



PERÚ

Ministerio de Cultura

Despacho Ministerial

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

San Borja, 19 SET. 2017

REG 205

11106

OFICIO N° 507-2017-DM/MC

Señor

MARCO ANTONO ARANA ZEGARRA

Presidente de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Presente.-



Asunto: Opinión técnico legal 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".

Referencia: Oficio P.O. N° 2843-2016-2017/CAAAAE-CR

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted en atención al documento de la referencia, mediante el cual solicita la opinión técnico legal del sector Cultura 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, tengo a bien remitir, para su consideración y fines, el Informe N° 00050-2017-KCE/OGAJ/SG/MC, elaborado por la Oficina General de Asesoría Jurídica de este Ministerio.

Hago propicia la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi especial consideración.

Atentamente,

SALVADOR DEL SOLAR LABARTHE
Ministro de Cultura



REC-502



Lima, 12 de Septiembre de 2017

INFORME N° 000050-2017-KCE/OGAJ/SG/MC

Para : **MÓNICA MARÍA DÍAZ GARCÍA**
Directora General
Oficina General de Asesoría Jurídica

De : **Karina Canales Escudero**
Asesora Legal
Oficina General de Asesoría Jurídica

Asunto : Opinión Legal 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".

Referencia : Oficio N° 2843-2016-2017-CPAAAAE-CR

Por el presente me dirijo a usted, en relación al documento de la referencia, a fin de informar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

- 1.1. Con Oficio N° 2843-2016-2017-CPAAAAE-CR recibido el 7 de junio de 2017, la Presidenta de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República solicitó al Ministerio de Cultura opinión respecto del 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" (en adelante, el Proyecto de Ley).
- 1.2. A través del Proveído N° 001489-2017/DGPI/VMI/MC de fecha 5 de septiembre de 2017, la Dirección General de Derechos de los Pueblos Indígenas remitió la opinión técnica sobre el Proyecto de Ley, contenida en el Informe N° 000103-2017/DGPI/VMI/MC de la misma fecha.
- 1.3. Con el Proveído N° 002132-2017/VMI/MC de fecha 5 de septiembre de 2017, el Despacho Viceministerial de Interculturalidad remitió el citado informe, solicitando la opinión a esta Oficina General.

**II. BASE LEGAL:**

- 2.1. Ley N° 29565, Ley de creación del Ministerio de Cultura.
- 2.2. 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).
- 2.3. Decreto Supremo N° 001-2012-MC, que aprobó 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).
- 2.4. Decreto Supremo N° 005-2013-MC, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura.
- 2.5. Resolución de Secretaría General N° 083-2015-SG/MC, que aprueba la Directiva N° 008-2015-SG/MC "Procedimiento para la atención de pedidos de información y solicitudes de opinión de Proyectos de Ley formulados por los Congresistas de la República ante el Ministerio de Cultura".

III. DESCRIPCIÓN DE LA PROPUESTA:

El Proyecto de Ley efectúa las modificaciones del Reglamento de la Ley N° 29785 que se detallan a continuación:

ART.	TEXTO NORMATIVO VIGENTE	PROPUESTA DE MODIFICACIÓN
3 inciso i)	<p>“Artículo 3°.- Definiciones 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. 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 ejecutará el acto administrativo”.</p>	<p>“Artículo 3°.- Definiciones Medidas Administrativas.- Toda decisión administrativa que sea susceptible de afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, incluyendo normas reglamentarias de alcance 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 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 u originarios se realiza a través de sus organizaciones representativas locales, conforme a sus usos y costumbres tradicionales, asentadas en el ámbito geográfico donde se ejecutará el acto administrativo”.</p>



6	<p>“Artículo 6.- Consulta previa y recursos naturales.-De acuerdo a lo establecido en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y 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 a 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”.</p>	<p>“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 a los pueblos indígenas que podrían ver afectados directamente sus derechos colectivos durante el proceso de evaluación de 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”.</p>
Sexta Disposición Complementaria Final	<p>“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 N° 019-2009-MINAM, incluirá información sobre la posible afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que pudiera ser generada por el desarrollo de proyecto de inversión”.</p>	<p>“SEXTA.- CONTENIDOS DE LOS INSTRUMENTOS DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL Y CONSULTA PREVIA DE LA CERTIFICACIÓN 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 u originarios que pudiera ser generada por el desarrollo de proyectos de inversión, así como 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”.</p>

IV. ANÁLISIS:

- 4.1. De acuerdo al artículo 4 de la Ley N° 29565, Ley de creación del Ministerio de Cultura, “Las áreas programáticas de acción sobre las cuales el Ministerio de Cultura ejerce sus competencias, funciones y atribuciones para el logro de los objetivos y metas del Estado son las siguientes:
- Patrimonio Cultural de la Nación, Material e Inmaterial.
 - Creación cultural contemporánea y artes vivas.
 - Gestión cultural e industrias culturales.
 - Pluralidad étnica y cultural de la Nación”.



Además, conforme al literal k) del artículo 7 de dicha Ley, el Ministerio de Cultura tiene como función exclusiva, *“Planificar, concertar, articular y coordinar con los niveles de gobierno que corresponda las actividades de fomento, asistencia técnica, apoyo y consulta popular para el desarrollo integral de los pueblos andinos, amazónicos y afroperuano”*.

- 4.2. El artículo 15 de la referida Ley establece que *“El Viceministro de Interculturalidad es la autoridad inmediata al Ministro en asuntos de Interculturalidad e Inclusión de las Poblaciones Originarias”*; y, que ejerce las siguientes funciones: *“a) Promover y garantizar el sentido de la igualdad social y respeto a los derechos de los pueblos del país de conformidad con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (...)”*.

Además, en la Primera Disposición Complementaria Final 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 OIT, se contempla que para efectos de la misma que *“se considera al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura como el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo”*.

- 4.3 El numeral 1 del artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT (Convenio sobre pueblos indígena y tribales) establece que *“Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (...)”*.
- 4.4 Por su parte, el artículo 2 de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, el derecho a la consulta, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, *“Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente 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 y regional que afecten directamente estos derechos. La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado”*.

Asimismo, según el artículo 3 de dicha Ley, *“La finalidad de la consulta es 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”*.

- 4.5 De acuerdo al artículo 90 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2013-MC, *“La Dirección General de Derechos de los Pueblos Indígenas es un órgano de línea de ámbito nacional encargado de proponer coordinar, evaluar y supervisar con la Alta Dirección del Ministerio y demás órganos del Ministerio la política nacional y*



las normas de alcance nacional en materias relacionadas con la implementación del derecho a la consulta previa; con la protección, el desarrollo y la promoción de las lenguas indígenas del país; y con la población indígena en situación de aislamiento y contacto inicial”.

4.6 En dicho marco normativo y en ejercicio de sus funciones, la Dirección General de Derechos de los Pueblos Indígenas del Despacho Viceministerial de Interculturalidad emitió el Informe N° 000103-2017/DGPI/VM/IC, concluyendo que el Proyecto de Ley no es viable, en base a las siguientes observaciones:

- «(...) *En relación a la identificación de medidas objeto de consulta, el artículo 9 de la Ley de Consulta Previa prevé que, “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”*

En consecuencia, la Ley de Consulta Previa, según se menciona en el punto precedente, encomienda al Poder Ejecutivo a través de sus distintas entidades, determinar si se cumplen los requisitos previstos en la ley para la pertinencia de la consulta previa de una medida legislativa o administrativa. Es decir, determinar (i) si hay una relación directa entre la medida administrativa o legislativa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas y (ii) si se identifican elementos en dichas medidas legislativas o administrativas que indiquen una posible afectación directa a sus derechos colectivos. Luego de la verificación de dichos requisitos, corresponde llevar a cabo la consulta previa.

*(...) Por lo tanto, se considera que la redacción propuesta en el proyecto de ley no es del todo precisa para evidenciar, de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT y la Ley de Consulta Previa, que la consulta es respecto de las medidas que pueden “afectar directamente”. Esto debido a que en el inicio de la fórmula normativa propuesta se señala “[t]oda decisión administrativa que sea **susceptible de afectar** los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios”.*

- (...) *se considera que en la propuesta de modificación de la Sexta Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley N° 29785 debe precisarse lo siguiente:*

- *Que la consulta previa se realiza estrictamente respecto de medidas administrativas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas, independientemente del “grado de afectación” que pueda producir.*
- *Que los procesos de evaluación no generan afectaciones en sí mismos a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En la medida que, el resultado de esa evaluación, que se materializa en un acto administrativo, es la medida que podría consultarse.*

- (...) *Si bien es cierto que el Estado tiene la obligación de implementar el derecho de consulta, el artículo 9 de la Ley de Consulta previa, señala que tal obligación recae en aquellas entidades del Estado que van a emitir medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los derechos de*



los pueblos indígenas u originarios. Así ellas serían las competentes para realizar el proceso de consulta previa, conforme a las etapas que contempla la Ley de consulta.

(...) El Congreso de la República, como entidad competente de la emisión de leyes, debe determinar qué proyectos legislativos deben ser objeto de un proceso de consulta previa en tanto afecten directamente derechos colectivos de los pueblos indígenas, así como determinar qué instancia parlamentaria deberá asumir dicho mandato, los pueblos indígenas a ser consultados, la oportunidad de su realización en relación con el procedimiento de emisión legislativa, entre otros aspectos.

Por lo tanto, se recomienda que 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 OIT", lleve a cabo el análisis correspondiente para determinar si dicha medida legislativa, en tanto está dirigida a pueblos indígenas, podría afectarlos de manera positiva o negativa. De ser el caso, correspondería llevar a cabo un proceso de consulta previa de dicho Proyecto de Ley 1379/2016-CR, tal como señala el art. 6 inciso 1 a), del Convenio 169 de la OIT y el art. 3 de la Ley de Consulta (...)».

- 4.7 Teniendo en cuenta que de acuerdo con el numeral 2 del artículo 13 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, "Los reglamentos se ajustan a los principios de competencia, transparencia y jerarquía. No pueden transgredir ni desnaturalizar la ley"; se reitera lo recomendado por la Dirección General de Derechos de los Pueblos Indígenas en el extremo que la consulta previa se realiza estrictamente respecto de medidas administrativas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas, a fin de no desnaturalizar los artículos 2 y 3 de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, precitados.
- 4.8 Adicionalmente, siendo que de acuerdo al literal f) del numeral 5.3 del artículo 5 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, aprobado por Decreto Supremo N° 002-2017-MINAM, éste último tiene entre sus funciones "Dirigir el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y el Sistema Nacional de Información Ambiental"; y que la modificación propuesta al artículo 6 y la Sexta Disposición Complementaria Final del citado Reglamento tiene por finalidad incluir expresamente la obligatoriedad de efectuar la consulta previa para todos los instrumentos de gestión ambiental en el marco del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental e instrumentos de gestión ambiental complementarios, se recomienda que se cuente además con la opinión previa del Ministerio del Ambiente en dicho extremo del Proyecto de Ley.
- 4.9 De otro lado, se advierte que el numeral 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú establece que "Corresponde al Presidente de la República: (...) Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones"; a fin de que no se interfiera en las competencias del Presidente de la República, así como en la autonomía del Poder Ejecutivo.



V. **CONCLUSIÓN:**

Por lo expuesto, esta asesoría opina que el Proyecto de Ley N° 1379/2016-CR es **NO VIABLE**, en atención a lo señalado del numeral 4.6 al 4.9 del presente informe.

VI. **RECOMENDACIÓN:**

Se recomienda remitir el presente informe al Despacho Viceministerial de Interculturalidad, para su consideración y fines que estime pertinentes.

Se adjunta proyecto de oficio de respuesta.

Atentamente,

ABOGA OA
CAL 46167

