



Lima, 22 de junio de 2020

CARTA N° 100-2020-DAR/GGA

Sr.

Lenin Fernando Bazán Villanueva

Presidente de la Comisión de Pueblos Andinos,
Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y
Ecología,
Congreso de la República

Asunto: Remitimos opinión técnica a Proyecto
de Ley N° 3844/2018-CR.

De mi especial consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a Usted, en relación al asunto de la referencia, en representación de la Asociación Civil “DERECHO, AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES”– DAR, con R.U.C. N° 20508802651 y domicilio en Jr. Huáscar N° 1415- Jesús María, institución comprometida construir y fortalecer la gobernanza ambiental y promover el ejercicio de los derechos humanos.

Sobre el particular, le informo que DAR viene promoviendo desde hace más de 14 años, el respeto y ejercicio de los derechos de los Pueblos Indígenas. Entre ellos, hemos venido realizando seguimiento a casos, análisis técnicos y aportes la implementación del derecho a la consulta previa, y recomendaciones para el fortalecimiento del marco normativo vigente. Hemos acompañado procesos como el del Proyecto Hidrovía Amazónica, el Reglamento de la Ley Forestal, entre otros.

En ese sentido, enviamos el documento “Opinión sobre el Proyecto de Ley N° 3844/2018-CR, que busca modificar los artículos 1, 2, 4, 9, 11, 12, 13, 14, 15 y adicionar una quinta y sexta Disposición Final y Complementaria a la Ley N° 29785, Ley de Consulta Previa”.

Agradecemos confirmar recepción, al correo dsaavedra@dar.org.pe, y/o al teléfono 986931102. Agradeciendo su atención a la presente, quedo de Usted.

Atentamente,

César Gamboa Balbín
Director Ejecutivo
Derecho, Ambiente y Recursos Naturales – DAR



DERECHO, AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES - DAR

Primeros aportes sobre el Proyecto de Ley N° 3844/2018-CR, que busca modificar los artículos 1, 2, 4, 9, 11, 12, 13, 14, 15 y adicionar una quinta y sexta Disposición Final y Complementaria a la Ley N° 29785, Ley de Consulta Previa

Análisis, aportes y recomendaciones para el fortalecimiento del derecho a la consulta previa a los Pueblos Indígenas en el Perú

*Diego Saavedra Celestino
Programa Gobernanza y Gestión Ambiental*

Junio 2020



Derecho, Ambiente y Recursos Naturales - DAR

Opinión sobre el Proyecto de Ley N° 3844/2018-CR, que busca modificar los artículos 1, 2, 4, 9, 11, 12, 13, 14, 15 y adicionar una quinta y sexta Disposición Final y Complementaria a la Ley N° 29785, Ley de Consulta Previa

Antecedentes

El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú tiene su irrupción a inicios de los años 90 como parte de los debates para la suscripción y entrada en vigor del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Este proceso concluyó en 1995 con la entrada en vigor del Convenio. Sin embargo, durante 13 años, bajo el argumento de la ausencia del desarrollo normativo, el derecho a la consulta no se implementó en el Perú. Es recién en 2011 cuando se promulga la Ley 29785, y en 2012 con el Reglamento de la ley mediante Decreto Supremo 001-2012-MC. Estos últimos instrumentos normativos, fueron resultados de un proceso de diálogo consecuente de los luctuosos sucesos acontecidos en Bagua en 2009.

Esta distancia entre la entrada en vigor del Convenio 169 y la reglamentación de la consulta previa, ha generado una serie de consecuencias no necesariamente positivas. En primer lugar, se generó un vacío temporal que permitió que una serie de medidas administrativas no pasen por procesos de consultas previas. En el caso específico del sector hidrocarburos, 15 proyectos de exploración y extracción de recursos no pasaron por consulta. En segundo lugar, en la adecuación normativa se creó una excepcionalidad no planteada por el Convenio 169, en el Reglamento de la Ley, se incluye la Décimo Quinta Disposición Complementaria, que señala que las medidas administrativas que aprueben proyectos de servicios públicos, serán excluidas de consulta previa. Esta excepcionalidad se aprobó sin el consenso de los pueblos indígenas, ni de la sociedad civil que fue parte del debate. Estos dos elementos representan, de manera fundacional, dos graves consecuencias para el derecho a la consulta previa. De hecho, el Ministerio de Cultura, como asesor técnico del Estado en esta materia, emitió posición negando la consulta previa en proyectos como la Línea de Transmisión Eléctrica Iquitos - Moyobamba, y en el emblemático caso del Proyecto Hidrovía Amazónica. Ambos casos tuvieron que ser judicializados, y fue esta instancia la que, para el caso de la Hidrovía, exigió que el Estado cumpla con su deber de implementar la consulta previa.

En este proceso DAR ha participado desde el año 2005 en las discusiones para incorporar la consulta previa en el marco legal, así como en el proceso de elaboración y aprobación de la Ley y reglamento de consulta previa entre los años 2009 y 2012. Se presentaron observaciones y aportes desde el inicio del proceso, planteando que el estándar del Convenio exige que la consulta sea un mecanismo para la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas, y que no existen excepciones si es que una medida administrativa o legislativa es susceptible de vulnerar sus derechos. Desde allí, hemos



participado en procesos de consulta como el de la Ley Forestal y su reglamento, la ley y reglamento de cambio climático, los lotes 31 de hidrocarburos en Ucayali, y en el del proyecto Hidrovía Amazónica.

Este último proceso es emblemático porque es la primera consulta a un proyecto de servicio público, y a un proyecto de inversión público privada (APP). Además, dentro de los acuerdos, el primero de ellos plantea, que de existir nuevos impactos no identificados en la primera consulta, se realizaría una nueva consulta, en este caso sobre incluyó el acto administrativo que aprobaría el Estudio de Impacto Ambiental. Así mismo, el acta de acuerdos incluye la incorporación de los saberes ancestrales indígenas en el Estudio de Impacto Ambiental, el reconocimiento del monitoreo ambiental indígena, y la realización de estudios rigurosos sobre el comportamiento de sedimentos de los ríos y la migración de los peces. Por último, se incluyeron acuerdos a nivel de políticas, exigiendo al Estado la promulgación de reglamentos de transporte y seguridad; y de infracciones y sanciones en transporte fluvial, que hasta el momento de la consulta no existían. Estos acuerdos elevaron el estándar de los procesos y actas de consulta, por ello, a nivel institucional continuamos realizando el seguimiento al cumplimiento de este acta, como parte de una estrategia para el fortalecimiento del derecho a la consulta previa.

Opinión sobre el Proyecto de Ley N° 3844/2018-C

En relación al artículo 1: Objeto de la ley

Se debe incluir la referencia a la Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas. En particular porque el artículo XXIII recupera y se apoya en los principios del Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en relación a promover la obtención del consentimiento previo, libre e informado, en base a consulta previas.

Es clave incluir Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas como parte del marco normativo internacional. Este instrumento posterior en fecha de promulgación, fortalece el desarrollo jurídico en materia de derechos de los pueblos indígenas, haciendo hincapié en la obtención del consentimiento previo, libre e informado.

Comentarios para la exposición de motivos:

Es fundamental hacer referencia y recuperar la importancia del Artículo 55 de la Constitución Política del Perú: «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional».

En esa medida, al ser un tratado internacional de derechos humanos, y al existir la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0025-2005-PI/TC que reconoce el rango constitucional del Convenio 169, su cumplimiento era obligatorio desde su entrada en

vigor, en el año 1995. A 25 años, existió un vacío de 18 años, o lo que el MINEM denominó una zona gris, en que no se permitió la implementación de derechos consagrados en el C169, específicamente el derecho a la consulta previa. Esto trajo como consecuencia que 15 lotes de hidrocarburos no pasen por proceso de consulta previa y que en la actualidad se evalúe que los procesos de participación ciudadana que desarrollaron se homologuen con un proceso de consulta previa¹. Dentro de estos lotes, se encuentran los que sostienen la producción de gas, ubicados en la cuenca del urubamba en el Cusco, lotes 88 y 56 del proyecto camisea, y el 57 y 58, este último de capitales chinos a cargo de la empresa CNPC; país con el que se viene negociando un TLC que exigiría la inclusión de cláusulas que respeten derechos indígenas como el de la consulta previa.

En relación al artículo 2: Derecho a la consulta

La propuesta de cambio plantea, en el primer párrafo, la redacción "... que pudieran afectar...". Sugerimos tomar en cuenta el artículo 6 del C169 inciso a, que señala

*Consultar a los pueblos indígenas interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas **susceptibles** de afectarles directamente.*

Sobre la susceptibilidad, su alcance es más amplio conceptualmente y en interpretación y, en esa medida, en la posibilidad de garantizar de derechos, que la interpretación sobre la afectación directa. La susceptibilidad como concepto señala que existen condiciones necesarias para que la afectación de realice, se efectúe.

En referencia al segundo párrafo, se complementa la redacción con referencias a que no debe existir excepciones, lo que nos parece correcto señalar. Sin embargo, para la redacción, proponemos la siguiente redacción:

"... por el Estado. Las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas (incluidas las de servicios públicos), deben, como requisito, contar con un proceso de consulta previa. Su omisión genera la nulidad de la medida, incluyendo las relacionadas a salud, educación o provisión de servicios públicos, aunque estén orientadas a beneficiarlos."

Sobre la no consulta de medidas legislativas y administrativas en servicios públicos, es una condición que ha debilitado sistemáticamente la implementación de la consulta previa, libre e informada. Sobre la ausencia de consulta en medidas legislativas, desde la promulgación de la Ley 29785 y su reglamento, no se ha promovido la consulta previa en este tipo de medidas, bajo la justificación de no encontrarse un reglamento específico para que el Congreso de la República pueda implementarlo.

¹ Diario Gestión 17 de julio 2019. Evalúan que Camisea sea sometido a consulta previa. <https://gestion.pe/economia/evaluan-camisea-sea-sometido-consulta-previa-273341-noticia/>



En el tercer párrafo se hace referencia al derecho a la participación. Si bien este derecho está vinculado, este es uno diferente al de consulta. La redacción puede confundir. Existen, ya, mecanismos institucionalizados para garantizar el derecho a la participación de los pueblos indígenas. Aquí se propone reemplazar participación por consulta.

Es importante recalcar que no hay un solo momento, o un momento exclusivo para el desarrollo de la consulta previa. La implementación jurídica del derecho a la consulta ha generado un falso consenso sobre el momento adecuado para su implementación. De esta forma, los diferentes sectores del Estado responsables de la implementación, han promovido y desarrollado consultas, sobretodo en actividades extractivas y de infraestructura, en momentos donde no existen condiciones para aportar, cambio o incidir sobre posibles impactos o vulneraciones que las actividades parte de las medidas administrativas en consulta podrían causar. Así, la consulta previa no solo debe desarrollarse antes de la firma de contratos o de la elaboración de los instrumentos de gestión ambiental requeridos, sino, después de elaborados, durante el desarrollo de actividades y al cierre de las mismas.

Ni el Convenio 169, ni la propia ley 29785, señalan o restringen la implementación a un momento en particular. En esa medida, es fundamental, recuperar la naturaleza de oportunidad, que señala el Convenio 169, del derecho a la consulta, y en relación a ello, corresponde realizarse, antes, durante y después de adoptar una medida. En ese sentido, proponemos un ajuste en la redacción del tercer párrafo:

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas es garantizado e implementado de forma obligatoria por el Estado y la respectiva entidad responsable de la medida a consultar, antes, durante y después de adoptarla.

De existir una norma que aprueba o determina qué medida o acto administrativo se consulta, esta norma también debe pasar por consulta previa. La consulta debe atender e implementarse en todo acto administrativo, y por ende, en la cadena de gestión de la medida identificada susceptible de consulta.

Comentarios para la exposición de motivos:

En relación a la excepcionalidad que permite que no se consulte las medidas administrativas vinculadas a servicios públicos manifiestas en la Décimo quinta disposición complementaria del reglamento de la Ley de Consulta. Este instrumento conexo, y esta excepcionalidad, representan un riesgo permanente para la vulneración de este derecho facultad de los pueblos indígenas. Según lo referido en la propuesta Proyecto de Ley 3844, materia de esta opinión técnica, se debe solicitar de manera consecuente, la derogación de la mencionada disposición complementaria, por contravenir el espíritu del derecho, y la propuesta de PL.

Sobre el artículo 4: Principios



Los principios son orientaciones fundamentales para la implementación de un derecho. Las organizaciones indígenas han señalado en reiteradas oportunidades las limitaciones y deficiencias sobre el momento en que se consulta. Han señalado la intrascendencia de procesos de consulta en donde las decisiones ya están tomadas, y en donde la consulta se limita a ser un mecanismo de participación, sin cumplir con los principios y condiciones que marca el Convenio 169. De esta forma, nos manifestamos de acuerdo a los ajustes en la redacción que presenta el PL 3844.

Sobre el punto 7 del artículo recomendamos la siguiente redacción:

“... El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación. Teniendo en cuenta las condiciones culturales y las de servicios que tienen los pueblos indígenas.”

Es clave institucionalizar, y evidenciar el rol de los asesores técnicos, y la autonomía de las organizaciones de los pueblos indígenas, o quienes participen, de elegir y acreditar a sus asesores, como parte del proceso.

Comentarios para la exposición de motivos:

El principio de oportunidad no debe ir contra de la condición de que la implementación de la consulta debe ser plena, señalada en el Convenio 169 y en la Declaración. Con ello, nos referimos a que este principio no puede limitar o generar exclusividad sobre los momentos en que se implementa. Además, es necesario precisar que el proceso de otorgamiento de derechos tiene que ver con permisos, licencias, autorizaciones, en muchos casos, para concesiones extractivas.

Sobre el Principio de Información Oportuna, dos cuestiones: La primera, de que más allá que ya sea un principio lo intercultural, es preciso reiterar que el acceso a información debe tener en cuenta las condiciones culturales y de servicios. Esto, porque se repiten permanentemente casos en donde representantes del Estado, piden a los pueblos indígenas que para acceder a información sobre alguna medida a consultar, lo haga mediante canales como cartas con firmas originales, no copias, llamadas telefónicas, o envío de correos electrónicos. En muchas de las comunidades las condiciones materiales no permiten acceder a ninguna de los medios antes señalados, o estos tardan mucho, lo que contraviene y limita el ejercicio del derecho, y va contra el principio de oportunidad.

Sobre el artículo 9: Identificación de medidas objeto de consulta

La modificación en el primer párrafo, que reemplaza “...existiría una afectación directa...” por “... una posible afectación”, nos parece adecuada, ya que amplía el espectro de interpretación, y de alcance de lo que sería una vulneración a los derechos de los pueblos indígenas.

En el segundo párrafo, hacia la parte final, la redacción plantea una contradicción, al referir que una solicitud de consulta presentada por las organizaciones representativas de los pueblos indígenas suspende otro proceso de consulta hasta que no sea resuelta en última instancia administrativa o jurisdiccional. Entendemos que la intencionalidad de la redacción, pueda ir en la dirección de que una solicitud de consulta previa, realizada por las organizaciones de los pueblos indígenas, lo que puede y debe suspender, son los procesos de aprobación de las medidas susceptibles de afectar sus derechos.

Proponemos la siguiente redacción:

“La presentación formal de la petición de consulta previa, de parte de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, produce un efecto suspensivo sobre el proceso de aprobación, ya iniciado, de la medida legislativa o administrativa susceptible de afectar sus derechos. De negarse esta petición, el efecto preventivo persiste hasta que no sea dirimida en última instancia administrativa o judicial”.

En relación al tercer párrafo, hay que tomar en cuenta que, si bien respaldamos el contenido, este nivel de detalle, puede que sea vinculado con el Reglamento de la Ley. Esto supondría la necesidad consecuente de una modificación del reglamento de esta ley, contenido en DS 001-2012-MC.

En relación al cuarto y quinto párrafo, las instancias que impugnan a nivel del Poder Ejecutivo debe ser el Viceministerio de Interculturalidad por su condición de órgano técnico especializado en materia de derechos de los pueblos indígenas. Y en el caso del poder legislativo, tendría que identificarse la instancia que gestione esta impugnación, pudiendo ser esta, la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología. Ya que su labor es la de legislar en materia de derechos de pueblos indígenas.

Y sobre el sexto párrafo, creemos que es mejor cambiar la palabra NO, por la de FALTA o AUSENCIA en la segunda palabra del párrafo. De esta manera se evitaría una contradicción en la redacción, y se reforzaría el hecho de que si una organización de los pueblos indígenas no presenta solicitud de consulta, eso no significa que no se deba realizar, y las medidas aprobadas sin consulta, no son válidas.

Sobre el artículo 11: Publicidad de la medida legislativa o administrativa

Estando de acuerdo con el espíritu de la modificación en la redacción del artículo, sugerimos lo siguiente:



“... mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta las condiciones materiales de servicios, y conectividad en relación a los sistemas de comunicación. (...)”

Comentarios para la exposición de motivos:

En relación a los parámetros o condiciones para la implementación del derecho a la consulta, creemos que es fundamental, si ser específicos en que las condiciones materiales, y de conectividad, son sustanciales para el ejercicio pleno del derecho. Es más, y esto puede ser parte de las modificaciones al reglamento, y es que debe existir una línea base sobre medios de comunicación y transporte de los pueblos que participan del proceso de consulta. Una línea base previa, que ayude a la elaboración de materiales y al diseño de un plan de difusión, publicidad y comunicación de la medida a consulta y su información complementaria.

Sobre el artículo 12: Información sobre la medida legislativa o administrativa

De acuerdo con que la información que se brinde sea significativa. Proponemos agregar los adjetivos de completa, sobre beneficios e impactos, que puede causar la medida administrativa o la actividad que a través de ella de aprueba.

Sobre la asistencia jurídica y técnica, solo complementar que esta debe estar acreditada y puede cambiar de acuerdo a solicitud de las organizaciones de los pueblos indígenas.

Comentarios para la exposición de motivos:

Es clave insistir en que la información responda a las condiciones culturales, materiales y de conectividad. Esto implica que la información debe llegar a los pueblos con la debida anticipación. Se deben establecer mecanismos de evaluación para identificar grados de entendimiento sobre la información compartida. Ambos puntos también puede ser parte de una propuesta de modificación del reglamento de la Ley 29785.

Sobre el artículo 13: Evaluación interna de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios.

Es fundamental el rol de la asistencia técnica en estos procesos, de la misma forma, es clave que los documentos que de este proceso se desprenda, deben responder a plazos razonables. Se debe reiterar, que este proceso interno de evaluación, responde metodológicamente a las condiciones y particularidades culturales del pueblo indígena a ser consultado.

Comentario para la exposición de motivos

La evaluación de un proceso de consulta previa, no puede reducirse a un momento o etapa de la implementación. Si bien, el reglamento de la ley establece una etapa en particular, es necesario recordar que debe promoverse en cada una de las etapas mecanismos de evaluación. Esto, con el objetivo de que cada uno de los momentos tenga acuerdos suficientemente claros, que permita continuar con la siguiente etapa de manera eficiente. En muchos procesos de consulta previa, las etapas consecuentes arrastran debates abiertos de las etapas anteriores, sin que la evaluación permanente resuelva de manera pragmática estas situaciones, si se plantea como una alternativa para superarlos, y hacer el proceso más dinámico, y con una identificación de acuerdos progresivos.

Sobre el artículo 14: Proceso de diálogo intercultural

En el tercer párrafo, presentamos dos sugerencias:

- Estamos de acuerdo con que los acuerdos sean específicos y se refieran a la mitigación de impactos y participación, pero también debe incluirse la prevención como principio para la identificación de acuerdos.
- Además, de incorporar como referencia al Convenio 169 y la jurisprudencia de la CIDH, creemos que es importante hacer referencia a la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, ya que es un instrumento que da continuidad y complementa lo referido al Convenio 169, en particular en sus artículos 18 y 19.

En relación a las obligaciones legales, esta modificación es fundamental, permitirá separar las responsabilidades administrativas del Estado en materias que se terminan incluyendo en procesos de consulta pero no están vinculadas a la medida administrativa o legislativa motivo de la consulta.

Comentario para exposición de motivos

En general los procesos de consulta previa representan una oportunidad de interlocución entre los pueblos indígenas y el Estado. Una oportunidad que no es común o que no son permanentes. En esa medida, se asumen como espacios de negociación sobre una serie de temas, demandas, y necesidades, muchas de ellas, no vinculadas a las medidas administrativas y legislativas materia de la consulta. Esto se ha ido gestionando con la creación de Comisiones Multisectoriales, o Mesas de trabajo que atienden estas demandas adicionales. El problema surge cuando estas Comisiones son incorporadas como parte de los acuerdos del proceso de consulta. Así se desnaturaliza el motivo de la consulta, y el cumplimiento de acuerdos se reduce, en muchos casos a procesos asistencialistas o de implementación de proyectos que no están vinculados a



la consulta y su naturaleza. Es clave marcar estas diferencias y distancias, y recordar que la consulta responde a un derecho específico y a una medida específica que la motiva. Las demandas adicionales, complementarias o resultantes de la falta de presencia del Estado deben atenderse, y para ello, preverse mecanismos efectivos, pero estos no deben ser parte o contenidos como acuerdos del proceso de consulta.

Ahora, un tema a desarrollar es la del condicionante para el desarrollo de procesos de consulta previa. En casos donde la medida a consultar tiene que ver con autorizaciones para el desarrollo de actividades extractivas, pudieran existir condiciones pre-existentes de contaminación que se plantean como condicionante para el desarrollo del proceso de consulta. Esto exige un análisis más profundo y un compromiso de parte del Estado de cumplir con el principio de buena fe, para resolver condiciones externas que puedan viciar o enturbiar el proceso de consulta.

Sobre el artículo 15: Decisión

El objetivo principal y la naturaleza del derecho a la consulta previa es la obtención del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas sobre las medidas que les pueden afectar. Esto está consagrado en el Convenio 169 de la OIT, como en la Declaración de Naciones Unidas de derechos de los pueblos indígenas. Es importante incluir, para el caso de la ley 29785, como necesidad en los casos de potencial reasentamiento y desplazamiento que cause la medida consultada sobre los pueblos indígenas. De la misma forma, obtener consentimiento si la medida a consultar poner en riesgo la vida de los pueblos, a ello, habría que recordar y evaluar la posibilidad de incluir, acciones que afecten a la salud de los pueblos, y la grave afectación al medio ambiente. En tiempos de pandemia, la salud es un determinante y condición clave para el desarrollo de cualquier iniciativa o medida administrativa y legislativa.

La modificación incluida en el quinto párrafo, es fundamental, y como se señala, la consulta debe realizarse sin perjuicio de los mecanismos y la normativa que reconoce el derecho a la participación de los pueblos indígenas. Esta precisión es importante en la medida de que existen mecanismos de participación en decisiones que los afectan, y en mecanismos de supervisión ambiental, que no pueden ser limitados o condicionados a los acuerdos de consulta previa.

Es necesario Incluir el carácter preventivo, en el cuarto párrafo, adicionalmente a la adopción de medidas de compensación, indemnización y reparación por los impactos potenciales de la medida consultada.

En relación a la decisión, esta no debe estar sujeta a mecanismos de coacción. Las condiciones para desarrollarlo deben ser por consenso, y manteniendo el respeto para expresar el disenso, siendo este registrado en los documentos pertinentes, y respeto a los principios de interculturalidad.

Sobre la Quinta Disposición Complementaria Final

De acuerdo con la inclusión de esta disposición complementaria. Una recomendación, en la redacción, incluir que estos mecanismos especiales de participación indígenas para planes, proyectos y programas (como lo señala el artículo 7 del COnvenio 169), no solo no sustituyen a los mecanismos generales de participación ciudadana, sino tampoco a lo dictado en la presente ley 29785.

Sobre la Sexta Disposición Complementaria Final

Las servidumbres en tanto espacios territoriales que se encuentran dentro de territorios de pueblos indígenas titulados o posesionarias., y el otorgamiento de derechos sobre recursos naturales existentes en sus territorios, también deben hacer referencia al uso y gestión de territorio en relación a instrumentos de gestión ambiental que otorgan estos derechos. Así, se deben realizar consultas previas sobre los actos administrativos que aprueban Estudios de Impacto Ambiental, actualizaciones de Estudios de Impacto Ambiental, planes de cierre, remediación, entre otras medidas.

COMENTARIOS FINALES Y PROPUESTAS DE INCORPORACIÓN

1. ***No deben existir excepciones en la implementación del derecho a la consulta.*** La Décimo quinta disposición complementaria del Reglamento de Consulta Previa DS 001-2012-MC establece que no se realicen consultas previas para servicios públicos, esta medida va en contra de lo que señala el Convenio 169, y las recomendaciones de adecuación normativa nacional a los marcos internacionales. En la medida que las medidas administrativas sean susceptibles de afectación a los derechos de los pueblos indígenas, son argumento suficiente, en el marco del Convenio 169, para la activación del derecho a la consulta. En esa línea, **recomendamos reformar el Reglamento de la Ley 29785, y derogar la décimo quinta disposición complementaria.** Esta disposición ha permitido la implementación de proyectos de carretera, líneas de transmisión eléctrica, entre otros, que han afectado el derecho al territorio, y a la salud de los pueblos indígenas. La consulta previa puede ayudar a transformar potenciales conflictos sociales, y a incorporar desde la planificación, la necesidades locales de los pueblos indígenas, logrando que planes, programas y proyectos sean más eficaces en sus beneficios y resultados.
2. Es necesaria una **guía actualizada con orientaciones y criterios para la identificación de medidas susceptibles de consulta**, en cada uno de los sectores del Estado. Esto es importante, porque a la luz de los 9 años de la Ley y 8 años del reglamento, se han generados consensos dentro de los sectores, que han privilegiado y reducido el momento de implementación de la consulta previa, a medidas administrativas no significativas en relación a impactos y medidas de prevención y mitigación de los mismos. Existe un debate sobre el sentido de oportunidad para la implementación del derecho a la consulta previa. En nuestro

ordenamiento normativo, cada sector a cargo de la consulta es responsable de la identificación de la medida a consultar, sin embargo, esta debe de pasar por una validación por el ente técnico responsable, en este caso el Viceministerio de Interculturalidad. Este proceso debe tomar en cuenta las particularidades de las medidas administrativas de cada sector.

3. Es pertinente desarrollar con **mayor precisión la definición de “medida legislativa o administrativa”** ya que puede interpretarse únicamente las propuestas de medidas que aún no se aprueban. Esto no tomaría en cuenta que existe una serie de medidas administrativas que no se pre publican y que no se someten a publicidad. En esa medida, debe aclararse este alcance.
4. El debate sobre el sentido de oportunidad para la implementación del derecho a la consulta, también trae la discusión sobre cuándo esta responde al principio de previa. En relación a este debate, se necesita mecanismos y procedimientos que permitan que se consulten medidas administrativas y legislativas referidas a planes, programas y proyectos, en sus etapas de planificación. Este debe ser un principio a desarrollar y a exigir su cumplimiento. Sin perjuicio de lo señalado líneas arriba, la existencia del consentimiento de los Pueblos Indígenas, no restringe o limita que una medida referida a la etapa de implementación o cierre de un plan, programa o proyecto sean motivos de consulta previa. Es decir, **la consulta puede realizarse a medidas administrativas y legislativas que respondan a etapas de planificación, diseño, certificación ambiental, implementación, actualización y cierre de un plan, programa o proyecto.**
5. En relación al reglamento de la Ley 29785, y a la implementación de los procesos de consulta previa, uno de los mayores déficit sigue siendo el **seguimiento y cumplimiento de los acuerdos de consulta previa**. Si bien, son los sectores responsables de la consulta los que tienen que cumplir con la implementación de los acuerdos incluidos en las actas de consulta. Este es un cuello de botella que se fortalece con la inclusión, en las actas de consulta, de compromisos que no se relacionan con la medida puesta en consulta. Asu vez, para atender esta problemática, se creó la Comisión Multisectorial de Naturaleza Permanente para la aplicación del derecho a la consulta, mediante Decreto Supremo N° 021-2013-PCM, y modificada en su artículo 2, mediante Decreto Supremo N° 007-2019-MC. El objetivo de esta Comisión fue encargarle al Viceministerio de Interculturalidad el seguimiento a las actas de los procesos de consulta previa. Es necesario, en base a las competencias de control y fiscalización del Congreso de la República, solicitar información sobre el avance de esta Comisión, y exigir un plan de trabajo específico para el cumplimiento de sus objetivos. Existen casos como el de la consulta previa del proyecto Hidrovía Amazónica en donde después de 5 años, aún existen acuerdos pendientes de cumplimiento. Es también competencia de esta Comisión Multisectorial, monitorear los casos en donde las solicitudes de consulta hechas por los pueblos indígenas han sido

rechazados. Casos como la solicitud de consulta en instrumentos de gestión ambiental como Estudios de Impacto Ambiental, o a consulta previa en hidrocarburos. Ya hemos señalado que existen una serie de lotes, entre los que están los que conforman el proyecto Camisea, Lote 88 y 56, y los Lotes 58 y 57 en donde nunca se realizó consulta, en donde el Estado los asumió como zona gris, y en donde las poblaciones exigen que sean consultados.

6. Un debate en desarrollo, y sobre el cual, el Congreso de la República debe pronunciarse, como ya lo hizo la Defensoría del Pueblo, es la **necesidad de incluir entre las medidas administrativas sujetas a consulta previa, las que aprueben instrumentos de gestión ambiental como los Estudios de Impacto Ambiental**. Como hemos señalado en diferentes pasajes de este informe, el momento de consulta que se ha priorizado, sobretodo en actividades extractivas y de infraestructura, es previa la de la firma de los contratos, o previa a la definición de Términos de Referencia para la elaboración de Estudios de Impacto Ambiental. En este momento, no se conocen los posibles impactos, los componentes definitivos de los proyectos o las medidas de prevención, mitigación y remediación de impactos. En suma, se realiza una consulta vulnerando el principio de información plena. Esto puede subsanarse, si es que la consulta se realiza también, luego de elaborado el EIA, y sobre la medida administrativa que aprueba el contenido del EIA, así se contaría con mayor información, y las decisiones a las que se arriben tendrían mayor solidez. Esto ha sido rechazado por el SENACE que es la institución encargada de aprobar los instrumentos de gestión ambiental. Por ello, es necesario un posicionamiento técnico que recomiende, en la línea de los señalado por la Defensoría del Pueblo, de que se deban consultar estas medidas administrativas que aprueban instrumentos de gestión ambiental.
7. Algo por desarrollar para el fortalecimiento del derecho a la consulta previa es el de incorporar estándares en materia de derechos humanos. Incorporar lineamientos, tratados o convenciones de las que el Estado peruano es parte. Por ejemplo, **hacer referencia a los Principios rectores sobre empresas y derechos humanos de las Naciones Unidas**. En esta línea, si bien es el Estado el responsable de la implementación del derecho, es importante recordar las responsabilidades de la ciudadanía y del sector privado, de respetar estos derechos, sus marcos legales, y procedimientos.
8. Actualmente existen experiencias a nivel regional, y en particular de la cuenca Amazónica, de pueblos indígenas que están construyendo propuestas de protocolos de consulta previa. Estas propuestas nacen, en países que si bien han ratificado el Convenio 169, aún no tienen un desarrollo jurídico que permita tener claridad en la implementación del derecho a la consulta previa. Es esa medida, los pueblos indígenas, apelando a su derecho a la autodeterminación, han construido protocolos como guías y condiciones para la implementación de la consulta previa. Esta experiencia es más desarrollada entre pueblos indígenas

amazónicos del Brasil. Esto protocolos, en su naturaleza, son herramientas para el fortalecimiento del derecho a la consulta. En ese sentido, diferentes organizaciones indígenas amazónicas en el Perú, vienen siendo parte de procesos de intercambio de experiencias sobre la naturaleza, elaboración, y viabilidad de los protocolos de consulta previa. El acercamiento al debate sobre la existencia de protocolos en el Perú, teniendo en cuenta que contamos con la Ley 29785, y el reglamento de la ley DS 001-2012-MC, pueden enmarcarse en la siguiente dirección: a) tomando en cuenta las continuas observaciones a la forma en que se implementa la consulta, es necesario reformar la Ley, tal como propone el PL 3844, pero también, reformar el Reglamento. b) La exigencia de los pueblos indígenas de que la evaluación como principio metodológico, no corresponda solo a una etapa, sino sea un mecanismo que se realice en cada una de las etapas. c) La necesidad de acreditar y reconocer la participación de asesores de las organizaciones indígenas en los procesos de consulta. d) Las condiciones culturales, particulares de cada pueblo y que no se supera con traducción o interpretación, sino con procesos de construcción dialogada de los mecanismos y metodologías de todo el proceso y etapas de la consulta. Y e) las condiciones de espacios, distancias y tiempos, en dónde y cómo se realizan las consultas, son reiteradamente señaladas como problemas para su implementación. Creemos que el devenir de las discusiones sobre los protocolos de consulta previa, llevará a que este sea activo en nuestro país, y puede ir en la dirección de atender y presentar soluciones para los puntos señalados líneas arriba. **Es necesario, atender estas propuestas y evaluar la oportunidad de promover el reconocimiento de protocolos de consulta previa** en tanto, fortalezcan el ordenamiento jurídico existente, y se enmarquen en el derecho a la autodeterminación que poseen los pueblos indígenas en el marco del Convenio 169 de la OIT.

Bibliografía



Coalición Regional, DAR, Una mirada indígena sobre el derecho a la consulta Resumen ejecutivo del Taller Estratégico sobre Protocolos de Consulta Tegucigalpa, Honduras (7 y 8 de noviembre de 2018) (Noviembre 2018, disponible en: <http://www.dar.org.pe/archivos/publicacion/REUnamiradaind%C3%ADgena.pdf>)

COICA y DAR, Informe Regional Comparativo: Desarrollo de los derechos a la consulta previa, territorio, salud y educación reconocidos en el convenio 169 de la organización internacional del trabajo: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Venezuela y Perú (Diciembre, 2016), disponible en: https://www.dar.org.pe/archivos/inf_c169_COICA_DAR.pdf

Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA), Informe EPU 2018: Vulneraciones a los Derechos de los Pueblos Indígenas en la Cuenca Amazónica por inversiones chinas (Octubre 2018), disponible en: http://dar.org.pe/archivos/EPUchina_espanol.pdf

Delfina Catip y Rocilda Nunta; Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (Aidesep) Mayra Dongo; Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR), Enfoque de género en contextos extractivos y de infraestructura en la Amazonía Peruana: Políticas públicas y percepciones de mujeres indígenas amazónicas (Marzo 2019), publicación no disponible para la difusión*

Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR), Hidrovía Amazónica: ¿Buen negocio para el Perú? Una mirada económica, ambiental y desde el derecho de los pueblos indígenas (Agosto 2018), disponible en: http://dar.org.pe/archivos/Cartilla_hidrovia.pdf

Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR), ¿Reforma con Estándares? Análisis crítico de la propuesta de nueva Ley de Hidrocarburos (Diciembre 2018), disponible en: http://www.dar.org.pe/archivos/LOH_vf.pdf

Denise Humphreys Bebbington, Ricardo Verdum, Cesar Gamboa, and Anthony J. Bebbington, Assessment and Scoping of Extractive Industries and Infrastructure in Relation to Deforestation: Amazonia (Diciembre 2018), disponible en: http://www.dar.org.pe/archivos/docs/clua_dar.pdf

Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR), MARCO LEGAL DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA GESTIÓN AMBIENTAL APORTES PARA LA VIGILANCIA INDÍGENA (2017), disponible en: http://dar.org.pe/archivos/marco_participacion_ambiental.pdf



Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Resumen Ejecutivo del Informe Alternativo 2018 Cumplimiento de las obligaciones del Estado peruano del Convenio 169 de la OIT (2019), disponible en: http://www.dar.org.pe/archivos/publicacion/Informe_Alternativo_2018_Resumen.pdf