

» HACIA EL EMPODERAMIENTO Y FORTALECIMIENTO DE LA CIUDADANÍA INDÍGENA

Retos y nuevos escenarios de la consulta previa



HUMBERTO MARTÍNEZ APONTE

Socio y jefe del área de Derecho Minero y Medio Ambiente de Rosselló Abogados. Abogado. Miembro de la Asociación de Abogados Mineros Latinoamericanos (Amla).

Con el objeto de garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos como tales por el Estado peruano, los tratados internacionales ratificados por el Perú y las leyes, el Poder Ejecutivo aprobó recientemente el DS N° 001-2012-MC, que reglamenta la Ley N° 29785, del Derecho a la Consulta Previa a los pueblos Indígenas u Originarios, reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Así, la norma regula el acceso a la consulta, características esenciales y la formalización de los acuerdos arribados como resultado del proceso, entre otros.

Según el reglamento, son objeto de consulta: 1) las medidas administrativas que dicte el Ejecutivo mediante las distintas entidades que la conforman; 2) medidas legislativas, entendiéndose como tales a los decretos legislativos que se emitan conforme con el artículo 104 de la Constitución, y 3) las medidas administrativas mediante las cuales se aprueban los planes, programas y proyectos de desarrollo.

En este escenario, se entenderá como "medida administrativa" a las normas



reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de una actividad o proyecto, o el que autorice al Estado la suscripción de contratos con este mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Con la misma salvedad, es obligatorio realizar la consulta cuando la aprobación de la medida administrativa faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de recursos naturales en los lugares donde se ubican los pueblos indígenas.

La Ley N° 29785 establece que el proceso de consulta previa será implementado obligatoriamente solo por el Estado, siendo competentes para realizar el proceso las entidades promotoras de la medida

legislativa u administrativa. El reglamento establece como entidades promotoras a: (i) la Presidencia del Consejo de Ministros para el caso de los decretos legislativos, (ii) los ministerios, (iii) los organismos públicos, y (vi) los gobiernos regionales y locales, solo en el ámbito de su competencia otorgadas expresamente en la Ley N° 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, y Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades, respectivamente, en tanto dichas competencias hayan sido transferidas, requiriendo un informe previo favorable del Viceministerio de Interculturalidad respecto de las medidas que pueden aprobar.

La entidad promotora deberá establecer mecanismos apropiados para la

Exclusiones

El reglamento establece que no requieren ser objeto de consulta previa:

- Medidas administrativas complementarias; aquella medida administrativa que debe ser aprobada para dar inicio a las actividades autorizadas mediante una medida administrativa que ya fue objeto del proceso de consulta previa.
- La construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos, que en coordinación con los pueblos indígenas estén orientados a beneficiarlos.
- Medida administrativa que promueve el reinicio de una actividad, en tanto no implique la variación de los términos originalmente autorizados.
- Importa indicar que el Estado peruano ha señalado que el proceso de consulta previa no es aplicable al otorgamiento de concesiones mineras debido a que la concesión por sí misma no faculta el inicio de actividades de exploración y explotación de recursos naturales. Mediante el otorgamiento de la concesión minera solo se otorga el derecho para explorar y explotar, lo cual no afectaría directamente a los pueblos indígenas.

realización de la consulta, adaptándose a las circunstancias y a las particularidades de cada pueblo indígena consultado, teniendo como finalidad la consecución de acuerdos o lograr el consentimiento sobre las medidas administrativas o legislativas propuestas. La no consecución de dichos fines no implica la afectación del derecho de consulta.

En tal sentido, la decisión final sobre la aprobación de la medida objeto de la consulta corresponde a la entidad promotora. En caso de no alcanzar un acuerdo, y la entidad promotora dicte la medida objeto de consulta, le corresponderá adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas, así como el derecho a la vida, integridad y pleno desarrollo.

El plazo máximo del proceso de consulta previa es de 120 días calendario contados a partir de la entrega de la propuesta de la medida administrativa o legislativa hasta la suscripción del Acta de Consulta.

Etapas del proceso

■ **Inicio del Proceso:** comienza con (i) identificación de la medida legislativa o administrativa, donde la entidad promotora deberá determinar si la implementación implicaría una afectación directa a los derechos colectivos de los pueblos, (ii) identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados, sobre la base del contenido de la medida por consultar, grado de relación directa con el pueblo indígena y el ámbito territorial de su alcance, (iii) elaboración del Plan de Consulta, el cual debe ser elaborado por la entidad promotora y entregado a las organizaciones representativas de estos pueblos junto con la propuesta de la medida por consultar.

■ **Etapas de Publicidad de la medida:** La entidad promotora deberá entregar la medida objeto de consulta a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que serán consultados, mediante métodos culturalmente adecuados.

■ **Etapas de Información:** la entidad promotora deberá brindar información desde el inicio del proceso y con la debida anticipación sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa. Esta etapa tiene un plazo de entre 30 a 60 días calendario, según establezca la entidad promotora.

■ **Etapas de Evaluación Interna:** el reglamento establece que las organizaciones representativas deben

contar con un plazo razonable en consideración con la naturaleza de la medida, para analizar los alcances e incidencias de la misma. Se fija como plazo máximo para esta etapa 30 días calendario, entendiéndose que la entidad promotora deberá determinar para cada caso el plazo razonable para cada pueblo indígena.

■ **Etapas de Diálogo:** el diálogo se realiza sobre los aspectos en que se presentan diferencias entre lo propuesto por la entidad promotora y la posición de los pueblos indígenas. El plazo máximo para esta etapa es de 30 días calendario, pudiendo ser extendido previa justificación y por acuerdo entre las partes.

■ **Etapas de Decisión:** la decisión final le corresponde a la entidad promotora, la cual será el resultado de la evaluación que debe tener en consideración tanto la opinión de los pueblos indígenas así como las consecuencias de la ejecución de la medida respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente. Así, esta opinión podría ser tanto en acuerdo o desacuerdo con la medida consultada, siendo éste un aspecto por tomar en cuenta como riesgo de la inversión. Al final de la etapa, se suscribe el Acta de Consulta, donde constarán los acuerdos, totales o parciales. En caso de un acuerdo parcial, se debe dejar constancia de las razones del desacuerdo parcial o total.

INFORMACIÓN AL INVERSIONISTA

El reglamento establece una inclusión en el contenido de los instrumentos del sistema nacional de evaluación de impacto ambiental precisados en el artículo 11 del DS N° 019-2009-MINAM (1), indicando que dichos instrumentos deberán incluir información sobre la posible afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que pudiera ser generada por el desarrollo de un proyecto de inversión. Este aspecto debe ser atendido por el inversionista al momento de elaborar los instrumentos ambientales.

Por otro lado, se establece que el financiamiento del proceso de consulta será asumido por (i) la entidad promotora, en el caso de medidas legislativas o administrativas de alcance general, (ii) solicitante de un acto administrativo, para lo cual el costo del proceso se incorporará en el monto por derecho de tramitación (tasa). En este extremo, las entidades promotoras deberán identificar y modificar en sus TUPA los procedimientos a los que se aplique la consulta.

En el reglamento se ha incluido la excepción requerida por el artículo 45 numeral 45.1 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General para el establecimiento de montos por derecho de tramitación superior a una UIT.

Sobre los procesos de promoción de la inversión privada, corresponderá a cada organismo promotor de la inversión privada coordinar con la entidad promotora la oportunidad para realizar la consulta previa, la cual debe ser anterior a la aprobación de la medida administrativa correspondiente. Además, según la Primera Disposición Complementaria Transitoria Final, las entidades promotoras deberán aplicar los procedimientos de la ley y el reglamento de consulta previa de forma inmediata. ♦

[1] Artículo 11.- Instrumentos de Gestión Ambiental del SEIA. Los instrumentos de gestión ambiental o estudios ambientales de aplicación del SEIA son: a) La Declaración de Impacto Ambiental - DIA (Categoría I); b) El Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado - EIA-sd (Categoría II); c) El Estudios de Impacto Ambiental Detallado - EIA-d (Categoría III); y, d) La Evaluación Ambiental Estratégica - EAE.
• Colabora en la elaboración de este artículo Mónica Medina, asociada de Rosselló Abogados.

