

PROYECTO DE LEY N° 3844/2018-CR

La Congresista que suscribe, **MARÍA ELENA FORONDA FARRO**, por intermedio del Grupo Parlamentario **FRENTE AMPLIO POR JUSTICIA VIDA Y LIBERTAD**, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú y conforme lo establecen los artículos 74° y 75° del Reglamento del Congreso de la República, presenta la siguiente iniciativa legislativa:

FÓRMULA LEGAL

El Congreso de la República;
Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 1, 2, 4, 9, 11, 12, 13, 14, 15 Y LA ADICIÓN EN LA QUINTA Y SEXTA DE LAS DISPOSICIONES FINALES Y COMPLEMENTARIAS, DE LA LEY N° 29785 LEY DE CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS.



Artículo 1°.- Modificación de varios artículos de la Ley de Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios.

La presente ley tiene por objeto la modificación de los Artículos 1, 2, 4, 9, 11, 12, 13, 14, 15 y la adición en la Quinta y Sexta de las Disposiciones Finales y Complementarias, de la Ley N° 29785, Ley de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios.

“Artículo 1. Objeto de la Ley

*La presente Ley desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas, que **sean susceptibles de afectarles directamente**. Se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ratificado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa 26253, con la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas u originarios, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otras fuentes integrantes del ordenamiento jurídico nacional. Cuando existan dos o más interpretaciones posibles, prima aquella que maximice los derechos humanos de los pueblos indígenas u originarios”.*

“Artículo 2. Derecho a la consulta

*Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que **pudieran afectar** sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo.*



También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional y local que **les pudieran afectar**.

La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado. **Las medidas legislativas o administrativas no consultadas a los pueblos indígenas, aún en educación, salud o provisión de servicios públicos, son nulos de pleno derecho, aunque estén orientadas a beneficiarlos.**

El derecho a la participación de los pueblos indígenas es garantizado por la respectiva entidad responsable de la medida a consultar, antes, durante y después de adoptarla.

No es consultada la decisión estatal de carácter extraordinario o temporal dirigido a atender situaciones de emergencia derivado de catástrofe natural o tecnológica que requieren intervención rápida e impostergable con el objetivo de evitar la vulneración de derechos fundamentales de la persona, así como, la medida que se dicten para atender emergencias sanitarias y epidemias. Su formulación, ejecución y control cuenta con la participación de los pueblos indígenas u originarios.

“Artículo 4. Principios

Los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:

1. Oportunidad. El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales, **y antes del otorgamiento de derechos que pudieran afectar a los pueblos indígenas u originarios.**”

(...)

7. Información oportuna. Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre la medida legislativa o administrativa a ser consultada. El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación, **y proporcionar asistencia jurídica y técnica a los pueblos consultados**”.

“Artículo 9. Identificación de medidas objeto de consulta

Las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen relación con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una **posible** afectación a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas.

Las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto a determinada medida que considere que les **pudiera afectar**. En dicho caso, deben remitir el petitorio correspondiente a la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa y responsable de ejecutar la consulta, la cual debe evaluar la procedencia del petitorio. **La presentación**

formal de la petición de consulta produce efecto suspensivo del proceso de consulta hasta que ella sea resuelta en última instancia administrativa o jurisdiccional.

El petitorio debe remitirse a la entidad promotora de la medida dentro de los treinta (30) días hábiles contados a partir de que los peticionarios hayan tomado conocimiento acerca de la existencia del proceso de consulta, para el caso de inclusión en consultas que se encuentren en proceso. En caso el petitorio tenga como objeto solicitar el inicio de un proceso de consulta, dicho plazo correrá a partir de que los peticionarios hayan tomado conocimiento de la existencia de la propuesta de medida.

*En el caso de que la entidad estatal pertenezca al Poder Ejecutivo y desestime el pedido de las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, tal acto puede ser impugnado **ante la instancia superior**. Agotada la vía administrativa ante este órgano, cabe acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes.*

En el caso de que el Poder Legislativo sea el que desestime el pedido, dicho acto puede ser impugnado ante el mismo sistema jurídico competente.

La no presentación de una petición de consulta no valida ni otorga eficacia a las medidas adoptadas que se hayan aprobado incumpliendo la obligación de consultar.

El Plan de Consulta determina los plazos máximos para el desarrollo de las etapas de publicidad, información, evaluación interna y diálogo, de acuerdo a la naturaleza de la medida y los principios de plazo razonable y flexibilidad”.

“Artículo 11. Publicidad de la medida legislativa o administrativa

*Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben ponerla en conocimiento de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios que serán consultadas, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan. **El Plan de Consulta se elabora con participación indígena y se publicita junto con la medida a consultar.”***

“Artículo 12. Información sobre la medida legislativa o administrativa

*Corresponde a las entidades estatales brindar información **significativa** a los pueblos indígenas u originarios y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa. **El Estado solventa la asistencia jurídica y técnica elegida por los pueblos consultados. La consulta realizada sin dicha asistencia, es nula.***

*La etapa de información dura, **como mínimo**, entre treinta (30) y sesenta (60) días calendario **puediendo ampliarse dicho plazo, según establezca la autoridad promotora***



o lo soliciten los pueblos consultados de acuerdo a los principios de plazo razonable y flexibilidad.”

“Artículo 13. Evaluación interna de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios.

*Las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios deben contar con **asistencia técnica y un plazo razonable para realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos, y elaborar sus propuestas. Dicho plazo durará, como mínimo, treinta (30) días calendario y en ningún caso puede sustituir el proceso de diálogo intercultural.***

“Artículo 14. Proceso de diálogo intercultural

El diálogo intercultural se realiza tanto sobre los fundamentos de la medida legislativa o administrativa, sus posibles consecuencias respecto al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, como sobre las sugerencias y recomendaciones que estos formulan, las cuales deben ser puestas en conocimiento de los funcionarios y autoridades públicas responsables de llevar a cabo el proceso de consulta.

Las opiniones expresadas en los procesos de diálogo deben quedar contenidas en un acta de consulta, la cual contiene todos los actos y ocurrencias realizados durante su desarrollo.

Los acuerdos contenidos en el acta de consulta deben ser específicos, precisos y concretos, e incluir aspectos esenciales mínimos como mitigación de impactos, participación efectiva en la ejecución de la medida consultada, participación en los beneficios, compensaciones, reparaciones, u otros aspectos establecidos en el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El cumplimiento de obligaciones legales, contractuales o deberes funcionales, el mero traslado de peticiones a terceros, no pueden ser incluidos como compromisos o acuerdos alcanzados en el acta de consulta.

El plazo mínimo de esta etapa será de treinta (30) días calendario, pudiendo ser extendido de acuerdo a los principios de plazo razonable y flexibilidad.”

“Artículo 15. Decisión

La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como, el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.

La decisión final en ningún caso pondrá en peligro la subsistencia de los pueblos indígenas, el medio ambiente, ni incluirá aspectos no consultados previamente bajo sanción de nulidad.

Se deberá obtener necesariamente el consentimiento previo, cuando excepcionalmente se prevea que los pueblos indígenas deban ser trasladados de sus tierras, se almacenen materiales peligrosos en ellas o se autoricen proyectos o actividades que tengan un profundo impacto negativo sobre sus vidas y culturas. En los demás supuestos permitidos, de adoptarse una decisión que afecte a los pueblos consultados sin contar con su consentimiento, ésta incluirá necesariamente la adopción de medidas de compensación, indemnización y reparación acordadas con los pueblos afectados, así como la participación en los beneficios que reporten la ejecución de las medidas adoptadas, si los hubiere.

La consulta previa se realiza sin perjuicio de garantizar y promover el derecho a la participación de los pueblos indígenas en la elaboración de toda medida legislativa o administrativa que pudiera afectarles. Ello incluye el derecho a participar de la evaluación de la incidencia ambiental, social o cultural que pudieran ocasionar dichas medidas.

El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.

Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial y, de ser el caso, deben ser publicados y promulgados en el plazo máximo de 15 días hábiles contados a partir de su adopción.”

Artículo 2º.- Adición de disposiciones finales y complementarias a la Ley de Consulta Previa.

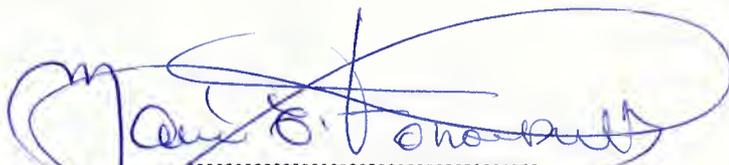
Agréguese las siguientes disposiciones finales y complementarias a la Ley de Consulta Previa con el siguiente tenor:

“QUINTA. El Poder Ejecutivo, los Gobiernos Regionales y Locales adoptarán las medidas necesarias a fin de adecuarse normativa y administrativamente a la presente ley, bajo responsabilidad. Asimismo, a fin de desarrollar lo señalado en el artículo 7º del Convenio 169 de la OIT, dichas entidades establecerán los mecanismos especiales de participación indígena los cuales en ningún caso sustituirán a los mecanismos generales de participación ciudadana de la legislación vigente.”

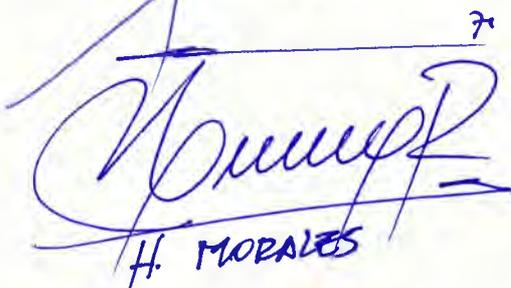
“SEXTA. Ni el acuerdo previo ni la servidumbre referidas en el artículo 7º de la Ley No.26505 modificada por la Ley No.26570 son aplicables en caso de comunidades propietarias o

poseionarias indígenas, requiriéndose un proceso de consulta para el otorgamiento de derechos sobre recursos naturales existentes en sus territorios.”

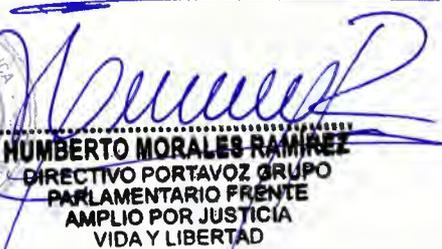
Lima, enero de 2019



MARÍA ELENA FORONDA FARRO
Congresista de la República



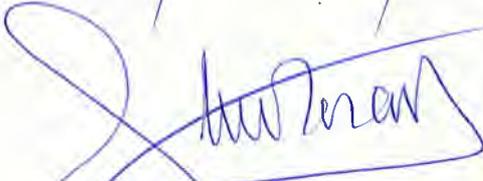
H. MORALES



HUMBERTO MORALES RAMIREZ
DIRECTIVO PORTAVOZ GRUPO
PARLAMENTARIO FRENTE
AMPLIO POR JUSTICIA
VIDA Y LIBERTAD



EDILBERTO CURRO LOPEZ
Congresista de la República



WILBERT ROZAS BELTRAN
Congresista de la República



JUSTINIANO RÓMULO APAZA ORDÓÑEZ
Congresista de la República



HERNANDO CEVALLOS FLORES
Congresista de la República

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, 31 de ENERO del 2019

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición N° 3894 para su estudio y dictamen, a la(s) Comisión(es) de CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO; PUEBLOS ANDINOS, AMAZONICOS Y AFROPERUANOS, AMBIENTE Y ECOLOGIA. -

GIANMARCO PAZ MENDOZA
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

WILBERT ROSAS BELTRAN
Congresista de la República

HERNANDO CEVALLOS FLORES
Congresista de la República

EDILBERTO COLLA LOMA
Congresista de la República

ROBERTO RAMIRO RAMOS
Congresista de la República

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. FUNDAMENTOS DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA

1.1. Problemática de la implementación de la consulta previa posterior a la dación de la Ley de Consulta Previa y de su Reglamento:

A varios años de la aprobación de la Ley de Consulta Previa (Ley No.29785), de su Reglamento (D.S. 001-2012-MC) y de los instrumentos públicos de implementación de la consulta previa en el sector Cultura y otros Sectores del Poder Ejecutivo, se han evidenciado en forma práctica las objeciones y observaciones formuladas ya de forma anticipada cuando dichas normas fueron aprobadas.

En sucesivos, reiterativos y sendos informes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo -OIT (órgano que supervisa el cumplimiento del Convenio 169), del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU, del Comité de Derechos Humanos de la ONU, del Relator Especial para los Derechos y Libertades de los Pueblos Indígenas de la ONU, de Congresistas y asesores parlamentarios peruanos¹ así como, de informes “sombra” sobre cumplimiento de tratados internacionales elaborados por organizaciones indígenas de la sociedad civil y de especialistas en la materia a lo largo de los últimos años, se han formulado fuertes y esenciales críticas a la implementación de la consulta previa en el Perú.

Dos informes producidos recientemente analizando detalladamente la práctica real de todos los procesos de consulta previa realizados hasta la fecha, evidencian sin lugar a dudas que el modelo rígido y burocrático establecido en la Ley de Consulta y desarrollado en su Reglamento, ha fracasado de manera estrepitosa². Dichos informes coinciden en observar que:

- De 38 consultas realizadas en 06 años de vigencia de la Ley de Consulta Previa (01 en el sector Salud, 01 en sector Agricultura, 02 en sector Cultura, 07 en el sector Ambiente, 26 en el sector energía y minas, 01 en el sector Transporte), se han consultado algunas normas directamente relacionadas a pueblos indígenas (Política sectorial de salud intercultural, Plan nacional de educación intercultural bilingüe, y el Reglamento de la ley de

¹ La mayoría de las propuestas modificatorias textuales de esta iniciativa legislativa se basa en las conclusiones del Informe elaborado por el Mg. Marco Huaco Palomino para consideración de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República en Julio de 2013, titulado “Informe Final del Grupo de Trabajo de Seguimiento a la Implementación de la Ley de Consulta Previa”, reproducido en: “El debate parlamentario de la consulta previa a los pueblos indígenas”. Vol.3. Fondo Editorial del Congreso de la República, septiembre de 2016. Disponible en internet en: <https://works.bepress.com/marcohuacopalomino/13/download/>

² “¿Cómo va la aplicación de la consulta previa en el Perú?: avances y retos 2017”. CAAAP et al, Lima, diciembre de 2017; y “Consúltame de verdad. Aproximación a un balance sobre consulta previa en el Perú en los sectores minero e hidrocarburífero”. LEYVA, Ana. Cooperación. Lima, Junio 2018.



lenguas indígenas y originarias), pero no los programas, planes, políticas o reglamentos generales con aspectos relevantes para pueblos indígenas. Es un indicador cuantitativamente y significativamente bajo.

- Los sectores del Poder Ejecutivo que han realizado consultas, han decidido sin solicitar opinión de los pueblos indígenas, qué medidas son consultables y cuáles no.
- En la mayoría de casos, la consulta no es previa, sino que se efectúa en oportunidad posterior a los actos realmente decisivos para los derechos indígenas, volviendo irrelevantes las consultas realizadas. Se consultan los últimos actos en la cadena de decisiones, y no los más importantes. Inclusive, en el subsector minero se efectúan consultas sobre actos administrativos de aprobación automática.
- Los procesos de consulta en los subsectores Energía y Minas, se centran en el grado de impacto y afectación de las medidas ya adoptadas y no, en las medidas en sí.
- Las matrices de impacto en proyectos de hidrocarburos son generales, pequeñas y poco precisas, tornando en insustancial la consulta.
- Los pueblos consultados no conocen la actividad hidrocarburífera y sus generalidades técnicas, acentuando su asimetría y desigualdad ante el Estado.
- Las consultas dejan de centrarse en la medida específica y se orienta a debates acerca de la deuda social del Estado hacia las comunidades consultadas. Ello genera compromisos genéricos relativos a cumplimiento de funciones de otros sectores del Estado, no presentes en el proceso de consulta.
- Los acuerdos de los procesos de consulta son poco relevantes para garantizar los derechos indígenas, al abundar en compromisos de cumplir deberes jurídicos ya preexistentes en la legislación (deberes legales, contractuales o funcionales), o en promesas asistencialistas.
- Para decidir qué medidas consultar, se aplica el concepto de "afectación directa" como sinónimo de "afectación inmediata", lo cual es ajeno al contenido del Convenio 169. Como resultado, no se consultan todas las medidas que deberían consultarse ni en la oportunidad adecuada. Además, no se consultan las afectaciones que produce directamente una medida sino aquellas de un acto administrativo ya aprobado.
- En la práctica, los pueblos indígenas solamente tienen permitido el debatir y aportar al Cronograma del Plan de Consulta, pero no a los demás aspectos importantes de dicho Plan. La metodología no es consultada, pero además, es homogénea para las diversas comunidades a consultar.
- Las etapas de la consulta previa se realizan con poquísimas horas de diferencia realizándose en el mismo día, superponiéndose en su realización, e incluso no realizándolas y dándoselas por cumplidas mediante actividades de otras etapas.
- Los participantes indígenas no cuentan con asesoría técnica y jurídica elegida por ellos mismos y sufragada por el Estado.
- El cuadro de afectaciones de la medida a consultar es homogéneo (una plantilla) en casi todos los proyectos de exploración.
- Se hace la publicidad de la medida en el portal web ministerial y en idioma español.
- Las acciones informativas redundan en explicar asuntos básicos relacionados a los impactos generales de las actividades extractivas, de los derechos indígenas, los roles institucionales del Estado. No explican la medida a ser adoptada, no son culturalmente adecuadas, son genéricas y poco didácticas, los facilitadores que dirigen los talleres

informativos no son imparciales sino apologistas del proyecto, no se responden las preguntas relevantes de la población, se realizan en español.

- Las actas que registran los resultados de la etapa de las evaluaciones internas, son incoherentes y discrepantes entre las actividades realizadas y las características de la medida a consultar.
- En la etapa del diálogo intercultural, la mayoría de consultas no registran propuestas de los pueblos indígenas debido a la generalidad e irrelevancia de lo expuesto en la etapa informativa de la medida.
- Las actas de consulta no registran compromisos concretos de las entidades públicas que consultan.
- Los procesos de consulta se están realizando en un promedio de 49 y 90 días, mucho menos incluso que el apretado plazo máximo del reglamento de la ley de consulta (120 días), debido a que el diálogo se agota rápidamente pues el contenido sustancial de lo informado y consultado es insulso. Y cada vez se realizan en menor tiempo, y con menor participación de las comunidades afectadas.
- La Ley de Consulta señala que ésta se realiza con criterio de flexibilidad, pero el Reglamento de la Ley de Consulta establece plazos *máximos* muy cortos para cumplir la finalidad de las etapas del proceso, y se contradice a sí mismo al señalar que los plazos del reglamento son *mínimos* (disposición final octava).
- Acabada la consulta y tomada la decisión final, ésta no es publicada ni promulgada. En algún caso, una medida decidida debió ser objeto de una demanda judicial para que sea promulgada.
- Los procesos de consulta en el subsector minero muchas veces ya no se realizan, debido a que sus objetos han sido vaciados de contenido por la realización de los “acuerdos previos” directos entre titulares de concesiones y poseionarios indígenas de la tierra.
- El Congreso de la República, no ha realizado ningún proceso de consulta legislativa desde la aprobación de la Ley de Consulta Previa en el año 2011.
- En conclusión, los procesos de consulta son procesos burocráticos, de mero trámite que son realizados en el menor tiempo posible, consultándose medidas poco significativas, con poca participación cualitativa de las comunidades indígenas, y con un resultado final prácticamente ya predeterminado.

1.2. Modificaciones propuestas en la iniciativa legislativa:

En virtud de lo expuesto, la presente iniciativa legislativa no pretende resolver todos los aspectos arriba mencionados, pero sí, plantea mejoras para una mayoría de ellos, las que se exponen a continuación:

Modificaciones	Fundamento
<p>“Artículo 1. Objeto de la Ley <i>La presente Ley desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas, que sean susceptibles de afectarles directamente. Se</i></p>	<p>a) El Convenio 169 de la OIT establece que se deben consultar las medidas “susceptibles de afectar directamente”, terminología diferente a la frase “<i>que afecten directamente</i>”, estribando la sutil pero importante diferencia en consultar medidas que en su fase de formulación o</p>

<p><i>interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ratificado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa 26253, con la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas u originarios, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otras fuentes integrantes del ordenamiento jurídico nacional. Cuando existan dos o más interpretaciones posibles, prima aquella que maximice los derechos humanos de los pueblos indígenas u originarios”.</i></p>	<p><u>planeamiento</u> pudieran parecer que afectarán o revistan la posibilidad o potencialidad de afectar, y no solo cuando ya se ha tomado una decisión y se sabe que dicha medida decidida producirá efectos. Esto permite que la consulta sea realmente “previa”.</p> <p>b) La Constitución Política y el Código Procesal Constitucional, establecen que los tratados y acuerdos internacionales, así como sus interpretaciones por órganos jurisdiccionales supranacionales, son parte del derecho nacional. Por ende, en el Perú el Convenio 169 no es la única fuente normativa ni interpretativa del derecho a la consulta previa.</p> <p>c) El principio <i>pro homine</i>, determina que se prefiera la interpretación más ventajosa para los derechos humanos.</p>
<p>“Artículo 2. Derecho a la consulta</p> <p><i>Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que pudieran afectar sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional y local que les pudieran afectar.</i></p> <p><i>La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado. Las medidas legislativas o administrativas no consultadas a los pueblos indígenas, aún en educación, salud o provisión de servicios públicos, son nulas de pleno derecho, aunque estén orientadas a beneficiarlos.</i></p> <p><i>El derecho a la participación de los pueblos indígenas es garantizado por la respectiva entidad responsable de la medida a consultar, antes, durante y después de adoptarla.</i></p>	<p>a) La consulta previa también vincula a los Gobiernos Locales y no solo al gobierno central y a los regionales.</p> <p>b) El concepto de “afectación directa” establecido en el Convenio 169, no es sinónimo de “perjuicio”; por lo tanto, son medidas consultables no solamente las medidas que producen “afectaciones negativas” sino también las positivas. Inclusive una posta médica, una carretera o un servicio educativo, implementados sin consulta previa ni participación indígenas podría conllevar efectos negativos a pesar de ser medidas entendidas como beneficiosas.</p> <p>c) Dado que la consulta previa en el Perú tiene rango constitucional, en virtud de la Ley del Procedimiento Administrativo General las medidas no consultadas son nulas de pleno derecho, por contravenir a la Constitución y la ley.</p> <p>d) La Ley de Consulta Previa solo ha desarrollado dicho derecho, pero es menester recordar con énfasis que el derecho de participación de los</p>

<p>No es consultada la decisión estatal de carácter extraordinario o temporal dirigido a atender situaciones de emergencia derivado de catástrofe natural o tecnológica que requieren intervención rápida e impostergable con el objetivo de evitar la vulneración de derechos fundamentales de la persona, así como, la medida que se dicten para atender emergencias sanitarias y epidemias. Su formulación, ejecución y control cuenta con la participación de los pueblos indígenas u originarios.</p>	<p>pueblos indígenas en las medidas que les pudieran afectar también es un aspecto concomitante y esencial.</p> <p>e) El supuesto de emergencia provocado por casos de fuerza mayor o fortuitos, ante los que el Estado tiene el deber de actuar con eficacia y celeridad, justifica la excepción a la consulta previa, pero el principio de interculturalidad y el mismo principio de eficacia obligan a que el Estado incorpore la participación indígena en la respuesta a dichas situaciones.</p>
<p>“Artículo 4. Principios</p> <p>Los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:</p> <p>1. Oportunidad. El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales, y antes del otorgamiento de derechos que pudieran afectar a los pueblos indígenas u originarios.”</p> <p>(...)</p> <p>7. Información oportuna. Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre la medida legislativa o administrativa a ser consultada. El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación, y proporcionar asistencia jurídica y técnica a los pueblos consultados”.</p>	<p>a) La consulta previa, para conservar su característica esencial de ser “previa”, no puede realizarse solamente sobre las consecuencias de decisiones legislativas o administrativas ya adoptadas, sino en la fase más temprana de su formulación o elaboración, conforme al Convenio 169 y a otros estándares internacionales relativos al tema.</p> <p>b) El principio de información oportuna no solo versa sobre la cantidad y calidad de la información a proporcionar para la consulta previa, ni sobre el momento, sino también sobre los recursos que permiten a los pueblos indígenas estar adecuadamente enterados sobre la información recibida en esas condiciones. Un recurso esencial, en un contexto de diálogo e información intercultural, es la asistencia técnica y jurídica para procesar la información recibida. Ello permite superar la asimetría <i>de facto</i>, así como las brechas culturales, que existen entre sujetos consultados y entidad que consulta.</p>
<p>“Artículo 9. Identificación de medidas objeto de consulta</p> <p>Las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen relación con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una posible afectación a sus derechos colectivos, se</p>	<p>a) A fin de cautelar el éxito de un proceso de consulta previa, y la garantía de los derechos indígenas, es menester incorporar a todos los pueblos que podrían ser afectados por una medida. Ello significa que el derecho de petición debe prever la posibilidad de suspender un proceso de consulta ya iniciado en caso exista uno o dos pueblos que explican</p>

proceda a una consulta previa respecto de tales medidas.

Las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto a determinada medida que considere que les **podría afectar**. En dicho caso, deben remitir el petitorio correspondiente a la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa y responsable de ejecutar la consulta, la cual debe evaluar la procedencia del petitorio. **La presentación formal de la petición de consulta produce efecto suspensivo del proceso de consulta hasta que ella sea resuelta en última instancia administrativa o jurisdiccional.**

El petitorio debe remitirse a la entidad promotora de la medida dentro de los treinta (30) días hábiles contados a partir de que los peticionarios hayan tomado conocimiento acerca de la existencia del proceso de consulta, para el caso de inclusión en consultas que se encuentren en proceso. En caso el petitorio tenga como objeto solicitar el inicio de un proceso de consulta, dicho plazo correrá a partir de que los peticionarios hayan tomado conocimiento de la existencia de la propuesta de medida.

En el caso de que la entidad estatal pertenezca al Poder Ejecutivo y desestime el pedido de las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios, tal acto puede ser impugnado **ante la instancia superior**. Agotada la vía administrativa ante este órgano, cabe acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes.

En el caso de que el Poder Legislativo sea el que desestime el pedido, dicho acto puede ser impugnado ante el mismo sistema jurídico competente.

La no presentación de una petición de consulta no valida ni otorga eficacia a las medidas adoptadas que se hayan aprobado incumpliendo la obligación de consultar.

ser pueblos afectados y solicitan ser incorporados al proceso.

- b) Para el cómputo del plazo de caducidad para ejercer el derecho de petición, se debe tomar como punto de partida el momento en el que el pueblo indígena manifestó haber tomado conocimiento del proceso de consulta o de la propuesta de medida a consultar, y no desde que ellos son publicados en un portal web. Ello, pues los pueblos indígenas peruanos tienen evidentes y serias brechas de conectividad a Internet y exigir dicho requisito, es flagrantemente discriminatorio.
- c) Se precisa, por si fuera necesario, que una decisión desestimatoria del Poder Legislativo es recurrible judicialmente.
- d) Dado que la consulta previa es no solo un derecho indígena, sino también una obligación del Estado, en caso un pueblo indígena no sea consultado, no ejerza su derecho de petición y resulte afectado directamente con una medida no consultada, ello no convalida el acto nulo.
- e) Los plazos **máximos** de cada etapa del proceso de consulta, deben ser propuestos, debatidos y decididos entre Estado y pueblos consultados en cada Plan de Consulta, y no establecidos *aprioristicamente* en normas reglamentarias generales, porque ello torna rígida y burocrática la aplicación de la consulta previa, dadas las diversas circunstancias culturales y sociales existentes en el Perú. El mismo Convenio 169 establece que las obligaciones contenidas en él, son aplicables con criterio de *flexibilidad*, y adaptadas a cada contexto nacional.

<p><i>El Plan de Consulta determina los plazos máximos para el desarrollo de las etapas de publicidad, información, evaluación interna y diálogo, de acuerdo a la naturaleza de la medida y los principios de plazo razonable y flexibilidad”.</i></p>	
<p>“Artículo 11. Publicidad de la medida legislativa o administrativa</p> <p><i>Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben ponerla en conocimiento de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios que serán consultadas, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan. El Plan de Consulta se elabora con participación indígena y se publica junto con la medida a consultar.”</i></p>	<p>a) Para garantizar la eficacia e interculturalidad de la consulta, el Plan de Consulta no debe ser meramente “informado” a los pueblos indígenas por la entidad promotora de la medida, sino consultado y objeto de intensa participación indígena en su fase de elaboración. Ello permitirá que las reglas de juego del proceso sean legítimas y vinculantes para todas las partes.</p>
<p>“Artículo 12. Información sobre la medida legislativa o administrativa</p> <p><i>Corresponde a las entidades estatales brindar información significativa a los pueblos indígenas u originarios y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa. El Estado solventa la asistencia jurídica y técnica elegida por los pueblos consultados. La consulta realizada sin dicha asistencia, es nula.</i></p> <p><i>La etapa de información dura, como mínimo, entre treinta (30) y sesenta (60) días calendario pudiendo ampliarse dicho plazo, según establezca la autoridad promotora o lo soliciten los pueblos consultados de acuerdo a los principios de plazo razonable y flexibilidad.</i></p>	<p>a) Un defecto esencial de los procesos de consulta previa actuales es la abundancia de información poco significativa que las entidades promotoras brindan a los pueblos consultados. Ello incide en degradar la eficacia de dichos procesos de diálogo intercultural y en desviar la atención de las partes hacia asuntos no relacionados directamente con la medida consultada.</p> <p>b) Para participar en igualdad de condiciones, los pueblos indígenas deben contar con asistencia técnica y jurídica pero no siempre tienen posibilidades económicas para sufragar sus costos, ni tampoco es procedente que el sujeto consultado sufrague los costos de asesoría en cada ocasión que el Estado organice procesos de consulta previa. Una consulta realizada en asimetría, en desigualdad de condiciones, transgrede la esencia de la consulta libre e informada, por ello es nula.</p> <p>c) El plazo de duración de la etapa de información debe ser establecido con flexibilidad, sin rigideces, según las circunstancias.</p>

<p>“Artículo 13. Evaluación interna de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios.</p> <p><i>Las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios deben contar con asistencia técnica y un plazo razonable para realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos, y elaborar sus propuestas. Dicho plazo durará, como mínimo, treinta (30) días calendario y en ningún caso puede sustituir el proceso de diálogo intercultural.”</i></p>	<p>a) El plazo de duración de la etapa de evaluación interna debe ser establecido con flexibilidad, sin rigideces, según las circunstancias.</p> <p>b) Asimismo, se debe establecer con claridad que dicha etapa no reemplaza ni se superpone al diálogo intercultural, como está ocurriendo en numerosos procesos de consulta previa en el subsector minero (como ya se ha explicado).</p>
<p>“Artículo 14. Proceso de diálogo intercultural</p> <p><i>El diálogo intercultural se realiza tanto sobre los fundamentos de la medida legislativa o administrativa, sus posibles consecuencias respecto al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, como sobre las sugerencias y recomendaciones que estos formulan, las cuales deben ser puestas en conocimiento de los funcionarios y autoridades públicas responsables de llevar a cabo el proceso de consulta.</i></p> <p><i>Las opiniones expresadas en los procesos de diálogo deben quedar contenidas en un acta de consulta, la cual contiene todos los actos y ocurrencias realizados durante su desarrollo.</i></p> <p>Los acuerdos contenidos en el acta de consulta deben ser específicos, precisos y concretos, e incluir aspectos esenciales mínimos como mitigación de impactos, participación efectiva en la ejecución de la medida consultada, participación en los beneficios, compensaciones, reparaciones, u otros aspectos establecidos en el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.</p> <p>El cumplimiento de obligaciones legales, contractuales o deberes funcionales, el mero traslado de peticiones a terceros, no pueden ser incluidos como compromisos o acuerdos alcanzados en el acta de consulta.</p>	<p>a) Los actuales procesos de consulta previa están adoleciendo de sustancia en las materias abordadas y en los acuerdos alcanzados, como ya se ha explicado. Por un lado, se consultan formulaciones generales de impactos, no ejemplificadas ni demostradas, o formulaciones imprecisas, ambiguas o genéricas. De otro lado, se omite plantear asuntos cruciales que constituyen aspecto obligatorio para el Estado antes de decidir sobre una medida que afectará a los pueblos indígenas (tales como la participación en los beneficios, las compensaciones, remediaciones, etc.). Finalmente, también se observan actas de consulta que enumeran como acuerdos o compromisos, meros actos de cumplimiento de deberes jurídicos o de encargos.</p> <p>b) El plazo mínimo, ya no máximo, atiende a que esta etapa es la más importante en el proceso de consulta previa y no puede ser sustituida ni reducida a su mínima expresión. El plazo además, debe ser flexible, adoptado a las diferentes circunstancias de cada proceso.</p>



<p><i>El plazo mínimo de esta etapa será de treinta (30) días calendario, pudiendo ser extendido de acuerdo a los principios de plazo razonable y flexibilidad."</i></p>	
<p><u>"Artículo 15. Decisión</u></p> <p><i>La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como, el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.</i></p> <p><i>La decisión final en ningún caso pondrá en peligro la subsistencia de los pueblos indígenas, el medio ambiente, ni incluirá aspectos no consultados previamente bajo sanción de nulidad.</i></p> <p><i>Se deberá obtener necesariamente el consentimiento previo, cuando excepcionalmente se prevea que los pueblos indígenas deban ser trasladados de sus tierras, se almacenen materiales peligrosos en ellas o se autoricen proyectos o actividades que tengan un profundo impacto negativo sobre sus vidas y culturas.</i></p> <p><i>En los demás supuestos permitidos, de adoptarse una decisión que afecte a los pueblos consultados sin contar con su consentimiento, ésta incluirá necesariamente la adopción de medidas de compensación, indemnización y reparación acordadas con los pueblos afectados, así como la participación en los beneficios que reporten la ejecución de las medidas adoptadas, si los hubiere.</i></p>	<p>a) De acuerdo a estándares internacionales obligatorios para el Estado, ninguna consulta previa en la que no se logró obtener el consentimiento, podría aprobar medidas que pongan en riesgo la "subsistencia de los pueblos indígenas u originarios". Asimismo, la protección del ambiente tampoco puede ser una materia negociable. La medida finalmente adoptada no puede incluir asuntos no consultados, que hayan sido agregados por fuera del proceso de consulta previa. Caso contrario, son nulos por contravenir la Constitución.</p> <p>b) Algunos supuestos de derecho al consentimiento, establecidos en estándares internacionales obligatorios para el Estado, deben ser incluidos en la misma Ley de Consulta, y añadir en general aquellas actividades "que causen un profundo impacto negativo", conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericano de Derechos Humanos.</p> <p>c) En el caso de medidas decididas que no requieran el consentimiento, sino solo la consulta previa, ellas deberán forzosamente incluir medidas de participación, compensación y reparación.</p> <p>d) Una vez adoptado un acuerdo o tomada una decisión unilateral en el proceso de consulta previa, el Estado debe inmediatamente proceder a publicarla y/o a promulgarla, de ser el caso.</p>

<p><i>La consulta previa se realiza sin perjuicio de garantizar y promover el derecho a la participación de los pueblos indígenas en la elaboración de toda medida legislativa o administrativa que pudiera afectarles. Ello incluye el derecho a participar de la evaluación de la incidencia ambiental, social o cultural que pudieran ocasionar dichas medidas.</i></p> <p><i>El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.</i></p> <p><i>Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial y, de ser el caso, deben ser publicados y promulgados en el plazo máximo de 15 días hábiles contados a partir de su adopción.”</i></p>	
<p>“QUINTA. El Poder Ejecutivo, los Gobiernos Regionales y Locales adoptarán las medidas necesarias a fin de adecuarse normativa y administrativamente a la presente ley, bajo responsabilidad. Asimismo, a fin de desarrollar lo señalado en el artículo 7° del Convenio 169 de la OIT, dichas entidades establecerán los mecanismos especiales de participación indígena los cuales en ningún caso sustituirán a los mecanismos generales de participación ciudadana de la legislación vigente.”</p>	<p>a) Son sujetos obligados a cumplir la consulta previa, no solamente los organismos del Poder Ejecutivo, sino también los Gobiernos Regionales y Municipales. Por ello, deben adoptar medidas legislativas y administrativas para realizar procesos de consulta en sus respectivas jurisdicciones.</p> <p>b) Igualmente, no basta desarrollar los mecanismos y recursos de la consulta previa, sino también los del derecho a la participación de los pueblos indígenas u originarios (sin confundirlos con los mecanismos de la participación ciudadana).</p>
<p>“SEXTA. Ni el acuerdo previo ni la servidumbre referidas en el artículo 7° de la Ley No.26505 modificada por la Ley No.26570 son aplicables en caso de comunidades propietarias o posesionarias indígenas, requiriéndose un</p>	<p>a) El “acuerdo previo”, en la actualidad, es un procedimiento que propicia conflictos socio-ambientales y que desnaturaliza la realización de la consulta previa, toda vez que posibilita el acercamiento directo y primero de los titulares de concesiones con las comunidades</p>

proceso de consulta para el otorgamiento de derechos sobre recursos naturales existentes en sus territorios.”

poseedoras de la tierra superficial. De este modo, el Estado se encuentra postergado y ausente en dichas relaciones negociales y la garantía de los derechos indígenas no se encuentra debidamente satisfecha. Una vez realizados los “acuerdos previos”, sin la presencia ni asistencia de ninguna entidad del Estado que garantice derechos, la consulta previa carece de objeto.

II. EFECTO DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente modificatoria legal no compromete costo patrimonial alguno para los recursos públicos; por el contrario, contribuye a lograr un país más integrado y respetuoso de la diversidad cultural, así como a fortalecer al Estado en su rol de promotor y garante de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas u originarios.

III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La modificatoria planteada no irroga gastos al Erario Nacional. Al contrario, la iniciativa legislativa propuesta conlleva al fortalecimiento de la plena aplicación de un derecho convencional importante, como es el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios, de tal manera, que al aplicarse en forma preventiva, evitando los conflictos socio ambientales y económicos, que conlleva un gasto al tesoro público y privado.

IV. RELACIÓN DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA CON LAS POLÍTICAS DE ESTADO DEL ACUERDO NACIONAL

La presente iniciativa legislativa tiene relación directa con las siguientes políticas de Estado y agenda legislativa del Acuerdo Nacional:

- **Democracia y Estado de Derecho:** Fortalecimiento del régimen democrático y del Estado de Derecho.
- **Equidad y Justicia Social:** Promoción de la Igualdad de Oportunidades sin Discriminación.
- **Estado eficiente, transparente y descentralizado:** Plena vigencia de la Constitución y de los Derechos Humanos.

Lima, enero de 2019.