



PERÚ Ministerio del Ambiente

Despacho Ministerial

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Reg. 113

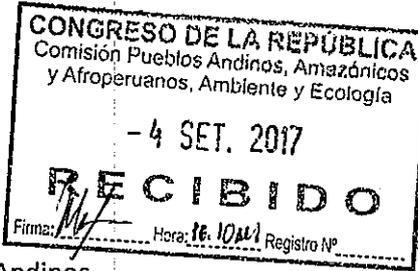
MINAM SG

04

Lima, 31 AGO 2017

OFICIO N° 517 -2017-MINAM/DM

Señor
MARCO ANTONIO ARANA ZEGARRA
 Presidente de la Comisión de Pueblos Andinos,
 Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología
 Congreso de la República
 Pasaje Simón Bolívar s/n, Edificio Víctor Raúl Haya de la Torre
 Cercado de Lima.-



- Asunto : Opinión al Proyecto de Ley N° 1379/2016-CR
- Referencia : a) Oficio N° 2840-2016-2017/CPAAAAE-CR
 b) Oficio N° 2950-2016-2017/CPAAAAE-CR
 c) Oficio N° 2949-2016-2017/CPAAAAE-CR (Reg. MINAM N° 11683-2017)
 d) Oficio N° 2839-2016-2017/CPAAAAE-CR (Reg. MINAM N° 10412-2017)

Es grato dirigirme a usted, en relación a los documentos de la referencia, mediante los cuales su despacho solicita al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) y al Ministerio del Ambiente opinión sobre el Proyecto de Ley N° 1379/2016-CR "Ley que modifica el Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), para precisar la obligación de consultar el otorgamiento de la certificación ambiental".

Al respecto, se remite copia del Informe N° 309-2017-MINAM/SG/OGAJ, elaborado por la Oficina General de Asesoría Jurídica, para su conocimiento y fines que estime pertinentes.

Es propicia la ocasión para reiterarle las muestras de mi mayor consideración y estima personal.

Atentamente,

Elsa Galarza Contreras
 Ministra del Ambiente

10/10/10



PERÚ

Ministerio del Ambiente

Secretaría General

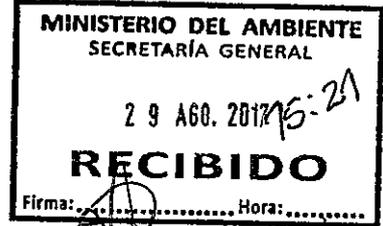
Oficina General de Asesoría Jurídica

MINAM
SG/OGAJ

182 03

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

INFORME Nº 309-2017-MINAM/SG/OGAJ



PARA : Kitty Trinidad Guerrero
Secretaria General

DE : Richard Eduardo García Sabroso
Director de la Oficina General de Asesoría Jurídica

ASUNTO : Proyecto de Ley N° 1379/2016-CR

REFERENCIA : a) Oficio N° 2839-2016-2017/CPAAAAE-CR
b) Oficio N° 2840-2016-2017/CPAAAAE-CR
c) Oficio N° 2949-2016-2017/CPAAAAE-CR
d) Oficio N° 2950-2016-2017/CPAAAAE-CR
e) Oficio N° 2305-2016-2017-CCR/CR
f) Oficio N° 296-2017-OEFA/PCD
g) Oficio N° 312-2017-OEFA/PCD
h) Memorando N° 432-2017-MINAM/VMDERN
i) Memorando N° 429-2017-MINAM/VMGA
j) Memorando N° 445-2017-MINAM/VMGA
k) Memorando N° 070-2017-MINAM/SG/OGASA
l) Memorando N° 086-2017-MINAM/SG/OGASA

FECHA : San Isidro, **18 AGO. 2017**

Me dirijo a usted, con relación a los documentos a), b), c), d) y e) de la referencia, por los cuales el Congreso de la República solicita opinión sobre el Proyecto de Ley N° 1379/2016-CR, que propone la "Ley que modifica el Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), para precisar la obligación de consultar el otorgamiento de la certificación ambiental".

Al respecto, informo a su Despacho lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

Mediante Oficio N° 2839-2016-2017/CPAAAAE-CR y Oficio N° 2949-2016-2017/CPAAAAE-CR, la Presidenta de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República solicita la opinión del Ministerio del Ambiente sobre el Proyecto de Ley N° 1379/2016-CR, que propone la "Ley que modifica el Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), para precisar la obligación de consultar el otorgamiento de la certificación ambiental".

Mediante Oficio N° 2840-2016-2017/CPAAAAE-CR y Oficio N° 2950-2016-2017/CPAAAAE-CR, la Presidenta de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República solicita la opinión del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) sobre el citado Proyecto de Ley.





1.3 Mediante Oficio N° 2305-2016-2017-CCR/CR, el Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República solicita la opinión del Ministerio del Ambiente sobre el referido Proyecto de Ley.

1.4 Mediante Oficio N° 296-2017-OEFA/PCD y Oficio N° 312-2017-OEFA/PCD, el OEFA remite el Informe N° 253-2017-OEFA/OAJ, el cual contiene la opinión sobre el indicado Proyecto de Ley.

1.5 Mediante Memorando N° 432-2017-MINAM/VMDERN, el Viceministerio de Desarrollo Estratégico de los Recursos Naturales remite el Informe N° 157-2017-MINAM/VMDERN/DGDB, emitido por la Dirección General de Diversidad Biológica, el cual contiene la opinión sobre el mencionado Proyecto de Ley.

1.6 Mediante Memorando N° 429-2017-MINAM/VMGA y Memorando N° 445-2017-MINAM/VMGA, el Viceministerio de Gestión Ambiental remite el Informe N° 252-2017-MINAM/VMGA/DGPIGA, emitido por la Dirección General de Políticas e Instrumentos de Gestión Ambiental, el cual contiene la opinión sobre el referido Proyecto de Ley.

1.7 Mediante Memorando N° 070-2017-MINAM/SG/OGASA y Memorando N° 086-2017-MINAM/SG/OGASA, la Oficina General de Asuntos Socio Ambientales remite el Informe N° 014-2017-MINAM/SG/OGASA, emitido por la citada Oficina, el cual contiene la opinión sobre el indicado Proyecto de Ley.

II. PROPUESTA NORMATIVA:

2.1 El artículo 107 de la Constitución Política del Perú faculta a los Congresistas a tener iniciativa en la formación de leyes, marco en el que se solicita la presente opinión.

2.2 El Proyecto de Ley bajo comentario propone modificar el inciso i) del artículo 3, el artículo 6 y la Sexta Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC, tal como lo muestra el siguiente cuadro:

Decreto Supremo N° 001-2012-MC	Proyecto de Ley N° 1379/2016-CR
<p>Artículo 3.- Definiciones El contenido de la presente norma se aplica dentro del marco establecido por la Ley y el Convenio 169 de la OIT. Sin perjuicio de ello, se tomarán en cuenta las siguientes definiciones: (...) i) Medidas Administrativas.- Normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la Administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.</p>	<p>Artículo 3.- Definiciones El contenido de la presente norma se aplica dentro del marco establecido por la Ley y el Convenio 169 de la OIT. Sin perjuicio de ello, se tomarán en cuenta las siguientes definiciones: (...) i) Medidas Administrativas.- Toda decisión administrativa que sea susceptible de afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, incluyendo normas reglamentarias en general, así como actos administrativos que faculten el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la Administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de</p>





"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

En el caso de actos administrativos, el proceso de consulta a los pueblos indígenas se realiza a través de sus organizaciones representativas locales, conforme a sus usos y costumbres tradicionales, asentadas en el ámbito geográfico donde se ejecutaría el acto administrativo.
(...)"

los pueblos indígenas u originarios, de conformidad con el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

En el caso de actos administrativos, el proceso de consulta a los pueblos indígenas se realiza a través de sus organizaciones representativas locales, conforme a sus usos y costumbres tradicionales, asentadas en el ámbito geográfico donde se ejecutaría el acto administrativo.
(...)"

"Artículo 6.- Consulta previa y recursos naturales

De acuerdo a lo establecido en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y en el artículo 66 de la Constitución Política del Perú; y siendo los recursos naturales, incluyendo los recursos del subsuelo, Patrimonio de la Nación; es obligación del Estado Peruano consultar al o los pueblos indígenas que podrían ver afectados directamente sus derechos colectivos, determinando en qué grado, antes de aprobar la medida administrativa señalada en el artículo 3, inciso i) del Reglamento que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican el o los pueblos indígenas, conforme a las exigencias legales que correspondan en cada caso".

"Artículo 6.- Consulta previa y recursos naturales

De acuerdo a lo establecido en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y en el artículo 66 de la Constitución Política del Perú; y siendo los recursos naturales, incluyendo los recursos del subsuelo, Patrimonio de la Nación; es obligación del Estado Peruano consultar al o los pueblos indígenas que podrían ver afectados directamente sus derechos colectivos durante el proceso de evaluación del impacto ambiental y antes de aprobar la medida administrativa señalada en el artículo 3, inciso i) del Reglamento que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican el o los pueblos indígenas, conforme a las exigencias legales que correspondan en cada caso; determinando además cuál sería el grado de afectación. Dicha consulta es aplicable a todos los instrumentos de gestión ambiental en el marco del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental e instrumentos de gestión ambiental complementarios."

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, TRANSITORIAS Y FINALES

"Sexta.- Contenidos de los instrumentos del sistema nacional de evaluación de impacto ambiental

El contenido de los instrumentos del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental señalados en el artículo 11 del Decreto Supremo Nº 019-2009-MINAM, incluirá información sobre la posible afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que pudiera ser generada por el desarrollo del proyecto de inversión."

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, TRANSITORIAS Y FINALES

"Sexta.- Contenidos de los instrumentos del sistema nacional de evaluación de impacto ambiental

El contenido de los instrumentos del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental e instrumentos de gestión ambiental complementarios señalados en el artículo 11 y 13 del Decreto Supremo Nº 019-2009-MINAM, deberán incluir información sobre la posible afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que pudiera ser generada por el desarrollo del proyecto de inversión, así como





	<i>de políticas, planes y programas públicos. El procedimiento de evaluación de impacto ambiental y el otorgamiento de la certificación ambiental en proyectos de inversión que pudieran afectar a los pueblos indígenas serán objeto de consulta previa antes de la adopción de la respectiva medida administrativa."</i>
--	--

III. ANÁLISIS:

- 3.1 De la revisión del Proyecto de Ley se advierte que el mismo busca incorporar, en el Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC, que las entidades del Estado desarrollen el proceso de consulta previa durante el proceso de evaluación del impacto ambiental de todas las actividades o proyectos sujetos al Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental.
- 3.2 Al respecto, de acuerdo al artículo 3 de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la consulta tiene por finalidad alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos.
- 3.3 Asimismo, según lo establecido en el artículo 9 de la Ley N° 29785, las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas.
- 3.4 En ese sentido, se pueda apreciar que la citada Ley establece que las entidades públicas son las responsables de identificar si las medidas legislativas o administrativas que emiten requieren previamente un proceso de consulta. Para dicha identificación, las entidades del Poder Ejecutivo determinan si hay una relación directa entre la medida legislativa o administrativa y los derechos colectivos de los pueblos indígenas y si existen elementos en dichas medidas legislativas o administrativas que identifiquen una posible afectación directa a sus derechos colectivos.
- 3.5 Ante ello, se advierte que el Proyecto de Ley estaría contraviniendo la Ley N° 29785, puesto que no estaría permitiendo que las entidades identifiquen si se requiere realizar un proceso de consulta, durante el proceso de evaluación del impacto ambiental de un proyecto o actividad, previo a la emisión del acto administrativo correspondiente.
- 3.6 Por ello, el Proyecto de Ley también contraviene el numeral 2 del artículo 13 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, el cual señala que los reglamentos no pueden transgredir ni desnaturalizar la ley.

Además, es preciso advertir que la modificación de un decreto supremo a través de una norma con rango de ley, además de ser una técnica legislativa discutible, acarrearía problemas operativos – legales, en el sentido que el artículo modificado por ley solo podría ser nuevamente





PERÚ

Ministerio
del Ambiente

Secretaría
General

Oficina General de
Asesoría

MINAM

24001

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

modificado por otra ley, mientras que el resto de la norma sí podría sufrir cambios por otro decreto supremo. Asimismo, el hecho de que una ley modifique un decreto supremo, podría calificarse como una afectación a las atribuciones del Poder Ejecutivo contenidas en el numeral 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú¹.

- 3.8 Cabe precisar que la Dirección General de Políticas e Instrumentos de Gestión Ambiental, en el Informe N° 252-2017-MINAM/VMGA/DGPIGA, ha indicado que el Ministerio de Energía y Minas, mediante Resolución Ministerial N° 209-2015-MEM/DM, ha identificado los procedimientos administrativos, en materia de hidrocarburos y electricidad, en los que corresponde realizar el proceso de consulta previa.

De acuerdo a la citada Resolución Ministerial, la consulta previa se realiza, en materia de hidrocarburos, antes del otorgamiento de la concesión de transporte de hidrocarburos por ductos, la concesión de distribución de gas natural por red de ductos, la modificación de la concesión, el decreto supremo que aprueba la suscripción de contratos de exploración y explotación de lotes petroleros y gasíferos, entre otros.

Respecto a la materia de electricidad, la consulta previa se puede realizar antes del otorgamiento de la concesión definitiva de generación, transmisión y distribución, la concesión rural, la modificación de la concesión, autorización de generación termoeléctrica, entre otros.

En tal sentido, de acuerdo con lo mencionado por la Dirección General de Diversidad Biológica, en el Informe N° 157-2017-MINAM/VMDERN/DGDB, la consulta previa se podría realizar, dependiendo de la posible afectación directa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, mucho antes a la elaboración del estudio ambiental, es decir, previo al otorgamiento de la concesión.

- 3.9 Por su parte, de acuerdo a lo señalado por la OEFA, la Dirección General de Políticas e Instrumentos de Gestión Ambiental y la Oficina General de Asuntos Socio Ambientales, en el Informe N° 253-2017-OEFA/OAJ, el Informe N° 252-2017-MINAM/VMGA/DGPIGA y el Informe N° 014-2017-MINAM/SG/OGASA, respectivamente, el otorgamiento de la certificación ambiental no implica la autorización del inicio de actividades o para la ejecución de proyectos. Por ello, la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental prevé que las entidades que emiten los actos administrativos que autorizan las actividades se encuentran prohibidas de hacerlo en tanto no cuenten con certificación ambiental.

Finalmente, cabe mencionar que la Dirección General de Políticas e Instrumentos de Gestión Ambiental, en el Informe N° 252-2017-MINAM/VMGA/DGPIGA, ha indicado que el proceso de consulta previa en la evaluación de los estudios ambientales podría alterar todos los procedimientos y plazos previstos en la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM.



¹ "Artículo 118.- Atribuciones del Presidente de la República Corresponde al Presidente de la República:

(...)

8) Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.

(...)"



PERÚ

Ministerio
del Ambiente

Secretaría
General

Oficina General de
Asesoría Jurídica

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

IV. CONCLUSIONES:

- 4.1 El Proyecto de Ley propone modificar Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC, a fin de que se realice la consulta previa durante el proceso de evaluación del impacto ambiental del proyecto o actividad.
- 4.2 Esta propuesta no resulta viable, puesto que estaría contraviniendo el artículo 9 de la Ley N° 29785, al no permitir que las entidades identifiquen si se requiere o no un proceso de consulta, durante el proceso de evaluación del impacto ambiental de un proyecto o actividad.
- 4.3 Asimismo, dicha situación generaría que se contravenga el numeral 2 del artículo 13 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, el cual señala que los reglamentos no pueden transgredir ni desnaturalizar la ley.
- 4.3 La propuesta de modificar un Reglamento, aprobado por un Decreto Supremo, mediante una Ley acarrearía problemas operativos – legales, debido a que el artículo modificado por ley solo podría ser nuevamente modificado por otra ley, mientras que el resto de la norma sí podría sufrir cambios por otro decreto supremo. Asimismo, el hecho de que una ley modifique un decreto supremo, podría calificarse como una afectación a las atribuciones del Poder Ejecutivo contenidas en el numeral 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú.

Nancy García, ^{XV}
Abogada
Oficina General de Asesoría Jurídica

Visto el informe y estando de acuerdo con su contenido, lo hago mío y lo suscribo en señal de conformidad.

Richard Eduardo García Sabroso
Director de la Oficina General de Asesoría Jurídica

