Firmado digitalmente por: ABANTO CABANILLAS Alicia Maribel FAU 20304117142 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 20/11/2018 15:24:11

DEFENSORIA DEL PUEBLO

CARGO

Ministerio de Cultura
Expediente N°: 0000118605-2018

Remitente: DEFENSORIA DEL PUEBLO
N° Folios: 6
Destinatario: VMI
Anexos: 0
c/copia:
Referencia:

Recibido:21/11/2018 09:20:14 **Registrador:** ROBERTO PASACHE

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mu

OFICIO N° 417-2018-DP/AMASPPI Lima, 20 de noviembre de 2018

Señora
Elena Burga Cabrera
Viceministra de Interculturalidad
Ministerio de Cultura
Av. Javier Prado Este N° 2465
San Borja.-

Asunto: Directiva N° 001-2016-VMI/MC, aprobada mediante Resolución Viceministerial N° 013-2016-VMI-MC

De mi especial consideración:

Es grato dirigirme a usted para saludarla cordialmente y, a la vez, referirme a la Directiva N° 001-2016-VMI/MC, "Procedimientos para aplicación de lo dispuesto en la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley Nº 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo"[1].

Al respecto, destacamos que la Directiva tiene por finalidad orientar la actuación de las entidades públicas responsables de aprobar medidas administrativas vinculadas con la construcción y/o mantenimiento de infraestructura en materia de salud o educación, así como con la necesaria para la provisión de servicios públicos, respecto de la correcta aplicación de los supuestos previstos en la mencionada Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

No obstante, como resultado de su análisis, advertimos que sus alcances han generado restricciones a la implementación del derecho a la consulta, conforme a las observaciones que exponemos a continuación:

Sobre la afectación positiva a derechos colectivos: beneficios a los pueblos indígenas y excepción del procedimiento de consulta

El Convenio N° 169 de la OIT y la Ley N° 29785 establecen que toda medida administrativa o legislativa que afecte derechos colectivos de pueblos indígenas debe ser consultada. Sin embargo, la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley Nº 29785, prevé una excepción a la obligación de realizar el procedimiento de consulta en los siguientes términos:

> "La construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos que,

[1] Aprobada mediante Resolución Viceministerial N° 013-2016-VMI-MC de 27 de mayo de 2016.

Firmado digitalmente por: ABANTO CABANILLAS Alicia Maribel FAU 20304117142 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 20/11/2018 15:24:11

DEFENSORIA DEL PUEBLO

en coordinación con los pueblos indígenas, esté orientada a beneficiarlos, no requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previsto en el Reglamento."

(El resaltado es nuestro)

De acuerdo con dicho texto normativo, aquellas medidas administrativas vinculadas con la construcción y/o mantenimiento de infraestructura en materia de salud o educación para los pueblos indígenas, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos a los pueblos indígenas, no requieren ser sometidos a consulta previa.

En efecto, al considerar que las medidas administrativas relacionadas con estas actividades y orientadas a beneficiar a los pueblos indígenas permitirían la mejora de la situación y condiciones de vida, así como el desarrollo y bienestar de los pueblos indígenas cuyos derechos colectivos se pueden ver afectados positivamente, a través de la mencionada Décimo Quinta Disposición, se optó por no consultarlas. Cabe señalar que unos de los principales problemas que afectan los derechos de los pueblos indígenas es la falta de provisión de servicios públicos.

De otro lado, cuando las medidas administrativas vinculadas con la construcción y/o mantenimiento de infraestructura en materia de salud o educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos no se encuentren destinados a beneficiar directamente a los pueblos indígenas, pero afectan sus derechos colectivos, el Estado peruano tiene la obligación de someter dicha medida a un proceso de consulta previa a los pueblos indígenas.

De acuerdo con ello, el mencionado marco normativo contempla el siguiente esquema, tratándose de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos:

Cuadro N° 1
Aplicación de la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785

Beneficiario[2]	Medidas administrativas que afectan derechos colectivos de los pueblos indígenas
Población indígena	No requieren ser sometidas a consulta previa
Población no indígena	Requieren ser sometidas a consulta previa

Elaboración propia

[2] Beneficiarios de la infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos.

Firmado digitalmente por: ABANTO CABANILLAS Alicia Maribel FAU 20304117142 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 20/11/2018 15:24:11

DEFENSORIA DEL PUEBLO

Sobre la desnaturalización de los alcances de la excepción prevista en el Reglamento de la Ley Nº 29785 y la vulneración del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas

En este orden de ideas, el Ministerio de Cultura, al desarrollar el contenido de dicha disposición, emitió la Directiva N° 001-2016-VMI/MC, la cual incorpora una disposición que desnaturaliza los alcances del Reglamento de la Ley Nº 29785, al considerar lo siguiente:

> "La sola construcción y mantenimiento de infraestructura destinada a la provisión de servicios públicos, **genera beneficios en la población**, en la medida que busca satisfacer y garantizar el **ejercicio de derechos fundamentales de la población**"[3].
>
> (El resaltado el nuestro)

Conforme se desprende del texto citado, con dicha disposición se amplía indebidamente el supuesto previsto en la Décimo Quinta Disposición del Reglamento de la Ley N° 29785, permitiendo que las entidades públicas responsables de aprobar medidas administrativas sobre servicios públicos apliquen la excepción prevista, sin precisar que el servicio público será brindado para y en beneficio de la población indígena.

Específicamente, al emplear el término "población", la Directiva N° 001-2016-VMI/MC habilitaría la aplicación de la excepción de la consulta previa sobre medidas relacionadas con la construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos, incluso cuando sus beneficiarios sean población no indígena.

De esta manera, las disposiciones específicas para la aplicación de la Décimo Quinta Disposición, no comprenden mención alguna a los beneficios que dichas actividades brindarán directamente a los pueblos indígenas cuyos derechos colectivos se verían afectados[4].

Sobre el particular, es preciso recordar que, como resultado de la aprobación de la Directiva en dichos términos, se convalidó la interpretación equivocada realizada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, así como del Ministerio de Energía y Minas, respecto a la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de Ley N° 29785, entidades que decidieron no consultar proyectos relacionados con la prestación de servicios públicos, como la Hidrovía Amazónica[5] y la Línea de Transmisión 220kV Moyobamba – Iquitos y Subestaciones Asociadas[6].

[3] Numeral 5.2.3 de la Directiva N° 001-2016-VMI/MC.
[4] Numeral 6.1 de la Directiva N° 001-2016-VMI/MC.
[5] Informe N° 057-2015-MTC/13, de 1 de octubre de 2015, emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29785, disponible en: http://portal.mtc.gob.pe/informacion_general/hidrovias/documentos/informe_consulta_proyecto_hidrovia_amazonica.pdf (consultado el 26 de setiembre de 2018).
[6] Oficio N° 647-2016-MEM/DGAAE, de 16 de agosto de 2016, en atención a las recomendaciones formuladas por la Defensoría del Pueblo mediante Oficio N° 055-2016-DP/AMASPPI-PPI, de 3 de junio de 2016.

Firmado digitalmente por: ABANTO CABANILLAS Alicia Maribel FAU 20304117142 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 20/11/2018 15:24:11

DEFENSORIA DEL PUEBLO

En dichos casos, se aplicó la excepción a la consulta previa, siguiendo la interpretación posteriormente aprobada por la Directiva N° 001-2016-VMI/MC, pese a que estos proyectos no se encuentran destinados a generar beneficios a los pueblos indígenas. Cabe mencionar que estas decisiones han motivado el inicio de acciones judiciales por parte de organizaciones indígenas, quienes consideran que tales proyectos no están orientadas a beneficiarlos, y cuyas demandas han sido amparadas por las instancias judiciales correspondientes[7].

Por lo expuesto, en opinión de la Defensoría del Pueblo, la Directiva N° 001-2016-VMI/MC vulnera los derechos de los pueblos indígenas, al contravenir el Convenio N° 169, así como la Ley N° 29785 y su Reglamento. En atención a ello, se requiere que el Ministerio de Cultura modifique el numeral 5.2.3 de la citada Directiva, a fin de que sea concordante con la normativa antes citada y se proteja los derechos de los pueblos indígenas, aplicando adecuadamente la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la citada Ley.

Sobre las acciones de coordinación con los pueblos indígenas y la necesidad de cautelar su derecho a la participación

El supuesto de excepción previsto ante la construcción y/o mantenimiento de infraestructura en materia de salud o educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos exige, además de beneficiar directamente a los pueblos indígenas, que estas actividades se efectúen en coordinación con los pueblos indígenas, tal como lo establece la Décimo Quinta Disposición del Reglamento de la Ley N° 29785.

Al respecto, para la Defensoría del Pueblo, esta coordinación no solo debe cumplir el propósito de informar los aspectos de un proyecto, sino generar un espacio de participación en el que los pueblos indígenas puedan efectuar aportes, recomendaciones y sugerencias y que estas sean evaluadas, para que las actividades consideradas en la excepción puedan desarrollarse de la mejor manera en armonía con sus derechos colectivos. Asimismo, nuestra institución considera que dicha coordinación debe realizarse en un momento oportuno, que permita a los pueblos indígenas incidir en la mejora de la medida administrativa.

Sin embargo, para el cumplimiento de deber de coordinación con los pueblos indígenas, la Directiva N° 001-2016-VMI/MC, únicamente establece pautas para la elaboración y ejecución de un plan informativo, que permita a los pueblos que se verán afectados por la medida, conocer su ámbito geográfico, las actividades que se desarrollarán durante la ejecución del proyecto, los beneficios, la oportunidad en que se llevarán a cabo las acciones de coordinación y el procedimiento de información.

[7] Como es de público conocimiento, el proyecto Hidrovía Amazónica fue posteriormente consultado, en cumplimiento de un mandato judicial. Asimismo, organizaciones indígenas interpusieron una demanda de amparo por omisión de consulta previa del proyecto Línea de Transmisión, que ha sido declarada fundada, en primera instancia, mediante sentencia de 9 de agosto de 2018, emitida por el Juzgado Civil Transitorio del Distrito Judicial de Loreto, Exp. N° 01130-2015, que cuenta con un recurso de apelación pendiente de resolución, disponible en: https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/documentoD.html?nid=VaiNPmGwGijzjvG (Consultado el 26 de setiembre de 2018).

Firmado digitalmente por: ABANTO CABANILLAS Alicia Maribel FAU 20304117142 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 20/11/2018 15:24:11

De acuerdo con ello, de la revisión de la citada Directiva, se observa que las únicas coordinaciones previstas se encuentran referidas a la oportunidad, lugares y metodología del proceso informativo y no sobre la construcción y/o mantenimiento de infraestructura en materia de salud o educación, y la provisión de servicios públicos; ni tampoco sobre los beneficios de estas actividades.

Por este motivo, resulta de máxima importancia que el Ministerio de Cultura modifique el numeral 6.2 de la Directiva N° 001-2016-VMI/MC, a fin que se contemple la participación efectiva de los pueblos indígenas, respecto de las medidas vinculadas a la construcción y/o mantenimiento de infraestructura en materia de salud o educación, y la provisión de servicios públicos; así como sobre los beneficios de estas actividades, en cumplimiento de lo previsto en la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley Nº 29785 y al Convenio Nº 169 de la OIT.

Sobre la oportunidad de las acciones de coordinación con los pueblos indígenas, que incluya la información y participación

Otro aspecto de especial preocupación para la Defensoría del Pueblo es que la citada Directiva disponga que las coordinaciones se deben realizar con posterioridad a la aprobación de la medida administrativa, en el marco de la implementación del Plan Informativo, cuya ejecución no supone la interrupción de las actividades previstas para el inicio de las actividades de construcción y/o mantenimiento de infraestructura de salud, educación o la necesaria para la provisión de servicios públicos[8].

Al respecto, la ejecución de las actividades señaladas sin que los pueblos indígenas beneficiarios cuenten con información necesaria y suficiente sobre sus alcances o sin contar con la oportunidad de brindar aportes previos a su ejecución, excede las razones que justificaron prescindir de la realización de un procedimiento de consulta previa y constituye una clara vulneración al Convenio Nº 169 de la OIT y a la Ley Nº 29785.

Por ello, resulta necesario que el Ministerio de Cultura modifique la citada Directiva, a fin de contemplar que la oportunidad de las acciones de coordinación con los pueblos indígenas —que considere el respeto del derecho a la información y a la participación—debe ser con anterioridad a la adopción de la medida administrativa.

Por lo antes expuesto, y atención a nuestras competencias constitucionales, recomendamos al Ministerio de Cultura modificar de los numerales 5.2.3 y 6.2 de la Directiva N° 001-2016-VMI/MC, a fin que se adecúe a lo previsto en la Ley Nº 29785, la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley Nº 29785 y al Convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo, cautelando de esta manera la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

[8] Numeral 6.2 de la Directiva N° 001-2016-VMI/MC.

Firmado digitalmente por: ABANTO CABANILLAS Alicia Maribel FAU 20304117142 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 20/11/2018 15:24:11

DEFENSORIA DEL PUEBLO

En atención a ello, mucho le agradeceré se sirva informar las acciones que tenga a bien realizar para la implementación de dicha recomendación.

Con la seguridad de su gentil atención, me valgo de la oportunidad para reiterarle los sentimientos de mi especial consideración y estima.

Atentamente,

Alicia Abanto Cabanillas
Adjunta al Defensor del Pueblo para el Medio Ambiente,
Servicios Públicos y Pueblos Indígenas (e)

LVN/jaah