



**GUÍA METODOLÓGICA - CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

**VICEMINISTERIO DE INTERCULTURALIDAD – FEBRERO 2013**

**OBSERVACIONES PRELIMINARES**

*Elaborado por:*  
Sébastien Snoeck  
Programa de Gestión de Ecosistemas e Integración de Derechos

**DERECHO, AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES**  
**DAR**

**Abril de 2013**

**Informe: Guía Metodológica - Consulta a los Pueblos Indígenas  
Viceministerio de Interculturalidad – Febrero 2013  
Observaciones Preliminares**

**Objetivo:** Evaluar el contenido de la Guía Metodológica elaborada por el Viceministerio de Interculturalidad sobre la aplicación del derecho la consulta previa a los pueblos indígenas  
**De:** Sébastien Snoeck  
**Para:** Derecho, Ambiente y Recursos Naturales - DAR  
**Fecha:** 9 de abril de 2013

## I. Introducción

El día 2 de abril del 2013<sup>1</sup>, el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura publicó en su portal web, la Guía Metodológica - Consulta a los Pueblos Indígenas, en aplicación del Reglamento de la Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa<sup>2</sup>, Ley N°29785 (en adelante, la Guía). Publicado con casi un año de retraso, ese documento constituye los primeros lineamientos dirigidos a los funcionarios públicos para aplicar las normas referidas al derecho a la consulta previa en el Perú, contenidas en la Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa (en adelante, la LCP), su Reglamento<sup>3</sup> y el Convenio 169 de la OIT.

Con ese documento, el Perú se une al círculo limitado de los Estados que tienen una normatividad nacional que desarrolla el derecho a la consulta previa y además han adoptado lineamientos administrativos para su aplicación<sup>4</sup>.

Dadas las críticas emitidas en contra de la LCP y su Reglamento por parte de la sociedad civil y de las organizaciones indígenas<sup>5</sup>, es inevitable que la Guía Metodológica sea considerada como un instrumento perfectible. Si bien el documento no ha sido elaborado con la participación de las partes interesadas, se precisa que será parte de un constante proceso de actualización y mejora continua.

El objetivo del presente informe es presentar observaciones preliminares sobre la Guía, subrayando sus disposiciones más notables y formulando unas sugerencias y recomendaciones preliminares con miras a su mejora rápida.

---

<sup>1</sup> La Guía Metodológica publicada en la página web del Ministerio de Cultura el 2 de abril de 2013 tiene como fecha de edición 'febrero 2013'. Cabe resaltar que en su Informe de febrero 2013, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT sobre aplicación de los (pág. 920) ya menciona "la Guía Metodológica publicada por el Viceministerio de Interculturalidad". Se desconoce qué documento fue entregado a la OIT.

<sup>2</sup> Artículo 28, inciso 8, y Decimo Primera disposición complementaria, transitoria y final del Reglamento.

<sup>3</sup> D.S. N°001-2012-MC.

<sup>4</sup> Véase por ejemplo el caso de Filipinas y sus directrices revisadas sobre el consentimiento libre, previo e informado (2002).

<sup>5</sup> Véase por ejemplo, Análisis crítico de la Consulta Previa en Perú, Grupo de Trabajo sobre Pueblos indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Lima, 2012; I. Ramos Urrutia & S. Snoeck, Pueblos indígenas y REDD+ en el Perú, DAR, 2013, Capítulo II.

## **II. Análisis**

### **1. Función de la Guía**

Se menciona que la Guía es una herramienta destinada principalmente, a los/las funcionarios/as estatales, que brinda **precisiones u orientaciones** prácticas sobre los estándares nacionales para el proceso de consulta. Las orientaciones y modelos que aparecen en la Guía constituyen “**recomendaciones** sobre cómo aplicar el proceso de consulta” (pág. 6). Sobre la base del principio de flexibilidad, es necesario considerar un espacio para el desarrollo de “nuevas opciones metodológicas, adecuadas a las características del contexto y población”. (pág. 6).

Además, se menciona como fines de la consulta: el respeto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, la prevención de los conflictos sociales y la construcción de una sociedad que incorpore la diversidad cultural como un valor (pág. 5).

El Viceministerio de Interculturalidad usará la Guía como un **referente central** en el ejercicio del rol de rectoría de la política pública de aplicación del derecho a la consulta (pág. 6).

La Guía será parte de un “**constante proceso de actualización y mejora continua**, dado que su contenido se irá enriqueciendo a medida que se desarrollen los procesos de consulta”. Se alienta a los distintos actores interesados en este proceso “a alcanzar sus sugerencias, en particular a aquellos que participarán directamente en la aplicación del derecho a la consulta a los pueblos indígenas” (pág. 5).

Se agrega que se elaborarán otros **documentos informativos para los pueblos indígenas** (pág. 6).

Merece señalar que la Guía contiene **definiciones** adicionales a las del Reglamento sobre las nociones siguientes: asesor, base de datos, derecho de petición, enfoque de género, facilitador, intérprete, medios impugnatorios, servicios públicos y traductor (p. 7-11) y derechos colectivos (pág. 14-16).

### **2. Fuentes de Derecho internacional**

La Guía recuerda que el **Convenio 169** tiene rango constitucional y que entró en vigencia en el 1995 (pág. 4). Pero **no** se mencionan las sentencias de la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** (Corte IDH) como una fuente de obligaciones del Estado o con una fuente de interpretación de la LCP. La única sentencia citada es la sentencia del caso *Saramaka*, sin que se tenga en cuenta todas sus consecuencias (pág. 50) (más abajo, punto 15).

La Guía tampoco contiene referencias a la **Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007)** o a las interpretaciones de los organismos internacionales sobre el derecho a la consulta<sup>6</sup>.

### **3. Identificación de los pueblos a ser consultados**

Es de resaltar que cuando la Guía se refiere a los **criterios objetivos** de identificación de los pueblos indígenas, se refiere directamente a los criterios mencionados por la OIT, y no a los criterios identificados por la Ley (pág. 24), lo que es una recomendación bienvenida dadas las críticas emitidas en contra de la LCP sobre ese punto<sup>7</sup>.

En cuanto a los criterios objetivos de identificación, se precisa que la lengua o el territorio sólo son “indicadores” de criterios objetivos, y no criterios en sí mismos, lo que constituye una precisión importante (p. 26). También es útil, y congruente con los estándares internacionales, recordar que es posible que exista un pueblo indígena sin lengua indígena y sin tierra comunal (pág. 27)<sup>8</sup>. La Guía debería contener más información sobre las modalidades de identificación práctica de los pueblos indígenas, especialmente en los casos complejos (ej. pérdida del idioma, pueblos fragmentados, pueblos desplazados, etc.)

### **4. Sobre la Base de Datos de los Pueblos Indígenas** (incorporado en el “capítulo 4 Instrumentos” de la Guía Metodológica),

Se precisa lo siguiente:

- Según la Guía, existen, 52 pueblos indígenas en el Perú hasta el momento (págs. 25, 59), pero no precisa las modalidades de recopilación de esa información.
- Si bien se identifica a pueblos andinos en la Base de Datos (pág. 59-61), no se justifica la diferencia del número de total pueblos en relación al mapa etnolingüístico de INDEPA del 2010, que identificaba a 76 etnias, de las cuales, 15 eran andinas.
- El cuadro de identificación, debería tener mayor precisión antropológica. Confunde los indicadores de Pueblos y otras denominaciones, colocando como otras denominaciones pueblos diferentes, los cuales pueden pertenecer a una misma familia lingüística, por ejemplo, los Kandozi y los Shapra, son de una misma familia pero son diferentes pueblos (aún cuando tienen idiomas parecidos). Igual sucede con la denominación Secoya, que es la otra denominación de los Aido Pai y otros. Asimismo se han invisibilizado diferentes pueblos pertenecientes a la familia lingüística quechua. De ese modo faltarían por ejemplo, los Quechuas (del Pastaza), los Kichwas (del Corrientes y Tigre), los Cañaris, los Huancas, los Tarumas, los Xauxas, los Chancas, los Choccas, los Yauyos. Además, faltan los pueblos Ashéninka y Shuar. La lista es modificable y se requiere la participación de las organizaciones indígenas y de los pueblos para su elaboración.
- La realización de los procesos de consulta no se encuentra supeditada a la publicación de la Base de Datos Oficial, toda vez que no es un instrumento constitutivo de derechos (pág. 25).

<sup>6</sup> Ver I. Ramos Urrutia & S. Snoeck, Pueblos indígenas y REDD+ en el Perú, DAR, 2013, Capítulo II.

<sup>7</sup> Véanse I. Ramos Urrutia & S. Snoeck (2013), DAR, op.cit, pág. 30.

<sup>8</sup> Véanse I. Ramos Urrutia & S. Snoeck (2013), op.cit, pág. 30.

- Sobre las fuentes de la base de datos: la Guía menciona que se usará también la información obtenida por las organizaciones de la sociedad civil o cualquier otra entidad o institución vinculada a la materia, lo que no menciona la Directiva del Ministerio de Cultura sobre la Base de Datos. No se menciona de manera expresa que la información presentada por las organizaciones indígenas podría considerarse como una fuente de la Base de Datos (pág. 26), sino que se precisa que se irá incorporando mayor información progresivamente, con la participación de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas (pág. 59). Se debería recomendar permitir a las OOI representativas solicitar el registro del (los) pueblo(s) que representan o la modificación de información incompleta o incorrecta.
- La Guía agrega que asimismo, se tomará como referencia información elaborada por otras instituciones como UNICEF, lo que se refiere sin duda al Atlas Sociolingüístico de Pueblos indígenas en América Latina elaborado por esa institución (UNICEF & FUNPROEIB Andes, 2009)<sup>9</sup>.

Acerca de los pueblos indígenas u originarios en aislamiento o en contacto inicial:

- La Guía Metodológica sólo ha considerado (en la sección de la Base de Datos) a los pueblos que se encuentran en las reservas territoriales actualmente reconocidas (aunque no se ha incluido al pueblo Nahua).
- Al estar incluida la Base de Datos dentro de la Guía Metodológica (para el proceso de consulta), se podría interpretar que al incluir a pueblos indígenas u originarios en aislamiento o en contacto inicial en dicha Base de Datos anexa, se consideren que estos pueblos serían sujetos de consulta, vulnerando el principio del no contacto.

## **5. Derecho de petición**

Se recuerda que el derecho de petición de iniciar el proceso de consulta se puede ejercer a partir de la publicación de la propuesta de medida y hasta la adopción de la medida. En caso de adopción y publicación de la medida en el Diario Oficial, ya no se puede solicitar el inicio del proceso de consulta. Sólo quedan abiertos los recursos contenciosos. Por lo tanto, recomendamos que se obligue a todas las autoridades públicas a sistemáticamente publicar sus proyectos de medidas administrativas.

En caso de **recurso** contra la decisión de rechazo del petitorio, el Reglamento de la LCP dispone que no es suspensivo, es decir que no impide adoptar la medida. Sin embargo, se debería recomendar a las entidades no adoptar la medida antes de haber agotado todos los recursos (por lo menos administrativos), so pena de privar el derecho a la consulta de su eficacia. En efecto, en caso de que la autoridad de apelación considere el recurso fundado después de la publicación de la medida, ya no se podría llevar a cabo un proceso de consulta. La normatividad no prevé posibilidad de consulta sobre medidas publicadas. La única vía de reparación sería un recurso para anular la medida (por vulneración de la LCP).

---

<sup>9</sup> [http://www.proeibandes.org/atlas/tomo\\_1.pdf](http://www.proeibandes.org/atlas/tomo_1.pdf).

## 6. Afectación de los pueblos indígenas por una medida

De acuerdo a la normatividad, se consultan medidas que puedan afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas. La Guía contiene precisiones interesantes acerca del contenido de los **derechos colectivos** identificados por el Reglamento. Sin embargo, no son fundamentadas (pág. 14-16). Se debería agregar el derecho a la protección del medio ambiente de los territorios que habitan (Art. 4, inciso 1, y 7, inciso 4, del Convenio 169). Acerca de los derechos territoriales, el Reglamento sólo menciona el “uso de los recursos naturales” y omite mencionar el derecho a la propiedad comunal<sup>10</sup>. La Guía agrega, de manera idónea que los derechos territoriales abarcan “la propiedad o posesión colectiva, el uso de los recursos naturales que se encuentran en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente, en el marco de la legislación vigente”. Esa precisión es importante, y debería apoyar la revisión del Reglamento sobre ese punto y de toda la legislación vigente que no reconoce de manera clara el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunal sobre sus territorios.

La Guía recuerda que las normas no establecen un método para determinar la “**afectación directa**”. Se recomienda a los funcionarios evaluar si la medida tiene una “relación directa” (noción no definida - véase Art. 9 de la LCP) con los derechos de los pueblos indígenas, antes de evaluar la susceptible “afectación directa de los derechos” de los pueblos, presentando ese paso analítico como una etapa adicional a la etapa de evaluación de la afectación (pág. 16-17). De igual manera, la Guía considera que son criterios para evaluar la afectación directa los “cambios *relevantes y directos* en la situación jurídica” de los pueblos indígenas”. Esas precisiones podrían restringir el ámbito de la noción de “afectación directa” (pág.17).

Esas recomendaciones agregan criterios no contemplados por el Convenio 169 y podrían limitar el derecho a la consulta. En efecto la “relación directa” se podría entender como ‘tener por objeto de regular los derechos de los pueblos indígenas’, lo que sólo es *uno* de los casos en los cuales se puede evidenciar una “afectación directa”. Hay que recordar que no es el contenido formal de la medida lo que importa, sino sus consecuencias concretas sobre la situación de los pueblos indígenas, sea que la norma lo tenga por objeto o como efecto. Por lo tanto, una medida afecta directamente a los pueblos indígenas cuando, (i) regula directamente sus derechos (sea por una norma que tenga exclusivamente o parcialmente ese propósito)<sup>11</sup>; en ese caso, debería existir una presunción de afectación; (ii) cuando se trata de una medida de alcance general o particular que no tiene este objeto pero que afecta a los pueblos indígenas de manera específica<sup>12</sup>, en modos no percibidos por la población general del Estado<sup>13</sup>. En ese último caso, se debería analizar los efectos concretos de la

<sup>10</sup> Véanse I. Ramos Urrutia & S. Snoeck (2013), op.cit.

<sup>11</sup> Por ejemplo, véase OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Argentina (GB.297/20/1):(GB.303/19/7), párrs. 12 y 64.

<sup>12</sup> Foro Permanente (2005), Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado, Doc. ONU, E /C.19/2005/3, párr. 12. OIT, Reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Brasil, (GB.295/17):(GB.304/14/7).

<sup>13</sup> Informe del Relator Especial (2009), Doc. ONU A/HRC/12/34, párr. 63. Mecanismo de Expertos (2012), Opinión N°4, párr. 12. El Mecanismo de Expertos también se ha referido a medidas que “*afectan específicamente a los pueblos indígenas*” (Opinión N°2, 2011, párr. 16).

medida sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas, en colaboración con sus organizaciones representativas. Siendo un objetivo de la consulta el de determinar en qué medida una decisión pueda impactar a los pueblos (Guía, pág. 18), el criterio de la “afectación directa” no puede ser interpretado de manera restrictiva para no someter una medida estatal a un proceso de consulta. Siendo el Estado obligado a llevar a cabo consultas previas, la carga de la prueba de la ausencia de afectación debería siempre recaer en el Estado una vez iniciado el proceso.

La Guía agrega que durante el proceso de evaluación de la afectación se debe considerar no sólo los cambios en la situación jurídica, sino **también en “las condiciones de vida, identidad cultural y desarrollo”**. Esa precisión, que amplía el ámbito de la “afectación directa” es bienvenida, al no ser directamente contemplada por el Reglamento (ver los Art. 3, b y 19). Se agrega que la afectación puede ser negativa o positiva (salvo para los servicios públicos, lo que no daría lugar a un proceso de consulta).

En cuanto a los **temas** a considerar, se precisa que “algunos supuestos de afectación directa son: los cambios en los modelos de educación bilingüe intercultural, regulaciones respecto a la jurisdicción indígena, limitación total o parcial del derecho a la propiedad o posesión colectiva de la tierra, modificación a las condiciones de uso y acceso tradicional a los recursos naturales” (pág. 17).

## **7. Medida a consultar**

La Guía no agrega ejemplos de **medidas** a consultar no contemplados por el Reglamento. Se mencionan las medidas legislativas o administrativas, y las medidas de aprobación de los planes, programas y proyectos de desarrollo. Al respecto, hay que recordar que además de las medidas legislativas y administrativas, todas las políticas, los planes, programas y proyecto que puedan impactar a los pueblos indígenas debería consultarse, sin restringirse al tema del desarrollo<sup>14</sup>.

En cuanto a casos relacionados a **recursos naturales**, la Guía menciona que “el/la funcionario/a estatal debe realizar procesos de consulta antes de dar inicio a la actividad o proyecto; o de autorizar a la Administración para la suscripción de contratos con el mismo fin, y debe también brindar a los pueblos indígenas la información y alcances sobre el acto administrativo a consultar. El resultado del proceso de consulta servirá para determinar el grado de afectación del acto administrativo respecto a los derechos colectivos de los pueblos indígenas” (pág. 19).

Es lamentable que esa recomendación no contenga ninguna precisión acerca de los momentos que generan obligación de consulta. Hay que recordar que la finalidad de la consulta es permitir a los pueblos indígenas influenciar decisiones que les puedan afectar, antes de su adopción, de tal forma que cualquier consulta sobre medidas que ya hubiera contenido resultados de decisiones no consultadas habría sido tardía.

---

<sup>14</sup> Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, Chile, 29 de Noviembre de 2012, párr. 30.

En cuanto a las **infraestructuras de servicios públicos**<sup>15</sup>, se menciona que, a pesar de que la construcción de infraestructuras de servicios públicos constituyen excepciones al derecho a la consulta, sí debería existir una “coordinación previa” con los pueblos indígenas acerca de los servicios (pág. 20 y 22) “a fin de conocer su posición y lograr acuerdos para la provisión del servicio.” (pág. 20). Se precisa que los servicios benefician directamente a los pueblos cuando mejoran la situación socioeconómica de los pueblos indígenas y no perjudican el bienestar de los pueblos indígenas. Se agrega que se debe considerar la participación de los pueblos indígenas y el pleno respeto de sus derechos colectivos (pág. 22).

Entonces, uno puede concluir que cuando los pueblos rechazan esos servicios, alegando que perjudican su bienestar, se debería llevar a cabo un proceso de consulta. Esas precisiones resaltan aún más el carácter cuestionable de esa excepción, introducida por el Reglamento de la LCP<sup>16</sup>.

## 8. Plan de consulta

**No** se menciona que el Plan de Consulta será formalmente **consultado**. Pero sí se menciona que se podrá mejorarlo durante las reuniones preparatorias con los pueblos indígenas (págs. 13, 77). Se recomienda elaborarlo a lo largo de las **Reuniones Preparatorias** (pág. 29), lo que responde a varias críticas de la sociedad civil y organizaciones indígenas. Se debería recomendar que el Plan de Consulta sea sistemáticamente el producto del diálogo y debe lograrse mediante acuerdo. Asimismo se debería promover que los pueblos presenten sus propuestas al respecto.

Se plantea que en su elaboración es esencial que los/las funcionarios/as estatales realicen “los mayores esfuerzos por contar e incluir las opiniones brindadas por las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que serán consultados” (pág. 62). Se agrega que la identificación de los pueblos y derechos colectivos afectados podrá ser modificada tras la evaluación y revisión de los aportes recibidos de los pueblos indígenas (pág. 62).

Acerca de la **metodología**, se menciona que el/la funcionario/a estatal “podrá considerar que la metodología tendrá un enfoque intercultural, cuando se respeten los usos, costumbres, tradiciones, dinámicas socioeconómicas, etc., por ejemplo, a través del uso de la lengua indígena” (pág. 66). Hay que recordar que el enfoque cultural no solo es una recomendación, sino también una obligación legal (Art. 4, b, de la LCP). Si bien el uso de la lengua por las autoridades es facultativo, los participantes deben poder usar sus idiomas de manera libre (Art. 20, 7, a, del Reglamento de la LCP).

De acuerdo con el Art. 16 del Reglamento, el Plan de Consulta debe contener, entre otros, los mecanismos de publicidad, información, acceso y transparencia del proceso, así como el mecanismo para realizar consultas o aclaraciones sobre la medida objeto de consulta. En cuanto a los mecanismos de **acceso y transparencia del proceso**, la Guía menciona que se publicará la información en el Portal web de la entidad y que se podrá presentar

---

<sup>15</sup> La Guía brinda precisiones acerca de la noción de servicios públicos (págs.11 y 22-23).

<sup>16</sup> Véanse I. Ramos Urrutia & S. Snoeck (2013), op.cit, pág. 45.



solicitudes de acceso a la información pública de acuerdo a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública N°27806 (pág. 68). Esa última modalidad de información podría ser inoportuna. En efecto, la obligación de informar a los pueblos indígenas sobre la medida es una obligación específica que se fundamenta directamente en el derecho a la consulta y no se puede confundir con el derecho general de acceso a la información pública, que se fundamenta en la libertad de expresión<sup>17</sup>. Si la información está en manos de otras entidades, la entidad promotora debe obtenerla y comunicarla lo más rápido posible, dado que el Estado tiene una obligación de comunicación constante con los pueblos indígenas. Cabe recordar que, de acuerdo al Convenio 169, la obligación de información durante el proceso de consulta recae en el Estado en general, y no en la entidad que propone la medida. La demora en la entrega de la información no deberá perjudicar a los pueblos indígenas, reduciendo el plazo de la etapa del proceso.

De manera general, nos parece que la presentación de los **instrumentos** del proceso de consulta en la sección IV del a Guía no facilite la comprensión del proceso, al repetir unas informaciones y presentarlas de manera fragmentada. Recomendaríamos una presentación cronológica de los instrumentos (especialmente el Plan de Consulta y el Acta de Consulta) para facilitar la comprensión y utilización de los documentos.

## **9. Reuniones preparatorias**

A pesar de que la organización de reuniones preparatorias no sea de obligatorio cumplimiento, la Guía las menciona de manera **sistemática** como parte del proceso (págs. 12, 13, 17, 29, 32, 54-55, 68 y 75) y precisa que los funcionarios estatales promoverán el desarrollo de estas reuniones con el fin de asegurar la participación de las organizaciones representativas del o de los pueblos indígenas desde el inicio del proceso (pág. 54). Las reuniones preparatorias no se enmarcan en el plazo de 120 días (pág. 54).

Se precisa que esa reunión tienen el **propósito** de: informar acerca de la propuesta de Plan de Consulta; brindar mayores precisiones en caso se configuren procedimientos de especial complejidad; y recoger las recomendaciones u observaciones que realicen las organizaciones representativas de los pueblos indígenas respecto a la propuesta de Plan de Consulta que les ha sido entregada. Se brinda recomendaciones útiles acerca de la organización de esas reuniones (pág. 55) y se menciona que se podrá modificar la propuesta de medida después de esas reuniones.

Sería aconsejable recomendar la organización sistemática de esas reuniones. Al no existir plazos ni número máximo de reuniones preparatorias, esas reuniones constituyen el lugar idóneo para fomentar la confianza entre los actores y desactivar todos los posibles problemas de comunicación entre las partes o de organización del proceso.

---

<sup>17</sup> Véase Corte IDH y Comité de derechos civiles y políticos de la ONU.

## 10. Plazos

La Guía recuerda que el plazo para acreditar los **representantes** se computa dentro del plazo de la etapa de información (véase Art. 10, inciso 4 del Reglamento). Eso es lamentable por limitar el plazo de la etapa de información de manera injustificada. Un absurdo derivado de esa regla se encuentra cuando el Reglamento dispone que en caso de medida administrativa con carácter de urgencia, se aplicará los plazos mínimos previstos en el Reglamento, es decir, 30 días para la etapa de información. De usar ese plazo para acreditar a los representantes, no quedaría ningún tiempo para la etapa de información, lo que constituirá un incumplimiento de las obligaciones del Estado.

Se menciona que en caso de especial complejidad se aplicarán los **plazos máximos** (pág. 33). Sin embargo, no se prevé una extensión de esos plazos. Cabe resaltar que la Ley no prevé sanciones para el incumplimiento de los plazos previstos, así que los funcionarios podrían extenderlos de ser necesario.

Cabe recordar que la obligación de información se aplica durante todo el proceso de consulta<sup>18</sup>, de tal forma que la entidad promotora no podrá negarse a informar al pueblo durante una etapa distinta de la etapa de información. Se recomienda agregar esa obligación en el Modelo de Plan de Consulta.

## 11. Asistencia técnica

La Guía menciona, como el Reglamento, que los funcionarios de la entidad promotora “**alentarán**” que los pueblos indígenas cuenten con la asistencia técnica que fuese necesaria” (pág. 35), lo que supone que esa asistencia técnica no es obligatoria.

Se precisa que no corresponde a la entidad promotora asumir los pagos “por el concepto de servicios de los asesores” de los representantes de los pueblos indígenas (anexo 1, pág. 74).

No se menciona el posible financiamiento de asesores o **expertos externos**, favorecido por el Relator Especial<sup>19</sup>. Por ello, se recomienda agregar esa obligación, tanto en la Guía como en el Modelo de Plan de consulta, especialmente durante la etapa de evaluación interna.

## 12. Evaluación interna

La Guía recomienda que los funcionarios coordinen con las organizaciones representativas sobre: el número de reuniones que las organizaciones indígenas proponen realizar, los

---

<sup>18</sup> La Corte IDH ha precisado que el deber de consultar “requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes”. Corte IDH, *Saramaka vs Surinam*, 2007, párr. 133. Véase también, Corte IDH, *Kichwa de Sarayaku vs Ecuador*, 2012, párrs. 177 y 208.

<sup>19</sup> Relator Especial, Doc. A/HRC/18/35/Add. 8, Costa Rica, Proyecto hidroeléctrico El Diquís, 2011, párr. 36: “se debe asegurar que los pueblos indígenas dispongan del conocimiento y capacidad técnica requeridos. A estos efectos, los pueblos indígenas deberán poder contar con sus propios asesores expertos en las materias pertinentes, tales como ingeniería, derecho, finanzas, medio ambiente, desarrollo y negociación. El Estado debería asegurar el financiamiento de estos asesores, dentro de fórmulas que les permitieran mantenerse exclusivamente al servicio de las partes indígenas y fuera del ámbito de control del ICE u otra parte”.

costos logísticos que demande esta etapa , la participación de facilitadores/as e intérpretes, la entrega del material informativo, el apoyo técnico, la participación de observadores, el apoyo para la elaboración del programa o la metodología, la entrega del documento con la posición sobre la medida propuesta, la participación de autoridades competentes.

Esas recomendaciones se formulan por la etapa de la evaluación interna. Se debería asegurar esas **coordinaciones** desde las reuniones preparatorias. Además, se debería recomendar coordinación con las organizaciones indígenas sobre los puntos siguientes: una agenda que incluya las propuestas autónomas de las organizaciones (espacios de decisión autónoma dentro de las reuniones), metodología consensuada, coordinación de un espacio de gestión de conflictos.

### **13. Participantes**

Aunque no es previsto por las normas, la Guía menciona la posible participación de “**observadores**”, invitados de común acuerdo de las partes (pág. 38, 64, 76, 83). Además, se menciona la posible participación de “autoridades competentes que salvaguarden el normal desenvolvimiento del proceso”, sin mayor precisión (págs. 39). Más abajo, se menciona a la Defensoría del Pueblo<sup>20</sup> y se cita como lección aprendida la participación de organismos internacionales como observadores (pág. 64).

Se precisan las pautas de actuaciones de los **facilitadores, intérpretes y asesores** (anexo 1). El Reglamento dispone que corresponde a la Entidad promotora convocar a los facilitadores e intérpretes, en coordinación con los representantes de los pueblos indígenas (Art. 11.1). Por lo tanto, se debería precisar, por un lado, que la responsabilidad del Estado puede exigirse por actuaciones de los facilitadores e intérpretes (ej. entrega de información falsa o tentativa de influencia indebida en el proceso) y, por el otro, que se podría revocar a facilitadores o intérpretes que no gozan de la confianza de todos los participantes (en base a la buena fe).

De acuerdo con los Art. 3.n y 11.3 del Reglamento de la LCP, los organismos no gubernamentales u otras organizaciones de la **sociedad civil** (y del sector privado) sólo podrán ser asesores en el proceso de consulta. La Guía recuerda esa regla, sin brindar más precisiones (pág. 76). De nuestra opinión, se desprende del Art. 3.n del Reglamento que esas organizaciones no pueden desempeñar la función de representantes de pueblos indígenas. Sin embargo, los participantes podrían ponerse de acuerdo para que asistan como observadores (pág. 36).

### **14. Diálogo**

Se menciona que los funcionarios deben “realizar sus mayores esfuerzos por conducir esta etapa en un contexto de **buena fe** orientado a generar consensos sobre la medida objeto de consulta”. En realidad, se debería mencionar que “los mayores esfuerzos” se aplican al

---

<sup>20</sup> Dado las funciones y competencias de la DP, la entidad promotora no podría oponerse a la presencia de funcionarios de esa institución, en calidad de observadores.

objetivo de llegar a un acuerdo sobre la medida y no a la buena fe. La obligación de buena fe es una obligación de resultado.

Además, se debería agregar recomendaciones acerca del respeto necesario a **los procesos tradicionales de toma de decisiones** propios a los pueblos indígenas<sup>21</sup>, los que deberían tomarse en cuenta a lo largo del proceso.

La **suspensión y abandono** del diálogo puede ocurrir por:

- Razones ajenas a las partes: se recuerda que el plazo legal máximo es de 15 días. Sería aconsejable incluir recomendaciones acerca de la manera de superar esa situación vencido el plazo, garantizando que se reúnan las condiciones apropiadas para seguir con la etapa de diálogo.
- Abandono del diálogo por los pueblos indígenas: se menciona que la autoridad deberá agotar todos los medios posibles para generar escenarios de diálogo. Sería aconsejable que, agotadas esas tentativas, la entidad comunicara a los pueblos indígenas el plazo dentro del cual el rechazo del diálogo será considerado como un abandono definitivo de la etapa de diálogo, exponiendo las consecuencias de esa situación, con miras a evitar apresuramiento y clausura abusiva de esa etapa.

La normatividad no ha instituido mecanismos *ad hoc* de **gestión de quejas** que permitirían subsanar críticas acerca del comportamiento de las autoridades o de funcionarios determinados. Sin embargo, sería aconsejable emitir lineamientos acerca de la creación de dichos mecanismos para permitir un manejo rápido y eficaz de las quejas, dentro del proceso de consulta, e incluirlo en el modelo de Plan de consulta, al lado de los mecanismos para absolver consultas o aclaraciones sobre la medida (pág. 68). En efecto, el uso de los recursos administrativos o judiciales (pág. 52) no permite la construcción de un consenso, dentro de los plazos legales aplicables a la consulta.

## **15. Acta de consulta**

El modelo de Acta de Consulta precisa que se dará lectura de dicha Acta frente a todos los presentes. Siendo un documento de carácter público, será publicado en el portal web de la entidad luego de su suscripción y será remitido al Viceministerio de Interculturalidad (pág. 86).

Se debería recomendar que se tradujera sin plazo el Acta en los idiomas de los pueblos consultados y que se les remita una copia inmediatamente.

## **16. Decisión final**

Se menciona que la medida adoptada deberá, entre otros (pág. 50): respetar las normas de orden público y los derechos fundamentales y garantías establecidas en la Constitución y la legislación vigente; preservar la supervivencia de los pueblos indígenas y sus derechos

---

<sup>21</sup> Relator Especial (2009), A/HRC/12/34/Add.6.

colectivos. La medida adoptada no debe atentar contra la capacidad de los pueblos indígenas a sobrevivir como tales (ref. Corte IDH, Pueblo Saramaka Vs. Surinam, del 28 de noviembre de 2007).

De manera cuestionable, la Guía menciona esa situación no cómo un caso de consentimiento obligatorio, como lo identifica la Corte Interamericana, sino como un parámetro a evaluar al momento de adoptar la medida.

Esas disposiciones generarían confusión acerca de las normas aplicables. El proceso de la evaluación debería seguir los pasos siguientes:

1. ¿Estamos frente a un caso que requiere el consentimiento previo?
  - En caso afirmativo, no se puede adoptar la medida sin el consentimiento.
  - En caso negativo, continuamos el análisis.
  
2. ¿Cuáles son los derechos de los pueblos indígenas menoscabados por la medida? ¿cuáles son los derechos de terceros en competencia o cuál es el objetivo legítimo buscado por la medida?
  - Se aplica el “juicio de proporcionalidad” tal como ha sido definido por la Corte IDH, teniendo en cuenta los derechos en juego, aplicando los criterios de legalidad, legitimidad, necesidad, proporcionalidad <sup>22</sup>. Una mera evaluación de proporcionalidad entre el objetivo de la medida y la limitación de los derechos sería insuficiente.
  
3. Al finalizar esa evaluación, ¿en qué grado se menoscaban los derechos de los pueblos indígenas?
  - En caso de poner en riesgo la supervivencia física o cultural del pueblo, no se puede adoptar la medida.
  - En caso de limitación legítima de los derechos, se adoptan medidas de protección de los derechos y medidas de compensación.

La Guía menciona que “la entidad promotora debe precisar cuáles de los planteamientos propuestos por los pueblos indígenas consultados han sido o no incorporados, y en este último caso, precisar el **motivo** por el cual no fueron tomados en consideración”. Esa recomendación es fundamental en un proceso de toma de decisión colectivo que busca el consenso entre los actores y se debería aplicar sistemáticamente a todos los procesos participativos.

## **17. Seguimiento y Evaluación**

Mientras el Reglamento no lo menciona de manera clara<sup>23</sup> (véase Art. 28, inciso 6), la Guía precisa que le corresponde al Viceministerio de Interculturalidad realizar el **seguimiento** de los acuerdos alcanzados durante los procesos de consulta (pág. 70).

---

<sup>22</sup> Véase. I. Ramos Urrutia & S. Snoeck, Pueblos indígenas y REDD+ en el Perú, DAR, 2013, pág. 60.

<sup>23</sup> El Art. 28, inciso 6, del Reglamento de la LCP dispone: “Son funciones del Viceministerio de Interculturalidad las establecidas por Ley y el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura. Estas incluyen (...) Registrar los resultados de las consultas realizadas. Para tal fin, las entidades promotoras deben remitirle en

Se menciona que la Guía constituye un documento que será parte de un constante proceso de actualización y mejora continua (pág. 5). Sería muy útil organizar durante y al final del proceso, un mecanismo de **retroalimentación** de los participantes sobre el conducto de la consulta, para generar experiencia e identificar buenas prácticas.

## 18. Derecho a la participación de los pueblos indígenas

Tanto el Convenio 169 de la OIT<sup>24</sup> como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>25</sup> han reconocido un derecho a la participación de los pueblos indígenas en los asuntos que les afecten.

Es pertinente resaltar que este derecho a la participación indígena en los asuntos que los conciernen constituye un **derecho específico**, que no se puede confundir con el derecho general a participar en la vida pública del Estado. Ese derecho sólo beneficia a los pueblos indígenas y tiene un fundamento jurídico específico<sup>26</sup>. Por ello, las medidas de participación que beneficien a la población en general son generalmente insuficientes para garantizar ese aspecto del derecho a la participación indígena.

Al nivel nacional, si bien el Reglamento de la LCP reconoce el derecho de los pueblos indígenas a 'participar', no se ha identificado su contenido o regulado sus modalidades de ejercicio, como lo ha destacado recientemente la Comisión de Expertos sobre la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT<sup>27</sup>. Solo se dispone que corresponda a las distintas entidades públicas desarrollar los mecanismos de participación dispuestos en la legislación vigente, los cuales serán adicionales o complementarios a los establecidos para el proceso de consulta<sup>28</sup>. Sin embargo, los mecanismos de participación dispuestos en la legislación vigente se aplican a la población en general y no contemplan formas de participación particulares de los pueblos indígenas.

---

formato electrónico, los Informes de Consulta. La información debe servir de base para el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados en los procesos de consulta. "

<sup>24</sup> Art. 6, inciso 1, b, y 7, inciso 1, del Convenio 169.

<sup>25</sup> En particular, Art. 18.

<sup>26</sup> En efecto, el derecho de los pueblos indígenas a participar en los asuntos que los afectan se fundamenta en los Art. 6 y 7 del Convenio 169, interpretado a la luz del Artículo 18 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) y tiene un vínculo con el derecho a la auto-determinación de los pueblos indígenas, reconocido por la DNUDPI. Por otro lado, la participación en la vida pública como cualquier ciudadano, mediante los procesos electorales y la postulación a cargos públicos, se fundamenta en los tratados generales de derechos humanos y en el Art. 5 de la DNUDPI. Véanse Mecanismo de Experto (2010), párr. 5. Clavero B. (2005), *The Indigenous Rights of Participation and International Development Policies*, Arizona Journal of International & Comparative Law, Vol. 22, No. 1, 2005. B. Merino & I. Lanegra, *Consulta previa a los pueblos indígenas*, Centrum y GIZ, Lima, 2013, pág. 25.

<sup>27</sup> En su Informe anual 2013, la CEACR nota, acerca de la aplicación del Convenio 169 en el Perú que "la legislación actualmente vigente ha dejado pendiente el desarrollo legislativo de los mecanismos de participación y de participación en los beneficios (quinta y décima disposición complementaria, transitoria y final del reglamento) que requiere el Convenio. (...) La Comisión espera que la próxima memoria contenga informaciones que permitan examinar la manera en que se han puesto en práctica las nuevas medidas adoptadas en el marco de la Ley del Derecho a la Consulta Previa y de su reglamento. Teniendo en cuenta que se ha dejado pendiente dar pleno efecto a las disposiciones relativas a la participación y cooperación de los pueblos indígenas que se encuentran en el artículo 6, 1), b) y c); en el artículo 7, y en la parte II, sobre tierras, del Convenio, la Comisión alienta al Gobierno a que, en consulta con los pueblos indígenas y las otras partes interesadas, se adopten las medidas legislativas correspondientes y se revisen en consecuencia las disposiciones de la legislación vigente."

<sup>28</sup> Quinta DCTF del Reglamento de la Ley de Consulta Previa.

Al respecto, se recomienda al Viceministerio de Interculturalidad emitir lineamientos claros acerca de la implementación del derecho a la participación de los pueblos indígenas en los asuntos que les conciernen.

### **III. Recomendaciones preliminares**

Por lo tanto, en base a un análisis preliminar, se recomienda al Viceministerio de Interculturalidad:

#### 1. Modificar la Guía Metodológica con miras a:

- a. Incorporar las referencias necesarias a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y a los pronunciamientos de los organismos internacionales de derechos humanos<sup>29</sup>.
- b. Agregar los pueblos no identificados entre los 52 que conforman la lista de los pueblos indígenas de la base de datos, en coordinación con la sociedad civil y las organizaciones indígenas; y mejorar los criterios prácticos de identificación de los pueblos.
- c. Aclarar el uso de la Base de Datos dentro de la Guía Metodológica en cuanto a Pueblos Indígenas en Aislamiento o Contacto Inicial.
- d. Recomendar a todas las autoridades estatales publicar sus proyectos de medidas, con miras a permitir el ejercicio del derecho de petición de consulta.
- e. Recomendar a las entidades promotoras no adoptar un proyecto de medida hasta que agoten los recursos referidos al derecho de petición.
- f. Clarificar el proceso de evaluación de la posible 'afectación directa' de la medida, en congruencia con las normas y pronunciamientos internacionales, para asegurar que cada medida de alcance general o particular que tenga el objeto o el efecto de afectar los derechos o intereses de los pueblos indígenas sea sometida a un proceso de consulta.
- g. Agregar en los derechos colectivos el derecho a la preservación del medio ambiente de los territorios que habitan los pueblos indígenas.
- h. Precisar los criterios a tomar en cuenta para definir con claridad el momento de consulta, particularmente en lo que atañe al otorgamiento de derechos a terceros sobre territorios comunales.
- i. Recomendar que, en todo momento, las metodologías usadas durante el proceso de consulta tengan un enfoque intercultural y sean construidas y desarrolladas en coordinación constante con las organizaciones indígenas.
- j. Recomendar que la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública N°27806 no constituye un instrumento adecuado para cumplir con las obligaciones de información de los pueblos afectados.

---

<sup>29</sup> Véanse I. Ramos Urrutia & S. Snoeck, DAR, (2013).

- k. Recomendar un plan de comunicaciones coordinado con las organizaciones indígenas en las reuniones preparatorias para que se pueda informar adecuadamente a los pueblos afectados antes, durante y después del proceso.
  - l. Recomendar la organización sistemática de las reuniones preparatorias para la redacción conjunta del Plan de Consulta y las coordinaciones necesarias.
  - m. Recomendar que las entidades promotoras brinden la asistencia técnica que sea necesaria para informar a los pueblos afectados de forma completa y clara; de ser necesario, mediante asesores de los propios pueblos, en coordinación con ellos.
  - n. Precisar que durante la etapa de diálogo, los funcionarios siempre deben respetar la buena fe y realizar sus mayores esfuerzos para generar consensos sobre la medida objeto de consulta; además agregar recomendaciones acerca del respeto necesario a los procesos tradicionales de toma de decisiones propios a los pueblos indígenas en cada etapa del proceso.
  - o. Agregar precisiones sobre la manera de superar condiciones ajenas a las partes que puedan generar la suspensión del proceso.
  - p. Recomendar la creación de mecanismos específicos de gestión de quejas referidas al proceso de consulta.
  - q. Recomendar que se traduzca y entregue sin plazo el Acta de Consulta.
  - r. Precisar los casos de consentimiento previo obligatorio y mencionar el proceso de evaluación de las limitaciones a los derechos humanos, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana y al derecho internacional de los derechos humanos (criterios de legalidad, legitimidad, necesidad y proporcionalidad).
  - s. Recomendar que se lleve a cabo un proceso de retroalimentación del proceso para generar rápidamente buenas prácticas referidas al respeto.
  - t. Recomendar que se implemente un proceso de seguimiento que permita informar adecuadamente a los pueblos consultados sobre la aplicación de la medida y sus consecuencias.
2. Coordinar con las organizaciones indígenas representativas para que se remitan comentarios y observaciones sobre la Guía y la Base de Datos de pueblos indígenas.
3. Difundir con oportunidad lineamientos sobre la consulta previa destinados a los pueblos indígenas.
4. Formular recomendaciones acerca del derecho a la participación de los pueblos indígenas sobre asuntos que les conciernen (Art. 6, inciso 1, b, y 7, inciso 1, del Convenio 169; Art; 3, f, y Quinta DCTF del Reglamento de la LCP).

Lima, 9 de abril de 2013