

**GRUPO DE TRABAJO DE SEGUIMIENTO A LA IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY DE CONSULTA
PREVIA DE LA COMISIÓN DE PUEBLOS ANDINOS, AMAZÓNICOS, AFROPERUANOS, AMBIENTE Y
ECOLOGÍA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

LEGISLATURA 2012-2013

CONGRESISTAS:

Verónika Fanny Mendoza Frisch

COORDINADORA

Claudia Faustina Coari Mamani

Eduardo Nayap Kinin

María Soledad Pérez Tello de Rodríguez

Responsable técnico de la elaboración del presente informe:

Marco Antonio Huaco Palomino

Asesor de la Congresista Verónika Mendoza Frisch

Congreso de la República

Lima – Perú, Julio de 2013

INDICE

PRESENTACIÓN

CAPÍTULO I

LA IMPLEMENTACIÓN DEL DEBER CONVENCIONAL DE CONSULTA PREVIA: LA LEY No.29785 Y LAS NORMAS E INSTRUMENTOS QUE LA DESARROLLAN

- I. Observaciones al proceso de reglamentación de la Ley de Consulta Previa
- II. Observaciones al Reglamento de Consulta Previa
- III. Los instrumentos y procedimientos de implementación de la Consulta Previa
- IV. Posibles modificaciones a la Ley de Consulta Previa derivadas de la experiencia de Reglamentación.

CAPÍTULO II

LA IMPLEMENTACIÓN DEL DEBER DE CONSULTA PREVIA EN EL SECTOR ENERGÍA Y MINAS

- I. Explicaciones del Sector sobre la no implementación de la consulta previa
- II. Situaciones normativas y fácticas que contravienen el deber de consulta previa
- III. Las medidas objeto de consulta y su oportunidad
- IV. Adecuaciones normativas e institucionales al deber de consulta previa
- V. Procesos de consulta realizados y pendientes de ejecución
- VI. Casos de especial preocupación.

CAPÍTULO III

LA IMPLEMENTACIÓN DEL DEBER DE CONSULTA PREVIA EN OTROS SECTORES

- I. Ministerio de Cultura
- II. Ministerio del Ambiente
- III. Ministerio de Agricultura
- IV. Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social
- V. Ministerio de Educación
- VI. Ministerio de Transportes y Comunicaciones
- VII. Ministerio de Trabajo y Promoción Social
- VIII. Ministerio de la Producción.

CAPÍTULO IV

LA IMPLEMENTACIÓN DEL DEBER DE CONSULTA PREVIA EN LOS GOBIERNOS REGIONALES

- I. Gobierno Regional Amazonas
- II. Gobierno Regional Apurímac
- III. Gobierno Regional Arequipa
- IV. Gobierno Regional Ayacucho
- V. Gobierno Regional Callao
- VI. Gobierno Regional Cusco
- VII. Gobierno Regional Huancavelica
- VIII. Gobierno Regional Huánuco
- IX. Gobierno Regional Junín
- X. Gobierno Regional Loreto
- XI. Gobierno Regional Madre de Dios
- XII. Gobierno Regional Moquegua
- XIII. Gobierno Regional San Martín
- XIV. Gobierno Regional Ucayali.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

ANEXOS

PRESENTACIÓN

La Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República acordó por unanimidad crear el “Grupo de Trabajo de Seguimiento a la Implementación de la Ley de Consulta Previa” el cual fue constituido por la Congresista Verónica Mendoza Frisch que lo coordina, e integrado por las Señoras y Señores Congresistas Claudia Coari Mamani, Eduardo Nayap Kinin y María Soledad Pérez Tello.

Dicho Grupo fue instalado el día 20 de noviembre de 2012 en la Sala No.1 del Edificio Víctor Raúl Haya de la Torre y programó las siguientes sesiones:

- **Primera Sesión:** Realizada el 31 de enero de 2013 con los Apus representantes de las Federaciones de las cuencas del Pastaza, Corrientes, Tigre y Marañón (FEDIQUEP, FECONACO, FECONAT, y ACODECOSPAT).
- **Segunda Sesión:** Realizada el 05 de febrero de 2013 con la empresa Perúpetro sobre la situación y avances del proceso de consulta previa sobre la nueva licitación del Lote 192 (lote 1AB).
- **Tercera Sesión:** Realizada el 12 de marzo de 2013 con la Defensoría del Pueblo sobre la situación y perspectivas del proceso de implementación de la Ley de Consulta Previa, y su posición institucional ante el proceso de consulta previa del Lote 192, del caso Cañaris y futuros procesos de consulta.
- **Cuarta Sesión:** Realizada el 10 de abril de 2013 con el Pacto de Unidad y el Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.
- **Quinta Sesión:** Realizada el 15 de abril de 2013 con el Ministerio de Agricultura y Gobierno Regional de Loreto sobre la temática de titulación de tierras indígenas. El Ministerio de Cultura y el Viceministerio de Interculturalidad fueron invitados pero se excusaron de asistir de manera extemporánea.

- **Sexta Sesión:** Realizada el 17 de abril de 2013 con la Sociedad Peruana de Hidrocarburos. La Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía fue invitada pero no asistió ni expresó los motivos de su ausencia.
- **Séptima Sesión:** Suspendida, a realizarse el 07 de mayo de 2013 con el Ministerio de Energía y Minas por motivos de fuerza mayor.
- **Séptima Sesión:** Realizada el 14 de mayo de 2013 con COFOPRI, Gobierno Regional de Loreto, Ministerio de Agricultura, de Cultura, Pacto de Unidad e Instituto del Bien Común sobre la temática de titulación de tierras indígenas con énfasis en el caso del Lote 192.
- **Octava Sesión:** Realizada el 08 de mayo de 2013 con el Ministerio del Ambiente, de Desarrollo e Inclusión Social, de Educación, de Agricultura y de Salud.
- **Novena Sesión:** Programada para el 14 de mayo de 2013 con el Ministerio de Energía y Minas pero suspendida por inasistencia del Sector, el cual se excusó de asistir de manera extemporánea.
- **Novena Sesión:** Programada para el 01 de julio de 2013 con el Ministerio de Energía y Minas e INGEMMET. (.....)

Dichas sesiones se realizaron a fin de recibir las impresiones, observaciones, informes y recomendaciones de los actores invitados, con la finalidad de obtener un estado de la cuestión de la implementación de la Ley de Consulta Previa No.29785 como importante herramienta de diálogo social intercultural y de garantía de respeto a la libre determinación de los pueblos indígenas u originarios.

El presente Informe Final abarca el estudio de la implementación de la consulta previa en el Poder Ejecutivo y en los Gobiernos Regionales, mas no en el Congreso de la República pues dicha tarea ya fue cumplida en el Periodo Legislativo 2011-2012 por el Grupo de Trabajo “Reglamento e Implementación de la Ley de Consulta Previa en el Congreso de la República” el cual –mediante un Informe Final- alcanzó una serie de recomendaciones que hasta el momento no han sido acogidas ni implementadas por el Congreso, con lo que dicho Poder del Estado permanece en deuda respecto de su deber constitucional de implementar la Ley de Consulta previa que él mismo aprobara por unanimidad.

En relación a la fuente de la obligación estatal de consultar previamente a los pueblos indígenas cada vez que prevea aprobar medidas administrativas o legislativas que les puedan afectar, es importante recordar que el artículo 15° del Convenio 169 de la OIT establece la obligación a cargo del Estado de crear o “mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar **si los intereses** de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida”.

Por su parte, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Libertades y Derechos de los Pueblos Indígenas ha formulado la obligación general en los términos siguientes:

*“De conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y con el Convenio No. 169 de la OIT, los Estados tienen el deber de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos especiales y diferenciados **sobre los asuntos que les conciernen**, con la finalidad de obtener su consentimiento libre, previo e informado. Basado en el entendimiento de la marginación relativa y las condiciones desfavorables de los pueblos indígenas en relación con los procesos democráticos normales, **este deber dimana del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios de soberanía popular y de gobierno por consentimiento** y es un corolario de los principios conexos de derechos humanos.*

*El deber de celebrar consultas se aplica siempre que una decisión legislativa o administrativa pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por la población general del Estado, y en tales casos el deber se aplica en relación con los pueblos indígenas que se ven particularmente afectados y respecto de esos intereses particulares. El deber de celebrar consultas **no solo se aplica** cuando la medida propuesta se refiere a **derechos sustantivos** ya reconocidos en el derecho interno, como los derechos relativos a las tierras”¹ (subrayados nuestros).*

¹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrafos 62-63.

Un detalle fundamental a remarcar de la cita precedente por tanto es, que la “afectación” se configura en relación a todo asunto de interés indígena, y no solo a los derechos colectivos. El considerar que solo procede la consulta cuando se afecten “derechos colectivos” sería desvincular a la consulta de su fundamento principal, el cual es la libre determinación de los pueblos indígenas.

Dicha libre determinación se reconoce en atención a su preexistencia como sociedades jurídicas perfectas² a la Colonia y la República, momento en que las soberanías de las diferentes sociedades indígenas originarias fueron sometidas y –casi- destruidas por las recién llegadas estructuras políticas que se impusieron. El reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas por la comunidad internacional constituye entonces el reconocimiento del deber de reparar la original libertad que tuvieron esos pueblos para determinar su destino sin injerencias de ningún tipo, una medida de reparación adoptada para respetar un derecho secularmente conculcado que hoy se adopta sin disrupción de la integridad territorial de los Estados y sin otorgar derecho alguno a la secesión tal como lo afirman el Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas sobre PPII.³

La consulta previa es un derecho derivado del derecho a la libre determinación, y nace al intersectarse con la esfera de soberanía del Estado. Lejos de que la libre determinación indígena reivindique la existencia de “un Estado dentro de otro” o propicie una “colisión de soberanías”, su manifestación como derecho de consulta previa implica un compromiso de dicha libre determinación con el principio de carácter unitario del Estado y con el de su integridad territorial; y viceversa: implica que el Estado soberano reconozca la original competencia de los pueblos indígenas para gobernarse y determinarse libremente y la repare lo máximo que sea posible en el actual marco histórico, comenzando por consultar toda medida administrativa o legislativa que pueda afectarles, sea en sentido positivo o negativo.

² Sobre el concepto de “sociedad jurídica perfecta” o de “ordenamiento jurídico primario” véase la teoría del jurista Santi-Romano en *“El ordenamiento jurídico”* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968).

³ El derecho internacional no reconoce que el derecho a la secesión sea necesariamente parte del contenido del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. Véase la Observación General No. XXI del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

Si no fuera por la libre determinación, el Estado se limitaría entonces a consultar solamente aquellas medidas que les afectasen negativamente. Pero es por la libre determinación que el Estado reconoce a los pueblos indígenas el derecho a ser consultados sobre *todo asunto que les concierna e interese*, a fin de cautelar su vocación a perseguir su propia visión del desarrollo.

En el Perú, en medio del proceso de implementación de la Ley de Consulta Previa, se viene imponiendo la errónea y restrictiva idea de que la consulta previa tendría como única fuente de reconocimiento al importantísimo Convenio 169 de la OIT. Por ello es oportuno recordar aquí que las otras fuentes internacionales del derecho a la consulta, distintas al Convenio 169, vienen dadas por:

a. La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. - El artículo 42º de esta Declaración dispone que se deberá promover “*el respeto y la plena aplicación*” de sus disposiciones y que se vele “*por su eficacia*”. No solo ello, sino que su artículo siguiente advierte que “*los derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo*”. Además de ello, debe considerarse el mandato imperativo de todas sus disposiciones suyas que bien declaran que “*los pueblos indígenas tienen derecho a*” o que “*los Estados deberán...*”.

Debido a este contenido -que acerca mucho esta Declaración a la naturaleza de un Tratado, Pacto o Convención de Derechos Humanos- y a que ella ha sido adoptada por todos los Estados miembros de la comunidad internacional (a diferencia del Convenio 169 de la OIT que ha sido ratificado por sólo 22 Estados, la mayoría latinoamericanos), es que resulta irrelevante la discusión acerca del carácter vinculante o no vinculante de esta Declaración en el ordenamiento jurídico peruano. Aún más, si se considera que fue el representante del Perú el responsable de la hazaña diplomática de haber destrabado su proceso de aprobación definitivo en el seno del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, con lo que el Perú manifestó su interés de primer orden en la vigencia efectiva de dicha Declaración.

b. La Convención Americana de Derechos Humanos.- La consulta previa encuentra también reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico por vía de la interpretación jurisprudencial efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos del artículo 21° de la Convención Americana de Derechos Humanos, tratado suscrito y ratificado por el Perú el 28 de julio de 1978, cuya competencia contenciosa fue aceptada el 21 de enero de 1981. El artículo 21 de dicha Convención reconoce el derecho de toda persona a la propiedad, artículo que hasta hace poco era considerado exclusivamente como un derecho individual pero que gracias a la jurisprudencia de la Corte Interamericana se reconoce como derecho colectivo. La Corte ha definido que el derecho a la consulta libre, previa e informada es parte integrante del derecho de propiedad que ostentan los pueblos indígenas, e inclusive ha formulado estándares en los que no basta la consulta sino además se requiere el consentimiento de dichos pueblos; ello a través de diversas sentencias como en los casos de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (31 de agosto de 2001. Serie C No 79), Comunidad Moiwana vs. Suriname (15 de junio de 2005. Serie C No 124), Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay (17 de junio de 2005. Serie C No.125), Pueblo Saramaka vs. Suriname (28 de noviembre de 2007. Serie C No 172) y muy recientemente, en el caso Sarayaku vs. Ecuador (27 de junio de 2012. Serie C No. 245).

c. La Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial.- El Perú suscribió esta Convención el 22 de julio de 1966 y la ratificó el 29 de septiembre de 1971, pasando a formar parte de su derecho interno y se constituye, por vía de las decisiones adoptadas por el Comité responsable de supervisar su cumplimiento, en una tercera fuente convencional del derecho a la consulta previa en el ordenamiento jurídico peruano. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas (CERD) se ha pronunciado repetidas veces exhortando a diversos Estados a respetar el derecho a la consulta libre, previa e informada antes de otorgar concesiones mineras. De manera general, el CERD ha expresado dichas preocupaciones en el marco de su Observación General No. XXIII del 18 de agosto de 1997 sobre “Pueblos Indígenas” indicando que *“el Comité ha afirmado consistentemente que la discriminación contra los pueblos indígenas cae dentro del ámbito de la Convención y que toda clase de medidas apropiadas deben adoptarse para eliminar dicha discriminación”*. En el párrafo 5 de la mencionada Observación

General, el CERD ha llamado a los Estados a proteger los derechos indígenas de poseer, desarrollar y controlar sus tierras, territorios y recursos **y que éstos no sean utilizados sin su consentimiento libre e informado**. En particular, el CERD ha dirigido diversas comunicaciones al Estado peruano en el marco del procedimiento de solicitud de Acción Urgente instándolo a realizar la consulta previa, libre e informada y a obtener el consentimiento, antes de otorgar derechos y autorizaciones para actividades extractivas sobre territorios y tierras indígenas.⁴

d. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.- Ambos pactos, que datan de 1966, reconocen en su artículo 1º común que *“Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación”*. Como se ha explicado, este derecho contiene como una de sus manifestaciones al derecho a la consulta previa, libre e informada y es aplicable a los pueblos indígenas según el CERD en el párrafo 4º de su Observación General No.21 sobre “el Derecho a la libre determinación”), en el que declara que dicho derecho tiene una dimensión interna que se aplica a grupos étnicos que forman parte de un Estado. Los pueblos indígenas, por ende, son titulares del derecho a la libre determinación y en esa virtud, del derecho a la consulta previa, libre e informada en virtud del artículo 1º común de ambos Pactos. Los *travaux préparatoires* del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos demuestran que durante la 8ava. Sesión de la Comisión de Derechos Humanos (1952) los Estados parte afirmaron que *“la cláusula afirma el principio de que el derecho a la libre determinación es universal”* y de que el *“término ‘pueblos’ fue entendido para significar pueblos de todos los países y territorios, sean independientes, bajo tutela o no autónomos”*⁵. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha efectuado diversas observaciones a Estados parte, respaldando esta interpretación. De otro lado, el artículo 27º del Pacto de Derechos

⁴ Véase la página web <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/early-warning.htm>, las diversas resoluciones del Comité dirigidas al Perú sobre el derecho de consulta previa.

⁵ A/2929, Capítulo IV, para.9, in BOSSUYT, Marc. *Guide to the “Travaux Préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p.32. La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 no hace más que reconocer un derecho pre-existente ya reconocido a todos los pueblos del mundo en los Pactos de 1966: *“Reconociendo que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”*.

Civiles también es una norma fuente de la consulta previa para el Perú. El Comité de Derechos Humanos afirmó en el caso *Angela Poma vs. Perú*⁶:

*“El Comité considera que la permisibilidad de las medidas que comprometen significativamente las actividades económicas de valor cultural de una minoría o comunidad indígena o interfieren en ellas, **guarda relación con el hecho de que los miembros de esa comunidad hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a esas medidas y de que sigan beneficiándose de su economía tradicional.** El Comité considera que la participación en el proceso de decisión debe ser efectiva, por lo que no es suficiente la mera consulta sino que se requiere el consentimiento libre, previo e informado de los miembros de la comunidad. Además, las medidas deben respetar el principio de proporcionalidad, de manera que no pongan en peligro la propia subsistencia de la comunidad y de sus miembros.”*

11

En conclusión, podemos advertir que los poderes públicos están en la obligación de aplicar el deber de consulta previa sujetándose a lo establecido en estos tratados e instrumentos internacionales así como en las decisiones y sentencias de los órganos que supervisan su cumplimiento, y no sólo en el Convenio 169 de la OIT.

El propósito del presente Informe se verá cumplido, entonces, cuando podamos atestiguar en el Perú que los pueblos indígenas son considerados y respetados en su capacidad de perseguir su propia visión de desarrollo y de que la Sociedad y el Estado puedan relacionarse con ellos con un enfoque de verdadera interculturalidad.

⁶ *Ángela Poma Poma v. Perú*, Comunicación N° 1457/2006, CCPR/C/95/D/1457/2006, 24 de abril de 2009, párrafo 7.4.

CAPÍTULO I

LA IMPLEMENTACIÓN DEL DEBER CONVENCIONAL DE CONSULTA PREVIA: EL REGLAMENTO DE LA LEY No.29785 Y LOS INSTRUMENTOS QUE LA DESARROLLAN

12

I. Observaciones al Reglamento de Consulta Previa; II. Los instrumentos y procedimientos de implementación de la Consulta Previa; III. Posibles modificaciones a la Ley de Consulta Previa derivadas de la experiencia de Reglamentación.

1. El proceso de implementación de la Ley de Consulta Previa en el Perú ha suscitado considerable interés en varios países del continente por tratarse de un modelo principalmente desarrollado en base a legislación y no de uno que se vaya construyendo paulatinamente a través de la jurisprudencia constitucional.
2. Tras la aprobación del Convenio 169 de la OIT en 1993 y de su entrada en vigor en 1995, solamente el sector Ambiente acometió algún proceso de consulta previa basado en normatividad sectorial y el Congreso de la República realizó un proceso de consulta de la Ley Forestal pero ningún otro Sector, nivel de Gobierno ni Poder del Estado dio pasos para el pleno respeto del derecho a la consulta previa.
3. Lamentablemente, el sangriento episodio que se vino en denominar “Baguazo” el 05 de junio de 2009, desnudó en toda su cruda realidad las duras consecuencias de la demostrada desidia y falta de voluntad política del Estado de avenirse a implementar en todas sus consecuencias el Convenio 169 de la OIT así como los otros estándares internacionales relativos a la consulta previa válidos para el país. Sin embargo, dicho trágico acontecimiento no era más que uno de los hitos históricos de siglos de marginación, explotación, expoliación, discriminación y

asimilacionismo que ya venían sufriendo las comunidades campesinas andinas de origen indígena u originario.

4. Por fin, con la aprobación de la Ley de Consulta Previa por unanimidad en el Congreso de la República, pareció que las seculares relaciones de hostilidad y desconfianza entre pueblos indígenas y Estado podían comenzar a superarse y dar pie al inicio de una nueva etapa histórica de colaboración y entendimiento. Desafortunadamente este Grupo de Trabajo constata que las diversas dificultades e inconsecuencias encontradas en el camino de implementación de la Ley de Consulta Previa han conservado incólume ese clima de desconfianza y suspicacia mutua que no permitirán que los pueblos indígenas puedan desarrollarse plenamente conforme a sus propias cosmovisiones e identidades ni que el Estado pueda realizar eficazmente un modelo de gobierno y desarrollo económico basado en la inclusión social.
5. No obstante esta constatación, al mismo tiempo el Grupo de Trabajo reconoce el importante esfuerzo desplegado por el Poder Ejecutivo –en concreto por el Viceministerio de Interculturalidad y su Unidad Ejecutora INDEPA- en desarrollar las diferentes normas sustantivas y procedimentales así como los instrumentos para implementar de forma concreta el deber de consulta previa en cada sector, en cada nivel de Gobierno y en cada Poder del Estado.
6. En este capítulo no se efectuará un recuento de los hechos que rodearon la elaboración de dichas normas e instrumentos ni tampoco una exposición jurídica sobre el origen, fundamento y contenido del derecho a la consulta previa, libre e informado –lo que ya ha sido efectuado en numerosas contribuciones de la sociedad civil y de la comunidad académica-, sino que se circunscribirá a proponer observaciones y recomendaciones al proceso de reglamentación de la consulta previa así como a la elaboración y contenidos de los instrumentos que la hacen operativa.

I. Observaciones al Reglamento de Consulta Previa

7. En relación al D.S. No.001-2012-MC publicado el 03 de abril de 2012, Reglamento de la Ley de Consulta Previa, se presentan básicamente cuatro tipos de observaciones:
 - a. Se incorporaron al Reglamento sin la debida motivación diversas normas que no fueron acordadas con las organizaciones indígenas.
 - b. Se incorporaron al Reglamento diversas normas que en ningún momento fueron objeto de consulta previa a las organizaciones indígenas.
 - c. Se incorporaron al Reglamento normas con un texto que no fue acordado, en directa violación de los acuerdos vinculantes alcanzados con las organizaciones indígenas.
 - d. Diversas normas del Reglamento contravienen directamente al Convenio 169 de la OIT y otros estándares internacionales en materia de consulta previa.
8. Respecto a aquellas normas que fueron consultadas pero no fueron acordadas con las organizaciones indígenas y se incorporaron al texto aprobado sin la debida exposición de motivos, este Grupo de Trabajo recuerda que el deber de consulta previa implica un diálogo de buena fe en el que las partes tienen como finalidad llegar a un acuerdo para que se produzca –en el mejor de los casos- el consentimiento indígena sobre la medida estatal propuesta. Ello implica que de no producirse el consentimiento, la decisión final del Estado debe estar debidamente motivada expresándose las razones que condujeron a la autoridad pública a no acoger las propuestas y observaciones indígenas y las razones de escoger otras medidas.
9. En cuanto aquellas normas incorporadas en el Reglamento que en ningún momento fueron objeto de consulta previa a las organizaciones indígenas, el Grupo de Trabajo considera que se estaría ante un serio problema de validez de aquellas normas –y no tan solo de legitimidad- pues se aprobaron en directa contravención al bloque de constitucionalidad que incorpora a la consulta previa como un derecho fundamental de rango constitucional *(se agregaron normas sin consulta previa en los*

siguientes artículos: artículos 3° inciso i) y n), 8.2°, 9.2°, 10.4°, 21.1°, 24°, y se agregaron completamente nuevas disposiciones finales y transitorias décimo segunda, décimo tercera, décimo cuarta, décimo quinta y décimo sexta).

10. Asimismo, se incorporaron al Reglamento normas con un texto diferente al que fuera acordado, en directa violación de los acuerdos vinculantes alcanzados con las organizaciones indígenas lo que también afecta su validez (*artículos 5° a), 9°.2, 20°.6, 23° y 27°.4*).
11. Finalmente, diversas normas del Reglamento contravienen al Convenio 169 de la OIT y otros estándares internacionales (*artículo 3° inciso j) segundo párrafo - limitando unilateralmente el nivel de organizaciones indígenas a participar en la consulta-, 16° -no consulta del Plan de Consulta-, 27° inciso 4 -no consulta de normas reglamentarias de leyes ya consultadas-, 12ava. Disposición final -no consulta de medidas complementarias de medidas ya consultadas a criterio del Estado-, y 15ava. Disposición final -no consulta de cierto tipo de medidas de afectación positiva a criterio del Estado-*).
12. Estos aspectos cuestionables del Reglamento de Consulta Previa son significativamente serios y motivan al Grupo de Trabajo a recomendar al Poder Ejecutivo que revise los artículos que no hayan sido consultados y aquellos que contravienen directamente al Convenio 169 de la OIT y demás tratados e instrumentos pertinentes, y a que modifique el Reglamento insertando el texto acordado con las organizaciones indígenas por tratarse de acuerdos vinculantes entre las partes.

II. Los instrumentos y procedimientos de implementación de la Consulta Previa

13. El Grupo de Trabajo felicita el arduo trabajo del Viceministerio de Interculturalidad que ha permitido en un corto periodo de tiempo aprobar diversos e importantes instrumentos administrativos que facilitan la implementación de la consulta previa para los Poderes públicos, tales como:

- La Directiva No.003-2012/MC que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas.
 - La Guía Metodológica de Consulta a los Pueblos Indígenas.
 - El Registro de Intérpretes (mediante Resolución Viceministerial No.001-2012-VMI-MC y su Directiva No.006-2012/MC).
 - El Registro de Facilitadores (mediante Resolución Viceministerial No.001-2012-VMI/MC).
 - El Libro de Registro de Resultados de Procesos de Consulta (mediante Resolución Viceministerial No.001-2012-VMI/MC).
 - El Módulo virtual de capacitación “El Quipu de la Consulta” destinado a las Direcciones Generales del Poder Ejecutivo.
 - El Listado de Pueblos Indígenas del país (publicado en el portal web del Ministerio de Cultura).
 - El Listado de Intérpretes y Traductores (publicado en el portal web del Ministerio de Cultura, registrándose un total de 90 intérpretes y traductores en el respectivo Registro).
14. Asimismo, felicita la realización de las actividades de capacitación dirigidas a funcionarios y funcionarias de los diversos niveles de Gobierno, intérpretes y líderes indígenas que entre los meses de septiembre de 2012 y abril de 2013 ha capacitado a 974 personas⁷ pues dichos esfuerzos son especialmente importantes considerando la dificultad de poner en marcha una compleja estructura como la del Estado, luego de muchos años de incumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas.
15. Al mismo tiempo, el Grupo de Trabajo plantea las siguientes observaciones en torno al proceso de elaboración y aprobación de algunos de los instrumentos mencionados.

⁷ Informe No.075-2013-DGIDP-VMI-MC de fecha 17 de junio de 2013 e Informe No.006-2013-PCVA-DGIDP-VMI-MC de fecha 03 de enero de 2013.

2.1. La Guía Metodológica de Consulta Previa

16. Las organizaciones representativas indígenas han cuestionado que la Guía Metodológica para la implementación del derecho de consulta no haya contado con participación indígena y el Informe No.006-2013-PCVA-DGIDP-VMI-MC de fecha 03 de enero de 2013 lo confirma al mencionar que sí se recibieron los aportes de representantes de los sectores del Poder Ejecutivo a lo largo de 03 reuniones de trabajo.
17. El Grupo de Trabajo recuerda al respecto, que el derecho de participación indígena está consagrado con igual intensidad que el derecho de consulta previa en el Convenio 169 y en los demás estándares aplicables, por lo que no encuentra razón válida en haber excluido a las organizaciones indígenas en la elaboración de un instrumento tan importante como la Guía Metodológica, a pesar de que constituya un instrumento de gestión pública pues al fin y al cabo, será aplicado por los funcionarios públicos a los propios pueblos indígenas.
18. Sobre el contenido de la Guía Metodológica, el Grupo de Trabajo observa que se trata de un documento con grandes aciertos así como evidentemente aspectos perfectibles.⁸

2.2. La Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas

19. De igual manera a lo observado en relación a la Guía Metodológica, este Grupo de Trabajo cuestiona que la Directiva No.003-2012/MC que regula el funcionamiento de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas así como la misma Base de Datos en sí, haya sido elaborada sin contar con participación de los pueblos indígenas interesados.

⁸ Para un resumen de ellos, véase “Guía Metodológica - Consulta a los Pueblos Indígenas. Viceministerio de Interculturalidad – Febrero de 2013. Observaciones Preliminares”. SNOECK, Sébastien. DAR, Abril de 2013.

20. De otro lado, este Informe no puede dejar de aludir a la injustificable negativa del Ministerio de Cultura a publicar la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas, la cual si bien es cierto no es constitutiva de derechos sí constituye una herramienta útil para los funcionarios públicos en su tarea de identificar a los sujetos de la consulta previa; negativa que ha sido justificada por el Ministerio de Cultura en base a diferentes explicaciones que no relevan a este Grupo de calificarlo como un incumplimiento de deberes funcionales incompatible con su calidad de ente rector de la implementación de la consulta previa. En este sentido, se considera que no tiene sustento el alegar que una acción constitucional contra la Directiva No.03-2012/MC pudiera aconsejar su no publicación pues siendo el argumento de la tal demanda que la Directiva No.03-2012/MC tiene un efecto restrictivo sobre los derechos indígenas, de declararse fundada su efecto sería precisamente ampliar la cantidad de comunidades a ser incorporadas a la Base de Datos, manteniéndose entonces los efectos ya producidos por la publicación de la Base de Datos.
21. En cuanto a la Directiva No.03-2012/MC, su texto parece añadir requisitos para calificar a una colectividad como pueblo indígena como puede apreciarse del artículo 7.1.5. el cual señala que la Base de Datos tendrá dos elementos objetivos para el reconocimiento de un pueblo indígena: *1° la lengua indígena y 2° tierras comunales de los pueblos indígenas*, debiendo concurrir ambos para evidenciar que existe continuidad histórica desde los momentos anteriores al establecimiento del Estado. Por ende, si no concurren ambos elementos objetivos, un pueblo indígena no sería incorporado en la Base de Datos que le permita ser considerado sujeto del derecho a la consulta previa. Sin embargo, de otro lado, en la Guía Metodológica de la Consulta Previa se expresa que ambos requisitos son “indicadores de criterios” y no necesariamente –entonces– requisitos de identificación, lo que debe ser consecuentemente aclarado.

III. Posibles modificaciones a la Ley de Consulta Previa derivadas de la experiencia de reglamentación

22. La experiencia de la reglamentación de la Ley de Consulta Previa y de la elaboración de sus instrumentos de implementación evidencia que se han suscitado algunos aspectos en los que se ha producido una desnaturalización de la Ley No.29785 y del Convenio 169, que el Poder Legislativo podría corregir incorporando los siguientes elementos a una eventual modificación de la Ley de Consulta Previa:⁹

- a. Mencionar que las medidas no consultadas con los pueblos indígenas son nulas de pleno derecho, de acuerdo a la Ley de Procedimiento General No.27444, aunque “estén orientadas a beneficiarlos”.
- b. Precisar que el derecho a la consulta previa se implementa de forma complementaria al derecho de participación de los pueblos indígenas en toda medida que les concierna.
- c. Establecer que las organizaciones indígenas representativas participarán en el procedimiento de identificación de las medidas susceptibles de consulta.
- d. Establecer que la petición de consulta produce efecto suspensivo de la medida hasta que ésta no sea resuelta en última instancia jurisdiccional y que dicha petición pueda presentarse en cualquier momento de la aplicación del proceso de consulta previa.

⁹ Existen otras recomendaciones de modificación a la Ley de Consulta Previa que se exponen en el capítulo relativo Recomendaciones.

CAPÍTULO II

LA IMPLEMENTACIÓN DEL DEBER DE CONSULTA PREVIA EN EL SECTOR ENERGÍA Y MINAS

I. Explicaciones del Sector sobre la no implementación de la consulta previa; II. Situaciones normativas y fácticas que contravienen el deber de consulta previa; III. Las medidas objeto de consulta y su oportunidad; IV. Adecuaciones normativas e institucionales al deber de consulta previa; V. Procesos de consulta realizados y pendientes de ejecución; VI. Casos de especial preocupación.

20

Síntesis

23. La información recopilada evidencia que el Sector Energía y Minas ha incumplido su deber de realizar procesos de consulta previa invocando, en general, fundamentalmente dos argumentos que en opinión del Grupo de Trabajo serían mutuamente contradictorios: por un lado se ha sostenido que el deber de consulta previa ya se ha venido cumpliendo mediante la aplicación de las normas sectoriales de participación ciudadana y, por otro, que la falta de normas legales y reglamentarias específicas sobre consulta previa son el motivo por el cual no ha podido realizarse dicho deber pues –supuestamente– ello no sería posible al ser el Convenio 169 de la OIT un tratado de “carácter general” necesitado de desarrollo ulterior para su efectiva aplicación. Ambos argumentos no solo han sido sostenidos en épocas y regímenes gubernamentales diferentes, sino que han coincidido en el tiempo posterior a la aprobación de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento.
24. Los hechos descritos anteriormente generan serias preocupaciones porque tienen en común el invocar omisiones de derecho interno y actos estatales como justificación para el incumplimiento de obligaciones internacionales del propio

Estado peruano relativas a derechos humanos como son las contenidas en el convenio 169 de la OIT y en otros Tratados que también son fuente del derecho de consulta previa, lo cual configuraría una causal de responsabilidad internacional para el Estado peruano de acuerdo al derecho internacional público¹⁰.

25. Además de estos dos argumentos, se han esgrimido asimismo tres razones adicionales para no implementar la consulta previa en el sector Energía y Minas ante determinados casos concretos:

- a. La falta de publicación de la Base de Datos de Pueblos Indígenas ordenada en la Ley de Consulta Previa,
- b. La aplicación de la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley de Consulta Previa que impediría la consulta previa de medidas administrativas que autorizan la continuación de actividades aprobadas antes de la entrada en vigencia de la Ley de Consulta pero después de la entrada en vigencia del Convenio 169, y
- c. Una suerte de “sustracción de la materia” de la consulta previa, debido a la desaparición del objeto y del sujeto de los procesos de consulta previa que se produce por causa *i)* de la celebración de “acuerdos previos” -al amparo de la Ley de Tierras- entre comunidades y empresas extractivas en los que se realizan compra-ventas de las tierras ubicadas dentro de las concesiones mineras y lotes en una etapa procedimental anterior a la consulta, y *ii)* de las propias declaraciones de ciertas comunidades indígenas -cuyas circunstancias nadie supervisa- señalando que no se consideran afectadas en sus derechos colectivos o bien renunciando expresamente a ser identificadas como pueblos indígenas.

En los siguientes párrafos se desarrolla lo arriba mencionado.

I. Explicaciones del Sector sobre la no implementación de la consulta previa

¹⁰ **Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados**, Viena, 23 de mayo de 1969. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, con entrada en vigor el 27 de enero de 1980; artículos 26°, 27° y 31 relativos a la “buena fe” en la interpretación y aplicación de los Tratados de los que un Estado es parte.

Primera línea argumentativa: Las normas de participación ciudadana como cumplimiento del deber de consulta previa

26. El Ministerio de Energía y Minas (MEM) ha sostenido en el periodo gubernamental anterior y en el actual¹¹ que las normas de participación ciudadana en los subsectores minero y energético cumplen los estándares de la consulta previa del Convenio 169 de la OIT. Es así que por ejemplo, al contestar la demanda de Acción de Cumplimiento de la organización indígena AIDESEP que emplazara al MEM por no adecuar sus reglamentos, directivas y normas al deber de consulta previa, el sector sostuvo precisamente eso¹². Sin embargo dicha posición fue declarada inconstitucional tanto por el Tribunal Constitucional como por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT:

“La Comisión considera que el decreto supremo No.020-2008-EM que regula la participación ciudadana en el subsector minería presenta limitaciones similares. La Comisión nota, además, que dicho decreto contempla la posibilidad de la participación ciudadana con posterioridad al otorgamiento de la concesión minera y considera que no cumple con lo previsto por el Convenio.

La Comisión insta al Gobierno a que adopte las medidas necesarias para poner la legislación y la práctica nacional de conformidad con los artículos 2, 6, 7 y 15 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. Recordando que la Comisión de la

¹¹ Informe No.862-2012-MEM-AAM/ACHM adjunto al Oficio No.1972-2012-MEM/SEG de fecha 22 de agosto de 2012 por el que se da respuesta a una solicitud de información del Instituto de Defensa Legal. En este Informe, el Viceministerio de Minas afirma que el artículo 4° del D.S. No.028-2008-EM “Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero” **“contempla e implementa el derecho de consulta”** tal como lo afirma dicho decreto (énfaticado nuestro).

¹² A saber, el D.S. No.042-2003-EM (que modifica el Reglamento de Procedimientos mineros), la R.M. No.535-2004-MEM/DM (que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades Energéticas dentro de los Procedimientos Administrativos de Evaluación de los Estudios Ambientales), D.S. No.015-2006-EM (que aprueba el Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos), el D.S. No.012-2008-EM (que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos), el D.S. No.020-2008-EM (que aprueba el Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera), el D.S. No.028-2008-EM (que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero), la R.M. No.304-2008-MEM-DM (que aprueba las Normas que regulan el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero).

Conferencia acogió con agrado el hecho de que el Gobierno solicitase asistencia técnica, la Comisión alienta al Gobierno a avanzar en esta dirección. Asimismo, le solicita que:

*“i) Suspenda las actividades de exploración y explotación de recursos naturales que afectan a los pueblos cubiertos por el Convenio en tanto no se asegure la participación y consulta de los pueblos afectados a través de sus instituciones representativas en un clima de pleno respeto y confianza, en aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio;”*¹³

27. En su sentencia, el Tribunal Constitucional ordenó al MEM que apruebe una norma específica sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el ámbito de su sector, y en cumplimiento de ello se emitió el Decreto Supremo No. 023-2011-EM publicado el 12 de mayo de 2011 aprobando el “Reglamento del Procedimiento para la Aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero-Energéticas” por el cual se establecieron los principios, reglas y procedimientos para aplicar dicha obligación en los sub sectores minero y energético. Sin embargo la existencia de dicho reglamento fue breve ya que fue derogado por la Tercera Disposición Final de la Ley de Consulta Previa, la cual entró en vigor el 06 de diciembre de 2011,¹⁴ fecha en que quedó definitivamente derogado el D.S. No. 023-2011-EM. Pero al amparo de dicha norma se emitieron los Decretos Supremos No.023-2011-EM y 034-2011-EM en relación a la consulta previa en actividades mineras en Puno (decretos que en realidad no agregaron ninguna norma legal nueva en el subsector minero).¹⁵

¹³ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO DE LA OIT 80ª, Reunión, 2009. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 1ª), ILC.80/III/1A.

¹⁴ Recuérdese que la Ley de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios No.29785 fue publicada en el diario oficial “El Peruano” el 07 de septiembre de 2011 y que su Cuarta Disposición Complementaria Final señaló que la Ley entraría en vigencia 90 días después de su publicación.

¹⁵ El artículo 1º del D.S. No.034-2011-EM por ejemplo, en su artículo 1º señala: “Disponer que los procesos, procedimientos, títulos de concesiones mineras y el otorgamiento de derechos de exploración y/o explotación de hidrocarburos existentes en el departamento de Puno no autorizan por sí mismos a realizar actividades mineras o petroleras de exploración ni explotación, ya que previamente debe efectuarse el proceso de consulta a los Pueblos Indígenas susceptibles de ser afectados, en el marco del Convenio N° 169 de la OIT y la Ley N° 24656 – Ley de Comunidades Campesinas, según lo determine el Ministerio de Cultura.” Pero dicha norma no agrega nada al ordenamiento jurídico pues ningún título de concesión autoriza el inicio de operaciones de exploración o de explotación mineras o petroleras. Y el D.S. No.033-2011-EM dispone que los petitorios mineros se sujeten a las normas de participación ciudadana.

28. No obstante el contar con explícitos pronunciamientos del Tribunal Constitucional y de la OIT estableciendo claramente la inadecuación de las normas de participación ciudadana a casos de afectación de derechos indígenas, diversas instancias del MEM continúan invocando las primeras para aplicarlos a los segundos¹⁶
29. Ello ha sucedido en el reciente caso del proyecto de exploración minera “Cañariaco” en ámbito territorial de la comunidad indígena de San Juan de Cañar. Mediante el Informe No.090-2013-MEM-DGM que se adjunta al Oficio No.1272-2013-MEM/SEG en respuesta a la solicitud de información remitida mediante Oficio No.797-2012-2013/VFMF-CR de la Congresista Verónica Mendoza Frisch en tanto Coordinadora del Grupo de Trabajo, el Viceministerio de Minas informó que la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental semi-detallado de la empresa minera Candente Perú Cooper S.A. del proyecto “Cañariaco” se aprobó mediante Resolución Directoral No.177-2012-MEM-AAM de fecha 30 de mayo de 2012 **al amparo del D.S. No.012-2008-EM**, Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera quedando debidamente consentida ante la no impugnación por parte de ningún comunero.¹⁷
30. En opinión de este Grupo de Trabajo, dicha fundamentación jurídica pasa por alto lo que el Tribunal Constitucional expresamente ya estableció¹⁸ respecto al D.S. No.012-2008-EM y otras normas sectoriales señalando que no es válido aplicar los mecanismos generales de participación ciudadana en lugar del procedimiento de participación y consulta indígena tal como dispone el artículo 7° inciso 3 del Convenio 169:

“Artículo 7°

¹⁶ Punto 2.3. del Informe No.862-2012-MEM-AAM/ACHM adjunto al Oficio No.1972-2012-MEM/SEG de fecha 22 de agosto de 2012.

¹⁷ Informe No.090-2013-MEM-DGM de fecha 13 de junio de 2013 suscrito por la Abogada Martha Vásquez Bonifaz.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional No.05427-2009-AC-TC, fundamento jurídico 61.

3) Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.”

así como la jurisprudencia –vinculante para el Perú– de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a la realización de evaluaciones de estudio de impacto ambiental aplicables a pueblos indígenas:¹⁹

“En este sentido la Sentencia ordena al Estado **consultar con el pueblo Saramaka al menos acerca de los siguientes seis asuntos: (...) 5) Sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental**”.

Y del mismo modo, lo advertido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en semejante sentido la cual ha declarado:

“La ausencia de directrices jurídicas claras para el procedimiento de consulta supone, en la práctica, un serio obstáculo para el cumplimiento del deber estatal de consulta. En ausencia de un marco jurídico sobre esta obligación, algunos Estados Miembros de la OEA han recurrido a la aplicación del derecho ambiental general, que frecuentemente incorpora requisitos de información y audiencias públicas para permitir la participación local en relación con los proyectos de inversión y desarrollo, generalmente en la fase de elaboración de los estudios de impacto social y ambiental. Sin embargo, a la luz de los estándares interamericanos de derechos humanos, los mecanismos de este tipo son usualmente insuficientes para acomodar los requisitos de la consulta a los pueblos indígenas, concebida como un mecanismo especial de garantía de sus derechos e intereses de conformidad con los criterios establecidos por los órganos del Sistema en aplicación de los estándares internacionales”.²⁰

¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Sentencia de 12 de Agosto de 2008 (Interpretación de la sentencia de Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Serie C No.185, párrafo 16 en adelante (enfaticado nuestro). Y en una nota a pie de página agrega la Corte: “En el Punto Resolutivo 9 de la Sentencia, leído conjuntamente con el párrafo 133 de la misma, la Corte ordenó al Estado “asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria”. Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka*, supra nota 1, párr. 133.”

²⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de*

31. En el subsector Energía ocurre otro tanto. Se ha insistido en la aplicación de mecanismos generales de participación ciudadana para la aprobación de Estudios de Impacto Ambiental sin considerar las especificidades de la relación de los pueblos indígenas con sus territorios, tierras y recursos naturales que hacen exigible la aplicación de los estándares del Convenio 169 de la OIT así como de la Convención Americana de Derechos Humanos, y sin observar los derechos indígenas de participación y de consulta previa reconocidos en dicho Convenio.
32. En este sentido, el Oficio No.2065-2012-MEM/AAE de la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos de fecha 21 de septiembre de 2012 que adjuntó el Informe No.115-2012-MEM-AAE-NAE/MEM respondiendo una solicitud de la organización indígena FENAMAD (que solicitaba la suspensión de los Talleres Informativos en el Lote 76 hasta que no se realice un proceso de consulta previa, libre e informada), denegó dicho pedido expresando que en el momento de aprobación del EIA del Lote 76 no se encontraba vigente la Ley de Consulta Previa por lo que seguía siendo válida la aplicación de los mecanismos generales de participación ciudadana de la Resolución Ministerial No.571-2008-MEM-DM sobre Lineamientos para la Participación Ciudadana en las Actividades de Hidrocarburos. Señaló el Informe asimismo, que el MEM no había identificado la aprobación de los EIAs como una de las medidas administrativas susceptibles de ser consultada previamente a los pueblos afectados.
33. En conclusión, si bien es cierto el subsector Energía no afirmó que las normas de participación ciudadana constituyeran en sí mismas cumplimiento de las normas sobre consulta previa como sí lo ha hecho el subsector Minería, no menos cierto es que se asumió que las normas de participación podían reemplazar válidamente la aplicación de los estándares del derecho de los pueblos indígenas establecidos en el Convenio 169 en ausencia de normas sobre consulta previa.

Segunda línea argumentativa: La ausencia de normas reglamentarias sobre consulta previa como obstáculo para cumplir con dicho deber

34. Como segundo tipo de argumentación para sustentar la no aplicación de procesos de consulta previa en el sector Energía y Minas, el MEM ha sostenido –en contradicción con el primer género de argumentación–, que no ha sido posible aplicar procesos de consulta previa debido a la falta de reglamentación de dicho deber estatal. Este argumento subsistió hasta antes de la publicación del Reglamento de la Ley de Consulta Previa pero actualmente sigue siendo utilizado para no someter a consulta las medidas que autorizan la continuidad de proyectos extractivos y de actos administrativos cuyas consecuencias siguen causando afectaciones a derechos colectivos indígenas en el presente.

35. En relación a esto, es menester recordar que en virtud de la Constitución Política²¹, del Código Procesal Constitucional²² y de las sentencias del Tribunal Constitucional²³, los Tratados de derechos humanos así como la jurisprudencia internacional que interpreta dichos Tratados son vinculantes para los poderes públicos peruanos y forman parte de nuestro ordenamiento jurídico nacional sin necesidad de acto de validación alguno. A pesar de ello, pervive una cultura jurídica *dualista* que –interpretando de forma inconstitucional el principio de legalidad–, influye en no pocos funcionarios públicos que se niegan a aplicar directamente los estándares internacionales y atribuyen certeza jurídica únicamente a normas legales o reglamentarias de jerarquía infra-constitucional en el desempeño de sus funciones. Dicha posición *dualista* –ajena a nuestro vigente ordenamiento

²¹ “**Cuarta Disposición Final.** Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

²² “**Art. V del Título Preliminar.**– El contenido y alcances de los Derechos Constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.”

²³ “Los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional” (Nº 0025-2005-PI/TC y Nº 0026-2005-PI/TC , fundamento jurídico 26). “Vinculatoriedad que no se agota en su parte resolutive sino que se extiende a la ratio decidendi, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte del proceso”. (STC Nº 0007-2007-PI/TC, fundamento jurídico 36). “(...) la interpretación conforme con los tratados de derechos humanos contiene implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos hayan realizado los órganos supranacionales de protección” (STC Nº 217-2002-HC/TC, FJ 2 y Nº 218-2002-HC/TC , fundamento jurídico 2).

constitucional- se cristaliza en una práctica estatal que insinúa la inaplicabilidad directa del Convenio 169 debido a su “*redacción general*” y su carencia de regulación sobre los “*aspectos críticos del proceso de consulta*”²⁴. Si bien es cierto que ningún tratado internacional de derechos humanos no puede entrar en los detalles de su aplicación nacional, eso no conlleva a que no sea directamente aplicable por los poderes públicos.

36. Ello no solamente se ha verificado en la práctica, sino que además se ha sostenido oficialmente en el subsector Energía en el Informe jurídico No.115-2012-MEM-AAE-NAE/MEM ya referido en el acápite anterior en el cual se sostiene - aludiendo a presuntas “reiteradas oportunidades” en la que funcionarios de la OIT lo habrían aseverado- que el verbo en tiempo futuro de la frase “***deberán*** consultar a los pueblos indígenas” del artículo 6.1. del Convenio 169 de la OIT significa que la aplicación de la consulta previa “*dependerá de las especificaciones, detalles y condiciones que cada gobierno estipule de acuerdo a cada realidad particular y en función a su “ius imperium” como Estado*”... lo que en dicho Informe sirve para sustentar la validez de la no aplicación del deber de consulta previa de un Estudio de Impacto Ambiental de fecha anterior a la vigencia de la Ley de Consulta Previa debido a que no existían dichas “especificaciones, detalles y condiciones”. Invariablemente, esta justificación se realiza sin dejar de reconocer teóricamente que el Convenio 169 de la OIT estaba vigente y era aplicable desde el 02 de febrero de 1995...
37. Este Grupo de Trabajo encuentra que dicha posición no es admisible, pues constituye un incumplimiento de obligaciones constitucionales en el que el incumpliente invoca a su favor una omisión causada por él mismo; en este caso concreto, el MEM invoca su propio *ocio legislativo*²⁵ -consistente en no haber reglamentado la consulta previa- como razón para incumplir con la misma, siendo

²⁴ LANEGRA Iván y MERINO, Beatriz. *Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. El desafío del diálogo intercultural en el Perú*. CENTRUM PUCP y GIZ. Lima: 2013, p.123.

²⁵ El Tribunal Constitucional define que el *ocio legislativo* “*aparece como consecuencia de la omisión, inactividad, inacción o non facere por parte de un órgano con competencias legislativas, lo que implica el desobedecimiento al mandato de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad que hubiese establecido que el goce de un derecho o el ejercicio de una competencia queda supeditada a la expedición de una norma reglamentaria. Dicha omisión se constata por el vencimiento del plazo determinado para legislar complementariamente o por el transcurso del plazo razonable para ello*”, párrafo N.º 51 de la sentencia 0024-2003-AI/TC de fecha 10 de octubre de 2005.

ese mismo sector el responsable de no haber emitido oportunamente la regulación normativa necesaria para ello.

38. No se puede dejar de recordar a este respecto, la pertinencia de la sentencia del Tribunal Constitucional No. 05427-2009-AC-TC de fecha 30 de junio de 2010 en la que el mismo MEM fue demandada por omitir su deber de adecuar sus reglamentos, directivas y normas al deber de consulta previa. En dicho caso, el TC encontró una *inconstitucionalidad por omisión* consistente en la inexcusable inactividad legislativa del Ministerio al no emitir un reglamento especial de consulta previa aplicable al sector Energía y Minas que esté conforme a lo establecido en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio 169 de la OIT. Como consecuencia el TC expidió un mandato ordenando al MEM que reglamente el deber de consulta previa, lo que éste cumplió mediante el Decreto Supremo No. 023-2011-EM “Reglamento del Procedimiento para la Aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero-Energéticas” por el cual se establecieron los principios, reglas y procedimientos para aplicar dicha obligación en los sub sectores minero y energético.²⁶ A partir de la dación de dicho Decreto Supremo, el MEM superó la omisión normativa en la que había incurrido desde el 02 de febrero de 1995, en directa aplicación del Convenio 169 de la OIT.

39. La experiencia colombiana de implementación de la consulta previa demuestra que bien puede cumplirse con dicho deber estatal de forma eficiente y garantista a partir de una aplicación directa del Convenio 169 sin necesidad de “leyes o reglamentos habilitantes”, y de las reglas y principios establecidos en la abundante jurisprudencia constitucional o internacional, por lo cual cabe concluir que en realidad el incumplimiento de la obligación de la consulta previa en el Perú no se habría originado en la falta de certeza jurídica causada por la inexistencia de una Ley o un Reglamento de Consulta Previa sino en la falta de voluntad política tanto del Poder Legislativo como del Poder Ejecutivo de cumplir directamente con dicho

²⁶ Como señalara el Tribunal Constitucional en el fundamento 33 de su sentencia 05427-2009-AC al referirse a la inconstitucionalidad por omisión, la necesidad de reglamentar el Convenio 169 en los ámbitos sectoriales “*se enmarca no en el campo abierto de lo constitucionalmente posible (...) sino que se encuentra dentro del marco más específico de lo constitucionalmente necesario, es decir, dentro de aquella obligación impuesta por la Constitución de desarrollar normativamente un precepto constitucional con el objeto de lograr su plena eficacia*”.

Convenio (falta de voluntad evidenciada en omitir la aprobación de normas que operacionalicen la consulta previa en sus respectivos ámbitos como en dejar de aplicar directamente el Convenio 169 ante cada caso concreto).

40. En síntesis, el Grupo de Trabajo halla que esta segunda línea argumentativa sectorial está en contradicción con la primera, pues no es posible sostener que el deber de consulta previa ya se implementa a través de las normas generales de participación ciudadana existentes, y al mismo tiempo afirmar que dicho deber no podía implementarse pues no existían ni la Ley ni el Reglamento respectivos...

Tercera línea argumentativa: La no publicación de la Base de Datos de Pueblos indígenas como impedimento para realizar la Consulta Previa

41. Este argumento ha sido planteado recientemente por la Oficina de Gestión de Social del MEM en el Oficio No.126-2013-MEM/OGS de fecha 09 de abril de 2013 dirigido a la Defensoría del Pueblo en relación al caso de la Comunidad San Juan de Cañaris, y por la Presidencia del Directorio de PERÚPETRO en el Oficio No.PRES-PRAC-0288-012 de fecha 31 de octubre de 2012 en relación a la implementación de la consulta previa por dicha empresa, ambos basados en el numeral 8.1° del artículo 8° del Reglamento de Consulta Previa y de la Guía Metodológica de Consulta a los Pueblos Indígenas remitida al MEM por el Ministerio de Cultura²⁷.
42. Consultado el MEM por este Grupo de Trabajo sobre la posición de la Oficina de Gestión Social y su compatibilidad con el Convenio 169 y la Ley de Consulta Previa, el Viceministerio de Minas ratificó la misma mediante el Informe jurídico No.090-2013-MEM-DGM de fecha 13 de junio de 2013 adjunto al Oficio No.1272-2013-MEM/SEG de fecha 19 de junio de 2013 al sostener que lo expresado en el Oficio No.126-2013-MEM/OGGS “**se complementó**” con la posición jurídica del

²⁷ Donde se refiere que “Para la identificación de los pueblos indígenas, el/la funcionario/a estatal de la entidad promotora de la medida tomará en consideración la información contenida en la base de datos oficial del Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura. Sin perjuicio de ello, la entidad promotora y el Viceministro de Interculturalidad establecerán mecanismos de coordinación que faciliten el proceso de identificación”.

Oficio No.184-2013-MEM/OGGS que dictamina que no procede hacer la consulta previa pues se trataría de un reinicio de actividades y no de la autorización de nuevas actividades. Es decir, el criterio de que no se podría efectuar la consulta previa porque no ha sido publicada la Base de Datos de Pueblos Indígenas por parte del Ministerio de Cultura ha sido ratificado.²⁸

43. La decisión adoptada por la Oficina de Gestión de Social del MEM es un nuevo ejemplo de contradicción con previas decisiones del sector. Esto se evidencia del Informe No.129-2012-MEM-DGM de fecha 12 de diciembre de 2012 del Viceministerio de Minas adjunto al Oficio No.204-2013-MEM/SEG de respuesta del Ministerio de Energía y Minas a la Defensoría del Pueblo, en el cual se manifiesta que ante la falta de publicación de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas por parte del Ministerio de Cultura el Sector había procedido a remitir al Ministerio de Cultura oficios con las coordenadas UTM de 32 proyectos mineros de exploración ingresados para aprobación en fecha posterior a la dación del D.S. No.020-2012-EM, solicitando que se les informe de la existencia de pueblos indígenas en dicha área. Como resultado de la información proporcionada por el Ministerio de Cultura se identificaron 14 proyectos mineros susceptibles de consulta previa.

44. Por lo señalado, en opinión de este Grupo de Trabajo no resiste el menor análisis que no se realicen procesos de consulta en base a la no publicación de la base de datos, y por ende la posición expresada en el Oficio No.126-2013-MEM/OGGS sobre el caso de la Comunidad San Juan de Cañaris no debería ser objeto de “complementación” sino de una enmienda por parte del Sector. Ello, en virtud a que la Base de Datos de Pueblos Indígenas no tiene carácter constitutivo de derechos sino solamente declarativo, como lo prueba no solamente el carácter directamente aplicativo del artículo 1º del Convenio 169 de la OIT que define claramente al sujeto del derecho de consulta sino el hecho de que el propio Estado peruano ya ha realizado procesos de consulta previa en el sector Ambiente y se

²⁸ Informe No.090-2013-MEM-DGM del Viceministerio de Minas, acápite V.

presta a realizarlos en el sector Energía y Minas a propósito del Lote 1AB, sin ninguna necesidad de utilizar base de datos alguna.

Cuarta línea argumentativa: Las medidas emitidas antes de la entrada en vigor de la Ley de Consulta Previa no son susceptibles de consulta en virtud de dicha Ley.

45. Esta es la cuarta línea argumentativa del sector para fundamentar la no realización de procesos de consulta previa de proyectos extractivos cuyas operaciones fueran autorizadas antes de la aprobación de la Ley de Consulta Previa. Según ella, el Estado peruano estaría habilitado a realizar procesos de consulta previa recién a partir del 06 de diciembre de 2011 (fecha de entrada en vigencia de la Ley) y en otras versiones, del 02 de abril de 2012 (fecha de entrada en vigencia del Reglamento).
46. Así por ejemplo, consultado el MEM sobre la omisión de la consulta previa en el caso del proyecto “Cañariaco” y en el Lote 76 mediante Oficio No.797-2012-2013/VMF-CR, dicho sector respondió que en ambos casos no era exigible realizar la consulta a los pueblos indígenas afectados por dichos proyectos extractivos pues habían sido autorizados antes de la dación de la Ley de Consulta Previa y ésta, en su Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley de Consulta Previa estableció que *“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.”*²⁹
47. Tal aseveración, en opinión de este Grupo de Trabajo, constituye a lo menos una interpretación inconstitucional de la Segunda Disposición Complementaria Final y, a lo más, podría implicar la intrínseca inconstitucionalidad de tal Disposición. Pero

²⁹ La Defensoría del Pueblo sostiene que esta Disposición *“no es una restricción a la aplicación del derecho a la consulta sino que enuncia la imposibilidad de retroactividad de la ley de consulta. En tal sentido, los pueblos indígenas tienen habilitado su derecho a recurrir a la vía judicial para cautelar su derecho a la consulta desde el año 1995”*. Ver Anexo 1 del Oficio No.01096-2013/DP de fecha 25 de junio de 2013 del Defensor del Pueblo Dr. Eduardo Vega Luna. Sobre la pertinencia jurídica de tal opinión institucional, véase el primer capítulo del presente informe.

al margen de esta cuestión, es incontestable que el derecho de consulta previa se encuentra vigente en el Perú desde el 02 de febrero de 1995 cuando entró en vigor el Convenio 169 de la OIT y se vio confirmada desde noviembre de 2007 a propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Saramaka vs. Surinam* al interpretar que el artículo 21° de la Convención Americana tiene como parte de su contenido esencial al derecho de consulta previa, libre e informada (Convención que está en vigor en el Perú desde el 28 de julio de 1978, lo que en teoría haría retrotraer la vigencia de la consulta previa mucho más atrás en el tiempo). Por lo tanto, cualquier interpretación de la Ley de Consulta Previa que se realice desde la administración pública o los tribunales debe ser efectuada dentro del marco jurídico de la vigencia del Convenio 169 en el Perú y no en contradicción con él. Esto implica no solamente que se ha incurrido en una inconstitucionalidad por omisión al no cumplirse con la obligación positiva de regular normativamente el procedimiento de consulta previa en el sector Energía y Minas sino que además se ha producido una inconstitucionalidad por acción en el momento que el MEM aprueba medidas administrativas que afectan derechos colectivos de los pueblos indígenas y se niega activamente a cumplir con su deber de consultarles argumentando que se trata de medidas ya autorizadas durante su periodo de ocio legislativo.

48. De otro lado, resulta incoherente el resultado práctico de la posición institucional del MEM de no consultar la medida administrativa de autorización de la continuidad de actividades de fecha previa al Reglamento de Consulta Previa. En efecto, si se asume como correcta esta posición se produce una incongruencia jurídica y práctica: que en el ámbito geográfico de una misma concesión se desarrolle un proyecto minero no consultado y al mismo tiempo, dentro de la misma concesión, coexista un proyecto nuevo sí consultado en alguno de sus aspectos, a pesar de ser materialmente idénticos en varios sentidos.
49. También se puede producir otro resultado incongruente con la finalidad de cautelar los derechos indígenas: que al desarrollarse un proyecto minero sobre diferentes concesiones, solo se consulte la autorización de exploración en algunas

de ellas y en las otras se realice dicha actividad sin nunca haber sido consultada, lo que precisamente ocurre en el caso de la Comunidad Campesina San Juan de Cañarís. En este caso, el MEM sostiene que –luego de afirmar que es improcedente efectuar consulta previa en las concesiones Cañariaco A y B por tratarse de reinicio de exploración- “en caso la empresa minera Cañariaco solicite la autorización del inicio de actividades de exploración para las concesiones mineras distintas a las que viene efectuando en las concesiones mineras “CAÑARIACO A” y “CAÑARIACO B”, la DGM procederá a identificar la posible existencia de pueblos indígenas en el área de influencia directa del proyecto y la posible existencia de afectación directa a derechos colectivos”.³⁰

50. Al respecto, este Grupo de Trabajo llama la atención al hecho de que el no proceder *de oficio* a la corrección de medidas administrativas no consultadas cuyas consecuencias siguen causando en la actualidad afectaciones a derechos colectivos indígenas - aun cuando dicha postura pretenda basarse en la interpretación de una norma como la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley de Consulta Previa-, no soporta un test de constitucionalidad ni de convencionalidad. En primer lugar porque tanto los tribunales Constitucionales como las Cortes y órganos supranacionales han establecido firmemente la doctrina de los “efectos continuados” o de la “violación continuada de derechos” que obliga a reparar, remediar y hacer cesar las consecuencias actuales de violaciones a los derechos humanos originadas en el pasado, incluso de las que pudieran haberse generado antes de la entrada en vigor de la norma vinculante que origina la obligación de respetar determinado derecho. Lo cual ***no implica una retroactividad de aquella norma*** sino su aplicación a consecuencias actuales que incumplen obligaciones también actuales, aunque originadas en el pasado. En segundo lugar, porque resulta infundado que se alegue la validez de un acto administrativo que transgredió una norma de rango constitucional directamente aplicable (el Convenio 169) con base en una situación propiciada por el ocio legislativo (la falta de reglamentación) de la propia entidad.

³⁰ Informe No.090-2013-MEM-DGM del Viceministerio de Minas, acápite IX.

51. Por ello es necesario efectuar algunas necesarias precisiones a las declaraciones del entonces Viceministro de Interculturalidad³¹ y de la Defensoría del Pueblo³² que, en respuesta a la pregunta sobre la suerte de las medidas no consultadas antes de la dación de la Ley de Consulta, sostienen que dicha Ley no es aplicable retroactivamente y que los pueblos indígenas tienen la vía judicial habilitada para reclamar sus derechos si consideran que han sido conculcados.
52. La precisión que es ineludible efectuar, consiste en recordar que subsiste la obligación del Estado de reparar las violaciones al derecho de consulta cometidas desde el 02 de febrero de 1995 y eventualmente, de realizar *—entre otros remedios, claro está—* procesos de consulta previa sobre la continuidad y/o consecuencias de dichas medidas inconsultas, como lógica consecuencia de afirmar la validez del Convenio 169 desde esa fecha; que la aludida inexistencia de procedimientos nunca exoneró al Estado de su obligación positiva de crearlos y aplicarlos, y que la responsabilidad primaria de reparar dichas omisiones en la actualidad no reside en el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional o la actividad litigiosa de las organizaciones indígenas que no siempre cuentan con los recursos económicos para

³¹ En la sesión del 08 de noviembre de 2011 de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso, el Viceministro respondió así a las consultas que se le efectuaran: “Luego, una pregunta importante sobre el tema, que además me permite aclarar también un tema que es complejo, qué pasa con lo que ocurrió antes de la vigencia de la Ley, es decir, antes del 6 de diciembre. El derecho de consulta está vigente desde febrero del año 1995, eso es clarísimo. En segundo lugar, desde el año 1995 hasta junio del año 2010 existía el derecho pero ninguna entidad pública estatal había dictado alguna regla respecto a cómo hacer la consulta; **por lo tanto, el juez, al evaluar un caso concreto, tendría que ver si efectivamente en el caso se ha cumplido mínimamente lo que el Convenio 169 establece; pero no hay un procedimiento contra el cual juzgar si se ha cumplido o no con la consulta.** Desde junio de 2010 hasta el 6 de diciembre de este año sí tenemos un referente, que es la sentencia del Tribunal Constitucional 022-2009-TC, que establece un procedimiento de consulta que deberían tomarse en cuenta al momento de llevar a cabo la implementación de este derecho. Y desde el 6 de diciembre para adelante se aplicarán las reglas de procedimientos establecidos en la ley que se ha aprobado recientemente; y cuando entre en vigencia el reglamento o los reglamentos se aplicarán, además de la ley, cada uno de los reglamentos que se establezcan posteriormente. **¿Cuál es el efecto de eso sobre las decisiones tomadas anteriormente? Bueno, hay que evaluar en qué momento se tomó y ver qué marco estaba vigente;** y, en todo caso, analizar caso por caso a ver si efectivamente ha habido una afectación de los derechos de los pueblos indígenas. Esa es la respuesta. Por lo tanto, esa es una manera ordenada de determinar la distinta aplicación en el tiempo de varias normas. Pero nuevamente insisto, efectivamente, el derecho de los pueblos indígenas está vigente de febrero del año 1995”. (Enfatizados agregados). En el mismo sentido (a pesar de que el título traduce una interpretación libre de la posición del Viceministro) véase Diario Gestión, “Iván Lanegra: Proyectos aprobados están libres de consulta previa”. Viernes 13 de abril del 2012. En: <http://gestion.pe/2012/04/13/economia/ivan-lanegra-proyectos-aprobados-estan-libres-consulta-previa-2000262> (Última consulta: 27 de junio de 2013).

³² En similar sentido a lo expresado por el Viceministro de Interculturalidad en relación a la vigencia de las medidas no consultadas y aprobadas antes de la Ley de Consulta Previa, la Defensoría del Pueblo ha señalado que esta Ley no es retroactiva y que los pueblos indígenas pueden reclamar sus derechos judicialmente. Ver Anexo 1 del Oficio No.01096-2013/DP de fecha 25 de junio de 2013.

financiar dicha actividad, sino en el Poder Ejecutivo y Legislativo en sus respectivos ámbitos.³³ Por lo cual, resulta discriminatorio afirmar que sean las propias organizaciones indígenas las encargadas de poner en marcha el procedimiento de corrección de las medidas administrativas y legislativas no consultadas después de entrada en vigor el Convenio 169 de la OIT, y confuso el plantear –sin mayor agregado– que la Ley de Consulta Previa no es aplicable retroactivamente al aludirse directamente a esta situación.

53. Lo que nace entonces con la aprobación de la Ley de Consulta Previa es un modo determinado de implementarla (tal como las etapas del procedimiento, ciertas definiciones conceptuales, reglas, mandatos y disposiciones), pero no crea el derecho ni los principios fundamentales que lo rigen; lo cual en concreto significa que tanto las medidas administrativas aprobadas sin consulta previa como las consecuencias de tales medidas podrían –previa norma disponiéndolo– ser remediadas aplicándose la nueva normatividad sobre Consulta Previa en lo que sea aplicable, o bien aprobándose una normatividad *ad hoc* con dicho propósito específico para que se ajuste a la realidad de medidas en plena ejecución.

II. Situaciones normativas y fácticas que contravienen el deber de consulta previa

54. Como un género aparte de dificultades normativas a la hora de implementar efectivamente el derecho y la Ley de Consulta Previa, se encuentran las inadecuaciones normativas existentes *fuera* de la normatividad especial sobre el derecho de consulta previa, en particular las normas que regulan el acceso a la propiedad de tierras y territorios de comunidades campesinas y nativas en el contexto de la aprobación de autorizaciones de exploración y explotación de minerales e hidrocarburos. Por su importancia, el presente informe se refiere en particular al caso del “acuerdo previo”, modalidad contractual introducida en el

³³ En el ámbito legislativo, el Proyecto de ley No.1183/2011-CR propone en su Sexta Disposición Final un procedimiento de “adecuación de medidas legislativas no consultadas de acuerdo al Convenio 169 de la OIT”.

artículo 7° de la Ley de Tierras No.26505 y desarrollada en su reglamento el Decreto Supremo No.017-96-AG de fecha 19 de octubre de 1996.

La sustracción de la materia de la consulta previa por vía de la implementación del Acuerdo Previo establecido en la Ley de Tierras (sustracción de objeto).

55. El artículo 7° de la Ley de Tierras No.26505 dispone que

37

***Artículo 7.-** La utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se precisará en el Reglamento de la presente Ley.*

En el caso de servidumbre minera o de hidrocarburos, el propietario de la tierra será previamente indemnizado en efectivo por el titular de actividad minera o de hidrocarburos, según valoración que incluya compensación por el eventual perjuicio, lo que se determinará por Resolución Suprema refrendada por los Ministros de Agricultura y de Energía y Minas.

Mantiene vigencia el uso minero o de hidrocarburos sobre tierras eriazas cuyo dominio corresponde al Estado y que a la fecha están ocupadas por infraestructura, instalaciones y servicios para fines mineros y de hidrocarburos.

56. El primer borrador del reglamento de consulta previa presentado el 22 de noviembre de 2011 presentado por el Viceministerio de Interculturalidad expresaba en su Disposición Complementaria Final que:

Quinta.- Acuerdo previo

El proceso de consulta es independiente, y complementario, de la obligación prevista en el artículo 7° de la Ley No.26505 Ley de Promoción de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, modificado por la Ley No.26570.

57. En fecha tan temprana como el 25 de noviembre de 2011, la Congresista Verónica Mendoza expresó sus reparos a dicha disposición, considerando que era preocupante que “se abra la posibilidad de que la negociación sea en primera instancia entre la empresa privada y el pueblo indígena y al no haber acuerdo entonces recién intervendría el Estado pero bajo la forma de la servidumbre

forzosa” con el riesgo de que se desvirtúe el sentido de la consulta previa debido a la “indudable situación de asimetría de poder” entre las partes.³⁴

58. Y en efecto, la figura del acuerdo previo no solo es inconveniente por asimilar al régimen contractual privado las tratativas entre comunidades indígenas y empresas extractivas en una evidente relación desigual y discriminatoria de negociación, inapropiada además por tratarse de derechos territoriales que no son asimilables al régimen de propietarios privados sin más, sino también resulta inconveniente porque es una figura que desnaturaliza completamente el cumplimiento de ese deber debido a su concreta ubicación en las etapas que atraviesa la aprobación y puesta en ejecución de un proyecto extractivo.

59. Lo anterior es deducible de la acumulación de los siguientes hechos: *i)* el D.S. No.018-92-EM (vigente al aprobarse la Ley y el Reglamento de Consulta Previa) estableció que un requisito para la solicitud de la concesión de beneficio era “*El documento que acredite que el solicitante está autorizado a utilizar el terreno en el que construirá la planta, en el caso que dicho terreno sea de propiedad privada*”; *ii)* ni la Ley de Consulta Previa ni su Reglamento derogaron o condicionaron la aplicación del artículo 7° de la Ley de Tierras No.26505 (acuerdo previo) el cual subsiste como un requisito para que el titular de la concesión acceda al uso del terreno superficial donde se encuentra ubicada la concesión y como condición para que el Ministerio de Energía y Minas le autorice el inicio de la exploración; y *iii)* el Reglamento de la Ley de Consulta Previa definió el concepto de “medida administrativa” susceptible de ser consultada como aquél 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*” (lo cual excluyó de la consulta previa al acto de otorgamiento de las

³⁴ Durante el conversatorio al que fuera invitado el referido Viceministro, organizado por el Grupo Parlamentario Indígena y cuyas actas fueran publicadas en *La consulta previa y retos para una institucionalidad estatal en materia indígena*. Congreso de la República, Lima, enero de 2012. Ver páginas 88 y 93. Finalmente dicha disposición fue eliminada de los siguientes borradores y del Reglamento aprobado pero no se aprobó norma alguna para adecuarla al deber de consulta previa, por lo que la configuración actual del Acuerdo Previo conservó plena vigencia legal.

concesiones mineras ya que éstas no autorizan al inicio de actividades de exploración ni de explotación)³⁵.

60. Por lo tanto: dado que bajo esta normatividad el acuerdo previo es un acto jurídico para regular el uso del terreno entre el propietario del suelo y el propietario de la concesión que debe realizarse antes del otorgamiento de la concesión de beneficio y del inicio de actividades de exploración, que el procedimiento de consulta previa se realiza en momento posterior al otorgamiento de la concesión minera pero antes al inicio de actividades o proyectos, resulta que el acuerdo previo se encuentra ubicado antes de la consulta previa en el procedimiento administrativo para autorizar actividades y proyectos extractivos. Ahora bien, la figura legal del acuerdo previo sirve en principio para la negociación entre dos partes privadas ficticiamente iguales sobre el uso de la tierra superficial para la actividad extractiva, pero nada obsta a que –como sucede masivamente en la práctica empresarial privada– los titulares de las concesiones opten mas bien por lograr la adquisición de las tierras vía la compra-venta.

61. De este modo, si el acuerdo previo conduce a una compraventa del terreno superficial entonces se ha producido una *sustracción de la materia* de la consulta previa toda vez que una comunidad indígena ya no puede alegar la afectación de sus derechos colectivos sobre tierra que ya no le pertenece.³⁶ Producido el acuerdo de compraventa, ya no es necesario realizar un procedimiento de consulta previa y queda expedito el camino para la autorización de inicio de actividades. Como resultado, en todo este *tracto* procedimental el Estado nunca tuvo presencia ante las comunidades posesionarias o propietarias del suelo.

³⁵ Cabe recordar que el otorgamiento de concesiones mineras sí estaba considerado como una medida administrativa susceptible de ser consultada a los pueblos indígenas en el D.S. No.023-2011-EM Reglamento del Procedimiento de Consulta Previa para Actividades Minero-Energéticas.

³⁶ A este respecto, sería forzado sostener que por ser el derecho indígena al territorio un derecho autónomo y diferente a su derecho de propiedad, sus derechos políticos territoriales sobre esa porción permanecerían incólumes, pues el derecho de propiedad es la forma jurídica actual que viabiliza el derecho indígena al territorio en la legislación nacional y porque no se puede ejercer jurisdicción indígena relativa a disposición de tierra y de recursos naturales sobre tierras que ahora serían de terceros no indígenas.

62. El Decreto Supremo No. 020-2012-EM y su Anexo B de fecha 06 de junio de 2012, así como la Resolución Ministerial No.003-2013-MEM/DM de fecha 09 de enero de 2013 emitidos por el MEM han ratificado este esquema procedimental y terminado de confirmar este significativo *vaciamiento del objeto* de los procesos de consulta previa. Ambas normas contemplan la realización de acuerdos previos antes de la potencial realización de procesos de consulta previa en tres procedimientos administrativos específicos:

- a) De otorgamiento de concesión de beneficio,
- b) De autorización para el inicio de actividades de exploración en concesiones mineras metálicas y no metálicas y,
- c) De autorización para el inicio de las actividades de explotación (incluyendo plan de Minado y Botaderos) en concesiones mineras.³⁷

63. En todos ellos, el acuerdo previo precede a la consulta previa, y en el resto de procedimientos no se contempla ningún proceso de consulta previa.

64. Por lo expuesto, resulta manifiestamente insuficiente el referirse únicamente y en abstracto a la naturaleza y finalidades distintas de la consulta previa y del acuerdo previo, o al derecho de propiedad que también ostentan los pueblos indígenas sobre sus tierras al igual que el resto de ciudadanos³⁸, si es que no se toma en consideración la ubicación real del acuerdo previo y la consulta previa dentro del ciclo procedimental de aprobación de las distintas fases de un proyecto extractivo la cual elimina el carácter “previo” de la consulta previa, libre e informada.

La sustracción de la materia de la consulta previa por vía de declaraciones comunales renunciando a la propia condición de sujeto indígena (sustracción del sujeto).

³⁷ Punto II del Informe No.090-2013-MEM-DGM de fecha 13 de junio de 2013.

³⁸ Punto 9 del Anexo 1 del Oficio No.01096-2013/DP de fecha 25 de junio de 2013 de la Defensoría del Pueblo.

65. De otro lado, el derecho de consulta previa también pierde sustancia por la sustracción del sujeto titular del mismo, cuando la celebración de los acuerdos previos realizados entre empresas privadas y comunidades indígenas conllevan a la renuncia de éstas últimas a su auto-reconocimiento como indígenas y a declarar notarialmente que un determinado proyecto extractivo no afecta sus derechos colectivos, lo cual en principio sería válido pues está previsto por el artículo 1º del Convenio 169 de la OIT pero que resulta altamente controvertido dado que el papel de garante del Estado es el gran ausente en dichas negociaciones.

66. Ejemplo de ello es lo sucedido en torno al Proceso de Consulta Previa del Proyecto Angostura que iba a desarrollarse en tierras de la comunidad campesina Nueva Esperanza de Mollepiña en Apurímac según lo explicado por el MEM³⁹ a solicitud de este Grupo de Trabajo. La comunidad citada, manifestó mediante Acta de Asamblea Comunal realizada el 24 de abril de 2013³³ que no se consideraban pueblo indígena y que la autorización de inicio de actividades de exploración del Proyecto Angostura y las de explotación del Proyecto Ccoriminas no afectarían sus derechos colectivos, y el MEM resaltó el hecho de que la empresa titular de la concesión y la comunidad hubieran firmado un acuerdo de uso de tierras aprobado mediante asamblea comunal.

67. En este caso, se hace más patente que en cualquier otro la urgente necesidad de cubrir el vacío legislativo en torno a las garantías que imperativamente deberían rodear la celebración de acuerdos previos entre empresas y comunidades, aún a pesar de que se conciban dichos acuerdos como expresión de la libertad de contratación privada –lo cual es cuestionable a la luz de la naturaleza jurídica de los derechos indígenas al territorio– en las que el Estado supuestamente no tendría papel alguno a desempeñar; así como de modificar la Ley de Consulta Previa para dejar establecido expresamente que el acuerdo previo no puede enervar los efectos de la consulta previa y por ende, no puede precederla en el ciclo administrativo de un proyecto extractivo.

³⁹ Punto VIII del Informe No.090-2013-MEM-DGM de fecha 13 de junio de 2013.

III. Las medidas objeto de consulta y su oportunidad

68. El MEM ha identificado mediante la Resolución Ministerial No.350-2012-MEM/DM de fecha 20 de julio de 2012⁴⁰ las medidas en torno a Hidrocarburos y Electricidad que a su criterio deberían ser objeto de consulta previa en el subsector Energía. Lo propio se ha hecho en el subsector Minería a través del Decreto Supremo No. 020-2012-EM y su Anexo B de fecha 06 de junio de 2012, así como de la Resolución Ministerial No.003-2013-MEM/DM de fecha 09 de enero de 2013.

3.1. En el subsector Minería

69. En el subsector Minería, el D.S. No. 020-2012-EM y su Anexo B así como la R.M. No.003-2013-MEM/DM han identificado –sin participación de los pueblos interesados– las siguientes medidas susceptibles de ser consultadas:

- Otorgamiento de concesión de beneficio,
- Autorización para el inicio de actividades de exploración en concesiones mineras metálicas y no metálicas y
- Autorización para el inicio de las actividades de explotación (incluyendo plan de Minado y Botaderos) en concesiones mineras.

70. Sin embargo, resaltan tres observaciones al respecto: la primera, que la consulta previa se identifica en dichas medidas de manera poco clara; la segunda, que no se prevé consultar en ciertas etapas de los procedimientos identificados que también afectarían a los pueblos indígenas, y la tercera, que no están listadas en las mencionadas normas otras medidas administrativas que también deberían ser susceptibles de ser consultadas como por ejemplo el otorgamiento de concesiones mineras.

⁴⁰ Norma no publicada.

71. **En cuanto a la primera observación**, la consulta previa se identifica en dichas medidas de manera poco clara pues se advierte que ni el D.S. No. 020-2012-EM ni la R.M. No.003-2013-MEM/DM incluyen en el texto de su fórmula legal principal mención alguna del deber de consulta previa, mas bien lo invisibiliza. En el Anexo B del D.S. No. 020-2012-EM así como la R.M. No.003-2013-MEM/DM sí se encuentran “Notas” al margen y menciones sobre ello pero de carácter aparentemente contradictorio.
72. *La aparente contradicción* proviene de la falta de explicación del sector que parece aludir a dos normas que se complementan⁴¹, cuando lo cierto es que la R.M. No.003-2013-MEM/DM **corrige** al D.S. No. 020-2012-EM y sus anexos pues si observamos el caso A de “Otorgamiento de Concesión de Beneficio”, del procedimiento CM01 de “otorgamiento, modificación y oposición de concesión de beneficio” establecido en el Anexo B del D.S. No. 020-2012-EM, se señala que la consulta previa se realiza en la Etapa C de “Inspección de verificación, otorgamiento del título y autorización de funcionamiento”, pero en la R.M. No.003-2013-MEM/DM se señala que se realiza “antes de la autorización de la construcción” que corresponde mas bien a la Etapa B de “Autorización de Construcción”.
73. En cuanto a la segunda medida identificada como sujeta a consulta previa, el procedimiento AM01 de “Autorización para Inicio/Reinicio de las actividades de exploración, desarrollo, preparación, explotación (incluye plan de minado y botaderos) en concesiones mineras metálicas/no metálicas y modificaciones”, el Anexo B del D.S. No. 020-2012-EM no contempla la realización de la consulta previa en el Caso A de “Inicio/Reinicio de las actividades de exploración” pero en la R.M. No.003-2013-MEM/DM una “Nota” señala que “en caso corresponda” sí se efectuará dicha consulta, después de obtenido el requerimiento técnico No.4 que es el “acuerdo previo” entre titular de la concesión y comunidad indígena, siendo el último de los “requisitos”.

⁴¹ Punto I del Informe No.090-2013-MEM-DGM de fecha 13 de junio de 2013.

74. En el mismo procedimiento AM01, en el Caso B.1. de “Aprobación del Plan de Minado y Autorización de Actividades de Desarrollo y Preparación” del Caso B de “Inicio/Reinicio de las actividades de desarrollo, preparación y explotación (incluye plan de minado y botaderos)”, el Anexo B del D.S. No. 020-2012-EM no contempla la realización de la consulta previa pero en la R.M. No.003-2013-MEM/DM una “Nota” señala que la consulta se efectúa antes de la aprobación del Plan de Minado. Y en el caso B.2. para “Autorización de inicio de actividad de explotación”, el Anexo B del D.S. No. 020-2012-EM establece la realización de la consulta previa como último requisito a cumplir pero ello no existe en la R.M. No.003-2013-MEM/DM (debido a que la consulta se reubicó antes de la aprobación del Plan de Minado).
75. Si bien es cierto la R.M. No.003-2013-MEM/DM es posterior al D.S. No. 020-2012-EM y tiene el mismo objeto de modificar el TUPA del MEM, los informes del Sector deben ser claros en expresar que han habido enmiendas normativas en los momentos identificados de consulta previa, y no solamente integración de normas.
76. **En cuanto a la segunda observación**, no se prevé consultar en otras etapas de los procedimientos ya identificados que también podrían afectar a los pueblos indígenas. Así vemos que en los procedimientos CM01 de “otorgamiento, modificación y oposición de concesión de beneficio” consignado tanto en el Anexo B del D.S. No. 020-2012-EM como en la R.M. No.003-2013-MEM/DM sólo se prevé la consulta para el caso A de “Otorgamiento de Concesión de Beneficio” y no para el caso B de “Modificación” de la Concesión de Beneficio la cual puede implicar “ampliación de área”, “ampliación de la capacidad instalada”, “instalaciones adiciones sin modificar la capacidad instalada” y “autorización de nuevo depósito de relaves o su recrecimiento” (actos todos los cuales sí requieren su respectiva aprobación de estudio ambiental). Tampoco se prevé la consulta en el procedimiento AM01 de “Autorización para Inicio/Reinicio de las actividades de exploración, desarrollo, preparación, explotación (incluye plan de minado y botaderos) en concesiones mineras metálicas/no metálicas y modificaciones”, para

el caso C de “Modificaciones del Plan de Minado” ni de “autorización de funcionamiento de nuevo depósito de desmontes o su recrecimiento”, en ninguna de las dos normas. Esto resulta preocupante desde que las Modificaciones del Plan de Minado implican “cambios en el método de explotación” contemplados dentro o fuera del Proyecto y cambios en los lugares de depósito de materiales desechados.

77. **En cuanto a la tercera observación**, sobre el carácter incompleto de las medidas identificadas por el Sector, destacan en particular la ausencia –no siendo las únicas – de dos importantes medidas administrativas: el otorgamiento de la concesión minera y la aprobación del instrumento de gestión ambiental del proyecto.

78. Respecto a la consulta previa del otorgamiento de concesiones mineras, en principio debemos señalar que su identificación escapa a una modificación del TUPA del Ministerio pues dicho acto es en realidad una competencia del Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico - INGEMMET. Dicha entidad expresamente se ha pronunciado en contra de tal posibilidad⁴² no obstante el positivo antecedente del derogado D.S.No.023-2011-EM Reglamento del Procedimiento de Consulta Previa para Actividades Minero-Energéticas.⁴³ En su fundamentación, el INGEMMET señala que un acto de otorgamiento de concesión minera no afecta derechos colectivos indígenas desde que no concede territorios sino recursos del subsuelo, no dispone derechos sobre bienes indígenas sino sobre bienes de “todos los peruanos” a favor de un particular, no autoriza la realización de actividades mineras, no autoriza la búsqueda ni extracción de minerales, no contiene información sobre proyectos mineros ni aprueba proyectos de exploración ni de explotación y a que la concesión minera es un derecho real “sui generis” distinto y separado del predio; todo lo cual significa que el otorgamiento de una concesión

⁴² Oficio No.1272-2013-MEM/SEG que adjunta el Informe jurídico No.090-2013-MEM/DGM de fecha 18 de junio de 2013 y Oficio No.748-2012-INGEMMET/PCD que adjunta el Informe No.092-2012-INGEMMET-DCM de fecha 14 de diciembre de 2012 en los que se efectúa una fundamentación jurídica sobre la no consulta de las concesiones mineras.

⁴³ “**Artículo 14°.- Medidas administrativas materia de Consulta en el Sub-Sector Minero.** Las medidas administrativas materia de Consulta son: el otorgamiento de concesiones mineras, concesiones de beneficio, de labor general y de transporte minero, susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas. El proceso de Consulta se efectuará de conformidad con las reglas y procedimientos establecidos en los Títulos I y II del presente Reglamento.”

minera no tiene relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas y mucho menos los afecta⁴⁴

79. El Tribunal Constitucional así como las observaciones, decisiones y sentencias de órganos y cortes internacionales de derechos humanos han sido unánimes en interpretar que la consulta previa no debe efectuarse solamente en aquél momento que se necesite contar con el acuerdo de los pueblos indígenas sino desde sus primeras fases o etapas formativas. Es este el sentido de las múltiples disposiciones del Convenio 169 de la OIT así como de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Nuestro TC ha indicado que:

*“Otro punto característico es que la consulta se lleve a cabo **en forma previa** a la toma de la decisión. Y es que la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que puedan ser tomadas en cuenta. La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. Además generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe. En todo caso, las condiciones de los hechos pueden determinar ciertas excepciones, aunque estas siempre serán revisadas bajo un examen estricto de constitucionalidad debido a la sospecha que tales situaciones generan.”⁴⁵*

80. En virtud de ello y otros fundamentos, este Grupo de Trabajo no comparte la posición del Ministerio de Energía y Minas ni la de la Defensoría del Pueblo sobre el particular.

⁴⁴ En este sentido, se ha afirmado que el hecho de que las organizaciones indígenas exijan que las concesiones mineras sean objeto de consulta previa se debería más a una cuestión de “percepciones negativas” que demostraría la necesidad de mejorar la percepción social sobre dicho acto administrativo ya que el contenido de la concesión no permite lograr acuerdos entre el Estado y los pueblos indígenas al ser solamente un título formal. Presentación de la Dra. Alicia Abanto Cabanillas, Adjunta en Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo en la Tercera Sesión del Grupo de Trabajo de Seguimiento a la Implementación de la Ley de Consulta Previa de la CPAAAAyE del Congreso de la República realizada el 12 de marzo de 2013.

⁴⁵ Sentencia 0022-2009-PI/TC del 09 de junio de 2010, fundamento jurídico No.36.

81. En primer término pues el artículo 32 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos es muy explícito al señalar que la afectación de derechos indígenas por la aprobación de medidas administrativas no solo atañe a las tierras y territorios sino también “a los recursos”, en especial a los del subsuelo.⁴⁶ Dicho artículo no contradice nuestra Constitución que atribuye la propiedad de los recursos del subsuelo a la Nación, sino que condiciona a que su aprovechamiento sea materia de consulta previa en caso afecte derechos colectivos indígenas.
82. En segundo término porque la concesión minera no otorga tan solo un derecho real ni constituye tan solo un mero título carente de consecuencias, sino que es una decisión unilateral del Estado que genera derechos reales efectivos a favor del titular, generador de consecuencias jurídicas plenas e indefinidas al punto de que puede ser objeto de transacción en el mercado⁴⁷, es “irrevocable en el sentido que solo queda sin efecto si se encuentra incurso en las causales de extinción que establece la ley”,⁴⁸ y “conlleva el derecho de extracción de los minerales, lo cual transforma el yacimiento y conduce a su eventual agotamiento”⁴⁹. Las consecuencias jurídicas del otorgamiento de una concesión minera sí afectan derechos colectivos indígenas a pesar de que éstos no sean los propietarios de los recursos del subsuelo pues, como lo explica la doctrina⁵⁰, la concesión es un “derecho real inmueble” que otorga al concesionario los derechos principales de “explorar y explotar las sustancias minerales”, de “solicitar a la autoridad minera autorización para establecer servidumbres en terrenos de terceros”; y como derechos complementarios el derecho de solicitar servidumbres en terrenos de otras concesiones, el “derecho a construir en concesiones vecinas, las labores que

⁴⁶ “Artículo 32.- 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

⁴⁷ BELAUNDE MOREYRA, Martín. *Derecho Minero y Concesión*, Editorial San Marcos, 4ta. Edición, 2011, p.58. A tal punto, que puede ser objeto de contratos de transferencia, de opción, de hipoteca, de cesión minera, de herencia legal o testamentaria, puede ser embargada o rematada en subasta pública y puede ser aportada a una sociedad.

⁴⁸ *Ídem*, p.57.

⁴⁹ *Íbidem*.

⁵⁰ GAMARRA, Carolina. *La concesión minera*. RAE Jurisprudencia, 2009.

sean necesarias para el acceso, ventilación y desagüe de sus propias concesiones, transporte de los minerales y seguridad de los trabajadores”, “a ejecutar en terreno franco las labores que tengan el mismo objeto” anterior, “usar las aguas que sean necesarias para el servicio doméstico del personal de trabajadores y para las operaciones de la concesión”, etc.⁵¹ Es decir, una gama de consecuencias concretas y tangibles se viabilizan jurídicamente a partir de la aprobación de una concesión minera, pues **“[e]s precisamente a nivel de los derechos del concesionario que se verifican los conflictos con el derecho de propiedad del titular del predio en el cual se verifica la concesión”**.⁵²

Adicionalmente, tendría que recordarse que el Convenio 169 de la OIT se refiere a medidas “susceptibles de afectar” y no a medidas “que afecten” a los pueblos indígenas, como fundamento para proceder a una consulta previa.

83. En tercer lugar, pues el contenido de un acto de otorgamiento de concesión minera implica la clara expresión de una voluntad estatal de preferir un determinado uso económico sobre otros en la explotación de una zona territorial determinada, significa la materialización de una específica visión y política pública de desarrollo proyectada sobre dicha zona así como la subordinación y/o desplazamiento de los otros usos, visiones y políticas de desarrollo de los posesionarios o propietarios del terreno superficial. En síntesis, las concesiones **mineras son susceptibles de afectar el proyecto de vida colectivo⁵³ de las comunidades indígenas al disminuir su libre determinación como pueblos y su derecho a perseguir su propia visión de desarrollo**, derechos garantizados en el Convenio 169⁵⁴ así como

⁵¹ Ídem, p.77-81.

⁵² Ídem, p.207.

⁵³ Sobre el concepto de “daño al proyecto de vida”, véase FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “*Apuntes para una distinción entre el daño al proyecto de vida y el daño psíquico*”. Themis, Revista de derecho, No.32, PUCP, 1995; “*El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Díez-Picazo, Madrid, 2003; “*Deslinde conceptual entre el ‘daño a la persona’, el ‘daño al proyecto de vida’ y el ‘daño moral’*”, Foro Jurídico año 1, No.2, Lima, 2003. Sobre su aplicación extensiva a proyectos de vida **colectivos**, baste señalar que la Corte Interamericana ya ha incorporado en su jurisprudencia el aporte de Fernández Sessarego para evaluar la intensidad del daño individual y mensurar las respectivas medidas de reparación, no habiendo obstáculo para que se efectúe la misma operación respecto del daño al derecho colectivo de libre determinación de los pueblos indígenas causada por medidas estatales unilaterales. En ese sentido, el daño al proyecto de vida colectivo de los pueblos indígenas está vinculado a los perjuicios causados a su derecho a la libre determinación.

⁵⁴ “Artículo 7. 1. 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

en la Declaración de Naciones Unidas ya citada⁵⁵. En especial, la dimensión económica, social y cultural del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas se ve afectada por el otorgamiento de títulos de concesiones para potenciales proyectos extractivos pues pone entre paréntesis, restringe, condiciona durante tiempo indeterminado sus proyectos económicos, sus vínculos sociales y su misma vida cultural.

84. Se encuentran también las razones afincadas en la copiosa jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que claramente establecen la obligación del Estado de consultar las concesiones y que no es del caso explicar en profundidad aquí pues el propósito del presente informe no es efectuar una exposición de los estándares internacionales sobre consulta previa sino analizar si ellos están siendo adecuadamente implementados⁵⁶. Bastarían por tanto las abundantes razones avanzadas por la Corte Interamericana para que el MEM proceda a disponer la consulta previa del otorgamiento de concesiones mineras debido al carácter vinculante de dicha jurisprudencia para el Perú.

85. En cuanto a formas concretas de implementar el deber de consultar el otorgamiento de las concesiones mineras sin que ello signifique una paralización de las inversiones, de los procedimientos mineros ni postergación de los derechos indígenas, este Grupo de Trabajo toma nota con interés y llama la atención del MEM hacia el contenido de la investigación efectuada a pedido de la Defensoría del

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 Oregional susceptibles de afectarles directamente.”

⁵⁵ En lo que atañe a la dimensión *económica-social-cultural* del proyecto de vida de los pueblos indígenas, la libre determinación es un derecho reconocido en la Declaración que tiene como objeto a dicho proyecto de vida en los artículos 8(2)(b) (derecho al territorio, tierras y recursos naturales), artículo 10 (a no ser desplazado de sus tierras sin previo consentimiento), artículo 20 (a desarrollar su propia economía), artículo 26 (al territorio, tierras y recursos naturales), artículo 28 (a la reparación o restitución por sus tierras), artículo 29 (al ambiente y a conservar la capacidad productiva de sus tierras y territorios), artículo 32(1) (a su propio desarrollo autónomo y de sus recursos), artículo 32(2) (al consentimiento previo antes de aprobarse actividades extractivas), artículo 23 (al desarrollo autónomo), artículo 8(1) (a no ser sujeto de asimilación forzada o destrucción cultural); artículo 8(2)(a) (a la integridad cultural); artículo 11 (a practicar y revitalizar su propia cultural); artículo 13 (a la transmisión intergeneracional de su cultura); artículo 26 (a la tierra y recursos naturales), artículo 31 (a la herencia cultural), artículo 12 (a desarrollar sus propias tradiciones culturales) y en el artículo 25 (a mantener su relación espiritual con sus tierras y recursos naturales).

⁵⁶ Casos Saramaka, Awas Tingni, Sarayaku y otros.

Pueblo por un especialista en temas mineros⁵⁷ quien luego de enumerar las medidas administrativas que normativamente debieran identificarse como susceptibles de consulta previa, propone concentrar en dos o tres momentos la ejecución de la consulta previa y optar por alguno de cuatro mecanismos alternativos para poner en práctica la consulta de las concesiones:

- a) consulta previa específica a cada procedimiento minero de otorgamiento de concesión minera,
- b) identificar y planificar la selección y “apertura” de áreas de alcance regional o local en las cuales se concederán concesiones mineras, sometiendo dichos planteamientos a una Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) dirigida por el MEM y/o INGEMMET,
- c) Llevar a cabo procesos de “ordenamiento territorial minero” o,
- d) Llevar a cabo un proceso de ordenamiento territorial a través de la zonificación ecológica y económica (previa creación del marco normativo correspondiente).

86. La propuesta de concentrar la consulta *“básicamente en dos momentos: antes del otorgamiento de la concesión minera y antes de la certificación ambiental para las actividades de explotación, beneficio minero y actividades conexas, con una variable en razón de la necesidad de hacer consulta previa antes de la certificación ambiental para actividades de exploración minera (con lo cual se tendrían hasta tres momentos)”*⁵⁸ la fundamenta dicho especialista en razones de conveniencia que al mismo tiempo no menoscaban el goce del derecho de consulta sino que lo fortalecen, pues si se efectuara la consulta previa antes de todos los actos administrativos que afectan derechos colectivos se incurriría en una estéril y múltiple repetición del diálogo social en torno a los mismos temas (lo cual, en nuestra opinión, debilitaría a las partes, al deber de consultar y al procedimiento minero); al contrario de si la consulta previa se realizase en aquellos dos o tres momentos administrativos en los

⁵⁷ Informe de Inventario y Análisis de las Medidas Administrativas del Ministerio de Energía y Minas, Subsector Minería, y del Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico que deben ser consultadas en el marco de la Ley No.29785. CAMBORDA, Rasul. Inédito, 2013, 148 pág.

⁵⁸ Idem, pág.94. Páginas adelante (pg.78), el autor señaló también que debe consultarse la Aprobación del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros con lo que serían cuatro los momentos de la consulta previa.

que se concentran prácticamente todos los contenidos esenciales del proyecto minero que el Estado busca autorizar.

87. El Grupo de Trabajo recomienda al Poder Ejecutivo y al Sector a que tengan en consideración dicho estudio el cual constituye un buen punto de partida para cumplir con el Convenio 169 de la OIT en el procedimiento minero.
88. En relación a la consulta previa de los instrumentos de gestión ambiental, el MEM no ha considerado que el acto de elaboración y aprobación de dichos instrumentos cuente con participación indígena y consulta previa. Sin embargo este Grupo de Trabajo coincide con la posición expresada por la Defensoría del Pueblo⁵⁹ en el sentido de que deberían ser objeto de consulta previa, toda vez que:

“el largo proceso de elaboración del contenido del estudio ambiental –que constituirá el contenido de la certificación ambiental–, que dura no menos de un año, permite que un pueblo indígena pueda recibir información a tiempo y hacer sus propuestas al respecto. De esta manera, los pueblos indígenas pueden participar activamente en la determinación de los impactos sociales, las propuestas para el manejo de impactos socioambientales, de actividades de desarrollo sostenible, las compensaciones de carácter social, etc.

*Otro aspecto que hace conveniente que la medida administrativa a consultar sea la certificación ambiental, es el hecho que con la aprobación del estudio ambiental se generan el conjunto de obligaciones que deben cumplirse a fin de garantizar: la no afectación negativa al medio ambiente y al entorno social, al derecho de los pueblos indígenas (en tanto esta temática deberá formar parte del estudio), el cumplimiento de las medidas de compensación ambiental y social, etc. Estas obligaciones están condicionadas al desarrollo de la actividad, pero la oportunidad en la que se constituyen en detalle es con la aprobación de la certificación ambiental, haciéndose luego legalmente exigibles”.*⁶⁰

89. En cuanto a otras medidas administrativas no identificadas como tales por el MEM pero que también pueden afectar derechos colectivos de los pueblos indígenas, se encuentran el

⁵⁹ Presentación de la Dra. Alicia Abanto Cabanillas, Adjunta en Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo en la Tercera Sesión del Grupo de Trabajo de Seguimiento a la Implementación de la Ley de Consulta Previa de la CPAAAAyE del Congreso de la República realizada el 12 de marzo de 2013; y Anexo 1 del Oficio No.01096-2013/DP de fecha 25 de junio de 2013 de la Defensoría del Pueblo.

⁶⁰ Punto 8 del Anexo 1 del Oficio No.01096-2013/DP de fecha 25 de junio de 2013 de la Defensoría del Pueblo. El Grupo de Trabajo asimismo invita a considerar las consideraciones planteadas sobre este mismo punto en el ya citado Informe de Inventario y Análisis de autoría del Dr. Rasul Camborda (págs.82-89).

otorgamiento de Concesión de Transporte Minero y sus modificaciones, la autorización de funcionamiento de nuevo depósito de desmontes o su recrecimiento, la aprobación de Plan de Cierre de Minas, la aprobación de modificación de Estudios Ambientales (EIAs, PAMA, DIA y Modificación del Plan de Manejo Ambiental de Residuos Sólidos), y la aprobación de Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros. Cabría analizar, como se sugiere,⁶¹ la agrupación de los procesos de consulta previa de estas medidas en los dos o tres momentos ya indicados.

90. Asimismo, en cuanto a las medidas normativas (*legislativas*⁶²), emitidas por el sector para regular aspectos del procedimiento minero y los procesos de consulta, se estima que deberían ser elaboradas con participación de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas y sometidas a la correspondiente consulta previa.
91. Como conclusión de este apartado, este Grupo de Trabajo no comparte la opinión de que el Subsector Minero haya cumplido satisfactoriamente con su deber de identificar las medidas susceptibles de ser consultadas en su Texto Único de Procedimientos Administrativos⁶³ pero al mismo tiempo reconoce el relativo condicionamiento legal que supone para dicho efecto, el artículo 6° del Reglamento de Consulta Previa que explícitamente ha establecido que procede la consulta previa de la medida administrativa que “faculte el **inicio de la actividad de exploración o explotación** de los recursos naturales en los ámbitos geográficos” donde se encuentran los pueblos indígenas, la cual evidentemente es contradictoria con el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia internacional sobre los derechos

⁶¹ CAMBORDA, Rasul, *Op.Cit.*

⁶² “Legislativas” en el sentido del artículo 3° incisos i) y j) del Reglamento de Consulta Previa.

⁶³ Sobre este asunto, en el Oficio No.0282-2013/DP de fecha 07 de marzo de 2013 dirigido a la Presidencia del Consejo de Ministros por el Defensor del Pueblo, éste informa que el MEM ha determinado la oportunidad del proceso de consulta en el subsector minero al modificar su TUPA, pero sin mencionar el carácter incompleto de tal determinación, limitándose a consignar como única recomendación vinculada al subsector Minería el que se implementen los procesos de consulta previa. Ello contrasta con la posición institucional expresada en el Oficio No.01096-2013/DP de fecha 25 de junio de 2013 en la que –respondiendo a la pregunta de si debe consultarse el otorgamiento de las concesiones mineras– se afirma que “la Defensoría del Pueblo considera que “la medida administrativa a consultar” (en singular) “debería de ser la resolución administrativa que aprueba el estudio de impacto ambiental”.

de los pueblos indígenas. Por lo cual se recomienda al Sector se considere el aplicar directamente al Convenio 169 de la OIT para corregir la situación, al Poder Ejecutivo modificar el D.S. No. 001-2012-MC (Reglamento de Consulta Previa) para adecuarse a la Ley de Consulta y al Convenio 169, y al Poder Legislativo el modificar la Ley de Consulta Previa No.29785 para cubrir vacíos normativos y no dejar dudas interpretativas sobre el momento oportuno de la consulta en el subsector Minería.

3.2. En el subsector Energía

92. El Informe No.076-2013-MEM/DGH de fecha 12 de junio de 2013 entregado a este Grupo de Trabajo así como el Informe No.016-2013-DGE/DCE de fecha 16 de enero de 2013 remitido a la Defensoría del Pueblo⁶⁴ dan cuenta de la escasa implementación del deber de consulta previa en el subsector Energía en relación a la identificación de medidas susceptibles de consulta, cuya actividad de implementación de la Ley de Consulta Previa -en comparación con el subsector Minería- ha sido mínima, lo cual resulta altamente preocupante.

93. Las medidas objeto de consulta en el subsector Energía (Electricidad e Hidrocarburos) han sido identificadas mediante Resolución Ministerial No.350-2012-MEM/DM de fecha 20 de julio de 2012. La totalidad de ellas ha sido igualmente identificada como susceptible de consulta por una investigación contratada por la Defensoría del Pueblo⁶⁵ pero una significativa cantidad de medidas administrativas han quedado fuera de la lista, a saber:

- Establecimiento de Servidumbre para Concesión Definitiva y Temporal – Electricidad.
- Establecimiento de Servidumbre para Concesión Eléctrica Rural.
- Establecimiento de Servidumbre para Actividades Geotérmicas.

⁶⁴ Anexo 2 del Oficio No.01096-2013/DP de fecha 25 de junio de 2013 de la Defensoría del Pueblo.

⁶⁵ Informe Final de Consultoría “Elaboración de un Informe de Inventario y Análisis de las Medidas Administrativas del Ministerio de Energía y Minas, Subsector Energía y la empresa PERÚPETRO S.A. que deben ser consultadas en el marco de la Ley No.29785”. Estudio Rubio, Leguía, Normand. Inédito, 18 de Febrero de 2013, 240 pág.

- Modificación de Servidumbre.
- Establecimiento de Servidumbre y Derecho de Superficie para Operaciones Petroleras.
- Establecimiento de Servidumbre y Derecho de Superficie para Transporte de Hidrocarburos y Distribución de Gas Natural por Red de Ductos.
- Modificación de Servidumbre para Operaciones Petroleras, Transporte de Hidrocarburos y Distribución de Gas Natural por Red de Ductos.
- Aprobación para EIA para distribución Eléctrica mayor o igual a 30 MW.
- Aprobación para EIA para generación Eléctrica Termoeléctrica.
- Aprobación de EIA para Generación Hidroeléctrica.
- Aprobación de EIA para Generación Geotérmica.
- Aprobación de EIA para Exploración Sísmica (inicio de actividad).
- Aprobación de EIA para Exploración: Perforación (inicio de actividad o ampliación de área).
- Aprobación de EIA para Explotación: Perforación de desarrollo (inicio de actividad o ampliación de área).
- Aprobación de EIA para Explotación: Facilidades de producción, instalación de baterías, tuberías, separadores (inicio de actividad).
- Aprobación de EIA para refinación y transformación: refinación (Inicio de actividad y ampliación mayor o igual 40% de su capacidad instalada).
- Aprobación de EIA para refinación y transformación: unidades de procesamiento (nueva/ampliación mayor o igual al 40% de su capacidad instalada).
- Aprobación de EIA para refinación y transformación: almacenamiento (nueva/ampliación mayor o igual al 40% de su capacidad instalada).
- Aprobación de EIA para el transporte por ductos (Inicio de actividad/ampliación mayor o igual a 40% de su longitud).
- Aprobación de EIA para la comercialización para Plantas Envasadoras de Gas Licuado de Petrolero GLP (Inicio de actividad/ampliación mayor o igual al 40% de su capacidad instalada).
- Aprobación de EIA para la distribución por Ductos (Inicio de actividad/ampliación mayor o igual al 40% de su capacidad instalada).

- Aprobación de EIA exonerados de audiencia pública para distribución eléctrica menor a 30 MW.
- Aprobación para EIA-SD para Exploración Sísmica.
- Aprobación de EIA-SD para Exploración: Perforación.
- Aprobación de EIA-SD para Explotación: Perforación de desarrollo.
- Aprobación de EIA-SD para Explotación: Facilidades de producción, instalación de baterías, tuberías, separadores.
- Aprobación de EIA-SD para refinación y transformación: refinación, unidades de procesamiento y almacenamiento.
- Aprobación de EIA-SD para el transporte por ductos.
- Aprobación de EIA-SD para la comercialización para Plantas Envasadoras de Gas Licuado de Petrolero GLP.
- Aprobación de EIA-SD para la distribución por Ductos.
- Aprobación de DIA para Explotación: Facilidades de producción, instalación de baterías, tuberías, separadores.
- Aprobación de DIA para Comercialización: Establecimiento de Venta al Público de Combustibles, Gasocentros, Establecimientos de Venta al Público de Gas Natural.
- Aprobación de PMA (Plan de Manejo Ambiental) para Exploración Sísmica.
- Aprobación de PMA para Explotación: Facilidades de producción, instalación de baterías, tuberías, separadores.
- Aprobación de la actualización de PMA.
- Aprobación del Plan de Abandono para actividades de hidrocarburos y electricidad.
- Aprobación del Plan de Abandono Parcial para actividades de hidrocarburos.
- Aprobación del Plan de Cese de Actividades de Hidrocarburos.
- Aprobación del Plan de Cese Temporal de Actividades de Hidrocarburos.
- Aprobación del Plan de Cese de Actividades por incumplimiento del PAC.
- Aprobación del Plan de Cese de Actividades por incumplimiento del PAMA – Hidrocarburos, y
- Aprobación de la modificación de estudios ambientales para actividades de electricidad.

94. Cabe indicar que la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos se ha pronunciado categóricamente en el sentido de que **“esta Dirección General no es el órgano competente para realizar o aplicar la Consulta Previa en sus procedimientos de evaluación de estudios ambientales** (tal como lo confirma la Resolución Ministerial No.350-2012-MEM/DM) **mas sí lo es para llevar a cabo los procesos de Participación Ciudadana en la evaluación de dichos estudios”**.⁶⁶ Como ya se ha sostenido páginas atrás, este Grupo de Trabajo encuentra dicha posición completamente contraria al Convenio 169 de la OIT y a los demás Tratados e instrumentos internacionales.

95. En relación a las medidas que la empresa PERÚPETRO debiera haber identificado para ejecutar la consulta previa, el informe de consultoría mencionado identifica dos: a) la Contratación por Convocatoria a Licitación y b) la Contratación por Negociación Directa. La R.M. No.350-2012-MEM/DM alude solamente a la necesidad de consultar el Decreto Supremo que aprueba la suscripción de contratos de Exploración y Explotación de lotes petroleros y gasíferos.⁶⁷

96. Resulta particularmente preocupante que el subsector Energía siga incurriendo en omisión normativa a la vista del anuncio del Poder Ejecutivo del primer proceso de consulta previa a realizarse en el Lote 192 en Loreto. Por ello es opinión de este Grupo de Trabajo que el Viceministerio de Energía debe implementar con urgencia sus respectivas medidas institucionales y normativas para cumplir con su deber de consultar de acuerdo al Convenio 169 de la OIT, completando la identificación de medidas susceptibles de consulta y aprobando los respectivos procedimientos en el TUPA del MEM de las medidas ya identificadas, lo cual tampoco se ha hecho hasta el momento a pesar del extenso tiempo transcurrido

⁶⁶ Informe No.057-2013-MEM-AAE-NAE/RCO de fecha 11 de junio de 2013 (enfáticos en el original).

⁶⁷ En la Sexta sesión del Grupo de Trabajo, la Dra. Beatriz Merino en tanto Presidenta de la Sociedad Nacional de Hidrocarburos se manifestó de acuerdo en que se deba efectuar la consulta previa antes de la licitación de los lotes petroleros. Asimismo, manifestó respecto al “acuerdo previo” que existe una asimetría endémica entre comunidades y empresas porque hay una deuda histórica del Estado hacia los pueblos, siendo la deuda social enorme. Hay acuerdos previos no regulados, y hay algunos equitativos y otros inequitativos, manifestó.

desde la emisión de la R.M. No.350-2012-MEM/DM (20 de julio de 2012). El subsector Energía no puede seguir invocando que la aplicación de las normas de participación ciudadana comporten una suerte de exoneración para la no ejecución de la consulta previa en la aprobación de los instrumentos de gestión ambiental⁶⁸

IV. Las adecuaciones normativas e institucionales al deber de consulta previa

97. Aprobada la Ley de Consulta y el D.S. No.001-2012-MC Reglamento de la Ley de Consulta Previa el 02 de abril de 2012, quedó claro que sus normas operativas se aplicarían a los procesos de consulta previa de los diversos sectores y niveles de Gobierno del Poder Ejecutivo. Aun así -por haber sido concebido con carácter transectorial- este Reglamento no pudo abordar todas las cuestiones pendientes para su implementación específica en el sector Energía y Minas como sí lo había hecho el D.S. No. 023-2011-EM (como por ejemplo la consulta previa del otorgamiento de concesiones mineras) lo que naturalmente produjo la razonable especulación en el sector empresarial privado de que se publicarían ulteriores “reglamentos” sectoriales, idea que fuera descartada por el Vice Ministro de Interculturalidad en un seminario realizado por un Estudio de abogados corporativos.⁶⁹

98. Sin embargo, poco tiempo después el Ministerio de Energía y Minas emitió escuetas normas sectoriales que definieron las medidas administrativas objeto de consulta, su oportunidad así como las dependencias responsables de ello. En el subsector Minería se emitió el D.S. No.020-2012-EM y la R.M. No.003-2013-MEM/DM y en el subsector Energía la R.M. No.350-2012-MEM/DM.

99. En cuanto al subsector Minero, dichas nuevas normas no dejan claro si el MEM ha derogado las normas *alusivas* a consulta previa fijadas en el D.S. No.028-2008-EM Normas que regulan la Participación Ciudadana en el Subsector Minero. Ello, toda

⁶⁸ Informe No.057-2013-MEM-AAE-NAE/RCO de fecha 11 de junio de 2013 de la Dirección de Asuntos Ambientales Energéticos del Viceministerio de Energía y Oficio No.2065-2012-MEM/AAE de fecha 21 de septiembre de 2012 de la Eco. Iris Cárdenas Pino, Directora General de Asuntos Ambientales Energéticos.

⁶⁹ Seminario “Consulta previa: el Reglamento y el reto de su implementación”, jueves 17 de mayo de 2012. Organizado por Santiváñez Abogados.

vez que el artículo 4° del D.S. No.028-2008-EM indicó que *“el derecho a la consulta al que se hace referencia en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, se ejerce y se implementa en el sub sector minero, a través del proceso de participación ciudadana que regula el presente Reglamento”*.

100. El D.S. No.020-2012-EM y la R.M. No.003-2013-MEM/DM identifican medidas y momentos oportunos para la consulta previa e incorporan dichos procedimientos al TUPA, con las insuficiencias ya anotadas. El INGEMMET no ha realizado idéntica tarea en sus respectivos ámbitos de competencia.
101. Por su lado, el subsector Energía no ha realizado prácticamente ninguna acción tendiente al mismo objetivo –aparte de la aprobación de la escueta R.M. No.350-2012-MEM/DM- como lo reconoce el Informe No.076-2013-MEM/DGH, en el cual se indica que se reproducirá la insuficiente forma de incorporar la consulta efectuada por el subsector Minería mediante Notas al margen en la descripción de los procedimientos.⁷⁰
102. El Grupo de Trabajo llama la atención al significativo hecho de que ninguna norma sobre consulta previa del Sector Energía y Minas haya sido elaborada contando con participación indígena como lo estipula el Convenio 169 de la OIT ni tampoco sometida a consulta previa. Esto puede afectar no solo la *legitimidad*⁷¹ sino la *validez* jurídica de dichas normas ya que el derecho de consulta previa ostenta rango constitucional y como es sabido, de acuerdo a los artículos 8° y 10° de la Ley No.27444 Ley del Procedimiento Administrativo General, las

⁷⁰ “Los procedimientos previstos en el TUPA que corresponden ser tramitados ante la DGH y DGE, aún no han sufrido modificación para la implementación de las disposiciones de la Ley de Consulta Previa que correspondan. No obstante, en lo que respecta al Subsector Minería, el TUPA sí se ha adaptado con una nota en los procedimientos respectivos con el siguiente tenor: “En caso corresponda, el Estado realizará la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos puedan verse afectados de forma directa, antes de la autorización de la construcción”. En tal sentido, se replicará la inclusión de dicha nota en los procedimientos tramitados ante la DGH y DGE que correspondan”. Véase Informe No.076-2013-MEM/DGH.

⁷¹ Punto 3 del anexo 1 del Oficio No.01096-2013/DP de fecha 25 de junio de 2013 de la Defensoría del Pueblo, aludiendo a la afectación de la *legitimidad* de las normas incorporadas sin consulta previa al Reglamento de Consulta Previa del Poder Ejecutivo, como respuesta a una consulta hecha por el Grupo de Trabajo en relación a la *validez* de tales normas.

normas o actos administrativos expedidos en contravención a la Constitución, las leyes o reglamentos son nulos de pleno derecho. Se invoca por ello, a que el futuro nuevo Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Hidrocarburos cuente con dicha participación.

103. Respecto a adecuaciones institucionales al deber de consultar a los pueblos indígenas, el subsector Minería se ha limitado a mencionar que “no solo ha sido necesaria la adecuación de los procedimientos administrativos sino también la contratación de personal idóneo para llevar adelante los procesos de consulta previa”.⁷²

104. En el subsector Energía, la R.M. No.350-2012-MEM/DM no ha delegado expresamente a PETROPERÚ la facultad de realizar procesos de consulta, lo cual constituye un vacío normativo para cumplir dicho fin. Adicionalmente, es necesario –aunque no indispensable habida cuenta del carácter directamente aplicable del Convenio 169 de la OIT- que el Reglamento de Consulta Previa amplíe la definición de “entidad promotora” para abarcar a empresas del Estado que cuenten con atributos de administración pública.

105. Adicionalmente, se ha señalado que “si bien la Dirección General de Electricidad ha constituido un “equipo de consulta previa” con la finalidad de implementar procesos de consulta en el subsector electricidad”, nada de ello ha sucedido en la Dirección General de Hidrocarburos.⁷³ Cabe mencionar que la Dirección General de Electricidad ha informado a este Grupo de Trabajo que se ha designado a un profesional en ciencias sociales con experiencia en trabajo con comunidades campesinas y nativas para articular los aspectos referidos a la implementación de la Consulta Previa en la Dirección de Concesiones Eléctricas, dicha Dirección se encuentran desarrollando un sistema informático para el desarrollo, seguimiento y transparencia de la información de cada acto

⁷² Informe No.090-2013-MEM-DGM que se adjunta al Oficio No.1272-2013-MEM/SEG.

⁷³ Informe Final de Consultoría “Elaboración de un Informe de Inventario y Análisis de las Medidas Administrativas del Ministerio de Energía y Minas, Subsector Energía y la empresa PERÚPETRO S.A. que deben ser consultadas en el marco de la Ley No.29785”. Estudio Rubio, Leguía, Normand. Inédito, 18 de Febrero de 2013, pág.173.

administrativo sujeto a consulta previa, un Plan de Comunicaciones que identifique estrategias comunicativas, un Protocolo para el trabajo de campo para recabar información para la toma de decisiones que será derivado al Ministerio de Cultura para sus comentarios y el diseño de una metodología de trabajo con comunidades.⁷⁴

106. El mismo Informe propone que se cree una “Unidad de Consulta Previa” dentro de la Oficina General de Gestión Social que se encargue de emitir opiniones, identificar las medidas consultables y ejecutar los procesos de consulta previa, así como se aprueben nuevos procedimientos de adecuación a las obligaciones dimanadas del Reglamento de Consulta Previa: procedimiento de inclusión en un proceso y procedimiento de solicitud de realización de un proceso de consulta previa (de consulta de conformidad al artículo 9° de dicho Reglamento) y procedimiento de queja.⁷⁵

107. En conclusión, se advierte que –salvo la Dirección General de Electricidad que ha tomado acciones específicas aunque no del todo suficientes– el Sector en su conjunto no ha cumplido con crear las condiciones institucionales y administrativas necesarias para cumplir con eficiencia y eficacia las tareas derivadas del deber de consulta previa a los pueblos indígenas.

V. Los procesos de consulta realizados y los pendientes de ejecución

108. La Dirección General de Minería del MEM ha informado⁷⁶ que **desde la promulgación del reglamento [de consulta previa] a la fecha**, prácticamente no ha realizado ningún proceso de consulta previa dado que los 14 proyectos mineros en los que se ha verificado la existencia de pueblos indígenas han corrido diferente suerte: a) Los que se han extinguido como resultado del desistimiento del titular minero de continuar el procedimiento, b) Los que son continuación de actividades mineras y no son susceptibles de consulta, c) Los que no se han realizado porque las propias comunidades campesinas o nativas han manifestado

⁷⁴ Informe No.016-2013-DGE/DCE de fecha 16 de enero de 2013 de la DGE.

⁷⁵ Estudio Rubio, Leguía, Normand, Op. Cit. pág. 177.

⁷⁶ Informe No.090-2013-MEM-DGM de fecha 13 de junio de 2013.

que dichos proyectos “no las afectan”. Indica también que existen solicitudes de inicio de actividades de exploración, de concesión de beneficio o de autorización de inicio de actividad de explotación que están siendo evaluadas para determinar si existe afectación directa de derechos colectivos de los pueblos indígenas.

109. Este Grupo de Trabajo lamenta que la Dirección General de Minería no haya informado con precisión a qué proyectos mineros específicamente se refiere⁷⁷, sin embargo coincide con la preocupación expresada por la Defensoría del Pueblo⁷⁸ de que hasta el momento el Sector Energía y Minas no haya realizado ningún proceso de consulta previa; y concluye que si esta situación se ha venido dando es básicamente por los argumentos sostenidos por el Sector contrarios al Convenio 169 de la OIT que el presente Informe ha identificado.

VI. Casos de especial preocupación

110. En esta sección nos referiremos brevemente a ciertos casos representativos de implementación de la consulta previa en el Poder Ejecutivo: el caso del Lote 192 en Loreto que fuera anunciado como “el primer proceso de consulta previa” a realizarse y, por ende emblemático; el caso del proyecto minero “Cañariaco” en San Juan de Cañaris; el conflicto en torno al proyecto minero “Conga” y el caso del proyecto “Angostura”. Indudablemente no son los únicos proyectos extractivos que han suscitado conflictos sociales entre comunidades indígenas y Estado pero son los que han tenido cierto nivel de repercusión ante la opinión pública nacional y tienen un carácter emblemático.

El caso del Lote 192 en Loreto

111. Como es sabido, la explotación petrolera de 40 años continuará en el ex Lote 1AB ahora ampliado y denominado Lote 192, para lo cual el Gobierno anunció que se realizaría una licitación para encontrar un nuevo operador dado que el contrato con la empresa PLUSPETROL Norte S.A. estaría próximo a llegar a su

⁷⁷ Oficio No.797-2012-2013/VFMF-CR de fecha 30 de mayo de 2013 en el que se solicita “mención de los procesos de consulta realizados o previstos de realizarse en el sector.”

⁷⁸ Oficio No.0282-2013/DP de fecha 07 de marzo de 2013.

fin. Las primeras dos sesiones del Grupo de Trabajo⁷⁹ fueron dedicadas a explorar los aspectos principales de este caso y a dialogar con los actores implicados a fin de conocer las demandas indígenas así como los problemas de implementación de parte del Estado.

112. Las organizaciones indígenas expresaron diversas reclamaciones en relación a la contaminación ambiental y a los pasivos ambientales heredados de la explotación petrolera de la Occidental Petroleum y de la actual empresa operadora PLUSPETROL Norte S.A. las mismas que son objeto de investigación por otro Grupo de Trabajo congresal. Sin embargo, no son cuestiones que se encuentren desligadas del proceso de consulta previa de interés del Estado, pues lo condicionan de manera esencial.

113. En efecto, las organizaciones ORPIO, CORPI, FEDIQUEP, ACODECOSPAT, FECONAT, FECONACO y CHAPI-SHIWAG mediante carta s/n de fecha 03 de octubre de 2012 demandaron que antes de realizarse el proceso de consulta previa para la licitación del nuevo operador del Lote 192 y de otros lotes petroleros, el Estado debería cumplir con una serie de medidas como la remediación de los pasivos ambientales existentes, el saneamiento físico-legal de los territorios indígenas, la indemnización y la compensación por el uso de sus tierras por las actividades que se realizaron en sus territorios, la realización de una Evaluación Ambiental Estratégica, capacitaciones sobre consulta previa en las diferentes comunidades afectadas, y otros planteamientos más relativos al proceso de consulta mismo.

114. PETROPERÚ, por su lado, ante este Grupo de Trabajo identificó a las entidades públicas responsables de cumplir con las demandas socio-ambientales indígenas, explicó los pasos avanzados para elaborar el Plan de Consulta (respecto del cual manifestó total disposición a que fuera elaborado conjuntamente con las

⁷⁹ Sesiones del 31 de enero y 05 de febrero de 2013. La primera de ellas contó con la participación de los Apus y asesores de las Federaciones indígenas representativas de las comunidades de las cuencas de los ríos Pastaza, Corrientes, Tigre y Marañón afectadas por la explotación petrolera. La segunda, fue motivo para considerar la exposición de representantes de la empresa PERÚPETRO responsables de la Gerencia General, de la Gerencia de Relaciones Comunitarias y Asuntos Ambientales y asesores.

organizaciones indígenas representativas de las comunidades afectadas), explicó los dos modelos de implementación de la consulta en relación a su momento más oportuno (**“modelo secuenciado”** en el que se evalúa “si los impactos a los derechos colectivos son materia de incluir en las bases y el Modelo de Contrato” y por el cual “el desarrollo del Proceso de Consulta Previa implica incorporar ajustes en los textos de las Bases y Modelo de Contrato”; y el **“modelo semi-paralelo”** en el que “el desarrollo del Proceso de Consulta Previa, se desarrolla de manera paralela a las etapas del proceso de selección, no siendo necesario incorporar ajustes en los textos de las Bases y Modelo de Contrato”.

115. El Grupo de Trabajo desea destacar en primer lugar que ninguna de las “demandas previas” al proceso de consulta previa planteadas por las organizaciones indígenas consiste en rechazar la realización o continuación de actividades petroleras en sus territorios, sino en que dichas actividades sean precedidas y acompañadas de medidas estatales que restauren, compensen y remedien sus derechos e intereses dañados a lo largo de 40 años de explotación petrolera así como de medidas que garanticen la obligación de no repetición que le corresponde al Estado satisfacer en las futuras actividades extractivas a realizarse. Es más, ellas se enmarcan adecuadamente en los estándares legales nacionales e internacionales sobre derechos humanos y pueden calificarse por ello, de demandas completamente acordes con el Estado Constitucional de Derecho, lo que no deja de ser encomiable y muestra de una elevada madurez para comunidades que durante décadas han sufrido y sufren los estragos del impacto económico, ambiental, social y cultural de la actividad petrolera y del abandono del Estado.
116. Por ejemplo, la demanda de titulación de las tierras indígenas antes de que se efectúe el proceso de consulta previa sobre el lote 192, no puede considerarse en absoluto como “el condicionamiento del ejercicio de un derecho con otro derecho” o como una maniobra dilatoria anti-petrolera de las comunidades afectadas, pues sobre este particular, debe recordarse que la Corte Interamericana ha establecido en el célebre caso *Saramaka vs. Surinam*, que antes de aprobarse medidas que limiten algún aspecto del derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas o

tribales, el Estado debe cumplir ciertas obligaciones sin las cuales dichas medidas serían consideradas violatorias del derecho a la propiedad y a la protección judicial garantizados en la Convención Americana de Derechos Humanos. Por lo tanto, antes de la aprobación de las actividades de explotación el Estado deberá:

*“a) delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, **y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales. Hasta tanto no se lleve a cabo dicha delimitación, demarcación u otorgamiento de título colectivo respecto del territorio Saramaka, Surinam debe abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, **puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio** al cual tienen derecho los integrantes del pueblo Saramaka, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo. Respecto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional Saramaka, el Estado debe revisarlas, a la luz de la presente Sentencia y la jurisprudencia de este Tribunal, con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka.”** (párrafo 194 de la sentencia, enfatizados agregados).*

117. Asimismo en los casos *Sawhoyamaxa Vs. Paraguay* y *Awas Tingni Vs. Nicaragua*, la Corte Interamericana sostuvo explícitamente que el reconocimiento de los derechos de propiedad comunal indígena deben garantizarse a través del otorgamiento de un título de propiedad formal u otra forma similar de reconocimiento estatal, que otorgue seguridad jurídica a la tenencia indígena de la tierra frente a la acción de terceros o, como en el caso *Awas Tingni*, de los agentes del propio Estado. En el caso de la Comunidad *Sawhoyamaxa* la Corte afirmó que la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado, ella otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro, que los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad hayan salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y que los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente hayan perdido la posesión de sus

tierras, y éstas hubieran sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Y en el caso de la comunidad Awas Tingni, la Corte estableció que la ausencia prolongada de titulación de sus tierras supuso un claro límite a la efectividad de su derecho de propiedad frente a pretensiones concurrentes de propiedad por parte de terceros o del propio Estado (como sucede por las resoluciones que otorgaron servidumbres gratuitas a favor de PLUSPETROL asumiéndose que el Estado era dueña de dichas tierras). En consecuencia la sentencia de la Corte impuso a Nicaragua el deber de titular las tierras de la Comunidad como forma de reparación de la violación de sus derechos, según el “derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres” de la Comunidad, y con la plena participación de la misma”.

118. Dichas sentencias se inscriben en una sólida tendencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que el Estado peruano no puede soslayar y que está en obligación de considerar al preparar el proceso de consulta previa del Lote 192. Dicha tendencia jurisprudencial tiene a extenderse no solamente a la falta de titulación de tierras indígenas sino inclusive a la falta de legislación específica para acometer dicha obra, con la presentación el 26 de febrero de 2013 por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del Caso No. 12.354, *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por el cual se atribuye al Estado de Panamá de “incumplimiento ... de su obligación de proveer a los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros **de un procedimiento adecuado y efectivo para el acceso a su territorio ancestral, así como para obtener una respuesta frente a las múltiples denuncias de injerencias por parte de terceros en sus territorios y recursos naturales.**” Más específicamente, la CIDH afirmó que “**el caso se refiere a la violación continuada del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas Kuna** de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros, como consecuencia del incumplimiento por parte del Estado de Panamá, al día de hoy, del pago de indemnizaciones económicas derivadas del despojo e inundación de los territorios ancestrales de las víctimas a partir del año 1969.” Y explicó además que

el caso también se relaciona **“con la falta de reconocimiento, titulación y demarcación durante un largo periodo de tiempo, de las tierras otorgadas al pueblo indígena Kuna de Madungandí, así como con la falta de reconocimiento, demarcación y titulación, hasta el día de hoy, de las tierras otorgadas al pueblo indígena** Emberá de Bayano. El incumplimiento de estas obligaciones estatales en materia de propiedad colectiva de los pueblos indígenas **estuvo acompañado a su vez de un sistemático desconocimiento de múltiples compromisos legales asumidos por el Estado** incluso hasta el año 2010”.

119. Como puede apreciarse, todas estas atribuciones de responsabilidad al Estado panameño se cumplen exactamente en el caso del Lote 192 por lo que es de suma urgencia que el Estado peruano emprenda las reformas necesarias no solo para ejecutar su proceso de consulta previa sino para atender los pedidos de las organizaciones indígenas y evitar ulteriores sentencias condenatorias en instancias supranacionales.
120. En segundo lugar, el Grupo de Trabajo ha constatado que las demandas planteadas por las organizaciones indígenas al Estado, rebasan completamente las capacidades y competencias de la entidad promotora de la medida a ser consultada, PERÚPETRO, por lo que ellas debieran merecer una atención por parte del Estado en su conjunto y no solamente de la entidad responsable de realizar la consulta previa. En ese sentido, la instalación de la Comisión Multisectorial creada mediante Resolución Suprema No.200-2012-PCM de fecha 29 de junio de 2012 que creó la Comisión Multisectorial adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros encargada de analizar, diseñar y proponer medidas que permitan mejorar las condiciones sociales y ambientales de las poblaciones de las cuencas del Pastaza, Tigre, Corrientes y Maraón del departamento de Loreto, se constituyó en una promesa incumplida para atender dichos reclamos toda vez que sus trabajos se concentraron en la agenda ambiental de emergencia pero el Grupo Social de dicha Comisión, no ha logrado afrontar eficazmente las demandas indígenas de modo a garantizar un pronto inicio del proceso de consulta del lote 192.

121. El mismo Grupo de Trabajo tuvo ocasión de comprobar las alegaciones indígenas sobre las dificultades gubernamentales para atender sus pedidos de titulación de tierras, en ocasión de dos sesiones a las que fueron invitados funcionarios del Gobierno Regional Loreto, del Ministerio de Agricultura, del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, del Ministerio de Cultura, de COFOPRI, del Instituto del Bien Común y Apus indígenas de Loreto para abordar la problemática de la titulación de territorios y tierras indígenas.⁸⁰ En dichas sesiones, se advirtió la existencia de obstáculos y problemas legales derivados de la normatividad sobre titulación de tierras comunidades nativas y rurales⁸¹, de la transferencia de competencias de COFOPRI a las Direcciones Regionales Agrarias de los Gobiernos Regionales, de la reciente dación del D.S. No.001-2013-MINAG atribuyendo el rol de Ente Rector de la Política Nacional Agraria al Ministerio de Agricultura, de la inexistencia de un enfoque de derechos basado en el Convenio 169 de la OIT tanto de parte de COFOPRI como en especial del Ministerio de Agricultura para aplicar la legislación relativa a titulación de territorios indígenas así como de la falta de presupuesto para acometer las tareas de la rectoría, la escasa coordinación entre el Viceministerio de Interculturalidad y los Gobiernos Regionales a fin de aplicar dicho enfoque de derechos, el poco o nulo involucramiento del Ministerio de Cultura en la coordinación de acciones para culminar con el proceso de saneamiento físico legal territorial de los pueblos indígenas de acuerdo al artículo 7º inciso 1) de su Ley de creación (Ley No. 29565), de la existencia de normatividad adversa a la titulación de tierras indígenas dadas

⁸⁰ Quinta Sesión del Grupo de Trabajo de fecha 15 de abril de 2013 y Octava Sesión de fecha 08 de mayo de 2013.

⁸¹ Durante la Octava Sesión de fecha 08 de mayo de 2013 el Instituto de Bien Común destacó la existencia de numerosos e importantísimos problemas en esta área: los cambios de PETT a COFOPRI a las DRA (2008-2011) crearon “mucha confusión, incapacidad y vacíos, no existía ente rector para la titulación de tierras rurales a nivel nacional hasta Enero 2013, no existe ente rector para crear catastro rural nacional, hay un acervo documental en caos, no todas las capacidades administrativas han sido pasadas a las regiones, sobre todo para titular a las Comunidades Nativas, graves problemas en las competencias para clasificar la capacidad de uso de las tierras, para otorgar “cesión en uso” de las tierras forestales; la clasificación de suelos es muy compleja y no se utilizan criterios mas simples para definir las zonas (A, C, P, F y X), no está claro quién es el responsable de avalar el estudio de clasificación de tierras, para detectar posibles superposiciones es necesario que los Gobiernos Regionales cuenten con bases graficas sobre los derechos otorgados y no es claro el procedimiento a seguir en los casos de divisiones internas: grupos de comuneros que piden división del territorio comunal”.

en servidumbre gratuita⁸²; en suma, se ha podido advertir la no aplicación de una política nacional de titulación con énfasis en titulación de tierras de comunidades indígenas resultando del todo preocupante que ni el Ministerio de Agricultura, el de Cultura ni los Gobiernos Regionales tengan claro el enfoque intercultural necesario para ello⁸³ y que la legislación pertinente date de la década de 1970 sin haber sido adecuada al Convenio 169 de la OIT y los otros tratados e instrumentos de derechos de los pueblos indígenas.

122. Por lo expuesto, el Grupo de Trabajo concluye que los principales obstáculos para el inicio efectivo del proceso de consulta previa del Lote 192 corresponden a problemas estructurales y normativos del Estado que no han sido adaptados a las obligaciones derivadas del Convenio 169 de la OIT y por tanto recomienda al Poder Ejecutivo que se otorguen las garantías jurídicas efectivas a las comunidades indígenas -de manera previa y simultánea al proceso de consulta previa a iniciarse- para la licitación del Lote 192, o eventualmente, para el contrato que autorice la continuidad de las operaciones de la actual empresa operadora del Lote.

El caso del proyecto “Cañariaco”

⁸² El Gobierno Regional Loreto señaló en particular al Decreto Ley N° 22175 (Arts. 31° y 54°), el Decreto Ley N° 22180 (Arts. 1°, 2° y 3°), la Ley N° 26505 (Art. 7°), el Decreto Legislativo N° 653 (Segunda Disposición Final), la Ley N° 26221 (Arts. 82° y 83°) y las Resoluciones Supremas N° 060 y 061-2006-EM como obstáculos legales para su obra de titulación. Por ello, explicó el GOREL, mediante Resoluciones Directorales N° 131-2013-GRL-DRA-L, N° 132-2013-GRL-DRA-L y N° 133-2013-GRL-DRA-L, que aprueban el Plano de Demarcación de los territorios comunales de Nuevo Porvenir, Los Jardines y Nuevo Andoas respectivamente, se excluyen los terrenos a titular donde se encuentran las instalaciones petroleras, como aeropuertos, carreteras, baterías, pozos, oleoductos, etc. lo cual implica una expropiación de facto en perjuicio de la territorialidad indígena. Cabe señalar que las servidumbres gratuitas otorgadas por el Estado para que PLUSPETROL sitúe sus instalaciones y que están siendo excluidas del proceso de titulación del GOREL, asumieron que el área afectada no tenía “fin útil” a pesar de constituir territorio ancestral indígena. El GOREL se encuentra pues, ante la obligación de aplicar directamente el Convenio 169 de la OIT y el Poder Ejecutivo de modificar sus resoluciones de otorgamiento de servidumbres gratuitas.

⁸³ El Ministerio de Agricultura por ejemplo, mediante Informe No.020-2013-AG-DGIH/jilpt de fecha 29 de mayo de 2013 ha manifestado que ***“estimamos que los procesos de saneamiento físico legal territorial de Comunidades Nativas, no requieren del proceso de consulta previa, por cuanto dicho proceso no es una medida administrativa que afecte directamente sus derechos colectivos, su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo”***.

123. En relación a este caso, sobre el cual ya se ha pronunciado el presente capítulo, el Grupo de Trabajo ha constatado la invocación de diversos argumentos incompatibles con las obligaciones asumidas internacionalmente por el Estado peruano, y además incompatibles con la propia legislación interna, concretamente con la Ley y el Reglamento de Consulta Previa.
124. El MEM, en primer término ha sostenido que la comunidad San Juan de Cañaris no puede ser objeto de consulta pues el proyecto minero que les afecta se encuentra bajo un trámite de solicitud de continuación de actividades y no de inicio, y en segundo término ha alegado que dicha comunidad no puede ser consultada en tanto no se publique la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas.
125. Sobre dichos reparos, este Grupo de Trabajo no puede albergar ninguna duda de que dicha comunidad se encuentre amparada en el Convenio 169 de la OIT. Ello, pues como ha demostrado la Dra. Raquel Yrigoyen Fajardo con la documentación pertinente, la Comunidad de San Juan de Cañaris ha sido reconocida como comunidad indígena desde el 11 de Septiembre de 1956 por la Resolución Suprema No.54 del Ministerio de Trabajo y Asuntos Indígenas, quien además ha sostenido que “ésta Comunidad, además, tiene títulos de 1714 y 1744, que reconocen las "tierras del común de los indios del pueblo de San Juan Bautista de Cañaris", bajo el cacicazgo de Juana Callaypoma, en el marco de una larga historia de resistencia que fue arrancando tanto a la Corona, como luego al Estado republicano, diversos reconocimientos oficiales”.
126. En segundo lugar, este Grupo de Trabajo no puede dejar de expresar su sorpresa por el argumento de que la no publicación de la Base de Datos sea un motivo razonable y válido para no proceder a la identificación de la Comunidad de San Juan de Cañaris, evidenciándose un evidente proceder de mala fe⁸⁴ de parte del Sector a fin de incumplir el Convenio 169 toda vez que no es legítimo que se invoque una omisión del Ministerio de Cultura para justificar una omisión del

⁸⁴ La mala fe se configura en virtud de lo dispuesto en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (ver nota al pie No.1 del presente capítulo) que no permite que los Estados se sustraigan de sus obligaciones invocando deficiencias u omisiones basadas en su derecho interno.

Ministerio de Energía y Minas, y porque el propio Reglamento de Consulta Previa reconoce expresamente que dicha Base de Datos no tiene carácter constitutivo sino declarativo de derechos, como demuestra además el hecho de que el proceso de consulta del lote 192 en Loreto no está basándose para su identificación de las comunidades afectadas en ninguna base de datos.

127. Similar posición ha adoptado la Defensoría del Pueblo mediante Oficio No.0179-2013/DP de fecha 24 de enero de 2013 en el que sostiene que “de producirse la necesidad de la emisión de una medida administrativa que sea susceptible de afectar a dicha comunidad, ésta debería ser sujeta al procedimiento de consulta previa”. Y adicionalmente, recomienda que se verifique si la empresa Cañariaco Copper Perú S.A. cuenta con el acuerdo previo necesario para utilizar el suelo superficial donde se encuentran sus concesiones mineras.

128. Por lo anterior, este grupo de Trabajo recomienda al Poder Ejecutivo que se proceda a reconocer a la Comunidad San Juan de Cañarís como una comunidad indígena y en consecuencia se le reconozcan todos los derechos derivados del Convenio 169 de la OIT, de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y de los otros Tratados e Instrumentos relativos a la materia.

El caso del proyecto minero “Conga”

129. Este caso altamente conflictivo, ostenta un giro importante a partir del comunicado de fecha 11 de marzo de 2013 de la Central Única Nacional de Rondas Campesinas del Perú – CUNARC, por el cual esta organización representativa de las rondas campesinas de Cajamarca aledañas al proyecto minero Conga, declaró su auto-identificación *“como pueblos originarios, campesinos y ronderos herederos de los pueblos indígenas Caxamarcas, Coremarcas y Chachapoyas; que actualmente se dedican principalmente a la agricultura, ganadería, artesanía, pesca artesanal, trueque-comercio”*. Como prueba de su origen ancestral e indígena, dichas rondas y comunidades campesinas manifestaron que *“conservan como instituciones propias su derecho*

consuetudinario; la medicina andina; el curanderismo; los pararaycos; las danzas; los cantos; los carnavales; las bandas típicas; la cashua; el pago a la tierra; al agua y a los apus; rendir homenaje a los muertos; chacchar coca; las mincas; las faenas comunales; la olla común para la alimentación; el landaruto, el bota luto; el colorido del vestido; el uso del sombrero; las fases de la luna y el sol para la siembra, entre otros”.

130. Al respecto, el Grupo de Trabajo considera que quien alega que un determinado colectivo humano no ostenta carácter indígena debe demostrarlo, toda vez que toda comunidad tiene derecho a su propia identidad cultural y a que el artículo 1º del Convenio 169 de la OIT considera como “fundamental” el elemento subjetivo de auto-reconocimiento como pueblo indígena, sin perjuicio de los criterios objetivos para identificarlos. Por ello, dado que dichas rondas y comunidades campesinas se reconocen como tales, el Estado se encuentra en la obligación de fundamentar de acuerdo a sus obligaciones internacionales si dichos colectivos humanos son sujetos o no del derecho a la consulta previa en virtud del Convenio 169 de la OIT, tomando en especial consideración que dicho Tratado no solo se aplica a pueblos indígenas sino también a “pueblos tribales” (colectividades regidas total o parcialmente por sus propias instituciones, distintas a la colectividad nacional y regidas por legislación especial) y a que en el Perú también se encuentra vigente el artículo 27º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos el cual ha sido objeto de numerosas decisiones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁸⁵ relativos a los derechos de las minorías nacionales.

El caso del proyecto “Angostura”

131. Este proyecto, que según informó el propio MEM sería el primer proceso de consulta previa en el subsector Minero, finalmente no se realizó dado que la propia comunidad declaró que no se reconocía como indígena y que no se consideraba afectada negativamente por el proyecto minero Angostura.

⁸⁵ Como por ejemplo, el importante caso Angela Poma vs. Perú en el cual se explicó que el deber de consulta previa, libre e informada así como el derecho al consentimiento se encuentran contenidos en el artículo 27º del Pacto.

132. Sobre el particular, este grupo de Trabajo se interroga sobre las condiciones y circunstancias concretas que rodearon la elaboración de dicha declaración, así como se cuestiona acerca de la falta de normatividad que dote de garantías de asesoría, información y supervisión al proceso de negociación entre comunidades campesinas y empresas privadas en el marco de la figura del “acuerdo previo” regulada en el artículo 7° de la Ley de Tierras. Al respecto, recomienda que se ahonde en el conocimiento de las razones que la Comunidad campesina Nueva Esperanza de Mollepiña en Apurímac tuvo para adoptar dicha declaración y en las circunstancias de ella.

CAPÍTULO III

LA IMPLEMENTACIÓN DEL DEBER DE CONSULTA PREVIA EN OTROS SECTORES

73

I. Ministerio de Cultura. II. Ministerio del Ambiente; III. Ministerio de Agricultura; IV. Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social; V. Ministerio de Educación; VI. Ministerio de Transportes y Comunicaciones; VII. Ministerio de Trabajo y Promoción Social; VIII. Ministerio de la Producción.

133. La información consignada en este capítulo proviene de dos fuentes: de los informes remitidos por los respectivos Ministerios a la Coordinación del Grupo de Trabajo así como de los informes remitidos por dichos sectores a la Defensoría del Pueblo en el marco de su labor de supervisión, los cuales fueron solicitados a dicha institución para complementar la información obtenida para el presente informe final.

134. Los Ministerios no incluidos en el presente capítulo, o bien no fueron requeridos para informar o no lograron alcanzar su información escrita al Grupo de Trabajo.

I. Ministerio de Cultura

135. Mediante Oficios No.001-2013-VMI/MC de fecha 09 de enero de 2013 y No.116-2013-VMI-MC de fecha 18 de junio de 2013, el Ministerio de Cultura respondió a los requerimientos de este Grupo de Trabajo.

136. Al respecto, por la información contenida en los Informes anexos a dichos Oficios, se advierte que existe una confusión entre las funciones propias del rol de Rectoría sobre la implementación del deber de consulta previa que son propias del Viceministerio de Interculturalidad y las obligaciones específicas del Sector Cultura a fin de implementar en su propio ámbito de actividades el referido deber. Ello, dado que los Oficios mencionados han incluido dentro de la enumeración de las medidas adoptadas para implementar la consulta previa del Sector Cultura, una serie de acciones que mas bien corresponden a su rol rector como son por ejemplo, la elaboración de una Guía Metodológica de Consulta Previa, la aprobación de la Directiva que crea la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas, etc., etc.

137. En cuanto a la identificación de las medidas administrativas del sector que deban ser consultadas, y la adecuación del TUPA del Ministerio de Cultura al deber de implementar la consulta previa, se informó⁸⁶ que se viene desarrollando un proceso de modificación del ROF y del TUPA, pero no se ha explicitado en qué situación se encuentra dicho proceso ni cuáles son sus actividades o plazos previstos.

138. Relacionado a ello, el Sector Cultura podría tomar como punto de partida la investigación realizada por encargo de la Defensoría del Pueblo⁸⁷ en la que se identificaron los siguientes procedimientos susceptibles de consulta previa:

- Delimitación de Bienes Culturales Inmuebles
- Autorización para realizar Proyectos de Investigación Arqueológica
- Autorización para realizar Proyectos de Evaluación Arqueológica

139. Asimismo, se sugiere considerar los siguientes procedimientos como susceptibles de ser consultados previamente en su eventual modificación y en los cuales debería propiciarse el máximo grado posible de participación indígena:

⁸⁶ Informe No.75-2013-DGIDP-VMI-MC de fecha 17 de junio de 2013 de la Dirección General de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos.

⁸⁷ Informe Final de Consultoría "Elaboración de un Informe de Inventario y Análisis de las Medidas Administrativas del Ministerio de Cultura que deben ser consultadas en el marco de la Ley No.29785". Estudio Rubio, Leguía, Normand. Inédito, 18 de Febrero de 2013, pág.72-79.

- Procedimiento de Acreditación de los Representantes de los Pueblos Indígenas.
- Procedimiento de Registro de Intérpretes y Facilitadores.
- Procedimiento de Registro de Instituciones y Organizaciones representativas de pueblos indígenas.
- Procedimiento de Convocatoria de Intérpretes y Facilitadores.
- Procedimiento de Incorporación o Modificación de la información contenida en la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas.

140. Respecto a los procesos de consulta por realizarse se mencionó⁸⁸ la aprobación del Reglamento de la Ley No.29735 que se efectúa en colaboración con el Ministerio de Educación, y entre los procesos realizados, el de reglamentación de la Ley de Consulta Previa. Asimismo, se informó que el Sector no ha recibido comunicaciones oficiales de parte de organizaciones representativas indígenas solicitando la aplicación de la consulta previa a casos determinados.⁸⁹

141. Un aspecto importantísimo no mencionado en el informe del Sector Cultura, es el relativo a la actividad de la Unidad Ejecutora No.4 Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos – INDEPA y en sus diversas actividades de asesoría técnica en relación a la implementación de la consulta previa.

142. Sobre el particular, la Coordinadora de este Grupo de Trabajo solicitó y recibió de parte del INDEPA un voluminoso y sustancial informe con la relación y tenor de las actividades realizadas sobre la materia, mediante Oficio No.615-2012-INDEPA/J de fecha 10 de diciembre de 2012. En dicha comunicación el INDEPA adjuntó los siguientes informes elaborados por la Oficina Técnica de Implementación del Derecho a la Consulta de dicha Unidad Ejecutora:

- Lineamientos para la implementación de la ley No.29785 para los sectores del Gobierno Nacional.

⁸⁸ Informe No.75-2013-DGIDP-VMI-MC de fecha 17 de junio de 2013 de la Dirección General de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos.

⁸⁹ Informe No.77-2012-PVCA-DGIDP-VMI-MC de fecha 19 de noviembre de 2012 de la Dirección General de Interculturalidad y derechos de los Pueblos.

- Resumen de sentencias del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la consulta.
- Informe jurídico: Derecho a la consulta previa.
- Informe jurídico en relación a la aplicabilidad del derecho a la consulta de las rondas campesinas.
- Propuesta de reglamento CONAP al borrador del reglamento de consulta previa.
- Análisis de los Aportes de los viceministerios integrantes de la Comisión Multisectorial.
- Matriz con el texto final de la propuesta de Reglamento de la Ley de Consulta Previa.
- Guía Metodológica - Mayo de 2012
- Guía Metodológica – Junio de 2012.

143. Los objetivos previstos, las actividades realizadas y metas alcanzadas que la Oficina Técnica de Implementación del Derecho a la Consulta Previa del INDEPA han sido sintetizados en el Informe de Gestión de Diciembre 2011 a Octubre 2012 No.102-2012-INDEPA/OT CONS-MRSA el cual es un documento, junto los ya mencionados, sumamente ilustrativo de los esfuerzos desplegados por el Ministerio de Cultura para ejecutar y asesorar técnicamente la labor de implementación de los diferentes sectores del Poder Ejecutivo e, inclusive, actividades de algunos Congresistas de la República, labor que este Grupo de Trabajo no puede sino felicitar.

II. Ministerio del Ambiente

144. Mediante Informe No.0008-2013-MINAM-VMDERN-ABARANDIARAN de fecha 11 de junio de 2013, el Ministerio del Ambiente respondió a la Coordinadora del Grupo de Trabajo sobre el requerimiento de información respectivo.

145. El Sector recuerda que el Reglamento de la Ley No.26834 reconoció el derecho de consulta previa para los procesos de categorización de Áreas Naturales Protegidas indicándose además la necesidad de obtener el consentimiento en caso de categorizaciones en predios comunales⁹⁰. El Grupo de Trabajo toma nota de ello y a su vez resalta que se trata de una de las primeras normas nacionales en implementar efectivamente el deber de consulta previa a nivel sectorial y que además, el Sector Ambiente (a través del entonces INRENA) ha sido uno de los primeros sectores en realizar procesos de consulta previa como en el caso del establecimiento del Parque Nacional Ichigkat Muja –cuyo resultado vinculante sin embargo no fue respetado por el Poder Ejecutivo–, y del Parque Nacional de Güeppí Sekime, la Reserva Comunal Airo Pai y la Reserva Comunal Huimeki de reciente creación luego de 15 años de consulta y participación entre comunidades indígenas y Estado.

146. De igual modo, el sector recuerda que la Ley General del Ambiente No.28611 aprobada en Octubre de 2005 señala en su artículo 75° que el deber de consulta previa se oriente a lograr acuerdos con los pueblos indígenas a fin de resguardar sus conocimientos y derechos tradicionales.

147. Se indica que se han aprobado cuatro acciones a fin e implementar la consulta previa en el Sector Ambiente:

- Adecuación normativa y procedimental.
- Capacitación en el MINAM.
- Realización de procesos de consulta en el MINAM.
- Participar en otros procesos de consulta a cargo de otras autoridades.

148. En relación a la adecuación del TUPA, señalan que no se han identificado procedimientos que sean susceptibles de ser consultados previamente a los pueblos indígenas. Además, se encuentran evaluando si el Reglamento de Acceso a Recursos Genéticos y la Actualización del “RPP” deberán ser sometidos a consulta previa.

⁹⁰ Resolución Presidencial No.205-2010-SERNANP.

149. En cuanto a las Áreas de Conservación Regional, el MINAM refiere asimismo que ha procedido a diferenciar cuál sería el rol de cada entidad involucrada en el procedimiento de establecimiento de dichas áreas como son SERNANP, MINAM, el Gobierno Regional respectivo y el Viceministerio de Interculturalidad. Dicha clarificación se hace urgente desde que el MINAM viene participando junto con el Gobierno Regional de Loreto y las otras entidades en el establecimiento del Área de Conservación Regional Maijuna, el cual será sometido a consulta previa antes de su aprobación definitiva.

150. Este Grupo de Trabajo saluda los esfuerzos desplegados por el Ministerio del Ambiente y anima a que las actividades de implementación en desarrollo tengan pronta culminación considerando que se trata de un sector estratégico para garantizar el goce de los derechos de los pueblos indígenas a un ambiente sano y equilibrado así como el respeto a los conocimientos tradicionales, recursos genéticos y conservación de la biodiversidad existente en los territorios ancestrales indígenas.

151. Al mismo tiempo, sugiere que se reevalúe la decisión de no someter a consulta previa el procedimiento de aprobación de proyecto de reducción de gases de efecto invernadero y captura de carbono, la actualización de la Estrategia Nacional de Biodiversidad, la actualización de la Estrategia Nacional de Humedales, la actualización de la Estrategia Nacional de Cambio Climático y la futura aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental como producto de la Ley que creó el SENACE y sugiere adicionalmente que se adecúe en la normatividad del SERNANP el deber de consultar el establecimiento de áreas naturales protegidas de conformidad con la Ley de Consulta Previa y su Reglamento, de la aprobación de los Planes Maestros de las ANPs,

III. Ministerio de Agricultura

152. Mediante Oficio No.159-2013-AG/DVM de fecha 17 de mayo de 2013, el Ministerio de Agricultura respondió a la Coordinadora del Grupo de Trabajo.

153. En su comunicación, se incluye un extenso listado de las medidas administrativas que de forma **preliminar**, el Sector ha identificado como susceptibles de ser consultadas a los pueblos indígenas y que serán objeto de una evaluación más detallada tanto en relación al TUPA del MINAG como del TUPA de la Autoridad Nacional Autónoma del Agua (ANA), del Instituto Nacional de Investigación Agraria (INIA) y del Servicio Nacional de Sanidad Agraria (SENASA).
154. En particular en relación al proceso de titulación de tierras indígenas que ha sido objeto de especial atención por este Grupo de Trabajo en sus pedidos de información al Ministerio de Agricultura y en las dos sesiones dedicadas al tema, dicho Sector manifiesta que en su calidad de ente rector de la propiedad agraria, ha constituido un grupo de trabajo para comprimir la extensa legislación existente para –entre otros fines- tener en cuenta el deber de consulta previa en dicha legislación.
155. En relación a los procesos de consulta previa realizados o por realizarse, el sector informó que no ha realizado ningún proceso de consulta previsto en la Ley de Consulta Previa. Sin embargo, también manifestó que se encuentra revisando la Política Nacional Forestal en participación con organizaciones indígenas representativas (AIDSEP, CONAP y CNA) desde noviembre de 2012; y que se prevé realizar la consulta previa del Reglamento de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre No.29763.
156. En cuanto a espacios de inclusión de la participación indígena, el MINAG informa que diversas organizaciones indígenas representativas se han incorporado a la Plataforma Interinstitucional de Manejo Forestal Comunitario, a la Comisión Multisectorial para el Seguimiento y Facilitación del Cumplimiento de los Acuerdos adoptados en el Marco del Grupo Nacional de Coordinación para el Desarrollo de los Pueblos Amazónicos, en la elaboración de la Guía Metodológica Proceso Participativo y Descentralizado para el Fortalecimiento del Sector

Forestal, en el Consejo Directivo del SERFOR de la Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre.

157. Finalmente, el MINAG informa que se ha dispuesto que la Unidad de Desarrollo Organizacional y de Procesos así como la Unidad de Política Sectorial de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, coordine con todas las instancias del Sector para modificar sus procedimientos administrativos para implementar el deber de consulta previa.

158. Sobre lo informado, el Grupo de Trabajo destaca que se hayan identificado de manera preliminar los procedimientos susceptibles de consulta previa, en especial el de titulación de tierras de comunidades indígenas, y alienta a que dicha identificación se culmine de forma definitiva a la par de la modificación del TUPA del sector, y de la implementación efectiva de los respectivos procesos de consulta. En especial, el Grupo de Trabajo llama la atención del MINAG a los deberes dimanados del Convenio 169 de la OIT en relación al régimen de Tierras y territorios indígenas⁹¹ para que sean tenidos en cuenta en dicha implementación.

⁹¹ **“Parte II. Tierras**

Artículo 13.- 1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Artículo 14.- 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Artículo 15.- 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

IV. Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social

159. Mediante Informe No. 048-2013-MIDIS/SG/OGPP de la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto de fecha 12 de junio de 2013 remitido a la Coordinadora del Grupo de Trabajo, el citado Sector indicó que no han adaptado sus procedimientos del TUPA habida cuenta de que tampoco han identificado la existencia de medidas que requieran la consulta previa, basados en que ninguna competencia del MIDIS menoscaba, disminuye, reduce o atenta contra los derechos colectivos o condiciones de vida de grupos familiares originarios.⁹²

160. Constatando el fundamento teórico de su comunicación, el Grupo de Trabajo observa que el concepto de “afectación” de derechos indígenas utilizado

Artículo 16.- 1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir la causa que motivaron su traslado y reubicación.

4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización con las garantías apropiadas.

5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan como consecuencia de su desplazamiento.

Artículo 17.- 1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.

2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.

3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

Artículo 18.- La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.

Artículo 19.- Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:

a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;

b) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.”

⁹² El Informe al origen de esta posición es el Informe No.14-2013-MIDIS/SG/ODN de fecha 10 de junio de 2013 del Jefe de la Oficina de Defensa Nacional.

por el Sector es incompatible con el Convenio 169 de la OIT y con todas las normas nacionales e instrumentos que implementan la Consulta Previa en el Perú que consideran afectación a todo cambio **positivo o negativo** que incidan sobre los pueblos indígenas.

161. Consideradas así las cosas, este Grupo de Trabajo constata que MIDIS no sólo no ha cumplido con implementar su deber de implementar la consulta previa sino que le es imprescindible e impostergable el revisar la normatividad nacional ya aprobada al respecto así como recibir asistencia técnica del Viceministerio de Interculturalidad sobre los conceptos fundamentales relativos a dicho derecho de los pueblos indígenas. Dichas acciones son urgentes en tanto el sector está a cargo del planeamiento y ejecución de importantes programas sociales de desarrollo con enfoque intercultural, ámbito que ha sido ampliamente abordado en el Convenio 169 de la OIT⁹³ así como en la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

V. Ministerio de Educación

162. El Informe No.062-2013-MINEDU/VMGP/DIGEIBIR de fecha 10 de junio de 2013 de la Dirección General de Educación Intercultural Bilingüe y Rural indica que hay dos procesos de consulta que se prevén realizar en el sector Educación: el Reglamento de la Ley No.29735 que regula el uso, preservación,

⁹³ “Artículo 7.- 1. 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, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.”

“Artículo 23.- 1. La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades.

2. A petición de los pueblos interesados, deberá facilitárseles, cuando sea posible, una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo.”

desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú, y el Plan Estratégico de Educación Intercultural Bilingüe o Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe.

163. Añade asimismo, que no se han identificado procedimientos que deban ser adecuados en el TUPA al deber de consulta previa y que se “viene trabajando una propuesta de ruta que se seguirá en el Ministerio de Educación para la aplicación del derecho a la consulta previa”.

164. Sobre el particular, este Grupo de Trabajo llama la atención del Sector Educación a considerar las posibles medidas derivadas del Convenio 169 de la OIT y de otros instrumentos sobre la materia, que abordan de manera amplia las múltiples obligaciones de los Estados respecto de los pueblos indígenas en materia educativa⁹⁴ y que pueden motivar procedimientos, normas y programas que sean aprobados aplicándoseles la consulta previa.

⁹⁴ “Artículo 26.- Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional.

Artículo 27.- 1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar.

3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.

Artículo 28.- 1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.

2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país.

3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

Artículo 29.- Un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional.

Artículo 30.- 1. Los gobiernos deberán adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe el trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio.

2. A tal fin, deberá recurrirse, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos.

165. En ese sentido llama al sector a iniciar un proceso sistemático y coordinado a fin de identificar todas las medidas legislativas y administrativas, programas y proyectos de desarrollo educativo que sean susceptibles de afectar, positiva o negativamente, a los pueblos indígenas; tomando en cuenta las investigaciones encargadas por la Defensoría del Pueblo⁹⁵ que han logrado identificar las siguientes medidas susceptibles de consulta previa:

- Autorización de Programas de capacitación, actualización y especialización (Estudios de Post - Título)
- Autorización de Programas de capacitación, actualización y especialización (Estudios de Post - Título)
- Autorización u oficialización de material educativo para la enseñanza de las artes y los deportes.
- Aprobación de proyectos de arquitectura de locales educativos no estatales
- Creación y autorización de funcionamiento de Institutos y Escuelas de Educación Superior Públicos y Privados.
- Autorización para nuevas carreras, o programas, incluyendo las de carácter experimental de Institutos y Escuelas de Educación Superior Públicos y Privados.

VI. Ministerio de Transportes y Comunicaciones

166. Mediante Informe No. 585-2013-MTC/09.05 de la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto de fecha 03 de mayo de 2013 remitido a la Defensoría

Artículo 31.- Deberán adoptarse medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados."

⁹⁵ Informe Final de Inventario y Análisis de las Medidas Administrativas del Ministerio de Educación (MINEDU) que deberán ser consultadas en el marco de la Ley n° 29785, 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), PAR – Instituto de Políticas Públicas, Regulación y Desarrollo Sostenible S.R.L, para la Defensoría del Pueblo y el Consorcio de Investigación Económica y Social, Febrero de 2013.

del Pueblo, el citado Sector proporcionó información relativa a la implementación de la consulta previa.

167. En dicho documento, el sector informa que se ha iniciado el proceso **de evaluación** de actualización del TUPA mediante Memorando (M) No.030-2013-MTC/09.05, contando para ello como avance con la evaluación realizada en el mencionado Informe No. 585-2013-MTC/09.05 en el que se identifican los siguientes procedimientos de manera preliminar (sin precisar aún el momento de consulta previa):

- Autorización para la construcción, mejoramiento y rehabilitación de infraestructura ferroviaria (a cargo de la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles).
- Imposición de servidumbre forzosa para la prestación de servicios portadores o teleservicios públicos (a cargo de la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones).
- Autorización para construcción o modificación de aeropuertos y/o aeródromos públicos o privados (a cargo de la Dirección General de Aeronáutica Civil).

168. Fuera de dicha evaluación de carácter preliminar, el sector Vivienda y Construcción no ha realizado otras actividades de implementación.

VII. Ministerio de Trabajo y Promoción Social

169. El Oficio No.074-2013/2/14.3 de fecha 04 de marzo de 2013 suscrito por el Director de Prevención y Solución de Conflictos Laborales y Responsabilidad Social Empresarial Laboral de la Dirección General de Trabajo comunicó que las Direcciones Generales de los Viceministerios de Trabajo y de Promoción del Empleo y Capacitación Laboral (Dirección General de Inspecciones de Trabajo, Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo y Dirección General de Planeamiento y Presupuesto) “informaron que no tienen medidas legislativas o administrativas que afecten directamente los derechos

colectivos de los pueblos indígenas u originarios” y que el TUPA del Ministerio no contempla procedimientos de consulta previa.

170. Al respecto, este Grupo de Trabajo estima conveniente llamar la atención al hecho de que el Convenio 169 sobre Derechos de los Pueblos Indígenas nace en el seno de la Organización Internacional del Trabajo como una preocupación inicial en torno a los derechos de los trabajadores indígenas, lo que se vio reflejado en que dicho Convenio dedicó la Parte III a las cuestiones de “Contratación y condiciones de empleo” de dicha fuerza laboral⁹⁶ y la parte IV a la “Formación Profesional”⁹⁷, y

⁹⁶ “Artículo 20.- 1. Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general.

2. Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:

a) acceso al empleo, incluidos los empleo calificados y las medidas de promoción y de ascenso;
b) remuneración igual por trabajo de igual valor;
c) asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda;
d) derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos y derechos a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores.

3. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que:

a) Los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas de mano de obra, gocen de la protección que confieren la legislación y la práctica nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen;
b) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas;
c) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas;
d) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.

4. Deberá prestarse especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección de trabajo en las regiones donde ejerzan actividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta parte del presente Convenio.”

⁹⁷ **Parte IV. Formación profesional, artesanía e industrias rurales**

Artículo 21.- Los miembros de los pueblos interesados deberán poder disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos.

Artículo 22.- 1. Deberán tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general.

2. Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación.

3. Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden.”

que por lo tanto resulta cuando menos paradójico que el Ministerio de Trabajo y Promoción Social señale que no existen medidas pertenecientes a su sector que puedan afectar –positiva o negativamente- derechos de los pueblos indígenas.

171. Al respecto, se recomienda al Sector que analice detenidamente sus procedimientos administrativos así *como de producción normativa* a la luz del citado Convenio y disponga su implementación así como su respectiva institucionalidad de acuerdo a lo establecido en el mismo⁹⁸ a fin de darle eficaz cumplimiento.

VIII. Ministerio de la Producción

172. Mediante Informe No. 012-2013-PRODUCE/OGPP-Opra de la Dirección General de Planeamiento y Presupuesto de fecha 17 de enero de 2013 remitido a la Defensoría del Pueblo, el citado Sector proporcionó su información.

173. El sector Producción en primer término señala que no ha recibido solicitudes de consulta previa y que, de acuerdo a un memorándum interno, ciertas actividades como la acuicultura, la intervención en la habilitación de las áreas de mar, río y lago para la acuicultura y el otorgamiento de concesiones o autorizaciones, podrían implicar afectaciones a los derechos de los pueblos indígenas.

174. Lamentablemente, el subsector Pesquería también considera -al igual que hacían las normas de participación ciudadana del sector Energía y Minas-, que las normas de participación que forman parte de los procedimientos de aprobación de estudios de impacto ambiental para las autorizaciones y concesiones de acuicultura constituyen cumplimiento del deber de consulta previa de acuerdo al Convenio 169

⁹⁸ “Artículo 33.- 1. 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.

2. Tales programas deberán incluir:

a) la planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio;

b) la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados.”

de la OIT⁹⁹, lo que demuestra un desconocimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano, de las observaciones del Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT así como de la evolución de la reciente legislación peruana en dicha materia. Asimismo, este Ministerio asevera que se encuentra en proceso de actualización de su TUPA.

175. Este Grupo de Trabajo expresa su preocupación por estas constataciones, toda vez que los recursos hidrobiológicos constituyen un aspecto importantísimo de la vida material y cultural de los pueblos indígenas,¹⁰⁰ y el Subsector Pesquería no ha tomado ninguna acción a fin de implementar su deber de consulta previa de acuerdo a la obligación general establecida en el Convenio 169 de la OIT¹⁰¹, de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y de la Ley de Consulta Previa.

⁹⁹ Punto 3.1.2. del Informe No. 012-2013-PRODUCE/OGPP-Opra de la Dirección General de Planeamiento y Presupuesto.

¹⁰⁰ *Convenio 169 de la OIT, “Artículo 23.- 1. La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades.*

2. A petición de los pueblos interesados, deberá facilitárseles, cuando sea posible, una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo.”

¹⁰¹ *“Artículo 33.- 1. 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.*

2. Tales programas deberán incluir:

a) la planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio;
b) la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados.”

CAPÍTULO IV

LA IMPLEMENTACIÓN DEL DEBER DE CONSULTA PREVIA EN LOS GOBIERNOS REGIONALES

I. Gobierno Regional Amazonas; II. Gobierno Regional Apurímac; III. Gobierno Regional Arequipa; IV. Gobierno Regional Ayacucho; V. Gobierno Regional Callao; VI. Gobierno Regional Cusco; VII. Gobierno Regional Huancavelica; VIII. Gobierno Regional Huánuco; IX. Gobierno Regional Junín; X. Gobierno Regional Loreto; XI. Gobierno Regional Madre de Dios; XII. Gobierno Regional Moquegua; XIII. Gobierno Regional San Martín; XIV. Gobierno Regional Ucayali.

176. La información consignada en este capítulo proviene de dos fuentes: de los informes remitidos por los Gobiernos Regionales a la Coordinación del Grupo de Trabajo así como de los informes remitidos por dichos Gobiernos a la Defensoría del Pueblo en el marco de su labor de supervisión, los cuales fueron solicitados a dicha institución para complementar la información obtenida para el presente informe final. Este informe no incluye información relativa a Gobiernos Locales debido a su significativa dificultad de reunir la data.

177. En relación a las medidas legislativas que debieran ser consultadas en el ámbito de los Gobiernos Regionales, este Grupo estima que deben ser identificadas como tales aquellas Ordenanzas Regionales que puedan afectar a los pueblos indígenas.

178. En cuanto a las medidas administrativas que debieran ser objeto de consulta, son las normas reglamentarias regionales de carácter general (decretos regionales) y los actos administrativos emanados del ejercicio de competencias

transferidas a los Gobiernos Regionales en el marco del proceso de descentralización, los que debieran ser identificados como susceptibles de consulta, en general.

179. Respecto a los planes y programas de desarrollo regionales, deben considerarse como de potenciales afectación a los pueblos indígenas, los Planes de Desarrollo Regional Concertado, el Plan Anual, el Plan de Desarrollo Regional de Salud, el Proyecto Educativo Regional, etc.

180. En función de estos criterios, pasaremos a describir las respuestas recibidas por la mayoría de Gobiernos Regionales que han respondido los requerimientos de información relativos a esta materia.

I. Gobierno Regional Amazonas

181. Mediante Informe No. 046-2013-GOBIERNOREGIONALAMAZONAS-GRDE/SGCCNNCC de fecha 17 de junio de 2013 remitido a la Coordinadora de este Grupo de Trabajo, el citado Gobierno Regional proporcionó su información.

182. En su sesión de fecha 09 de enero de 2013, el Consejo Regional de Amazonas aprobó un procedimiento de Consulta Previa establecido en una Ordenanza. El 07 de marzo de 2013, cuatro Consejeros Regionales conforman una Comisión Especial que propuso al Pleno del Consejo Regional de San Martín la aprobación del dictamen No.001-2012-GOBIERNOREGIONALAMAZONAS/CE-CR mediante el cual se propone la aprobación de una Ordenanza implementando el deber de consulta previa, dictamen que contaría con la opinión favorable del Viceministerio de Interculturalidad mediante Oficio No.154-2012-VMI-MC de fecha 07 de diciembre de 2012 adjuntando el Informe No.91-2012-PCVA-DGIDP-VMI-MC.

183. Mediante Ordenanza Regional No.002-GOBIERNOREGIONALAMAZONAS de fecha 03 de mayo de 2013, promulgada por el Gobierno Regional

y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13 de mayo de 2013, se establecen los siguientes aspectos de esta destacada experiencia regional de implementación de la consulta previa en este nivel de Gobierno: se señalan las instancias administrativas que apoyan las facultades de entidad promotora: el Consejo Regional, la Oficina Regional de Asesoría Jurídica, la Procuraduría Pública Regional y las Gerencias Regionales de Desarrollo Social, Desarrollo Económico, Recursos Naturales y Gestión del Medio Ambiente, Infraestructura, Planteamiento, Presupuesto y Acondicionamiento Territorial, y sus dependencias; y se establece que los procesos de consulta serán financiados con cargo al Presupuesto Regional, según disponibilidad presupuestal.

184. Al tiempo de felicitar la expedición de esta importante norma regional, este Grupo de Trabajo anima al Gobierno Regional Amazonas a continuar implementando normativa y administrativamente la consulta previa en sus diferentes normas administrativas y a adaptar su organización y estructura orgánica para cumplir eficazmente con dicha obligación.

II. Gobierno Regional Apurímac

185. Mediante Oficios No.189-2013-GRAP/11/GRDS de fecha 12 de marzo de 2013 y No.261-2013-GRAP/11/GRDS de fecha 05 de abril de 2013 remitidos a la Defensoría del Pueblo, el referido Gobierno Regional aportó información sobre el tema.
186. En función del Informe No. 005-2013-DICOCA-DRA/AP remitido por la Dirección regional de Agricultura, se señala que no es de competencia de dicha Dirección Regional efectuar procesos de consulta previa, no se han recibido peticiones de consulta previa, no se han identificado las medidas susceptibles de consulta previa ni tampoco se ha incorporado ningún nuevo procedimiento relativo a la consulta previa en el Texto Único Ordenado de Procedimientos Administrativos (TUPA).

187. Al respecto, dicho Informe propone que el Consejo Regional expida una Ordenanza Regional para implementar el deber de consulta previa bajo su ámbito y competencias y asimismo que se conforme una Comisión Especial para la identificación de las medidas susceptibles de ser consultadas previamente a fin de adecuar el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), el TUPA, el Presupuesto Anual, etc.
188. Por su lado, la Dirección Regional de Cultura del Gobierno Regional Apurímac informó mediante Informes No.010-2012-DRC-ADC-APU/MC de 26 de enero de 2012 y No.075-2012-DRC-ADC-APU/MC de 11 de julio de 2012 de una reunión de trabajo sobre la implementación de la consulta previa para funcionarios regionales organizada por la Jefa de la Defensoría del Pueblo en Apurímac y de un Seminario sobre la Ley de Consulta Previa y aportes para su reglamentación organizado por la Dirección Regional de Cultura, cuyas conclusiones fueron remitidas vía electrónica a funcionarios del Ministerio de Cultura.
189. Se concluye que este Gobierno Regional no ha cumplido con implementar la consulta previa en su jurisdicción.

III. Gobierno Regional Arequipa

190. Mediante Oficio No.553-2013-GRA/SG de fecha 04 de febrero de 2013 remitido a la Defensoría del Pueblo, el Gobierno Regional Arequipa dio respuesta al requerimiento de información sobre el deber de consulta previa.
191. El Informe No.034-2013-GRA/OPDI de fecha 31 de enero de 2013 suscrito por el Jefe de la Oficina de Planeamiento y Desarrollo Institucional señala que se incluirá un procedimiento administrativo en el TUPA que identifique al “derecho de consulta previa” como requisito de tramitación que soliciten los administrados, de carácter gratuito.

192. Se advierte, que el Gobierno Regional de Arequipa no ha cumplido en implementar la Ley de Consulta Previa.

IV. Gobierno Regional Ayacucho

193. Mediante Oficio No.120-2013-GRA/PRES de fecha 08 de marzo de 2013 remitido a la Defensoría del Pueblo, este Gobierno Regional se pronunció sobre el tema.

194. El Informe No.14-2013-GRA/GG-GRDE-DRAA-DCFR de la Dirección de Catastro y Formalización Rural informó solamente que no se habían recibido peticiones de consulta previa en su ámbito de competencias no pronunciándose sobre otro aspecto relacionado al tema.

195. El Gobierno Regional de Ayacucho, por tanto, no ha implementado ninguna medida legislativa ni administrativa relacionada a la Ley de Consulta Previa.

V. Gobierno Regional Callao

196. Mediante Oficio No.337-2013-GRC/GRDS de fecha 21 de junio de 2013 remitido a la Coordinadora de este Grupo de Trabajo, el Gerente Regional de Desarrollo Social manifiesta que en su jurisdicción no existen pueblos indígenas u originarios.

VI. Gobierno Regional Cusco

197. Mediante Oficio No.113-2013-GRCUSCO/DREM de fecha 14 de febrero de 2013 remitido a la Defensoría del Pueblo, se informó por parte de este Gobierno Regional sobre sus acciones de implementación de la consulta previa.

198. El Director Regional de Energía y Minas responde directamente la solicitud de la Defensoría, identificando algunos pueblos indígenas bajo la jurisdicción regional (“Ashaninka, Caquinte, Harakmbut, Matsigenka, Yine y Quechua”), reproduciendo extensamente artículos de normas relativas a la consulta previa y al sector energía y minas, termina expresando que aplica los referidos dispositivos “para otorgar concesiones”, que no existen solicitudes de consulta previa, no se ha incorporado el procedimiento de consulta previa al TUPA regional, ni tampoco se ha aprobado ninguna norma regional que así lo disponga.
199. Expresa la protesta de que la citada Dirección no ha sido invitada a ningún evento de capacitación lo que le resulta extraño toda vez que tiene competencias importantes respecto a dicha materia.
200. Se concluye por lo tanto, que tampoco el Gobierno Regional de Cusco ha implementado medida legislativa ni administrativa alguna relacionada a la Ley de Consulta Previa.

VII. Gobierno Regional Huancavelica

201. Mediante Oficio No.97-2013/GOB.REG.HVCA/GRDS de fecha 01 de marzo de 2013 remitido a la Defensoría del Pueblo, la Gerencia Regional de Desarrollo Social del Gobierno Regional de Huancavelica aportó información al respecto.
202. El responsable de la Unidad de Comunidades Campesinas y Participación Ciudadana de la Sub Gerencia de Comunidades Campesinas, Participación Ciudadana e Inclusión Social señaló que luego de efectuar una “revisión documental de informes y actividades y la disponibilidad presupuestal además el análisis (sic) del plan operativo institucional existente, revisión de la ley regional (sic) y la ley de la consulta previa” llega a la conclusión de que no cuenta con recursos presupuestales para realizar la implementación respectiva.

203. El Gobierno Regional de Huancavelica por tanto tampoco ha implementado medida legislativa ni administrativa alguna relacionada a la Ley de Consulta Previa.

VIII. Gobierno Regional Huánuco

204. Mediante Oficio No.375-2013-GRH-PR de fecha 14 de junio de 2013 remitido a la Coordinadora de este Grupo de Trabajo y Oficio No.063-2012-GRH/PR de fecha 15 de febrero de 2013 remitido a la Defensoría del Pueblo, se informó al respecto.

205. En el Oficio No. No.063-2012-GRH/PR el citado Gobierno Regional adjunta copia del Memorándum Múltiple No.012-2013-GRHGRPPAT de la Gerencia Regional de Planeamiento, Presupuesto y Acondicionamiento Territorial de fecha 07 de enero de 2013 por el cual se identifican algunos pueblos indígenas existentes en la jurisdicción regional como los pueblos “Ashaninka, Kakataibo, Shipibo-Konibo, Yanesha y Quechua” y se solicita a diversas dependencias del Gobierno Regional que se proceda a implementar la Ley de Consulta Previa. Dicho pedido se hace también mediante Oficio Múltiple No.050-2013-GRH-GRPPAT dirigidos a los diferentes sectores regionales para que se efectúen las respectivas inclusiones normativas en el TUPA, notándose un esfuerzo en socializar internamente este deber de implementación.

206. El Gobierno Regional de Huánuco informa posteriormente mediante Oficio No.375-2013-GRH-PR que se aprobó la Ordenanza Regional No.047-2013-CR-GRH de fecha 01 de febrero de 2013 aludiendo a la inclusión de la Oficina Regional de Gestión en Conflictos Sociales dentro del nuevo organigrama regional, señalando que a través de esa oficina se implementarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a la Ley de Consulta Previa.

207. Se advierte por tanto, que el Gobierno Regional de Huánuco no ha implementado su deber de consultar a los pueblos indígenas.

IX. Gobierno Regional Junín

208. Mediante Oficio No.308-2013-GRJ/PR de fecha 12 de junio de 2013 remitido a la Coordinadora de este Grupo de Trabajo, este Gobierno Regional informó que expidió la Ordenanza Regional No.108-2011-GRJ/CR cuyo artículo 3º estableció lo siguiente:

***“ARTÍCULO TERCERO.- ESTABLÉZCASE** que las empresas privadas y sus respectivas concesionarias, que pretendan establecer sus actividades de prospección, exploración y explotación de recursos naturales en el ámbito de los pueblos indígenas y campesinos de la Región Junín, cumplan con la consulta a los pueblos interesados conforme lo establece el Convenio 169 de la OIT suscrito por el Perú”.*

209. Manifiesta la misiva que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional dicho artículo mediante la Sentencia No.0005-2012-PI/TC toda vez que el sujeto obligado a efectuar la consulta previa es el Estado y no las personas jurídicas de derecho privado.
210. No obstante concordar con dicha posición de la sentencia del Tribunal Constitucional, el Grupo de Trabajo expresa su preocupación sobre uno de los argumentos del Tribunal expresados en dicha sentencia que manifiesta que *“el régimen jurídico de los derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra la consulta previa, no se puede regular mediante una fuente formal del derecho que solo tenga alcance regional”* (fundamento jurídico 41 de la sentencia referida) lo cual llama la atención considerando que la Ley Orgánica de Elecciones, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y la Ley Orgánica de Municipalidades permiten expresamente que dichos niveles de Gobierno puedan emitir normas que desarrollen el derecho a la participación ciudadana garantizado en la Constitución, mediante mecanismos de consulta popular, vecinal, etc.
211. Independientemente de dicho debate jurídico, el Grupo de Trabajo concluye por un lado que, la emisión de Ordenanzas Regionales para implementar el deber

de consulta previa no necesariamente contradice el principio de Estado Unitario ni el Principio de Legalidad sino que ello estará en función al contenido de dichas normas, y por otro lado, que las obligaciones de los Gobiernos Regionales no se agotan en la expedición de Ordenanzas Regionales reconociendo el deber de implementar la consulta previa sino que incluye la necesaria identificación de las medidas y los procedimientos administrativos susceptibles de ser consultados así como la adopción de medidas institucionales y organizativas para implementar la consulta previa.

IX. Gobierno Regional Loreto

212. Mediante Oficio No.348-2013-GRL-GRDS-SGRNI de fecha 18 de junio de 2013 remitido a la Coordinadora de este Grupo de Trabajo, el Gobierno Regional de Loreto informa que mediante Ordenanza Regional No.021-2012-GRL-CR y No.006-2013-GRL-CR se resuelve crear e implementar la Gerencia Regional de Asuntos Indígenas que se encuentra en proceso de implementación, lo que le permitirá identificar las medidas susceptibles de consulta previa así como establecer los procedimientos administrativos pertinentes.

213. Reconociendo lo importante de estas dos normas regionales, el Grupo de Trabajo observa sin embargo que ninguna de ellas dispone un mandato de implementar la Ley de Consulta Previa identificando las acciones que debieran concretarla, por lo que se concluye que el Gobierno Regional de Loreto aún no ha iniciado su labor de implementación de dicha Ley.

X. Gobierno Regional Madre de Dios

214. Mediante Oficio No.084-2013-GOREMAD/GGR de fecha 19 de febrero de 2013 remitido a la Defensoría del Pueblo, el Gerente General Regional de Madre de Dios informó que se realizó un curso de capacitación para funcionarios de Gobiernos Regionales por parte del Viceministerio de Interculturalidad en la

Universidad Antonio Ruiz de Montoya entre el 18 y 20 de octubre de 2012 al que asistieron funcionarios de este Gobierno Regional.

215. Se manifiesta asimismo la existencia de los pueblos indígenas “Harakmbut, Ese Eja, Yine, Matsigenka, Shipibo, Amahuaca y Quichuaruna” y de manera **única, positiva y destacada**, la Sub Gerencia de Participación Ciudadana y Comunidades Nativas manifiesta que se reunirá con la organización indígena FENAMAD a fin de identificar las medidas susceptibles de ser consultadas a los pueblos indígenas. Al mismo tiempo, informa que se han planificado talleres para funcionarios del GOREMAD para definir cuáles son las entidades promotoras.

216. Manifiestan asimismo que no tienen peticiones de consulta previa formuladas ni adaptación de sus normas regionales para implementar dicho deber. En cuanto al Lote 76 otorgado en explotación a la empresa Hunt Oil Company Exploration señala que se encuentran analizando si afecta o no a los pueblos indígenas de la Reserva Comunal Amarakaeri.

217. Más allá de estos informes, el Gobierno Regional de Madre de Dios no habría implementado otras acciones en torno a la consulta previa.

XI. Gobierno Regional Moquegua

218. Mediante Oficio No.290-2013-GGR/GR.MOQUEGUA de fecha 28 de febrero de 2013 remitido a la Defensoría del Pueblo, el Gerente General Regional manifiesta que se encuentran en proceso de creación de la Dirección Regional de Cultura que se encargará de llevar a cabo los procesos de consulta previa, pero adicionalmente sostiene que no se han realizado procesos de capacitación para los funcionarios regionales de parte del Viceministerio de Interculturalidad ni tampoco se han publicado la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas ni la Guía Metodológica respectiva.

XII. Gobierno Regional San Martín

219. Mediante Oficio No.176-2013-GRSM/GRDS de fecha 04 de marzo de 2013 remitido a la Defensoría del Pueblo, se respondió que el Gobierno Regional San Martín había concluido un proyecto de Ordenanza Regional conteniendo un Reglamento de Consulta Previa.
220. El caso del Gobierno Regional San Martín es muy destacado y refleja a cabalidad las implicancias del artículo 2º del Reglamento de la Ley de Consulta Previa que impiden completar una correcta implementación de dicho deber, en los casos en que un Gobierno Regional manifiesta una positiva disponibilidad para hacerlo.
221. Como resultado del Proyecto “Proceso de validación del Reglamento del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígena u Originarios del Departamento de San Martín” organizado por el Gobierno Regional San Martín y apoyado por la Cooperación Internacional se realizaron 05 talleres participativos con asistencia de diversas organizaciones indígenas en los meses de enero y febrero de 2012. Estos talleres fueron posteriores a la entrega de una propuesta de Reglamento de consulta el 12 de diciembre de 2011 por parte del Gobierno Regional San Martín a las organizaciones indígenas de la región en acto público.
222. Mediante Oficio No.033-2012-GRSM/PCR de fecha 17 de mayo de 2012 el Presidente del Consejo Regional de San Martín solicita al Viceministerio de Interculturalidad orientación sobre la procedencia de aprobar dicha Ordenanza Regional, consultando si es procedente dicha aprobación, si el contenido de la proyectada Ordenanza contraviene a la Ley de Consulta y su Reglamento y si una vez aprobada la Ordenanza se tendría que aplicarla con exclusión del Reglamento de Consulta Previa.
223. Luego de explicar el fundamento jurídico de su rectoría en materia de pueblos indígenas y consulta previa, el Viceministerio de interculturalidad

manifiesta en su Oficio No.106-2012-VMI-MC de fecha 13 de agosto de 2012 que “ya se cuentan con las normas que desarrollan el proceso de consulta” aludiendo al Convenio 169, la Ley de Consulta y su Reglamento. Manifiesta asimismo que no le corresponde pronunciarse sobre el contenido del proyecto de Ordenanza pues ya existe normativa vigente y que la norma aplicable a los procesos de consulta realizados por el Gobierno Regional es el Reglamento de la Ley de Consulta y ésta misma. Concluye señalando que el Gobierno Regional debe identificar cuáles son las medidas administrativas que puedan afectar pueblos indígenas y luego de ello, solicitar asistencia técnica al Viceministerio de Interculturalidad si lo necesitasen. En resumen, el citado Viceministerio no dio opinión favorable al proyecto de Ordenanza Regional de Consulta Previa del Gobierno Regional San Martín por considerar que las normas nacionales ya eran suficientes en ese sentido.

224. El reciente informe del Gobierno Regional San Martín no indica si ha efectuado dicha identificación de las medidas susceptibles de consulta previa.

225. Por lo tanto, se advierte que el proceso de implementación de la consulta previa en la Región San Martín se ha estancado debido a la omisión del Gobierno Regional de dicha jurisdicción como a la inacción del Viceministerio de Interculturalidad en promover la culminación de dicho proceso.

XIII. Gobierno Regional Ucayali

226. Mediante Oficio No.823-2013-GRU-P-GGR-GRDS de fecha 18 de junio de 2013 remitido a la Coordinadora de este Grupo de Trabajo y Oficio No.0050-2013-GRU-P-GGR de fecha 20 de febrero de 2013 remitido a la Defensoría del Pueblo, se entrega la información correspondiente. La información proporcionada por este Gobierno Regional ha sido la más completa, clara y explícita en comparación con los demás Gobiernos Regionales.

227. El Informe No.019-2013-GRU-P-GGR-GRDS-SGP/MCR suscrito por el Antropólogo Manuel Cuentas Robles lista una serie de proyectos que a su juicio **ya**

no serán susceptibles de consulta previa por haber sido aprobados antes de la dación de la Ley de Consulta Previa:

- Proyecto Educativo Regional de Ucayali 2008-2021.
- Plan de Mediano Plazo en Educación 2012-2015.
- Aprobación del Área de Conservación Regional Imiría (en relación al cual se formuló un Plan de Consulta que fue sometido a opinión del Viceministerio de Interculturalidad quien manifestó mediante Informe No. 001-2013-PMSS/AMDN-DGIDP-VMI-MC que la consulta previa debería realizarse antes de la formulación y aprobación del Plan Maestro de la ACR).
- Declaración de interés regional de la Zonificación Ecológica y Económica y el Ordenamiento Territorial del departamento de Ucayali.
- Creación de la Dirección de Saneamiento Físico Legal de la Propiedad Agraria.
- Audiencia pública para informar a la población nativa sobre el EIA del programa de perforación de 05 pozos exploratorios y 04 pozos confirmatorios a cargo de la Compañía Española de Petróleo S.A. (CEPSA) que afectará a los pueblos Shipibo-Konibo.
- Talleres informativos sobre el EIA de la empresa TECPETROL para explotar el Lote 174.
- EIA de la empresa Colombiana-Canadiense PETROMINERALES PERÚ S.A. para explotar el Lote 126.
- Fase de perforación del pozo Yahuish del Lote 138 a cargo de la Empresa PACIFIC STRATUS ENERGY S.A.

228. Entre las medidas (en realidad proyectos y programas) identificadas como susceptibles de consulta, se manifiesta que se encuentran:

- La propuesta de creación del Área de Conservación Regional Atalaya (se indica que ésta medida se sujetará a la consulta previa).
- Construcción de la carretera UC 105: Bolognesi-Nueva Italia-Breu que afectará a comunidades indígenas.
- La construcción de la vía terrestre para conectar Puerto Esperanza con la ciudad de Iñapari (Proyecto de ley No.1035/2011-CR).

- El proyecto IIRSA Centro: tramo carretera Pucallpa-Cruzeiro do Sul.

229. En cuanto a medidas legales adoptadas para implementar procedimientos de consulta previa, se manifiesta que éstas aún no han sido adoptadas en el TUPA del Gobierno Regional pero que se han realizado algunos eventos para fortalecer capacidades humanas y se anuncia la próxima actualización del ROF regional para adecuarse a las nuevas funciones en materia de consulta previa.

230. Se informa que por ser novedosa la Ley de Consulta Previa el Gobierno Regional de Ucayali aún no ha ejecutado ningún proceso de consulta previa.

231. De igual modo, se señala que diversos artículos del ROF contemplan deberes de relacionamiento intercultural con las comunidades nativas de la jurisdicción así como el planteamiento de estrategias de revaloración de la identidad cultural indígena.

232. De manera destacada, se advierte que inclusive el Antropólogo Manuel Cuentas Robles ha formulado comentarios críticos y propuestas de modificación a la Ley de Consulta Previa que fueron remitidos a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República.

233. En conclusión, se aprecia un esfuerzo importante de parte de esta entidad regional para identificar los proyectos y programas susceptibles de ser consultados a los pueblos indígenas, así como consciencia de la necesidad urgente de actualizar los procedimientos administrativos regionales en orden a atender su deber de implementación de la consulta previa garantizado en el Convenio 169 de la OIT. No obstante ello, se aprecia que al igual que en el resto de Gobiernos Regionales, se requiere de más capacitación y de carácter permanente para los funcionarios regionales sobre dicha materia.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

- e. El D.S. No.001-2012-MC que aprobó el Reglamento de Consulta Previa del Poder Ejecutivo nació con importantes objeciones tanto de legitimidad como de validez, al haber incorporado sin la debida motivación normas que no fueron acordadas con los organizaciones indígenas, normas que no fueron objeto de consulta, normas que cambiaron el texto ya acordado con las organizaciones indígenas y que constituían acuerdos vinculantes y normas que contravienen directamente los estándares internacionales.
- f. El Viceministerio de Interculturalidad y su Unidad Ejecutora INDEPA han realizado una importante labor al desarrollar instrumentos, normas y políticas de implementación de la Ley de Consulta Previa que aportan útiles lecciones para los procesos de implementación de la consulta previa en otros contextos nacionales.
- g. La Guía Metodológica para la Implementación de la Consulta Previa fue elaborada con participación de representantes del Poder Ejecutivo pero sin el aporte de las organizaciones indígenas representativas, lo que constituye un defecto de implementación que transgrede el derecho de participación indígena en los asuntos que les conciernen. Idéntica objeción merece la Directiva No.003-2012/MC que regula la creación de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas así como la Base de Datos misma.
- h. La Directiva No.003-2012/MC que regula la creación de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas considera dos elementos objetivos para el reconocimiento de un pueblo indígena: *1º la lengua indígena y 2º tierras comunales de los pueblos indígenas*, debiendo concurrir ambos para evidenciar que existe continuidad histórica desde los momentos anteriores al establecimiento del

Estado; lo que significa que si no concurriesen ambos elementos objetivos un pueblo indígena no sería incorporado en la Base de Datos.

- i. El Ministerio de Energía y Minas ha desarrollado de manera sistemática diversas líneas argumentales contradictorias que han redundando en la no implementación de su deber de implementar la consulta previa, evidenciándose una falta de voluntad institucional que lejos de promocionar las inversiones privadas genera un clima de desconfianza y conflictividad entre comunidades y Estado, afectando de este modo la gobernabilidad democrática que requieren dichas inversiones para desarrollarse sólidamente y las propias comunidades indígenas para gozar plenamente de todos sus derechos humanos.
- j. La figura del acuerdo previo, tal como se encuentra legislada en la actualidad, produce una desnaturalización de la consulta previa en el sector Energía y Minas por dos razones: primero, por realizarse en momento anterior al procedimiento de consulta previa dentro del procedimiento minero y de hidrocarburos, y segundo, por realizarse sin ningún tipo de garantía favorable a las comunidades indígenas las que negocian en completa desigualdad de condiciones produciéndose sustracciones a la materia de los procesos de consulta previa.
- k. Las normas sectoriales de participación ciudadana no solo no constituyen una sustitución de las normas sobre consulta previa, pues se aplican a supuestos distintos sino que la aplicación de las primeras no exonera de la realización de las segundas.
- l. La inexistencia de normas reglamentarias sobre consulta previa no exime a ninguna entidad pública de su deber de implementar la consulta previa mediante la aprobación de las respectivas normas y la adecuación institucional pertinente; al contrario, genera responsabilidad funcional en la entidad omisa.

- m. El Estado peruano no puede invocar su propio ocio legislativo para fundamentar su negativa a consultar las medidas cuyas consecuencias continúan afectando a los pueblos indígenas.
- n. Si bien es cierto la Ley de Consulta Previa no es aplicable retroactivamente, subsiste la responsabilidad del Estado ante aquellas medidas no consultadas desde el 02 de febrero de 1995 y por ende está en la obligación de remediar, reparar, compensar y eventualmente de indemnizar a los pueblos afectados lo que podrá implicar someter a consulta la continuidad de actividades autorizadas en el periodo de ocio legislativo del Estado.
- o. Por lo anterior, ante la cuestión de la validez de las medidas no consultadas desde 1995, no basta afirmar que la Ley de Consulta no es retroactiva ni que los pueblos indígenas tienen habilitados sus derechos para acudir a los tribunales sino que el Estado tiene la obligación positiva de corregir y reparar las afectaciones producidas, *de oficio o a petición de parte*.
- p. El subsector Minería ha avanzado de manera insuficiente en su deber de identificación de las medidas susceptibles de consulta previa, mientras el subsector Energía (específicamente Hidrocarburos) ha tenido menor actividad al respecto.
- q. El otorgamiento de concesiones mineras debe ser objeto de consulta previa, lo mismo que la aprobación de los instrumentos de gestión ambiental pues constituyen los momentos más idóneos y oportunos para establecer un diálogo de buena fe entre comunidades afectadas y Estado.
- r. El Sector Energía y Minas debe reformar su institucionalidad e implementar medidas adicionales como el Ordenamiento Territorial Minero, la Evaluación Estratégica Ambiental, etc., a fin de incorporar la consulta previa de las concesiones mineras y de los instrumentos de gestión ambiental.
- s. Respecto al caso de la consulta del Lote 192, se ha verificado que ninguna de las “demandas previas” al proceso de consulta previa planteadas por las

organizaciones indígenas consiste en rechazar la realización o continuación de actividades petroleras en sus territorios, sino en que dichas actividades sean precedidas y acompañadas de medidas estatales que restauren, compensen y remedien sus derechos e intereses dañados a lo largo de 40 años de explotación petrolera así como de medidas que garanticen la obligación de no repetición que le corresponde al Estado satisfacer en las futuras actividades extractivas a realizarse. Es más, ellas se enmarcan adecuadamente en los estándares legales nacionales e internacionales sobre derechos humanos y pueden calificarse por ello, de demandas completamente acordes con el Estado Constitucional de Derecho.

- t. Las demandas planteadas por las organizaciones indígenas al Estado en dicho caso, rebasan completamente las capacidades y competencias de la entidad promotora de la medida a ser consultada, PERÚPETRO, por lo que ellas debieran merecer una atención por parte del Estado en su conjunto y no solamente de la entidad responsable de realizar la consulta previa.
- u. Se ha podido advertir la no aplicación de una política nacional de titulación con énfasis en titulación de tierras de comunidades indígenas resultando del todo preocupante que ni el Ministerio de Agricultura, el de Cultura ni los Gobiernos Regionales tengan claro el enfoque intercultural necesario para ello y que la legislación pertinente date de la década de 1970 sin haber sido adecuada al Convenio 169 de la OIT y los otros tratados e instrumentos de derechos de los pueblos indígenas.
- v. Los principales obstáculos para el inicio efectivo del proceso de consulta previa del Lote 192 corresponden a problemas estructurales y normativos del Estado que no han sido adaptados a las obligaciones derivadas del Convenio 169 de la OIT.
- w. En torno al caso de la comunidad San Juan de Cañarís no hay duda de que dicha comunidad se encuentra amparada en el Convenio 169 de la OIT habida

cuenta de su reconocimiento oficial como pueblo indígena que data del siglo XVIII y de sus actuales características antropológicas.

- x. Los diferentes Ministerios y Gobiernos Regionales no han dado pasos concretos a fin de implementar su deber de consulta previa, salvo el Ministerio del Ambiente y los Gobiernos Regionales de Amazonas y San Martín que han aprobado Ordenanzas Regionales de Consulta Previa con diferente resultado y suerte y el de Ucayali que se ha esforzado en identificar los programas y proyectos susceptibles de afectar a comunidades indígenas.
- y. El Ministerio de Cultura confunde su rol de ente rector de la consulta previa subsumiendo dentro de él a su obligación de implementarla dentro de sus propios procedimientos administrativos en tanto Sector. Preocupan el Ministerio de Trabajo y Promoción Social así como el de Desarrollo e Inclusión Social al no considerarse con competencias susceptibles de afectar a los pueblos indígenas y por tanto no asumirse responsable de la implementación de la consulta previa.

RECOMENDACIONES

1. **A LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS**, se exhorta a que someta a un proceso de modificación -en consulta con las organizaciones representativas de los Pueblos Indígenas-, el D.S. No.001-2012-MC que aprobó el Reglamento de Consulta Previa del Poder Ejecutivo a fin de que gane legitimidad, completa validez y coherencia con los estándares internacionales.
2. **AL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**, a que estudie la modificación de la Ley de Consulta Previa a fin de aportar el marco jurídico necesario para enmendar aquellos errores de implementación originados en interpretaciones incongruentes con los estándares internacionales, ciertas erradas políticas y normas de implementación de la consulta previa así como ciertas incompatibilidades entre dicha Ley y el Convenio 169 de la OIT.

3. **AL VICEMINISTERIO DE INTERCULTURALIDAD**, a que los próximos procesos de actualización de la Guía Metodológica para la Implementación de la Consulta Previa y de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas cuente con plena participación de los pueblos interesados.
4. **AL VICEMINISTERIO DE INTERCULTURALIDAD**, a que considere la modificación de la Directiva No.003-2012/MC que regula la creación de la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas en orden a no propiciar la interpretación de que se restringe la identificación de los sujetos del derecho de consulta previa.
5. **AL MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS**, invocarle a que modifique su política pública de no implementación plena y efectiva del deber de consulta previa, avanzando a la modificación de su legislación sectorial y a la implementación concreta de los procesos de consulta.
6. **AL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**, modificar el artículo 7° de la Ley de Tierras No.26505 a fin de regular la figura del “acuerdo previo” adaptándolo al marco jurídico de la consulta previa y para equilibrar la asimetría negociadora existente entre las partes incorporando garantías favorables a las comunidades indígenas.
7. **A LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO**, solicitar que se efectúe una labor de supervisión conducente a un Informe Defensorial que de cuenta de la situación real de la aplicación de la figura del “acuerdo previo” en relación a las comunidades indígenas y cómo repercute dicha figura contractual en la implementación de la consulta previa en el sector Energía y Minas.
8. **AL INGEMMET**, a revisar su posición jurídica en torno a la no consulta previa de los procedimientos de otorgamiento de concesiones mineras pues vulnera el Convenio 169 de la OIT y los demás estándares internacionales relativos a la materia.

9. **AL SECTOR ENERGÍA Y MINAS**, a revisar su identificación de las medidas objeto de consulta previa y a optar por alguna alternativa institucional de las indicadas en los estudios encargados por la Defensoría del Pueblo y reseñadas en este Informe, a fin de lograr equilibrar el cumplimiento de su deber de consulta previa y la necesidad de mantener eficacia en los procedimientos mineros y energéticos.
10. **A LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS**, en relación al caso del Lote 192 de Loreto que se otorguen las garantías jurídicas efectivas a las comunidades indígenas -de manera previa y simultánea al proceso de consulta previa a iniciarse- para la licitación del Lote 192, o eventualmente, para el contrato que autorice la continuidad de las operaciones de la actual empresa operadora del Lote.
11. **A LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS**, que se proceda a reconocer a la Comunidad San Juan de Cañaris como una comunidad indígena y en consecuencia se le reconozcan todos los derechos derivados del Convenio 169 de la OIT, de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y de los otros Tratados e Instrumentos relativos a la materia.
12. **A LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS, A LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO Y A LA COMISIÓN DE PUEBLOS ANDINOS, AMAZÓNICOS, AFROPERUANOS, AMBIENTE Y ECOLOGÍA DEL CONGRESO**, a que se investiguen las razones y circunstancias por las que la Comunidad campesina Nueva Esperanza de Mollepiña en Apurímac renunció a considerarse como indígena a fin de dar opinión favorable al proyecto “Angostura”.
13. **A LOS GOBIERNOS REGIONALES Y SECTORES DEL PODER EJECUTIVO**, con excepción del Ministerio del Ambiente y los Gobiernos Regionales de San Martín, Ucayali y Amazonas, a iniciar la implementación de su deber de consulta previa.

- z. **AL MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN SOCIAL ASÍ COMO AL DE DESARROLLO E INCLUSIÓN SOCIAL**, a no considerarse carentes de competencias susceptibles de afectar a los pueblos indígenas y por tanto asumirse como responsables de la implementación de la consulta previa.
14. **A LA COMISIÓN DE PUEBLOS ANDINOS, AMAZÓNICOS, AFROPERUANOS, AMBIENTE Y ECOLOGÍA Y A LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**, a iniciar el pronto debate y dictamen del procedimiento de consulta legislativa previa a fin de comenzar la implementación de dicho deber en el seno del Poder Legislativo.
15. **A LA COMISIÓN DE PUEBLOS ANDINOS, AMAZÓNICOS, AFROPERUANOS, AMBIENTE Y ECOLOGÍA Y A LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**, a priorizar los proyectos de ley que busquen desarrollar el derecho de consulta previa.

ANEXOS