

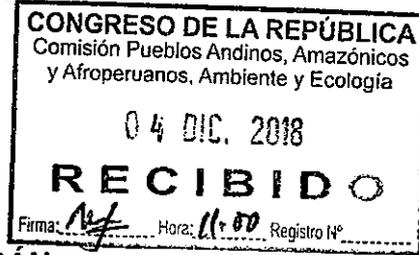


"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

San Borja, 30 NOV. 2018

OFICIO N° 900566-2018-DM/MC

Señor Presidente:
WILBERT GABRIEL ROZAS BELTRÁN
Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y
Afroperuanos, Ambiente y Ecología
Congreso de la República
Presente.-



26632



RU.246564

Asunto: Opinión sobre Proyecto de Ley N° 3345/2018-CR

Referencia: Oficio N° 254-2018-2019/CPAAAE-CR

De mi especial consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted en atención al documento de la referencia, mediante el cual solicita la opinión del Sector Cultura sobre el Proyecto de Ley N° 3345/2018-CR, "Ley que modifica el artículo 2 de la Ley 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 implementar procesos de consulta previa, libre e informada para el otorgamiento de concesiones mineras en el territorio de los pueblos indígenas organizados en comunidades campesinas y comunidades nativas".

Al respecto, tengo a bien remitir, para su consideración y fines, el Informe N° 900113-2018-CDR/OGAJ/SG/MC, elaborado por la Oficina General de Asesoría Jurídica de este Ministerio.

Hago propicia la oportunidad para expresarle las seguridades de mi mayor consideración y estima personal.

Atentamente,

PATRICIA BALBUENA PALACIOS
MINISTRA DE CULTURA

Adjunto: Informe N° 900113-2018-CDR/OGAJ/SG/MC

1000

1000



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

Lima, 22 de Noviembre de 2018

INFORME N° 900113-2018-CDR/OGAJ/SG/MC

Para : PERCY CURI PORTOCARRERO
Director General
Oficina General de Asesoría Jurídica

De : CYNTHIA DURAND RUIZ
Asesora Legal
Oficina General de Asesoría Jurídica

Asunto : Opinión sobre Proyecto de Ley N° 3345/2018-CR, "Ley que modifica el artículo 2 de la Ley 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 implementar procesos de consulta previa, libre e informada para el otorgamiento de concesiones mineras en el territorio de los pueblos indígenas organizados en comunidades campesinas y comunidades nativas".

Referencia : a) Oficio N° 124-2018-2019-CCR/CR
b) Oficio N° 254-2018-2019/CPAAAE-CR

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

I. ANTECEDENTES:

- 1.1. Con Oficio N° 124-2018-2019-CCR/CR recibido el 9 de octubre de 2018, la Presidencia de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, requirió al Ministerio de Cultura opinión sobre el Proyecto de Ley N° 3345/2018-CR, "Ley que modifica el artículo 2 de la Ley 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 implementar procesos de consulta previa, libre e informada para el otorgamiento de concesiones mineras en el territorio de los pueblos indígenas organizados en comunidades campesinas y comunidades nativas" (en adelante, Proyecto de Ley).
- 1.2. Mediante Oficio N° 254-2018-2019/CPAAAE-CR recibido el 19 de noviembre de 2018, la Presidencia de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República, requirió al Ministerio de Cultura opinión sobre el Proyecto de Ley.
- 1.3. Por Hoja de Elevación N° 900031-2018/DGPI/VMI/MC de fecha 07 de noviembre de 2018, la Dirección General de Derechos de los Pueblos Indígenas hizo suyo el Informe N° 900092-2018/DCP/VMI/MC de fecha 07 de noviembre de 2018, de



la Dirección de Consulta Previa, por medio del cual se emitió opinión sobre el Proyecto de Ley.

- 1.4. A través del Memorando N° 900170-2018/VMI/MC de fecha 08 de noviembre de 2018, el Despacho Viceministerial de Interculturalidad remite el expediente a la Oficina General de Asesoría Jurídica para opinión.

II. BASE LEGAL:

- 2.1. Constitución Política del Perú
- 2.2. Ley N° 29565, Ley de creación del Ministerio de Cultura.
- 2.3. Decreto Supremo N° 005-2013-MC, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura.
- 2.4. 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"; modificada por Resolución de Secretaría General N° 171-2017-SG/MC.

III. DESCRIPCIÓN DE LA PROPUESTA:

El Proyecto de Ley tiene por objeto modificar el artículo 2 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 implementar procesos de consulta previa, libre e informada antes del otorgamiento de concesiones mineras en los territorios de los pueblos indígenas organizados en Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas.

En tal sentido, se modifica el artículo 2 de la Ley N° 29785, a fin de establecer que el derecho de los pueblos indígenas y originarios a ser consultados de forma previa, debe ser "*libre e informado*". Asimismo, se dispone que "*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*".

Finalmente, la Única Disposición Transitoria Final establece adecuar la normatividad vigente sobre la materia y el Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley N° 29785, a lo dispuesto por la Ley, en un plazo no mayor de 60 días calendario.

IV. ANÁLISIS:

- 4.1. Conforme al numeral 19 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

En tal sentido, el artículo 88 de la acotada Carta Magna refiere que el Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta, además el artículo 89 establece que las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son



personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

- 4.2. 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 este ejerce sus competencias, funciones y atribuciones para el logro de los objetivos y metas del Estado son: a) Patrimonio Cultural de la Nación, Material e Inmaterial; b) Creación cultural contemporánea y artes vivas; c) Gestión cultural e industrias culturales; y d) Pluralidad étnica y cultural de la Nación.

El literal k) del artículo 7 de la norma antes citada, establece como función exclusiva del Ministerio de Cultura, respecto de otros niveles de gobierno, 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.

- 4.3. Por otro lado, de acuerdo con lo señalado en el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del Ministerio de Cultura, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2013-MC, se establecen las siguientes funciones:

- El artículo 90 dispone que: *"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"*.
- El artículo 93 señala que: *"La Dirección de Consulta Previa es el órgano de línea encargado de realizar las acciones vinculadas a la promoción de la implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas del país, brindando asistencia técnica"*.

- 4.4. En tal sentido, la Dirección de Consulta Previa emitió el Informe N° 900092-2018/DCP/VMI/MC por medio del cual opinó sobre el Proyecto de Ley, señalando lo siguiente:

- La normativa vigente establece criterios objetivos y subjetivos, para la identificación de pueblos indígenas u originarios, los cuales deben interpretarse de manera conjunta¹. Asimismo, el marco normativo de la materia señala que las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos.
- En ese sentido, podrá considerarse como pueblo indígena u originario, o parte de él, a localidades que constituyen comunidades reconocidas y tituladas,

¹ Organización Internacional del Trabajo (OIT). 2009. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT. Ginebra: OIT, p. 10.



PERÚ

Ministerio de Cultura

- caseríos, centros poblados, asentamientos, entre otros; dado que el artículo 1, literal b) del Convenio 169 de la OIT reconoce la pertenencia a un pueblo indígena u originario, cualquiera sea su situación jurídica.
- Así, respecto a las comunidades campesinas y nativas, conforme al artículo 7 de la Ley N° 29785 y al literal k) del artículo 3 de su Reglamento, así como al artículo 1 literal b) del Convenio 169 de la OIT, estas pueden ser identificadas también como pueblos indígenas u originarios conforme a los criterios de identificación.
 - Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que el reconocimiento jurídico de las comunidades campesinas y nativas se encuentra estrechamente vinculado con el caso de los denominados pueblos indígenas y que incluso se han presentado casos en los que determinados colectivos, denominados formalmente como "comunidades campesinas" son, en los hechos, pueblos indígenas². Aunado a ello, el Tribunal Constitucional ha referido que "los pueblos indígenas -término utilizado en el Derecho internacional- han sido proveídos con herramientas legales que buscan proteger su existencia y su cosmovisión"³. Asimismo, citando a la comisión de expertos de la OIT, este Tribunal refiere que "el concepto de pueblo es más amplio que el de comunidad y las engloba, cualquiera sea su denominación, no debe haber ninguna diferencia a efectos de la aplicación del Convenio, en la medida en que las comunidades denominadas nativas, campesinas u otras estén comprendidas en el artículo 1, párrafo 1, a) o b), del Convenio"⁴.
 - Por lo tanto, puede considerarse como pueblo indígena u originario, o parte de él, a localidades que constituyen comunidades reconocidas y tituladas, caseríos, centros poblados, asentamientos no reconocidos, entre otros, dado que el Convenio 169 de la OIT reconoce la pertenencia a un pueblo indígena u originario cualquiera sea su situación jurídica.
 - En ese sentido, considerando que el destinatario de la propuesta modificatoria son solo aquellos "pueblos indígenas organizados en comunidades campesinas y nativas", se advierte que dicha medida tendría como consecuencia restringir el derecho de acceso a la consulta de aquellos pueblos indígenas u originarios, cuya organización es de otro tipo. Adicionalmente, se considera pertinente destacar que la fuente de información oficial disponible sobre los pueblos indígenas u originarios presentes en el territorio nacional es la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios (en adelante BDPI)⁵.

² Sentencia recaída en el Expediente N° 02765-2014-PA/TC, FJ N° 23.

³ Sentencia recaída en el Expediente N° 0022-2009-PI/TC, FJ N° 4.

⁴ Sentencia recaída en el Expediente N° 02765-2014-PA/TC, FJ N° 23.

⁵ Dicho instrumento fue creado mediante el artículo 20 de la Ley N° 29785 y según el Decreto Legislativo N° 1360, constituye una fuente de información para los distintos niveles de gobierno, en la elaboración y desarrollo de políticas públicas relacionadas con los pueblos indígenas u originarios que habitan en el territorio nacional.

La BDPI ha incluido hasta la fecha información respecto de 55 pueblos indígenas del Perú, siendo 51 originarios de la Amazonía y 4 de los Andes. Esta información es de acceso público, a través del siguiente enlace web: bdpi.cultura.gob.pe.

Sobre todos ellos, la BDPI contiene la siguiente información: a) denominación oficial y auto denominaciones con la que los pueblos indígenas u originarios se identifican, b) referencias geográficas, c) información cultural y étnica relevante, d) lista referencial de comunidades nativas y comunidades campesinas; e) lista de las organizaciones representativas de nivel nacional.



- Ello, en tanto se advierte que en la página 6 de la Exposición de Motivos se utiliza al Instituto del Bien Común como fuente de información para sustentar la data sobre el número de comunidades campesinas y comunidades nativas existentes, sin distinguir aquellas pertenecientes a pueblos indígenas u originarios.
- Por otro lado, el Proyecto de Ley tiene por finalidad determinar que el otorgamiento del título habilitante de concesión minera debe ser identificado como una medida administrativa a ser consultada previamente a su emisión.
 - Al respecto, cabe señalar que la obligación de consultar constituye una responsabilidad del Estado, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas u originarios⁶, según el artículo 6, numeral 1 del Convenio 169 de la OIT. El artículo 9 de la Ley N° 29785, establece 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 ese sentido, las entidades del Estado están obligadas a identificar medidas que puedan afectar directamente derechos colectivos de pueblos indígenas u originarios y realizar un proceso de consulta previa cada vez que una de estas medidas afecten directamente dichos derechos; correspondiendo que las entidades promotoras analicen los efectos y alcances de la medida con relación a los pueblos indígenas u originarios y concluir si existe afectación directa, considerando si esta medida puede producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos⁷.
 - Por ello, la Ley N° 29785 constituye una norma de carácter general, que tiene por finalidad brindar las disposiciones generales a aplicarse a todos los procesos de consulta previa, independientemente al objeto, materia o actividad a la cual se refiera la medida administrativa; razón por la cual el especificar la medida

Cabe señalar que, a la fecha, incorpora información disponible sobre pueblos indígenas u originarios que haya sido obtenida o producida por las entidades de la administración pública según las disposiciones de la Ley N° 29785.

Entre sus fuentes se encuentran: los listados de comunidades nativas y campesinas toman como fuentes principales los censos realizados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI (II Censo de comunidades indígenas de la Amazonía Peruana - 2007 y IV Censo Nacional Agropecuario - CENAGRO, 2012), la data de comunidades nativas y campesinas del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI), la información enviada por las Direcciones Regionales Agrarias (DRA), y la data de instituciones educativas georeferenciadas del Ministerio de Educación (MINEDU).

La BDPI es referencial, no tiene carácter constitutivo de derechos, por lo que no supone un registro, y se encuentra en permanente actualización. Conforme precisa el Decreto Legislativo N°1360 en su tercera disposición complementaria final, si una o más comunidades no figuran en los listados oficiales no se afectarán sus derechos colectivos de acuerdo a lo estipulado en el Convenio 169 de la OIT.

⁶ Artículo 6, numeral 1 del Convenio 169 de la OIT.

⁷ De acuerdo a ello, para verificar si el contenido normativo de tales medidas podría afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas, las entidades promotoras deberán constatar si dicha medida podría afectar directamente los derechos de los pueblos indígenas u originarios. Entiéndase por ello, producir cambios positivos o negativos en la situación o en el ejercicio de derechos colectivos de los pueblos indígenas, tales como el derecho a la identidad cultural, la tierra o territorio, etc.



administrativa a consultarse en materia de actividades mineras, conllevaría a la formulación de disposiciones similares para todos los supuestos de consulta previa según cada materia, promoviendo la incorporación normativa de un numerus clausus sobre los supuestos de medidas administrativas en los que corresponde implementar la consulta previa.

- Al respecto, cabe acotar que en virtud de la información con la que se cuenta al momento de otorgarse una concesión minera, no es posible analizar lo siguiente: i) las posibles afectaciones directas a los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y, ii) la identificación de los sujetos a ser consultados en cada caso, por lo que, a la luz del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa, la concesión minera no sería una medida administrativa a ser consultada. En ese sentido, se concluye que la concesión minera no es una medida administrativa que deba ser consultada, debido a que desnaturalizaría el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa, por lo siguiente: (i) No existe un proyecto en el que se desarrollen actividades mineras (exploración, explotación entre otras) (ii) no se cuenta con información sobre las mencionadas actividades mineras; (iii) no es posible analizar las posibles afectaciones directas a los derechos colectivos a los pueblos indígenas u originarios; (iv) no es viable identificar a los pueblos indígenas u originarios a ser consultados, y solo se orientaría a discutir la viabilidad o no de un posible proyecto (veto); y, (v) solo se alcanzarían acuerdos generales, perjudicando la obligatoriedad de su cumplimiento.
- De otro lado, es importante acotar que en presente caso el Congreso de la República, como entidad competente de la emisión de leyes y entidad promotora, 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.
- En tal sentido, es importante mencionar que al momento de hacer el análisis de las medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, el Tribunal Constitucional ha señalado que pueden observarse tres tipos de medidas legislativas⁸: i) aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, en donde la consulta será obligatoria, por afectarles directamente; ii) normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas; iii) aquellas en la que determinados temas que involucren una legislación de alcance general, requiera establecer, en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas⁹.
- Por lo tanto, en el presente caso, al ser el Proyecto de Ley una modificación a la Ley N° 29785, nos encontramos ante el primer tipo de medida legislativa señalada por el Tribunal, es decir, aquella dirigida exclusivamente a regular

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.° 0022-2009-PI/TC. F.J. 21.

⁹ Asimismo, en el fundamento jurídico 22 de la sentencia recaída en el expediente N° 0022-2009-PI/TC, el Tribunal Constitucional señala respecto de un decreto legislativo que en principio contiene normas de alcance general, esto es, que no es posible identificar a las personas naturales o jurídicas específicas que deben obedecerlas, o aquellas en cuyo beneficio han sido dictadas. Esta norma genera una obligación jurídica para la generalidad de la sociedad y el Estado sobre temas que a su vez son de alcance general. En tal sentido, luego del análisis respectivo tendrá que determinarse si es que en ellas existe normativa que afecta directamente a los pueblos indígenas.



aspectos relevantes de los pueblos indígenas u originarios. De esta manera, el Proyecto de Ley podría generar afectaciones directas a los derechos de pueblos indígenas u originarios y, por tanto, correspondería la realización de un proceso de consulta previa al mismo.

- 4.5. Conforme a lo expuesto, estando a lo indicado por la Dirección de Consulta Previa, el Proyecto de Ley debe ser observado toda vez que precisar como destinatario de la consulta previa únicamente a aquellos "*pueblos indígenas organizados en comunidades campesinas y nativas*", tendría como consecuencia restringir el derecho de acceso a la consulta previa de aquellos pueblos indígenas u originarios, cuya organización es de otro tipo; de otro lado, se considera que la concesión minera no es una medida administrativa que deba ser consultada, debido a que desnaturalizaría el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa, ya que en dicha etapa no es viable aún analizar las posibles afectaciones y la identificación de los sujetos a ser consultados; asimismo se considera que especificar la medida administrativa a consultarse en materia de actividades mineras, conllevaría a la formulación de disposiciones similares para todos los supuestos de consulta previa según materia, promoviendo la incorporación normativa de un *numerus clausus* sobre los supuestos de medidas administrativas en las que corresponde implementar la consulta previa.

V. CONCLUSIÓN:

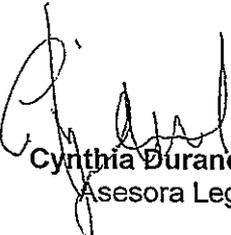
Por lo expuesto, estando lo señalado por la Dirección General de Derechos de los Pueblos Indígenas y la Dirección de Consulta Previa, se **OBSERVA** el Proyecto de Ley N° 3345/2018
-CR, de conformidad con lo señalado en el presente informe.

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,


Cynthia Durand Ruiz
Asesora Legal

