



Derecho a la **Consulta Previa**



D O C U M E N T O S

Agenda Regional

para la
implementación de la

Consulta Previa



PERÚ

Ministerio de Cultura



Derecho a la **Consulta Previa**



D O C U M E N T O S

Agenda Regional

para la
implementación de la

Consulta Previa



PERÚ

Ministerio de Cultura



PERÚ

Ministerio de Cultura

Diana Alvarez-Calderón Gallo
Ministra de Cultura

Patricia Balbuena Palacios
Viceministra de Interculturalidad

Gabriel Mayu Velasco Anderson
Director General de la Dirección General de Derechos de los Pueblos Indígenas

Ángela Acevedo Huertas
Directora de la Dirección de Consulta Previa

Derecho a la Consulta Previa

AGENDA REGIONAL PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA

Ministerio de Cultura
Avenida Javier Prado Este 2465 - San Borja, Lima 41 Perú
www.cultura.gob.pe

Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH
Proyecto “Promoviendo la Implementación del Derecho a la Consulta Previa”
Avenida Los Incas 172, El Olivar, San Isidro, Lima, Perú
www.gobernabilidad.org.pe

El Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura agradece el apoyo de la Cooperación Alemana, implementada por la GIZ, a través de su Proyecto “Promoviendo la Implementación del Derecho a la Consulta Previa” que hizo posible esta publicación.

Primera edición

Lima-Perú, noviembre de 2014

Tiraje: 6,000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2014-17978

Impreso en los talleres de Forma e Imagen de Billy Victor Odiaga Franco
Av. Arequipa 4558 - Miraflores

Índice

GLOSARIO	5
PRESENTACIÓN	7
1 EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA A PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS	9
1.1 ¿En qué consiste el derecho a la consulta previa?	9
1.2 ¿En qué normas se sustenta el derecho a la consulta previa?	9
1.3 ¿Qué se consulta?	10
1.4 ¿Quién consulta?	11
1.5 ¿A quiénes se consulta?	11
1.6 ¿En qué casos no corresponde realizar un proceso de consulta previa?.....	13
1.7 ¿Qué sucede si no se alcanzan acuerdos en los procesos de consulta previa?.....	14
1.8 ¿Qué etapas tiene un proceso de consulta?	15
2 ROL DEL VICEMINISTERIO DE INTERCULTURALIDAD DEL MINISTERIO DE CULTURA	17
3 APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN LAS MEDIDAS, PLANES, PROGRAMAS Y PROYECTOS PROMOVIDOS POR GOBIERNOS REGIONALES	19
3.1 Temas a considerar por los Gobiernos Regionales en la implementación de la consulta previa	19
3.2 Desarrollo de los lineamientos generales.....	21
3.3 Medidas legislativas sujetas a consulta previa.....	26
3.4 Medidas administrativas sujetas a consulta previa	27
3.5 Planes, programas y proyectos sujetos a consulta previa	29
3.6 Aplicación de la consulta previa: Estudio de caso	33
4 RECOMENDACIONES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN LOS GOBIERNOS REGIONALES	35
4.1 A nivel de la organización y funciones	35
4.2 Elaboración y aprobación de una norma para regular la implementación de la consulta previa.....	36
4.3 Cómo identificar cuando se requiere realizar la consulta previa	36
4.4 Planificación y presupuesto	37
5 COMENTARIOS FINALES	39

Glosario

Convenio 169 de la OIT Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

LOGR Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales

Ley N° 29785 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)

OIT Organización Internacional del Trabajo

PIP Proyecto de Inversión Pública

Pueblos indígenas Pueblos indígenas u originarios

SNIP Sistema Nacional de Inversión Pública

TUPA Texto Único de Procedimientos Administrativos

VMI Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura

Presentación

El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios se incorporó a la legislación peruana con la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. En ese sentido, el Convenio de la OIT es parte del ordenamiento jurídico nacional, se encuentra vigente desde 2 de febrero del año 1995 y ostenta rango constitucional.

A partir del Convenio 169 de la OIT, el 7 de setiembre de 2011 se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, la cual desarrolla el contenido, principio y procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios. Asimismo, el 3 de abril de 2012 se publicó el Decreto Supremo N° 001-2012-MC, que aprueba el Reglamento de la referida Ley.

De tal manera, la Ley N° 29785 y su Reglamento son instrumentos jurídicos implementados por el Estado Peruano con la finalidad de garantizar el derecho de los pueblos indígenas para que sean consultados de forma previa sobre propuestas de medidas, planes, programas y proyectos que afecten directamente sus derechos colectivos.

El Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura es la autoridad en asuntos de interculturalidad e inclusión de las poblaciones originarias. Como tal, tiene la función de promover y garantizar los derechos de los pueblos del país. Para tal efecto, se encarga de diseñar, ejecutar y supervisar políticas indígenas integrales a fin de garantizar los derechos de los pueblos indígenas, proteger sus conocimientos tradicionales y lograr su desarrollo con identidad, en un marco de igualdad de derechos. Asimismo, en su rol de órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo, tiene entre sus funciones: el concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta previa, 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.

El Ministerio de Cultura, a través del VMI, y con el apoyo de la Cooperación Alemana, implementada por la GIZ, a través del proyecto “Promoviendo la Implementación del Derecho a la Consulta Previa”, ha elaborado la presente “Agenda Regional para la Implementación de la Consulta Previa”, que tiene como objetivo presentar a los Gobiernos Regionales los principales temas vinculados con el derecho a la consulta previa y su implementación a nivel regional.

Patricia Balbuena Palacios
Viceministra de Interculturalidad
Ministerio de Cultura



1. El derecho a la consulta previa a pueblos indígenas u originarios

1.1 ¿EN QUÉ CONSISTE EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA?

La consulta previa es un diálogo intercultural entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, cuya finalidad es llegar a acuerdos sobre medidas (administrativas o legislativas), programas, planes y proyectos que puedan afectar los derechos colectivos de los pueblos. Los acuerdos a los que se lleguen en el proceso son de cumplimiento obligatorio para ambas partes.

1.2 ¿EN QUÉ NORMAS SE SUSTENTA EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA?

- Convenio 169 de la OIT.
- Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.¹
- Ley N° 29565, Ley de Creación del Ministerio de Cultura.
- 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).
- Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la 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).

1 Debe tenerse presente que la Declaración, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en el año 2007, es un instrumento del derecho internacional de los derechos humanos y, como tal, es solo una guía de principios generales que puede ser empleada por el Estado sin que ello signifique que la Declaración tenga fuerza vinculante u obligación jurídica para su aplicación. Es por ello que, en el artículo 1 del Reglamento de la Ley de Consulta, se establece que 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».

- Resolución Viceministerial N° 001-2012-MC que crea los Registros de Intérpretes de Lenguas Indígenas u Originarios y de Facilitadores.
- Resolución Ministerial N° 202-2012-MC, que aprueba la Directiva N° 03-2012-MC “Directiva que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios”.
- Resolución Ministerial N° 375-2012-MC, que aprueba la Directiva N° 006-2012-MC que regula el “Procedimiento para el Registro de Intérpretes de las Lenguas Indígenas u Originarias”.
- Resolución Viceministerial N° 010-2013-VMI-MC, que aprueba la Directiva N° 002-2013-VMI/MC “Procedimiento del derecho de petición de los pueblos indígenas para su inclusión en un proceso de consulta previa o para la realización del mismo, en el Ministerio de Cultura”.
- Resolución Viceministerial 004-2014-VMI-MC, que aprueba la Directiva N° 001-2014-VMI-MC “Lineamientos que establece instrumentos de recolección de información social y fija criterios para su aplicación en el marco de la identificación de pueblos indígenas u originarios”.

1.3 ¿QUÉ SE CONSULTA?

Se consultan aquellas propuestas del Estado que podrían afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos; es decir, aquellas propuestas que podrían producir cambios positivos o negativos en la situación o en el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas (por ejemplo: el derecho a la tierra o territorio, a la lengua, a la identidad cultural, entre otros). En el marco de la Ley N° 29785, a dichas propuestas se les llama medidas. Éstas propuestas pueden ser:

- a. Medidas legislativas: son aquellas normas con rango de ley promovidas por el Congreso de la República (leyes) y los gobiernos regionales o locales (ordenanzas).
- b. Medidas administrativas: son aquellas 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 tal sentido, las medidas administrativas son promovidas por cualquier entidad de la administración pública.
- c. Planes, programas y proyectos.

Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas*

- Derecho a la consulta previa (artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT).
- Derecho a la identidad cultural (artículo 5 del Convenio 169 de la OIT).
- Derecho a la tierra, territorios y recursos naturales (artículos 13 y 19 del Convenio 169 de la OIT).
- Derecho a la participación (artículo 7 del Convenio 169 de la OIT).
- Derecho a elegir sus prioridades de desarrollo (artículo 7 del Convenio 169 de la OIT).
- Derecho a la jurisdicción especial (artículos 9, 10, 11 y 12 del Convenio 169 de la OIT).
- Derecho a conservar sus costumbres, siempre y cuando éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (artículos 5 y 8 del Convenio 169 de la OIT).
- Derecho a disponer de medios de formación profesional similares al resto de ciudadanos y ciudadanas (artículo 21 del Convenio 169 de la OIT).
- Derecho a servicios adecuados de salud y reconocimiento de medicina tradicional (artículo 25 del Convenio 169 de la OIT).
- Derecho a la educación para el desarrollo de su identidad cultural propia, educación bilingüe, uso y desarrollo de idiomas propios y acceso a medios de comunicación (artículos 26 y 31 del Convenio 169 de la OIT).

* La relación de derechos colectivos presentada es enunciativa y, por tanto, no tiene carácter taxativo.

1.4 ¿QUIÉN CONSULTA?

El Estado, en sus diferentes niveles de gobierno (nacional, regional y local), así como cualquier otra entidad de la administración pública. En el marco de la Ley N° 29785, la entidad estatal responsable de realizar un proceso de consulta previa a pueblos indígenas se denominan entidad promotora.

1.5 ¿A QUIÉN SE CONSULTA?

Solo a los pueblos indígenas u originarios, que han sido identificados como tales según los criterios establecidos en el Convenio 169 de la OIT, cuyos derechos colectivos podrían verse afectados de forma directa por la medida.

Los Pueblos Indígenas en el Perú

Son pueblos que tienen su origen en tiempos anteriores al Estado, que conservan todas o algunas de sus instituciones distintivas y que poseen una identidad colectiva y originaria. Para ello, se deben considerar los siguientes criterios:

- **Continuidad histórica:** da cuenta de la existencia del pueblo desde tiempos anteriores al Estado.
- **Conexión territorial:** da cuenta de pueblos cuyos ancestros habitaban este país o región. Es decir, que sean originarios del Perú.
- **Instituciones distintivas:** da cuenta de pueblos que conservan todas o parte de sus instituciones sociales, políticas, económicas y culturales.
- **Autoidentificación:** da cuenta de pueblos que tienen una identidad colectiva y originaria. Es decir, que tengan una identidad de grupo cuya historia se remonte a periodos anteriores a la creación del Estado.

Estos cuatro criterios son necesarios y deben presentarse de forma conjunta para hablar de pueblos indígenas u originarios.

Fuente: Identificación de Pueblos Indígenas u Originarios para el Proceso de Consulta Previa. Cartilla Informativa. Ministerio de Cultura. Lima, 2014.

Base de Datos Oficial de pueblos indígenas u originarios

La Base de Datos de Pueblos Indígenas es una herramienta referencial y de actualización permanente que permite acceder a información sobre los pueblos indígenas identificados por el VMI del Ministerio de Cultura. No es constitutiva de derechos y tampoco cumple la función de ser un registro. La información que contiene es actualizada a medida que mayor información sea producida por las entidades competentes.

A la fecha, se han identificado en la Base de Datos de Pueblos Indígenas un total de cincuenta y dos (52) pueblos indígenas en el Perú, de los cuales cuarenta y ocho (48) son amazónicos y cuatro (4) andinos.

Para la implementación de procesos de consulta previa donde se tenga que determinar cuáles serían los pueblos indígenas que podrían verse afectados de forma directa por una medida, plan, programa o proyecto, las entidades estatales deben utilizar la información contenida en la Base de Datos y realizar un trabajo de identificación de pueblos indígenas.

La información contenida en la Base de Datos de Pueblos Indígenas puede consultarse el siguiente enlace web: <http://bdpi.cultura.gob.pe/>.

1.6 ¿EN QUÉ CASOS NO CORRESPONDE REALIZAR UN PROCESO DE CONSULTA PREVIA?

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento de la Ley N° 29785, los siguientes supuestos están exceptuados del proceso de consulta previa:

- a. Normas de carácter tributario o presupuestario (artículo 5, inciso k).
- b. 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 (artículo 5, inciso l).
- c. 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 la Constitución Política del Perú y las leyes vigentes (artículo 5, inciso l).
- d. Decretos de urgencia, los cuales se emiten solo en materia económica y financiera con un alcance general (artículo 5, inciso l).

Por otro lado, en la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785, se señala que en 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 se desarrollarán procesos de consulta previa a pueblos indígenas.

Debe tenerse presente que los supuestos de beneficio y de coordinación, a los que se hace referencia en este último supuesto, tienen que ser desarrollados con enfoque intercultural y con pleno respeto de los derechos de los pueblos indígenas. De tal manera, la entidad promotora, debe reconocer y valorar la diversidad cultural de los pueblos indígenas identificados en el planteamiento de los beneficios y los mecanismos de coordinación.

Derecho de Petición

El derecho de petición de pueblos indígenas se encuentra regulado en el artículo 9 del de la Ley N° 29785. En dicho artículo se establece que los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas, tienen derecho de solicitar, ante la entidad promotora de una medida que pueda afectar directamente sus derechos colectivos, lo siguiente:

- Que se realice un proceso de consulta previa. Un pueblo indígena pide al Estado que se realice una consulta previa porque considera que la medida que se va a aprobar puede afectar sus derechos colectivos.
- La inclusión en un proceso de consulta previa. Un pueblo indígena pide ser incluido en procesos de consulta previa ya iniciado.

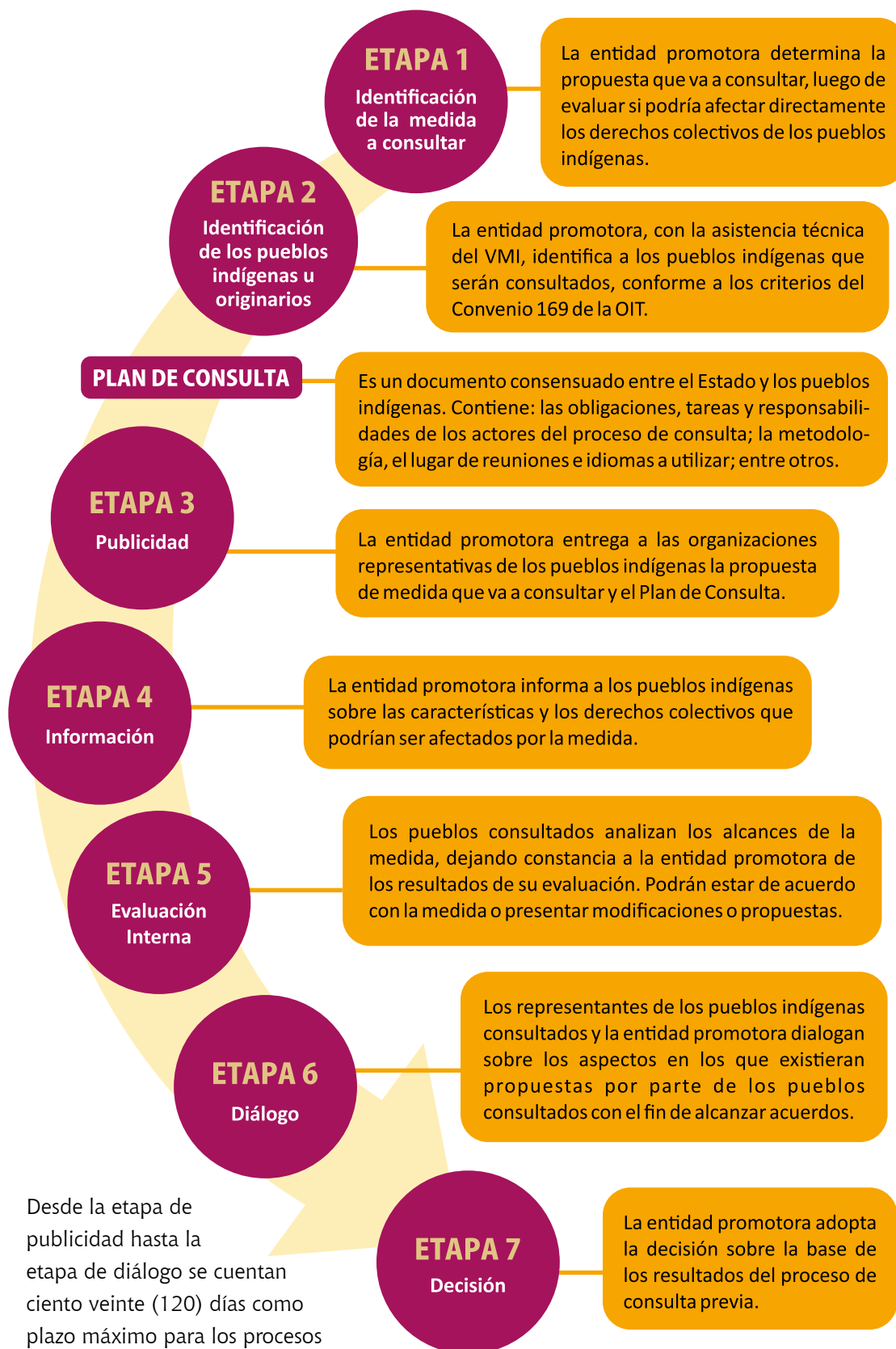
Para mayor información ver la Directiva N° 002-2013-VMI/MC.

1.7 ¿QUÉ SUCEDE SI NO SE ALCANZAN ACUERDOS EN LOS PROCESOS DE CONSULTA PREVIA?

De acuerdo con lo establecido en el artículo 23, numeral 3, del Reglamento de la Ley N° 29785, en el supuesto de que la entidad promotora y el pueblo indígena no alcancen acuerdos sobre la medida consultada, le corresponde a dicha entidad evaluar y tomar una decisión que garantice los derechos colectivos de los pueblos indígenas, así como los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo, promoviendo la mejora de su calidad de vida.

1.8 ¿QUÉ ETAPAS TIENE UN PROCESO DE CONSULTA?

La consulta previa se realiza en siete (7) etapas:



Desde la etapa de publicidad hasta la etapa de diálogo se cuentan ciento veinte (120) días como plazo máximo para los procesos de consulta previa.

RECUERDA

- La consulta previa es un derecho colectivo y exclusivo de los pueblos indígenas.
- La finalidad de la consulta previa es llegar a acuerdos entre los pueblos indígenas y el Estado. Los acuerdos son de cumplimiento obligatorio.
- La consulta debe ser realizada por el Estado en sus distintos niveles de gobierno.
- La consulta previa no es un proceso de referéndum ni de veto.
- La consulta es un diálogo intercultural que toma en cuenta las costumbres y características de los pueblos indígenas.
- No serán consultadas aquellas normas de carácter tributario o presupuestario, decisiones estatales de carácter extraordinario o temporal, medidas que atiendan emergencias sanitarias o el control de actividades ilícitas y decretos de urgencia en materia económica y financiera.

Tampoco serán consultadas medidas que promuevan la construcción y el 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.

- El proceso de consulta tiene siete (7) etapas: Identificación de la medida a consultar, identificación de los pueblos indígenas u originarios, publicidad, información, evaluación interna, diálogo y decisión.
- Para el desarrollo de un adecuado proceso de consulta previa a pueblos indígenas se debe elaborar un plan de consulta. El cual, es un documento consensuado entre el Estado y los pueblos indígenas.
- Para el almacenamiento y disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, así como para la emisión medidas administrativas que autoricen dichas actividades, se requiere de forma previa el consentimiento de los pueblos indígenas.

2. Rol del Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura

De acuerdo con el artículo 15 de la Ley N° 29565, el VMI es la autoridad inmediata del Ministerio de Cultura en asuntos de interculturalidad e inclusión de las poblaciones originarias. Como tal, tiene la función de promover y garantizar los derechos de los pueblos del país.

Para tal efecto, a través de sus direcciones, el Viceministerio de Interculturalidad se encarga de diseñar, ejecutar y supervisar políticas indígenas integrales a fin de garantizar los derechos de los pueblos indígenas, proteger sus conocimientos tradicionales y lograr su desarrollo con identidad, en un marco de igualdad de derechos.

Para los fines de la consulta previa, de conformidad con la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29565, el VMI es el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo y como tal tiene entre sus funciones: concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta previa; 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. Esto, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley N° 29785, en concordancia con el artículo 28 de su Reglamento.

Informe previo favorable

De acuerdo con el artículo 2 del Reglamento de la Ley N° 29785, los Gobiernos Regionales y Locales deberán contar con un informe previo favorable emitido por el VMI para que puedan implementar un proceso de consulta previa.

En la solicitud presentada por los Gobiernos Regionales o Locales al VMI, se debe indicar la medida que sería objeto de consulta previa, el o los pueblos indígenas que serían consultados y los derechos colectivos de pueblos indígenas que podrían ser afectados. De obtener el informe previo favorable por parte del VMI, los Gobiernos Regionales y Locales podrán promover el proceso de consulta previa.

Funciones del Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura

- Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta. Asimismo, brindar opinión previa sobre procedimientos para aplicar el derecho a la consulta.
- Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades estatales y los pueblos indígenas u originarios, así como atender las dudas que surgen en cada proceso en coordinación con las entidades promotoras.
- 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 de los pueblos indígenas a ser consultados, así como sobre el Plan de Consulta.
- Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y a los pueblos indígenas consultados en la definición del ámbito y características de la misma.
- Elaborar, consolidar y actualizar la base de datos oficial de pueblos indígenas, donde también se registrarán sus organizaciones representativas.
- Registrar los resultados de las consultas realizadas. Las entidades promotoras deben remitirle los informes de consulta, los cuales servirán para el seguimiento de cumplimiento de los acuerdos adoptados en los procesos de consulta.
- Crear, mantener y actualizar un registro de facilitadores y un registro de intérpretes de las lenguas indígenas.

3. Aplicación de la consulta previa en las medidas, planes, programas y proyectos promovidos por Gobiernos Regionales

3.1 TEMAS A CONSIDERAR POR LOS GOBIERNOS REGIONALES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA

Debe recordarse que los pueblos indígenas tienen derecho a ser consultados, de forma previa, sobre propuestas de medidas, planes, programas y proyectos, siempre que estos puedan afectar directamente sus derechos colectivos. De tal manera, la implementación del derecho a la consulta previa amerita el cumplimiento de distintas fases, así como la labor de identificar cuál es el momento idóneo para iniciar el proceso.

En ese sentido se presentan algunos puntos que los Gobiernos Regionales deben tener en cuenta al momento de identificar la medida a consultarse.

Sustento sobre la competencia del Gobierno Regional para la aprobación de una medida, plan, programa o proyecto

1. Establecer si el contenido de lo que se busca aprobar corresponde a las competencias del Gobierno Regional.
2. Tener claridad sobre el procedimiento para la aprobación de la medida, plan, programa o proyecto.
3. Definir quién es el órgano responsable de aprobar la medida, plan, programa o proyecto.

Justificación sobre como la propuesta de medida, plan, programa o proyecto podría afectar derechos colectivos de pueblos indígenas

1. Identificar y analizar si existe relación directa entre la medida a aprobarse y los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Identificación de los pueblos indígenas que podrían ser afectados en sus derechos colectivos por la medida que se busca adoptar

1. Conocer los criterios de identificación de los pueblos indígenas establecidos en el Convenio 169 de la OIT y la Ley N° 29785.
2. Establecer los temas claves para la identificación de pueblos indígenas u originarios. Estos criterios son: continuidad histórica, conexión territorial, instituciones distintivas y autodeterminación (ver la Directiva N° 001-2014-VMI-MC).
3. Revisar y recolectar la información necesaria para la identificación, tanto fuentes secundarias como a través de un trabajo de campo.
4. Sistematizar la información recolectada.
5. Analizar la información.

Informe previo favorable del VMI del Ministerio de Cultura

1. El Gobierno Regional debe elaborar un informe técnico donde se analice si la propuesta de medida, plan, programa o proyecto podría afectar derechos colectivos de pueblos indígenas, así como si hay pueblos.
2. Solicitar al VMI del Ministerio de Cultura la opinión previa favorable para llevar a cabo la consulta.

RECUERDA

De conformidad con el artículo 19 de la Ley N° 29785, el VMI del Ministerio de Cultura brinda asistencia técnica y capacitación previa a las entidades promotoras durante todas las etapas de los procesos de consulta previa.

Con la finalidad de orientar a los Gobiernos Regionales en la identificación de las propuestas de medidas, planes, programas y proyectos que podrían ser objeto de consulta previa a pueblos indígenas, se ha elaborado cuatro lineamientos generales.

a. Identificación del objeto y finalidad de las medidas, planes, programas y proyectos

b. Análisis del objeto y finalidad de las medidas, planes, programas y proyectos

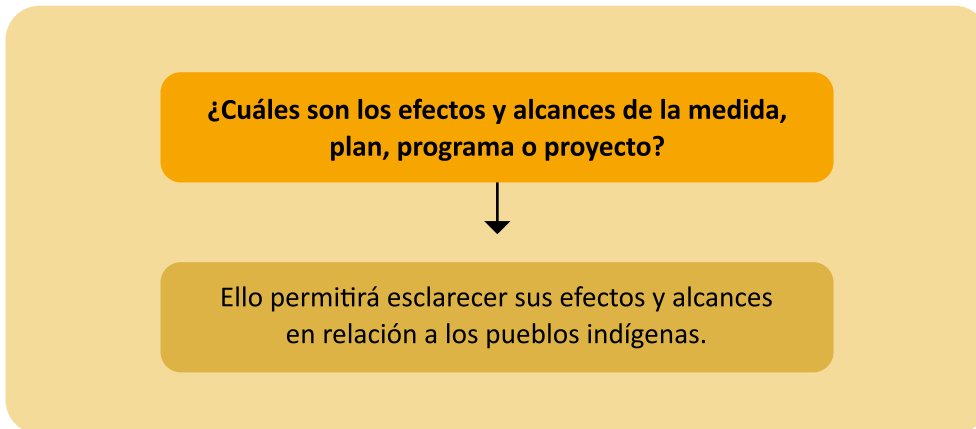
c. Oportunidad del proceso de consulta

d. Condiciones para llevar a cabo el proceso de consulta

3.2 DESARROLLO DE LOS LINEAMIENTOS GENERALES

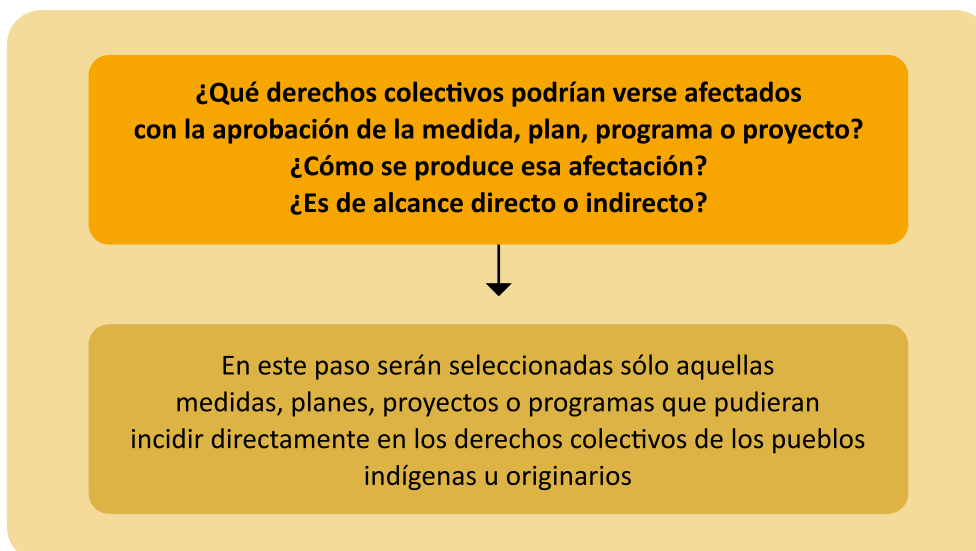
a. Identificación del objeto y finalidad de las medidas, planes, programas y proyectos

Frente a una medida (administrativa o legislativa), plan, programa o proyecto, en el marco de las competencias y funciones que establece el ordenamiento jurídico nacional, corresponde iniciar el análisis con la siguiente pregunta clave:



b. Análisis del objeto y finalidad de las medidas, planes, programas y proyectos

Luego de determinar la finalidad de la medida, plan, programa o proyecto, se debe analizar si podrían generar una afectación directa a los derechos colectivos de los pueblos indígenas y originarios. Para ello, se han formulado las siguientes preguntas claves:



IMPORTANTE: AFECTACIÓN DIRECTA

La referencia al término “afectación” señalado en la Ley N° 29785 y su Reglamento se relaciona con todos aquellos cambios en la situación jurídica o con todos aquellos cambios en el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Ello, independientemente de que el cambio sea considerado como positivo o negativo.

Por ello, todas aquellas medidas, planes, programas y proyectos que afecten directamente la situación jurídica o el ejercicio de tales derechos deben someterse a consulta previa.

c. Oportunidad del proceso de consulta

Si una medida, plan, programa o proyecto implica una afectación directa a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, se procederá a efectuar un análisis de oportunidad, a fin de identificar el momento idóneo para llevar a cabo la consulta previa. Este análisis de oportunidad implica tener presente lo siguiente:

- Revisar las etapas en el procedimiento o proceso para la formulación y aprobación de la medida, plan, programa o proyecto.
- Analizar si el procedimiento o proceso de formulación y aprobación se encuentra vinculado con otros procedimientos conexos.
- Si se concluye que el procedimiento de formulación y aprobación de la medida, plan, programa o proyecto es el idóneo para llevar a cabo un proceso de consulta en cuanto a oportunidad, se determinará el momento dentro del procedimiento para ejecutar dicho proceso.



Pregunta clave

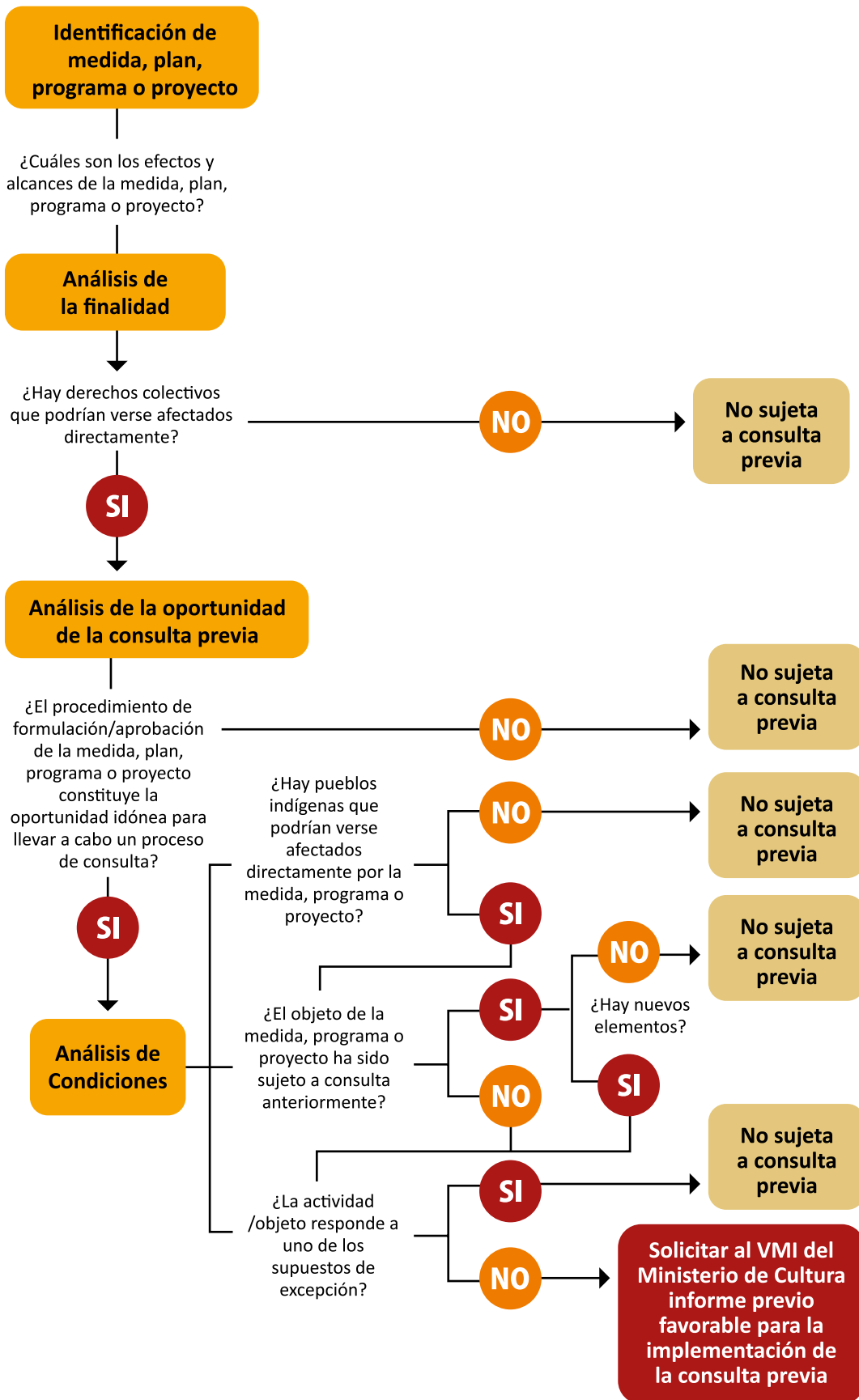
¿Qué momento del procedimiento de formulación y/o aprobación de la medida, plan, programa o proyecto constituye la oportunidad idónea para llevar a cabo un proceso de consulta?

d. Condiciones para llevar a cabo el proceso de consulta

Finalmente, al haber identificado la oportunidad para aplicar un proceso de consulta, es necesario que se tome en consideración aquellas condiciones necesarias para implementar la consulta a un caso concreto. Estas condiciones son las siguientes:

- Existencia de pueblos indígenas cuyos derechos colectivos pueden verse afectados directamente.
- El objeto de la medida, plan, programa o proyecto, no ha sido sometido previamente a consulta. Sin embargo, se deberá evaluar si corresponde realizar un nuevo proceso de consulta si el plan, programa o medida previamente consultada ha sido sometida a alguna modificación o considera aspectos que no hayan sido evaluados anteriormente.
- El objeto de la medida, plan o proyecto no responde a una situación de emergencia; es decir, decisiones de carácter extraordinario o temporal derivadas de catástrofes naturales o tecnológicas, emergencias sanitarias y la persecución o el control de actividades ilícitas.

A continuación, se presenta un diagrama de flujo que muestra los pasos previamente mencionados para identificar si una medida, plan, programa o proyecto, debe consultarse.



A continuación, se desarrollan alternativas sobre la aplicación de la consulta previa para el caso de los Gobiernos Regionales.

3.3 MEDIDAS LEGISLATIVAS SUJETAS A CONSULTA PREVIA

Los Gobiernos Regionales se constituyen en órganos productores de normas con rango de ley, las cuales se denominan Ordenanzas Regionales.

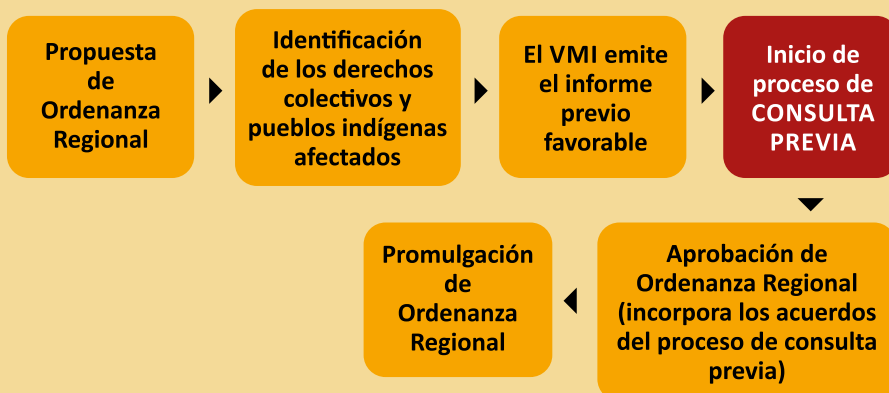
Las Ordenanzas Regionales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 38 de la LOGR, se encargan de normar asuntos de carácter general, organización y administración, y reglamentan materias de competencia de los Gobiernos Regionales.

El procedimiento para la aprobación de una Ordenanza Regional se inicia cuando los órganos proponentes, por ejemplo, las Gerencias Regionales, elaboran la propuesta normativa y sustentan su viabilidad técnica y legal.

A partir de ello, se deberá delimitar si la propuesta de ordenanza podría generar afectaciones a los pueblos indígenas y, en ese sentido, evaluar si correspondería realizar un proceso de consulta previa. Para ello, se propone la siguiente ruta de trabajo:

- a. Elaborar un informe técnico donde se analice si la propuesta de ordenanza podría afectar derechos colectivos de pueblos indígenas, dicho documento debe contener información sobre la medida y sobre los pueblos indígenas que podrían ser afectados
- b. Solicitar al VMI del Ministerio de Cultura el informe previo favorable.
- c. Con el informe previo favorable emitido por el VMI del Ministerio de Cultura, se da inicio al proceso de consulta previa al pueblo o a los pueblos indígenas que han sido identificados y que serían afectados en sus derechos colectivos.
- d. Culminado el proceso de consulta previa, corresponde que el Consejo del Gobierno Regional apruebe la propuesta de Ordenanza Regional. Debe tenerse presente que con los acuerdos obtenidos en el proceso de consulta previa, el Consejo del Gobierno Regional deberá evaluar y tomar la decisión sobre la aprobación de la propuesta de ordenanza.
- e. Finalmente, la Presidencia Regional se encarga de promulgar la ordenanza.

¿Cuál es la oportunidad para aplicar la consulta previa para una medida legislativa?



RECUERDA

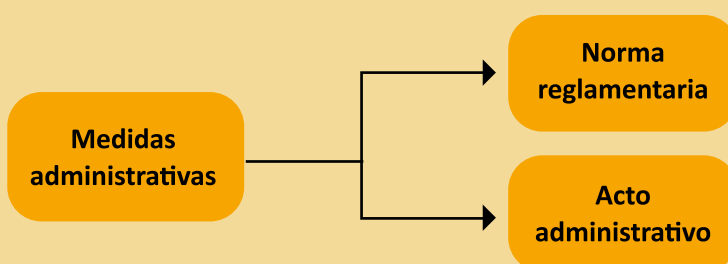
De conformidad con el artículo 19 de la Ley N° 29785, el VMI del Ministerio de Cultura brinda asistencia técnica y capacitación previa a las entidades promotoras durante todas las etapas de los procesos de consulta previa.

3.4 MEDIDAS ADMINISTRATIVAS SUJETAS A CONSULTA PREVIA

En el artículo 3, literal i, del Reglamento de la Ley N° 29785, se ha identificado que las medidas administrativas tienen las siguientes características:

- Son normas reglamentarias de alcance general.
- También incluye a los actos administrativos que facultan el inicio de la actividad o proyecto, o el que autoriza la suscripción de contratos con el mismo fin.

Medidas administrativas sujetas a consulta previa

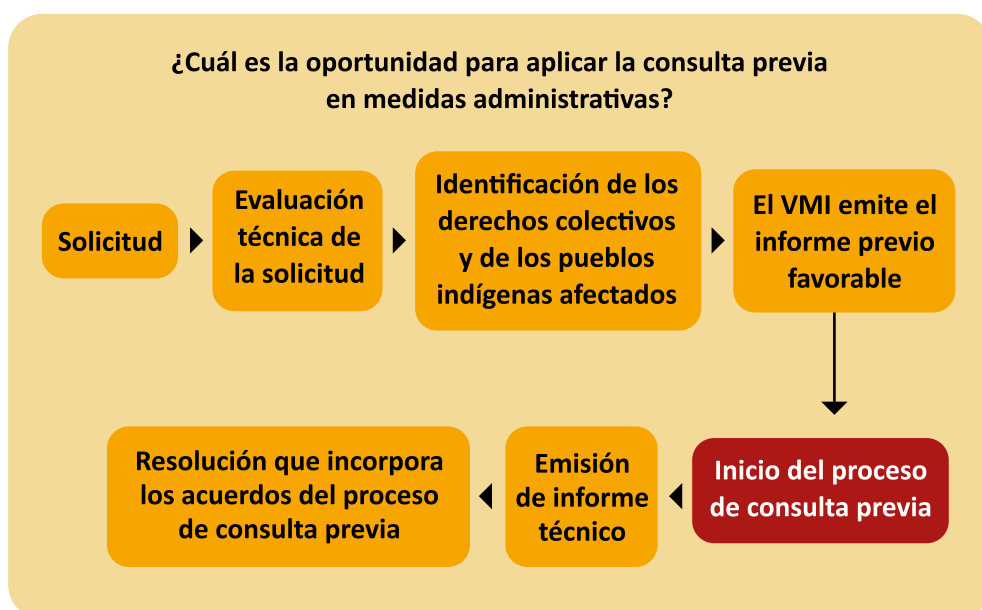


En el caso de los Gobiernos Regionales, la LOGR señala que son normas reglamentarias aprobadas por la Presidencia Regional, las siguientes:

- Decretos Regionales: son los que establecen normas reglamentarias para la ejecución de las Ordenanzas Regionales, sancionan los procedimientos necesarios para la Administración Regional y resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés ciudadano.
- Resoluciones Regionales: son las que norman asuntos de carácter administrativo. Se expiden en segunda y última instancia administrativa. Los niveles de resoluciones son los siguientes:
 - Ejecutiva Regional, emitida por el Presidente Regional.
 - Gerencial General Regional, emitida por el Gerente General Regional.
 - Gerencial Regional, emitida por los Gerentes Regionales.

Con relación a los actos administrativos, estos se pueden iniciar a partir de una solicitud del administrado, la cual tendrá que cumplir con requisitos de admisibilidad y aquellos previstos por el TUPA del Gobierno Regional.

Luego de cumplirse los requisitos mencionados previamente, la entidad promotora procede a evaluar si la medida podría afectar derechos colectivos de pueblos indígenas, así como si existirían pueblos indígenas. Con dicha información el Gobierno Regional solicita al VMI del Ministerio de Cultura el informe previo favorable para iniciar el proceso de consulta previa. Finalmente, los acuerdos obtenidos en el proceso de consulta deben plasmarse en la resolución que contiene la decisión.



RECUERDA

De conformidad con el artículo 19 de la Ley N° 29785, el VMI del Ministerio de Cultura brinda asistencia técnica y capacitación previa a las entidades promotoras durante todas las etapas de los procesos de consulta previa.

3.5 PLANES, PROGRAMAS Y PROYECTOS SUJETOS A CONSULTA PREVIA

Debe tenerse presente que, de conformidad con el artículo 6 de la LOGR, el desarrollo regional comprende la aplicación coherente y eficaz de políticas e instrumentos de desarrollo económico social, poblacional, cultural y ambiental. Ello, a través de planes, programas y proyectos que permitan alcanzar un impulso regional positivo y generar condiciones para el crecimiento económico armonizado con la dinámica demográfica, el desarrollo social equitativo y la conservación de los recursos naturales y el ambiente en el territorio regional.

En base a ello, las propuestas de planes, programas y proyectos regionales solo serán sometidas a procesos de consulta previa en el caso se determine que estas podrían afectar derechos colectivos de pueblos indígenas.



Consulta previa en el caso de planes y programas regionales

Para la creación de planes y programas de alcance regional se tienen que seguir varias etapas al interior de los Gobiernos Regionales.

A partir de la naturaleza y de las características propias de la propuesta de un plan o programa, se debe analizar e identificar cuál sería la mejor oportunidad para realizar un proceso de consulta que permita, a su vez, garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En ese sentido, en el análisis para determinar la oportunidad en la que se tendría que realizar un proceso de consulta, debe valorarse cuál es el momento (dentro de las diferentes etapas que se siguen antes de la aprobación de la propuesta del plan o programa) en el que se tendría la información idónea, necesaria y suficiente que permita saber cuáles serán las afectaciones a derechos colectivos de pueblos indígenas.

Para ello, se propone un orden de las labores que tendrían que realizarse:

- Elaboración y formulación del plan o programa (de acuerdo al procedimiento interno del Gobierno Regional).
- Elaboración de un informe técnico donde se analice si la propuesta de plan o programa podría afectar derechos colectivos de pueblos indígenas, así como si hay pueblos indígenas. Dependiendo del tipo de plan o programa, el informe podría contener la opinión de algunas gerencias regionales, así como de la oficina de asesoría jurídica del Gobierno Regional.
- Solicitar al VMI del Ministerio de Cultura la opinión previa favorable para llevar a cabo la consulta.
- Con la opinión previa favorable del VMI del Ministerio de Cultura se podrá dar inicio al proceso de consulta previa al pueblo o a los pueblos indígenas que han sido identificados y que serían afectados en sus derechos colectivos.
- Culminado el proceso de consulta previa, corresponde que el Consejo del Gobierno Regional apruebe la propuesta del plan o programa. Para lo cual, debe considerarse los acuerdos alcanzados en el proceso de consulta. Los acuerdos del proceso de consulta son de obligatorio cumplimiento.
- Finalmente, la Presidencia Regional se encarga de promulgar el plan o programa.



Consulta previa en el caso de proyectos regionales

Al igual que en el caso de la creación de planes y programas de alcance regional, en los proyectos de inversión pública (PIP), se debe analizar e identificar cuál sería la mejor oportunidad para realizar un proceso de consulta que permita, a su vez, garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En ese sentido, para determinar la oportunidad en la que se tendría que realizar un proceso de consulta, debe valorarse cuál es el momento (dentro de las diferentes etapas que se siguen antes de la aprobación del proyecto) en el que se tendría la información idónea, necesaria y suficiente que permita saber cuáles serán las afectaciones a derechos colectivos de pueblos indígenas.

Para ello, se propone un orden de las labores que tendrían que realizarse:

- Elaboración y formulación del proyecto (de acuerdo al procedimiento interno del Gobierno Regional).

- Elaboración de un informe técnico donde se analice si la propuesta de plan o programa podría afectar derechos colectivos de pueblos indígenas, así como si hay pueblos indígenas. Dependiendo de la naturaleza del proyecto, el informe podría contener la opinión de algunas gerencias regionales, así como de la oficina de asesoría jurídica del Gobierno Regional.
- Solicitar el VMI del Ministerio de Cultura la opinión previa favorable para llevar a cabo la consulta.
- Con la opinión previa favorable del VMI del Ministerio de Cultura se podrá dar inicio al proceso de la consulta previa al pueblo o a los pueblos indígenas que han sido identificados y que serían afectados en sus derechos colectivos.



RECUERDA

De conformidad con el artículo 19 de la Ley N° 29785, el VMI del Ministerio de Cultura brinda asistencia técnica y capacitación previa a las entidades promotoras durante todas las etapas de los procesos de consulta previa.

3.6 APLICACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA: ESTUDIO DE CASO

A continuación, a manera de ejemplo, se presenta un caso correspondiente al sector de educación, con el fin de entender los supuestos y análisis para determinar cuándo estaríamos frente a un proceso de consulta previa a pueblos indígenas.

Actualización del proyecto educativo regional

El Proyecto Educativo Regional es el instrumento estratégico destinado a orientar la política y gestión educativa regional así como la formulación de nuevos acuerdos y contenidos educativos pertinentes a la región.

Como parte de los lineamientos de políticas de educación en el ámbito regional, el Proyecto Educativo Regional debe elaborarse con un enfoque intercultural; es decir, debe prever la adecuación de los servicios educativos a las expectativas de los usuarios, ofreciendo servicios de calidad que respeten su entorno, en los que sus hábitos, creencias y actitudes se consideren para la prestación de los servicios.

- a) *Análisis de la Medida:* Como ya ha sido indicado, el Proyecto Educativo Regional propone estrategias que permitan brindar un servicio educativo de calidad acorde al entorno cultural de los usuarios, razón por la que su definición y alcances podrían implicar una afectación a derechos colectivos de los pueblos indígenas, en vista de que se plantean lineamientos de acción que servirán de guía para la posterior ejecución de programas y proyectos que viabilicen su implementación.

En ese sentido, y dependiendo de la profundidad de su contenido, los derechos que podrían ser afectados son los siguientes (i) identidad cultural; (ii) elegir sus prioridades de desarrollo; (iii) conservar sus costumbres, y; (iv) educación intercultural.

- b) *Análisis de la Oportunidad de la Consulta:* Frente a la actualización de un Proyecto Educativo Regional, la oportunidad idónea para la realización de un proceso de consulta es durante la elaboración del mismo, y una vez que se tenga una primera versión del referido instrumento. Para tal efecto, la Gerencia de Desarrollo Social remitirá al órgano responsable de los procesos de consulta previa (ver sección 5.1) la propuesta de proyecto, a fin de que se emita el informe correspondiente y, de ser el caso, se solicite la opinión previa del VMI del Ministerio de Cultura y se lleve a cabo el proceso de consulta.

RECUERDA

- Para identificar un potencial proceso de consulta la entidad promotora deberá seguir los siguientes pasos: a) identificar los efectos de la medida, plan, programa o proyecto; b) analizar si hay derechos colectivos de los pueblos indígenas que pudieran ser afectados; c) identificar si en el ámbito de la medida hay pueblos indígenas; y d) determinar la oportunidad o el momento oportuno para aplicar el proceso de consulta.
- Antes de iniciarse un proceso de consulta previa, los Gobiernos Regionales deben solicitar un informe previo favorable al VMI del Ministerio de Cultura.
- Los acuerdos del proceso de consulta previa son de obligatorio cumplimiento para el Estado y para los pueblos indígenas.

© Omar Livia



4. Recomendaciones para la implementación de la consulta previa en los Gobiernos Regionales

4.1 A NIVEL DE LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES

Con la aprobación de la Ley N° 29785 y su Reglamento, se derivan una serie de obligaciones para los Gobiernos Regionales, las cuales implican que estos deban realizar adecuaciones a sus organizaciones y funciones. Por ello, con la finalidad que los Gobiernos Regionales incorporen, en sus instrumentos de gestión, las funciones y el soporte organizacional para llevar a cabo procesos de Consulta Previa, se recomienda evaluar las siguientes alternativas.

- Asignar a un órgano ya existente las funciones correspondientes para que pueda desarrollar los procesos de consulta previa. En dicho sentido, se considera que, por ejemplo, dicha función podría realizarse por las Gerencias Generales de los Gobiernos Regionales, esto debido a las capacidades de coordinación técnica que tienen con otras las gerencias y el nivel jerárquico que posee dándole legitimidad suficiente para llevar a cabo esta tarea como entidad promotora.
- Optar por la creación de una unidad orgánica para “Asuntos Indígenas y Consulta Previa” al interior de los Gobiernos Regionales.

Ambas propuestas deberían analizarse por el Gobierno Regional, de acuerdo a sus recursos, realidad y opciones organizativas.

Funciones a desarrollar por los Gobiernos Regionales para la implementación de procesos de consulta previa

Entre otras funciones, se sugieren las siguientes:

- Emitir informes sobre la necesidad de realizar un proceso de consulta previa respecto de las propuestas de medidas, planes, programas o proyectos en el Gobierno Regional.

- Gestionar las solicitudes de opiniones favorables del VMI del Ministerio de Cultura para llevar a cabo procesos de consulta, así como elaborar el expediente correspondiente.
- Llevar a cabo los procesos de consulta previa en el ámbito del Gobierno Regional.
- Evaluar y resolver, en primera instancia, las solicitudes de petición sobre: a) la realización de procesos de consulta previa a pueblos indígenas y b) la inclusión de pueblos indígenas en procesos de consulta en trámite.

4.2 ELABORACIÓN Y APROBACIÓN DE UNA NORMA PARA REGULAR LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA

Como parte de las acciones para la implementación del derecho a la consulta previa, los Gobiernos Regionales podrían elaborar y aprobar una norma que establezca los lineamientos para el desarrollo de este proceso. En ese sentido, dicha norma tendría que contener los siguientes temas:

- Definición del rol y funciones de los órganos involucrados en los procesos de consulta previa.
- Regular el procedimiento administrativo dentro del Gobierno Regional para la atención de las solicitudes de petición de consulta previa.
- Los rubros que deben considerarse para elaborar el presupuesto para el desarrollo de procesos de consulta.

A partir de lo antes señalado, debe tenerse presente que dicha norma debe desarrollarse dentro del marco jurídico establecido en la Ley N° 29785 y su Reglamento.

4.3 CÓMO IDENTIFICAR CUANDO SE REQUIERE REALIZAR LA CONSULTA PREVIA

Las medidas administrativas y legislativas, planes, programas y proyectos solo serán consultados en tanto impliquen una afectación directa a los derechos colectivos de pueblos indígenas. Tal como ha sido enunciado de forma precedente, los Gobiernos Regionales solo podrán realizar procesos de consulta previo informe favorable del VMI del Ministerio de Cultura y respecto a aquellas

propuestas de medidas, planes, programas y proyectos sobre las cuales sean competentes para su aprobación. En ese sentido, debe tenerse presente que para iniciar un proceso de consulta previa se deberá identificar si hay pueblos indígenas que podrían ser afectados en sus derechos colectivos.

4.4 PLANIFICACIÓN Y PRESUPUESTO

Como se ha podido apreciar en las secciones precedentes, llevar a cabo un proceso de consulta previa requiere de una evaluación que indique una posible afectación a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Si bien, resulta complejo planificar el número de procesos de consulta previa a cargo de un Gobierno Regional y, con ello, el presupuesto requerido, si es posible facilitar la labor de identificación de los rubros que deben considerarse para llevar a cabo el proceso de consulta.

En ese sentido, se recomienda que los Gobiernos Regionales consideren las siguientes cuestiones:

- Contratación de intérpretes y traductores, para realizar la interpretación (oral) y la traducción (escrita) de la información que se genere en las distintas etapas del proceso.
- Facilitadores, para los talleres y reuniones a fin de que contribuyan de manera imparcial para que el proceso se desarrolle de forma armónica y articulada.
- Facilitar el transporte, alimentación y estadía.
- Material informativo, folletería, trípticos, entre otros materiales, culturalmente adecuados.
- Gastos de publicidad y difusión de la medida a consultar, por ejemplo spots radiales.



5. Comentarios finales

- La consulta previa es un derecho colectivo de los pueblos indígenas u originarios y tiene como finalidad lograr un acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas.
- El proceso de implementación del derecho a la consulta previa consta de siete etapas que todo Gobierno Regional debe cumplir como entidad promotora. Estas son la identificación de la medida a consultar, identificación de los pueblos indígenas u originarios, publicidad, información, evaluación interna, diálogo y decisión.
- Los Gobiernos Regionales deben promover procesos de consulta previa si consideran que una medida legislativa (Ordenanza Regional), medida administrativa (norma reglamentaria o acto administrativo), plan, programa o proyecto (proyecto de inversión pública), representan una afectación directa a derechos colectivos de los pueblos indígenas. Para ello, entre otros aspectos, deben identificar si hay pueblos indígenas que podrían ser afectados en sus derechos colectivos con la propuesta de la medida.
- El ente rector del proceso de consulta previa es el VMI del Ministerio de Cultura. De este modo, en el supuesto que los Gobiernos Regionales y Locales consideren que deben realizar un proceso de consulta, deberán solicitar al VMI del Ministerio de Cultura la emisión de un informe previo favorable para la realización del proceso consulta.
- Se recomienda que al interior del Gobierno Regional exista una unidad que tenga la función de llevar a cabo los procesos de consulta. Estas competencias pueden ser asumidas por la Gerencia General o se podría prever la creación una Unidad de Asuntos Indígenas.



PERÚ

Ministerio de Cultura

www.cultura.gob.pe

Av. Javier Prado Este 2465, San Borja
Lima 41 - Perú



Implementada por



Proyecto Promoviendo la
Implementación del
Derecho a la Consulta Previa