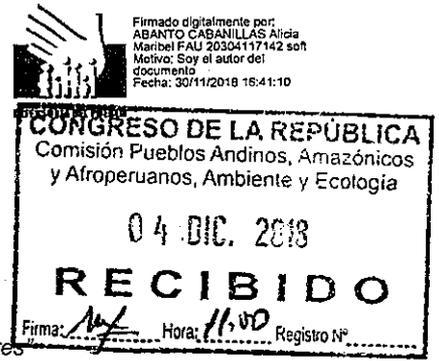
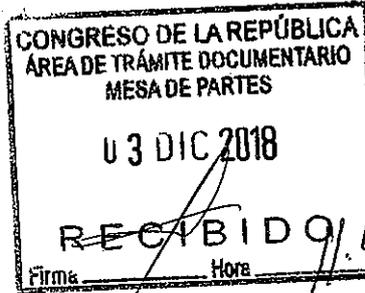


26567



RJ.246327



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"

OFICIO N° 468-2018-DP/AMASPP

Lima, 30 de Noviembre de 2018

Señor
Wilbert Gabriel Rozas Beltrán
Presidente de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología
Congreso de la República
Plaza Bolívar, Av. Abancay s/n
Cercado.-

Ref: Oficio P.O. 190-2018-2019/CPAAAE-CR de 19 de setiembre de 2018 (Ingreso N° 019301 de 20 de setiembre de 2018)

De mi especial consideración:



Me dirijo a usted para saludarlo cordialmente y, a la vez, referirme al documento de la referencia, mediante el cual se solicita opinión técnica sobre el Proyecto de Ley N° 3345/2018-CR, "Ley que modifica el artículo 2° de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido por el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), para implementar procesos de consulta previa, libre e informada ante el otorgamiento del título de concesiones mineras en los territorios de los pueblos indígenas organizados en comunidades campesinas y comunidades nativas", de 12 de setiembre de 2018.

La propuesta de modificación es formulada en los siguientes términos:

Artículo 2. Derecho de consulta

Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa, libre e informada 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

La consulta previa, libre e informada, a la que hace referencia el presente artículo, se realizará en los pueblos indígenas organizados en comunidades campesinas y nativas sobre cuyo territorio se presente algún petitorio de concesión minera".



DEFENSORIA DEL PUEBLO



Firmado digitalmente por:  
ABANTO CABANILLAS Alicia  
Maribel FAU 20304117142 soft  
Motivo: Soy el autor del  
documento  
Fecha: 30/11/2018 16:41:10

Sobre el particular, es preciso poner a consideración del Congreso de la República lo siguiente:

## 1. Sobre los alcances de la concesión minera y el derecho de propiedad

La concesión minera otorga a su titular un derecho real<sup>1</sup> para explorar y explotar los recursos naturales concedidos<sup>2</sup>. Éstos se encuentran debajo de la superficie que, en algunos casos, se encuentra reconocida en propiedad a comunidades campesinas y nativas. Por ello, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, el otorgamiento de la concesión minera no incluye la propiedad de los terrenos concesionados<sup>3</sup>.

Por el contrario, el inicio de las actividades de explotación y exploración de los recursos naturales concesionados exige el cumplimiento de una serie de requisitos y autorizaciones posteriores al otorgamiento de la concesión. Entre ellos, celebrar un acuerdo previo con el propietario del terreno superficial o la culminación del procedimiento de servidumbre<sup>4</sup>. Para las comunidades campesinas y nativas, la celebración del acuerdo previo requiere, previamente, el acuerdo de la asamblea general con el voto conforme de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la Comunidad<sup>5</sup>.

Además, se requiere la aprobación del instrumento de gestión ambiental y, la implementación del derecho a la consulta previa, cuando estas comunidades pueden ser identificadas como pueblos indígenas, conforme con los criterios objetivos y subjetivos previstos del Convenio N° 169 de la OIT.



## 2. Sobre la concesión minera y la implementación de la consulta previa

El Convenio N° 169 prevé que, en caso que pertenezca al Estado la propiedad de minerales o de los recursos del subsuelo —tal como lo prevé nuestra Constitución Política— éste deberá establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos indígenas, a fin de determinar si sus intereses serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, así como la participación en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Artículo 66° de la Constitución Política del Estado.

<sup>2</sup> Artículo 9° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM.

<sup>3</sup> Tribunal Constitucional, sentencia de 13 de noviembre de 2014, Exp. N.° 01503-2013-PA/TC, f. 7.

<sup>4</sup> Artículo 7° de la Ley 26505, "Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas", de 18 de julio de 1995.

<sup>5</sup> Artículo 11° de la Ley 26505, "Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas", de 18 de julio de 1995.

<sup>6</sup> Artículo 15.2° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.



DEFENSORIA DEL PUEBLO



Sin embargo, como hemos señalado, el solo otorgamiento de una concesión minera no incluye el otorgamiento de la propiedad o posesión sobre el terreno superficial correspondiente. De esta forma, al no suponer una limitación al ejercicio o expropiación de las tierras de propiedad de estos pueblos, la concesión minera no incide directamente sobre sus derechos colectivos, en particular, sobre su derecho a la tierra. Es decir, no produciría cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de sus derechos colectivos<sup>7</sup>.

Tratándose del sector minero, actualmente los procesos de consulta previa son implementados con anterioridad a la autorización de inicio de las actividades de exploración y al inicio/reinicio de las actividades de desarrollo, preparación y explotación de recursos<sup>8</sup>. No obstante, la Defensoría del Pueblo advierte que, en dicha etapa, ya se encuentran definidas las medidas ante los posibles impactos ambientales con la aprobación de instrumento de gestión ambiental. Dicha situación, en opinión de nuestra institución, limita la capacidad de negociación y participación de los pueblos indígenas respecto de las afectaciones que los pueblos puedan considerar como relevantes, sin contar con un margen sobre el cual aportar<sup>9</sup>.

Ante esta problemática, coincidimos en que se requiere adoptar medidas para mejorar la implementación del derecho a la consulta previa en minería, a partir de una reflexión sobre el momento de realización de estos procesos. No obstante, trasladar la oportunidad de la consulta al establecimiento de la concesión, podría implicar que, lo que será objeto del diálogo intercultural, no incida de manera efectiva sobre el proyecto de explotación y, por ende, tampoco proteja los derechos colectivos que la consulta previa busca garantizar.



### 3. Sobre la oportunidad de la consulta previa de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales

Una característica importante del derecho a la consulta es su carácter previo a la decisión relacionada con el proyecto de medida legislativa o administrativa. Como observa el Tribunal Constitucional, la consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas<sup>10</sup>. En tal sentido, la oportunidad de la consulta surge como un principio rector a todo proceso de consulta<sup>11</sup>.

Con relación a los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales, la oportunidad de la consulta posibilita una real incidencia sobre la propuesta de medida

<sup>7</sup> Artículo 3°, literal b) del reglamento de la Ley N° 29785, Decreto Supremo N° 0001-2012-MC, de 3 de abril de 2012.

<sup>8</sup> Resolución Ministerial N° 362-2015-MEM/DM, que modifica y actualiza el Texto único de procedimientos administrativos del Ministerio de Energía y Minas, de 5 de agosto de 2015, ver: Procedimiento N° 42, caso b del Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio de Energía y Minas [http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/Anexo%2001%20TUPA%20RM%20514-2017-MEM\\_DM%20\(08-12-2017\).pdf](http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/Anexo%2001%20TUPA%20RM%20514-2017-MEM_DM%20(08-12-2017).pdf) (consultado el 16 de noviembre de 2018).

<sup>9</sup> Informe N° 003-2016-DP/AMASPP-PP1 Sobre el proceso de consulta previa del proyecto de exploración minera La Merced.

<sup>10</sup> Tribunal Constitucional, sentencia de 9 de junio de 2010, Exp. N° 0022-2009-PI, párr. 36.

<sup>11</sup> Artículo 4° de la Ley N° 29785.



DEFENSORIA DEL PUEBLO



Firmado digitalmente por:  
ABANTO CABANILLAS Alicia  
Maribel FAU 20304117142 soft  
Molivo: Soy el autor del  
documento  
Fecha: 30/11/2018 16:41:10

administrativa. El momento oportuno debe ser aquel que permita contar con información concreta y específica sobre los diversos componentes de un proyecto, sus impactos y las medidas que pueden reducirlos. De esa forma, permite alcanzar acuerdos capaces de modificar aquellos elementos de su contenido que puedan afectar derechos colectivos.

Así, en opinión de la Defensoría del Pueblo, la consulta previa debe realizarse durante la evaluación del impacto ambiental, pues ésta permite conocer en detalle y con mayor certeza las posibles afectaciones que el contenido de la medida podría acarrear sobre los derechos colectivos de los pueblos consultados. Así, los acuerdos podrán incidir sobre aspectos de su especial interés o preocupación, permitiendo que sean adecuadamente considerados<sup>12</sup> en la decisión que aprobará por el Estado.

En ese orden de ideas, la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa, dispone que 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, incluya información sobre la posible afectación de derechos colectivos de los pueblos indígenas que pudiera ser generada por el desarrollo del proyecto de inversión, información que permite determinar si corresponde o no la realización de un proceso de consulta.

Consecuentemente, en tanto el instrumento de gestión ambiental es el que define las medidas de prevención, mitigación y control de los posibles impactos ambientales y sociales sobre su entorno, la Defensoría del Pueblo ha recomendado a las entidades competentes en aprobar estudios ambientales —ministerios y el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las inversiones sostenibles (SENACE)— llevar a cabo el proceso de consulta previa de aquellas medidas administrativas que impliquen afectaciones directas a los derechos colectivos de los pueblos indígenas<sup>13</sup>.

Conforme a lo expuesto, nuestra institución no comparte los alcances de la propuesta de modificación al artículo 2 de la Ley N° 29785, planteada mediante el Proyecto de Ley 3345/2018-CR. Por ello, como lo hemos señalado a la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología<sup>14</sup>, con el fin de precisar el marco normativo que permita la implementación de la consulta previa sobre instrumentos de gestión ambiental, consideramos pertinente sugerir la modificación de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, de tal forma que se adecuen sus disposiciones a la obligación de consultar previamente a los pueblos indígenas, prevista en el Convenio N° 169 de la OIT, la Ley N° 29785 y su reglamento.

<sup>12</sup> Informe N° 003-2016-DP/AMASPPI-PP1 Sobre el proceso de consulta previa del proyecto de exploración minera La Merced.

<sup>13</sup> Informe de adjuntía N° 006-2016-DP/AMASPPI.MA, "El camino hacia proyectos de inversión sostenibles. Balance de la evaluación de impacto ambiental en el Perú", pág. 105.

<sup>14</sup> Oficio N° 011-2018-DP/AMASPPI, de 26 de enero de 2018.



DEFENSORIA DEL PUEBLO



Firmado digitalmente por:  
ABANTO CABANILLAS Alicia  
Maribel FAU 20304117142 soft  
Motivo: Soy el autor del  
documento  
Fecha: 30/11/2018 16:41:10

Por lo expuesto, señor Presidente, mucho agradeceremos considerar lo señalado en el presente documento, en atención a la solicitud de opinión sobre la iniciativa legislativa contenida en el Proyecto de Ley N° 3345/2018-CR.

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  
Defensora del Pueblo en Medio Ambiente,  
Servicios Públicos y Pueblos Indígenas (e)

LVN/jaah/emc