulta son el o los pueblos indígenas cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa.

7.2 Los titulares del derecho a la consulta son el o los pueblos indígenas del ámbito geográfico en el cual se ejecutaría dicha medida o que sea afectado directamente por ella. La consulta se realiza a través de sus organizaciones representativas. Para ello, los pueblos indígenas nombrarán a sus representantes según sus usos, costumbres y normas propias.

Artículo 8.- Identificación de los sujetos del derecho

8.1 La entidad promotora identifica al o los pueblos indígenas, que pudieran ser afectados en sus derechos colectivos por una medida administrativa o legislativa, y a sus organizaciones representativas, a través de la información contenida en la Base de Datos Oficial.

8.2 En caso la entidad promotora cuente con información que no esté incluida en la Base de Datos Oficial, remitirá la misma al Viceministerio de Interculturalidad para su evaluación e incorporación a dicha Base, de ser el caso.

Artículo 9.- Derecho de petición

9.1 El o los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas, pueden solicitar su inclusión en un proceso de consulta; o la realización del mismo respecto de una medida administrativa o legislativa que consideren pueda afectar directamente sus derechos colectivos. El derecho de petición se ejercerá por una sola vez y nunca simultáneamente.

El petitorio debe remitirse a la entidad promotora de la medida dentro de los quince (15) días calendario de publicado el Plan de Consulta respectivo, para el caso de inclusión en consultas que se encuentren en proceso. En caso el petitorio tenga como objeto solicitar el inicio de un proceso de consulta, dicho plazo correrá desde el día siguiente de la publicación de la propuesta de medida en el Diario Oficial. En este último supuesto, si la propuesta de medida no se hubiera publicado, el derecho de petición se puede ejercer hasta antes de que se emita la medida administrativa o legislativa.

La entidad promotora decidirá sobre el petitorio dentro de los siete (7) días calendario de recibido el mismo, sobre la base de lo establecido en el Reglamento y la normativa vigente aplicable.

9.2 En el supuesto de que se deniegue el pedido, las organizaciones representativas de los pueblos indígenas pueden solicitar la reconsideración ante la misma autoridad o apelar la decisión. Si la entidad promotora forma parte del Poder Ejecutivo, la apelación es resuelta por el Viceministerio de Interculturalidad, quien resolverá en un plazo no

mayor de siete (7) días calendario, sobre la base de lo establecido en el Reglamento y la normativa vigente aplicable, bajo responsabilidad. Con el pronunciamiento de esta entidad queda agotada la vía administrativa.

La apelación, en cualquier supuesto, debe realizarse en cuaderno aparte y sin efecto suspensivo.

9.3 En caso de que el pedido sea aceptado y el proceso de consulta ya se hubiera iniciado, se incorporará al o los pueblos indígenas, adoptando las medidas que garanticen el ejercicio del derecho a la consulta.

Artículo 10.- Acreditación de representantes

10.1 El o los pueblos indígenas participan en los procesos de consulta a través de sus representantes nombrados conforme a sus propios usos y costumbres, debiendo acreditarlos en el proceso de consulta ante la entidad promotora, alcanzando un documento formal de acreditación. El indicado documento debe estar firmado por los responsables del nombramiento de los representantes según corresponda. Las mismas reglas se siguen en caso se realice un cambio de representantes en el proceso de consulta. Este cambio no altera el proceso ni los acuerdos alcanzados hasta dicho momento.

Quien presente el documento formal de acreditación debe ser la persona que aparece registrada en la Base de Datos Oficial como representante de la organización representativa del o los pueblos indígenas.

10.2 El número de representantes designados debe considerar las necesidades del proceso, con enfoque de género y facilitando el diálogo intercultural orientado a la búsqueda de acuerdos.

10.3 La falta de organizaciones representativas o representantes no es obstáculo para la realización del proceso de consulta, debiendo la entidad promotora adoptar las medidas necesarias para hacer posible la consulta al o los pueblos indígenas que pudieran ser afectados. Corresponde al Viceministerio de Interculturalidad incluir dicho supuesto en la Guía Metodológica.

10.4 El o los pueblos indígenas, dentro de los treinta (30) días calendarios de recibido el Plan de Consulta, deben designar a sus representantes, conforme lo regula el presente artículo. El nombre de los o las representantes y los documentos de acreditación son de acceso público. El plazo de designación de los representantes transcurre dentro del plazo de la etapa de información, prevista en el artículo 18 del Reglamento.

En caso no llegara la acreditación dentro del plazo, se presumirá que las personas registradas en la Base de Datos son los o las representantes.

Artículo 11.- De la participación de facilitadores, intérpretes y asesores en el proceso de consulta

11.1 La Entidad promotora es la responsable de convocar a los facilitadores, facilitadoras e intérpretes previa coordinación con los o las representantes del o de los pueblos indígenas. El Viceministerio de Interculturalidad dictará políticas orientadas a promover la debida capacitación de facilitadores e intérpretes.

11.2 Los y las intérpretes, facilitadores y facilitadoras deben estar registrados obligatoriamente en el Registro respectivo a cargo del Viceministerio de Interculturalidad.

11.3 Los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas y sus representantes están facultados a contar con asesores durante todo el proceso de consulta, quienes cumplen tareas de colaboración técnica en el proceso. Los asesores y asesoras no pueden desempeñar el rol de vocería.

11.4 La Guía Metodológica establecerá las pautas de actuación de los facilitadores y facilitadoras, asesores, asesoras e intérpretes. El Viceministerio de Interculturalidad promueve la participación efectiva de las mujeres en dichas funciones.

Artículo 12.- De la participación de interesados en las medidas administrativas

Cuando la medida administrativa sometida a consulta haya sido solicitada por un administrado, éste puede ser invitado por la entidad promotora, por pedido de cualquiera de las partes y en cualquier etapa del proceso, con el fin de brindar información, realizar aclaraciones o para evaluar la realización de cambios respecto del contenido de la indicada medida, sin que ello implique que dicho administrado se constituya en parte del proceso de consulta.

Artículo 13.- De la metodología
El proceso de consulta se realiza a través de una metodología con enfoque intercultural, de género, participativo y flexible a las circunstancias, en el marco de lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, la Ley y el Reglamento. Se rige por los principios establecidos en la Ley y es acorde con las disposiciones del Reglamento. Para su desarrollo se considerará la Guía Metodológica.

TÍTULO III. DEL PROCESO DE CONSULTA

Artículo 14.- Inicio del proceso
El proceso de consulta se inicia con la etapa de identificación de la medida a consultar y del o los pueblos indígenas, conforme lo señalado por la Ley y el Título I de la presente norma.

Artículo 15.- Reuniones preparatorias
Las entidades promotoras pueden realizar reuniones preparatorias con las organizaciones representativas del o de los pueblos indígenas, a fin de informarles la propuesta de Plan de Consulta.
También podrán realizar dichas reuniones en casos de procedimientos de especial complejidad que requieran precisiones mayores a las contenidas en el Reglamento.

Artículo 16.- Del Plan de Consulta
El Plan de Consulta debe ser entregado por la entidad promotora a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, junto con la propuesta de la medida a consultar, conteniendo al menos:

a) Identificación del o de los pueblos indígenas a ser consultados;
b) Las obligaciones, tareas y responsabilidades de los actores del proceso de consulta;
c) Los plazos y el tiempo para consultar, los que deberán adecuarse a la naturaleza de la medida objeto de consulta;
d) Metodología del proceso de consulta, lugar de reuniones e idiomas que se utilizarán, y las medidas que faciliten la participación de las mujeres indígenas en el proceso;
e) Los mecanismos de publicidad, información, acceso y transparencia del proceso, así como el mecanismo para realizar consultas o aclaraciones sobre la medida objeto de consulta.

Artículo 17.- Etapa de publicidad de la medida
Las entidades promotoras de la medida administrativa o legislativa objeto de consulta deben entregarla a las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas que serán consultados, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, considerando el o los idiomas de los pueblos indígenas y sus representantes. Al mismo tiempo deben entregar el Plan de Consulta.

Una vez que se haya entregado a las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas tanto la propuesta de medida como el Plan de Consulta, culmina esta etapa e inicia la etapa de información. Tal hecho debe constar en el portal web de la entidad promotora.

Artículo 18.- Etapa de información
18.1 Corresponde a las entidades promotoras brindar información al o los pueblos indígenas y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa. La etapa de información dura entre treinta (30) y sesenta (60) días calendario, según establezca la autoridad promotora.
18.2 La información debe darse de forma adecuada y oportuna, con el objetivo de que el o los pueblos indígenas cuenten con información suficiente sobre la materia de consulta, así como para evaluar la medida y formular sus propuestas. Se deben usar medios de comunicación cercanos a la población indígena de tal manera que puedan llegar efectivamente a sus organizaciones representativas y a sus representantes, sobre la base de un enfoque intercultural.
18.3 La entidad promotora alentará que el o los pueblos indígenas cuenten con la asistencia técnica que fuera necesaria para la comprensión de la medida.

Artículo 19.- Etapa de evaluación interna

19.1 Las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas y sus representantes deben contar con un plazo razonable en consideración de la naturaleza de la medida con el fin de realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y sobre la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos, calidad de vida y desarrollo de los pueblos indígenas.

19.2 Debe incorporarse dentro de los costos del proceso de consulta el apoyo logístico que debe brindarse a los pueblos indígenas para la realización de la etapa de evaluación interna y conforme lo señalado en el artículo 26 del Reglamento.

19.3 Acabado el proceso de evaluación interna, y dentro del plazo de dicha etapa, los o las representantes del o de los pueblos indígenas deberán entregarle a la entidad promotora, un documento escrito y firmado, o de forma verbal, dejándose constancia en un soporte que lo haga explícito, en el cual podrán indicar su acuerdo con la medida o presentar su propuesta acerca de lo que es materia de consulta, debiendo referirse en particular a las posibles consecuencias directas respecto a las afectaciones a sus derechos colectivos. Si los o las representantes no pudieran firmarlo, pueden colocar su huella digital.

19.4 En caso los o las representantes del o de los pueblos indígenas señalen que se encuentran de acuerdo con la medida, concluye el proceso de consulta. La autoridad toma el documento indicado en el numeral anterior, en que se señala el acuerdo, como Acta de Consulta. En caso de que los o las representantes de las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas presenten modificaciones, aportes o propuestas, tales servirán para iniciar la etapa de diálogo propiamente dicha.

19.5 En caso los o las representantes del o de los pueblos indígenas no expresen su voluntad colectiva conforme lo señalado en el numeral 19.3 dentro del plazo previsto para la evaluación interna, la entidad promotora entenderá que existe desacuerdo con la medida y convocará a la primera reunión de la etapa de diálogo. En dicha reunión los o las representantes deberán presentar los resultados de la evaluación interna. En caso no pudieran entregarlos, por razones debidamente justificadas, la entidad promotora volverá a citarlos en dicha reunión, y dentro del plazo de la etapa de diálogo, con el fin de recibir dicha evaluación e iniciar la búsqueda de acuerdos, de ser el caso.

Si a pesar de lo señalado en el párrafo anterior, los o las representantes del o de los pueblos indígenas no presentaran los resultados de la evaluación interna, sean en forma oral o escrita, se entenderá abandonado el proceso de consulta y se pasará a la etapa de decisión.

19.6 En caso de haber varios representantes del o de los pueblos indígenas, con opiniones divergentes, cada una de ellos podrá emitir sus propias opiniones sobre la medida materia de consulta. Todas las partes, incluso las que señalaron su acuerdo, tienen el derecho de participar en este caso en la etapa de diálogo.

19.7 La evaluación interna debe completarse dentro de un plazo máximo de treinta (30) días calendario.

Artículo 20.- Etapa de diálogo

20.1 El diálogo intercultural se realiza respecto de aquellos aspectos en donde se presentan diferencias entre las posiciones de la propuesta de la entidad promotora y las presentadas por el o los pueblos indígenas. Esta debe guiarse por un esfuerzo constante, y de buena fe, por alcanzar acuerdos sobre la medida objeto de consulta.

20.2 En el caso de medidas legislativas o administrativas de alcance general, la etapa de diálogo se realiza en la sede de la entidad promotora, salvo que las partes elijan una sede distinta, la cual debe contar con las facilidades que permitan el adecuado desarrollo del proceso.

20.3 En el caso de consulta de actos administrativos, la etapa de diálogo se realizará en un lugar que facilite la participación de los o las representantes del o de los pueblos indígenas.

20.4 Si algún pueblo indígena, que ya es parte del proceso de consulta al haber sido debidamente informado y convocado, no participara en la etapa de diálogo, y en tanto aún no se haya firmado el Acta de Consulta, puede incorporarse al proceso, previa presentación de sus aportes y aceptando el estado en el que se encuentra el proceso al momento de su incorporación, incluyendo los acuerdos que ya se hubieran adoptado.

20.5 La entidad promotora deberá, en caso sea necesario y para el desarrollo de esta etapa, cubrir los costos de los traslados, alimentación y alojamiento de los o las representantes del o de los pueblos indígenas y de los miembros de organizaciones representativas indígenas necesarios para el desarrollo del proceso de consulta; de conformidad con lo señalado en el artículo 26 del Reglamento.

20.6 El período máximo de esta etapa será de treinta (30) días calendario, pudiendo ser extendido, por razones debidamente justificadas y por acuerdo de las partes.

20.7 En el desarrollo de la etapa de diálogo se observarán las siguientes reglas mínimas:

a) El o los pueblos indígenas tienen el derecho de usar su lengua nativa o el idioma oficial. Cuando alguna de las partes desconozca el idioma del interlocutor se contará con los intérpretes respectivos.
b) Al iniciar la etapa de diálogo, la entidad promotora de la medida legislativa o administrativa debe realizar una exposición sobre los desacuerdos subsistentes al terminar la etapa de evaluación interna sobre la base de los documentos que las partes presentaron al finalizar dicha etapa. Realizada esta presentación se inicia el proceso de búsqueda de consenso.

Artículo 21.- Suspensión y abandono del proceso de diálogo

21.1 Si durante el proceso de consulta se produjeran actos o hechos ajenos a las partes que perturbaran el proceso de diálogo, la entidad promotora suspenderá el mismo hasta que se den las condiciones requeridas, sin perjuicio de que las autoridades gubernamentales competentes adopten las medidas previstas en la legislación. La decisión de suspensión se sustentará en un informe motivado sobre los actos o hechos que afectan el proceso de diálogo, no pudiendo dicha suspensión o la suma de ellas, de ser el caso, superar el plazo de quince (15) días calendario.

Cumplido ese plazo la entidad promotora podrá convocar al diálogo en un lugar que garantice la continuidad del proceso, en coordinación, de ser posible, con los o las representantes del o de los pueblos indígenas.

En cualquier caso, la entidad promotora pondrá fin al proceso de diálogo si el incumplimiento del principio de buena fe impidiera la continuación del proceso de consulta, elaborando un informe sobre las razones que sustentan dicha decisión, sin perjuicio de que las autoridades gubernamentales competentes adopten las medidas previstas en la legislación, de ser el caso, luego de lo cual se pasará a la etapa de decisión.

21.2 El o los pueblos indígenas pueden desistirse, no continuar, o abandonar el proceso de consulta. Las entidades promotoras deben agotar todos los medios posibles previstos en la Ley y el Reglamento para generar escenarios de diálogo. Si luego de lo señalado no es posible lograr la participación del o de los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas, la entidad promotora dará el proceso por concluido, elaborando un informe que sustente la decisión adoptada, dentro del plazo de la etapa de diálogo.

Artículo 22.- Acta de consulta

22.1 En el Acta de Consulta deben constar, de ser el caso, los acuerdos adoptados, señalando expresamente si los mismos son totales o parciales. En caso de no existir acuerdo alguno, o cuando el acuerdo es parcial, debe quedar constancia de las razones del desacuerdo parcial o total.
22.2 El Acta será firmada por los o las representantes del o de los pueblos indígenas y por los funcionarios y funcionarias debidamente autorizados de la entidad promotora.

De negarse a firmar el Acta, se entenderá como una manifestación de desacuerdo con la medida, y se pasará a la etapa de decisión.

Artículo 23.- Etapa de decisión

23.1 La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad promotora. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por el o los pueblos indígenas durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias directas que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos en la Constitución Política del Perú y en los tratados ratificados por el Estado Peruano.
23.2 De alcanzarse un acuerdo total o parcial entre el Estado y el o los pueblos indígenas, como resultado del proceso de consulta, dicho acuerdo es de carácter obligatorio para ambas partes.
23.3 En caso de que no se alcance un acuerdo y la entidad promotora dicte la medida objeto de consulta, le corresponde a dicha entidad adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos del o de los pueblos indígenas, así como los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo, promoviendo la mejora de su calidad de vida. Los o las representantes que expresen su desacuerdo tienen el derecho de que el mismo conste en el Acta de Consulta.

Artículo 24.- Plazo máximo del proceso de consulta
El plazo máximo para el desarrollo de las etapas de publicidad, información, evaluación interna y diálogo es de ciento veinte (120) días calendario; contados a partir de la entrega de la propuesta de medida administrativa o legislativa hasta la firma del Acta de Consulta.

Artículo 25.- Informe de consulta
Culminado el proceso de consulta, la entidad promotora debe publicar en su portal web un Informe conteniendo:

a) La propuesta de medida que se puso a consulta.
b) El Plan de Consulta.
c) Desarrollo del proceso.
d) Acta de Consulta.
e) Decisión adoptada, de ser el caso.

El Informe Final debe ser remitido a los o las representantes del o de los pueblos indígenas que participaron en el proceso de consulta.

Artículo 26.- Financiamiento del proceso de consulta
26.1 En el caso de medidas legislativas y administrativas de alcance general, corresponde a la entidad promotora financiar los costos del proceso de consulta.
26.2 En el caso de consultas de actos administrativos, los costos del proceso se incorporan en las tasas que cubren los costos del trámite de la indicada medida.
26.3 Las entidades promotoras identificarán o modificarán en sus TUPA los procedimientos a los que se le aplique el presente artículo.

Artículo 27.- De la consulta de medidas legislativas u otras de alcance general a cargo del Gobierno Nacional.
27.1 Las medidas legislativas o administrativas de alcance general, incluyendo los planes y programas, sólo serán consultadas en aquellos aspectos que impliquen una modificación directa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.
27.2 Para tal fin, se consultará al o los pueblos indígenas, a través de sus representantes elegidos de acuerdo a sus propios usos y costumbres.
27.3 El proceso de consulta a los pueblos indígenas referido en el inciso anterior, se realizará a través de sus organizaciones representativas asentadas en el ámbito geográfico de la medida.
27.4 Conforme al numeral 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú, las medidas reglamentarias no pueden transgredir ni desnaturalizar las leyes, por lo que no pueden cambiar la situación jurídica de los derechos colectivos de los pueblos indígenas previstos en la ley. Sin perjuicio de lo anterior, podrían utilizarse los mecanismos de participación ciudadana previstos en la legislación, distintos a la consulta, conforme lo señala el Convenio 169 de la OIT.
27.5 Cuando, de manera excepcional, el Poder Ejecutivo ejercite las facultades legislativas previstas en el artículo 104 de la Constitución Política del Perú, se consultará aquellas disposiciones del proyecto de Decreto Legislativo que impliquen una modificación directa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. El Poder Ejecutivo incluirá, en el pedido de delegación de facultades, un período adicional para el desarrollo del proceso de consulta.
27.6 La consulta de los proyectos de Decretos Legislativos se realizará sólo respecto del artículo o artículos que pudieran implicar un cambio en la situación jurídica de un derecho colectivo reconocido a los pueblos indígenas. Estarán comprendidos en el proceso de consulta sólo los pueblos indígenas que pudieran ser afectados directamente por el artículo o artículos antes indicados, a través de sus organizaciones representativas asentadas en el ámbito geográfico de la medida.
27.7 La dación de Decretos de Urgencia se rige por las reglas establecidas en el numeral 19 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú.

TÍTULO IV. DE LAS FUNCIONES DEL VICEMINISTERIO DE INTERCULTURALIDAD SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA

Artículo 28.- Funciones del Viceministerio de Interculturalidad
Son funciones del Viceministerio de Interculturalidad las establecidas por Ley y el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura. Estas incluyen:

1. Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta. Asimismo, brinda opinión previa sobre procedimientos para aplicar el derecho a la consulta.
2. Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades promotoras y a las organizaciones representativas y a sus representantes, del o de los pueblos indígenas, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular, en coordinación con las entidades promotoras.
3. Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades promotoras, sobre la calificación de las medidas legislativas o administrativas proyectadas por dichas entidades, sobre el ámbito de la consulta y la determinación del o de los pueblos indígenas a ser consultados, así como sobre el Plan de Consulta.
4. Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y al o los pueblos indígenas que son consultados en la definición del ámbito y características de la misma.
5. Elaborar, consolidar y actualizar la Base de Datos Oficial relativa a los pueblos indígenas, en donde también se registrarán sus organizaciones representativas.
6. Registrar los resultados de las consultas realizadas. Para tal fin, las entidades promotoras deben remitirle en formato electrónico, los Informes de Consulta. La información debe servir de base para el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados en los procesos de consulta.
7. Crear, mantener y actualizar un Registro de Facilitadores, así como el Registro de Intérpretes de las lenguas indígenas.
8. Dictar una Guía Metodológica para la implementación del derecho de consulta, incluyendo documentos modelo, en el marco de la Ley y el Reglamento.

Artículo 29.- Base de Datos Oficial

29.1 La Base de Datos Oficial de los pueblos indígenas y sus organizaciones a que hace referencia la Ley, constituye un instrumento de acceso público y gratuito, que sirve para el proceso de identificación de los pueblos indígenas. No tiene carácter constitutivo de derechos.

29.2 El Viceministerio de Interculturalidad es la entidad responsable de elaborar, consolidar y actualizar la Base de Datos Oficial. Mediante Resolución Ministerial del Ministerio de Cultura se aprueba la directiva que la regula, incluyendo los procedimientos para la incorporación de información en la misma, en particular la disponible en las distintas entidades públicas, así como para la coordinación con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas. La Resolución Ministerial se aprobará dentro de los treinta (30) días calendario de la entrada en vigencia del Reglamento.

29.3 Todo organismo público al cual se le solicite información para la construcción de la Base de Datos Oficial está en la obligación de brindarla.

Artículo 30.- Deberes del funcionario público en el proceso de consulta

Los funcionarios y funcionarias públicos que participen en cualquiera de las etapas del proceso de consulta deberán actuar, bajo responsabilidad, en estricto cumplimiento de lo establecido en la Ley y el Reglamento, en el marco del principio de Buena Fe.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, TRANSITORIAS Y FINALES

Primera.- Aplicación del reglamento

Las entidades promotoras deberán aplicar los procedimientos establecidos en la Ley y el Reglamento de forma inmediata.

Segunda.- Seguimiento

La Presidencia del Consejo de Ministros creará una Comisión Multisectorial para el seguimiento de la aplicación del derecho a la consulta, la cual estará integrada por representantes de los sectores del Poder Ejecutivo con responsabilidades en la aplicación del presente Reglamento. Esta Comisión emitirá informes, y podrá plantear recomendaciones para la debida implementación y mejora en la aplicación del derecho a la consulta. Para tal fin, podrá convocar a expertos que colaboren en el desarrollo de sus responsabilidades.

Tercera.- Progresividad del Registro de Facilitadores e Intérpretes

La obligación establecida en el artículo 11.2 entrará en vigencia progresivamente conforme lo establezca el Ministerio de Cultura, mediante Resolución Ministerial, el cual definirá las medidas transitorias que correspondan. En tanto, los facilitadores e intérpretes son propuestos por el Viceministerio de Interculturalidad.

Cuarta.- Excepción a derecho de tramitación
El presente Decreto Supremo constituye la autorización prevista en el artículo 45, numeral 45.1 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, respecto de las tasas que cubran el costo del proceso de consulta.

Quinta.- Derecho a la participación
Conforme a lo señalado en el Convenio 169 de la OIT, corresponde a las distintas entidades públicas, según corresponda, desarrollar los mecanismos de participación dispuestos en la legislación vigente, los cuales serán adicionales o complementarios a los establecidos para el proceso de consulta.

Sexta.- Contenidos de los instrumentos del sistema nacional de evaluación de impacto ambiental
El contenido de los instrumentos del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental señalados en el artículo 11 del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, incluirá información sobre la posible afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que pudiera ser generada por el desarrollo del proyecto de inversión.

Sétima.- Garantías a la Propiedad comunal y del derecho a la tierra de los pueblos indígenas.
El Estado brinda las garantías establecidas por Ley y por la Constitución Política del Perú a la propiedad comunal. El Estado, en el marco de su obligación de proteger el derecho de los pueblos indígenas a la tierra, establecido en la Parte II del Convenio 169 de la OIT, así como al uso de los recursos naturales que les corresponden conforme a Ley, adopta las siguientes medidas:

a) Cuando excepcionalmente los pueblos indígenas requieran ser trasladados de las tierras que ocupan se aplicará lo establecido en el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, así como lo dispuesto por la legislación en materia de desplazamientos internos.
b) No se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas, debiendo asegurarse que de forma previa a tal decisión reciban la información adecuada, debiendo cumplir con lo establecido por la legislación nacional vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos.

Octava.- Aprobación de medidas administrativas con carácter de urgencia
En caso las entidades promotoras requieran adoptar una medida administrativa con carácter de urgencia, debidamente justificado, el proceso de consulta se efectuará considerando los plazos mínimos contemplados en el presente reglamento.

Novena.- Protección de pueblos en aislamiento y en contacto inicial
Modifíquese el artículo 35 del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES conforme al siguiente texto:

> "Artículo 35.- Aprovechamiento de recursos por necesidad pública.- Cuando en la reserva indígena se ubique un recurso natural cuya exploración o explotación el Estado considere de necesidad pública, la autoridad sectorial competente solicitará al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura la opinión técnica previa vinculante sobre los estudios de impacto ambiental requeridos conforme a Ley.
>
> La opinión técnica, será aprobada por Resolución Vice Ministerial y deberá contener las recomendaciones u observaciones que correspondan.
>
> Corresponde al Viceministerio de Interculturalidad adoptar o coordinar las medidas necesarias con los sectores del Régimen Especial Transectorial de Protección, a fin de garantizar los derechos del pueblo en aislamiento o contacto inicial."

Décima.- Participación en los beneficios
Conforme a lo señalado en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, los pueblos indígenas deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporte el uso o aprovechamiento de los recursos naturales de su ámbito geográfico, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de las mismas, de acuerdo a los mecanismos establecidos por ley.

Décimo Primera.- Publicación de la Guía Metodológica
La Guía Metodológica se publicará en el portal web del Ministerio de Cultura dentro de los treinta (30) días calendario contados desde la entrada en vigencia del Reglamento. El Viceministerio de Interculturalidad realizará actualizaciones periódicas de dicho documento.

Décimo Segunda.- Medidas administrativas complementarias
Cuando una medida administrativa ya consultada requiera, para dar inicio a las actividades autorizadas por ella, de la aprobación de otras medidas administrativas de carácter complementario, estas últimas no requerirán ser sometidas a procesos de consulta.

Décimo Tercera.- Coordinación en procesos de promoción de la inversión privada
En el caso de los procesos de promoción de la inversión privada, corresponderá a cada Organismo Promotor de la Inversión Privada coordinar con la entidad promotora la oportunidad en que ésta deberá realizar la consulta previa, la cual debe ser anterior a la aprobación de la medida administrativa correspondiente.

Décimo Cuarta.- Reinicio de Actividad
No requerirá proceso de consulta aquella medida administrativa que apruebe el reinicio de actividad, en tanto no implique variación de los términos originalmente autorizados.

Décimo Quinta.- Educación, Salud y Provisión de Servicios Públicos
La construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos que, en coordinación con los pueblos indígenas, esté orientada a beneficiarlos, no requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previsto en el Reglamento.

Décimo Sexta.- Financiamiento
La aplicación de la presente norma se hará con cargo al presupuesto institucional de las entidades promotoras correspondientes sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

Análisis crítico de la consulta previa en el Perú. Informes sobre el proceso de reglamentación de la Ley de Consulta y del Reglamento.

Se terminó de imprimir en los talleres de REALIDADES S.A.
Augusto Tamayo #190 Of. 5
Correo electrónico: informes@realidades.pe
Página web: www.realidades.pe

Febrero, 2013

GRUPO DE TRABAJO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS DE LA COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Con el apoyo de: