



PERÚ

Ministerio
de Energía y Minas

MP, 24142
21 NOV.

REG. 281-A

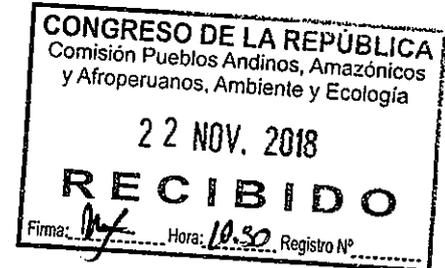
"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

Lima, 20 NOV. 2018

OFICIO N° 778 -2018-MEM/DM

Señor
Wilbert Gabriel Rozas Beltrán
Presidente
Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y
Afroperuanos, Ambiente y Ecología
Congreso de la República
Presente.-

RJ. 238557



Asunto : Pedido de opinión respecto al Proyecto de Ley N° 3345/2018-CR
Referencia : Oficio P.O. 018-2018-2019/CPAAAAE-CR
Registro N° 2854722

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted para saludarlo cordialmente, en atención al documento de la referencia, mediante el cual solicita opinión respecto del 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 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, adjunto el Informe N° 1156-2018-MEM/OGAJ, elaborado por la Oficina General de Asesoría Jurídica, para su conocimiento y fines.

Sin otro particular, hago propicia la ocasión para expresarle los sentimientos de mi especial consideración.

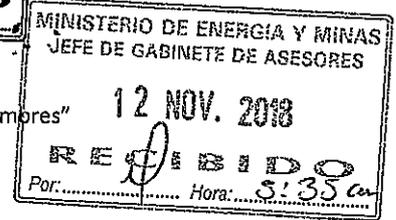
Atentamente,


FRANCISCO ISMODES MEZZANO
Ministro de Energía y Minas

A. J. S. 1919



PERÚ Ministerio de Energía y Minas



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

INFORME N° 1156-2018-MEM/OGAJ

A : Sra. Soraya Altabás Kajatt
Jefa del Gabinete de Asesores del Despacho Ministerial

De : Sr. Percy Manuel Velarde Zapater
Director General de la Oficina General de Asesoría Jurídica

Asunto : Opinión legal sobre el Proyecto de Ley N° 3345/2018-CR, que propone "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 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 : Registro N° 2854722

Fecha : 12 de noviembre de 2018



Tengo el agrado de dirigirme a usted en relación al Proyecto de Ley N° 3345/2018-CR, que propone "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 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", sobre el cual esta Oficina General emite el presente Informe.

I. ANTECEDENTES

- Mediante Oficio P.O. N° 018-2018-2019/CPAAAAE-CR, del 19.9.2018, el presidente de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología, el señor congresista Wilbert Gabriel Rozas Beltrán, solicitó a este Ministerio emitir opinión sobre el Proyecto de Ley N° 3345/2018-CR, que propone "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 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".
- Con Memorando N° 1318-2018/MEM-OGGS, del 10.10.2018, la Oficina General de Gestión Social remite el Informe N° 005-2018-MEM/OGGS/OGDPC/MACC, del 5.10.2018, el cual contiene la opinión técnico legal al Proyecto de Ley N° 3345/2018-CR.
- Con Oficio N° 1862-2018-MEM-DGM, del 28.9.2018, la Dirección General de Minería solicitó al Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico — INGEMMET, un informe que contenga opinión técnica legal sobre el proyecto de ley.





PERÚ

Ministerio
de Energía y Minas

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

4. Mediante Oficio N° 1762-2018-INGEMMET/DM, del 26.10.2018, el INGEMMET da atención al pedido de opinión de la Dirección General de Minería.
5. Con Informe N° 409-2018-MEM/DGM, del 8.11.2018, la Dirección General de Minería emite opinión sobre el Proyecto de Ley en cuestión.

II. ANÁLISIS

1. El Proyecto de Ley N° 3345/2018-CR propone lo siguiente:

"Artículo 1.- Objeto de Ley

La presente 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 del título de concesiones mineras en los territorios de los pueblos indígenas organizados en Comunidades Campesinas o Comunidades Nativas".

"Artículo 2.- Modificación del 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)

Modifíquese 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), 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 a los pueblos indígenas organizados en comunidades campesinas y nativas sobre cuyo territorio se presente algún petitorio de concesión minera.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA FINAL

Única.- De la adecuación de la normatividad vigente y del DS 001-2012-MC
Adecúese la normatividad vigente sobre la materia y el Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley 29785, a lo dispuesto en la presente ley, en un plazo no mayor de 60 días calendario.



PERÚ

Ministerio
de Energía y Minas

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

DISPOSICIÓN TRANSITORIA DEROGATORIA

Única.- De las Derogatorias

Deróguese toda norma que se oponga a la presente ley.

2. El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), establece que es obligación de los estados miembros de dicho Convenio llevar a cabo los procedimientos de consulta previa a los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.
3. 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, establece en su artículo 2 que el derecho a la consulta 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. Asimismo, señala que la consulta a la que hace referencia la presente ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado.
4. El artículo 3 de la Ley N° 29785 establece que 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.
5. 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. Sin embargo, la norma también establece que las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto a determinada medida que consideren que les afecta directamente. En dicho caso, deben remitir el petitorio correspondiente a la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa y responsable de ejecutar la consulta, la cual debe evaluar la procedencia del petitorio.
6. Por su parte el inciso g) del artículo 3 del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC, define como entidad promotora a la entidad pública responsable de dictar la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta en el marco establecido por la Ley y el Reglamento; siendo que entre ellas se encuentran los Ministerios, a través de sus órganos competentes. Asimismo, el inciso i) del mismo artículo define como medidas administrativas a las normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o





PERÚ

Ministerio
de Energía y Minas

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

proyecto, o el que autorice a la Administración con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

7. En virtud a las normas previamente señaladas, corresponde que las entidades promotoras identifiquen las medidas que podrían afectar directamente derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios. Bajo esa línea, el Informe N° 005-2018-MEM/OGGS/OGDPC/MACC, señala que los aspectos a considerar para identificar esas medidas, son las siguientes:

- a) **Suficiente Información**¹: que la medida este suficientemente desarrollada por la entidad promotora, de modo tal que pueda proporcionar información acerca de la posible afectación específica de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

La consulta tiene entre sus principios rectores la información oportuna por lo que el Estado tiene la obligación de comunicar todo aquello que contribuya a que los pueblos puedan analizar los alcances e incidencias de la medida².

La finalidad de proporcionar información suficiente permite que la consulta sea un verdadero instrumento de participación, que permita el dialogo intercultural basado en la confianza, la buena fe y el respeto mutuo.

- b) **Factibilidad en el cumplimiento de los acuerdos arribados**: los acuerdos que se obtengan como resultado de la etapa de dialogo del proceso de consulta están directamente relacionados a las posibles afectaciones causadas por la aprobación de la medida administrativa.

La consulta previa debe realizarse cuando sea posible incorporar los acuerdos que resulten de dicho proceso en la etapa de decisión, a fin de garantizar la inclusión de los pueblos indígenas u originarios en los procesos de toma de decisión del Estado para que se adopten medidas respetuosas de sus derechos colectivos.

Por otro lado, el artículo 9° del Decreto Supremo N° 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, establece que: «*la concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM)*».

1

Estos criterios responden a una interpretación sistemática del Convenio 169 de la OIT y la normativa nacional.

2

Según los artículos 12 y 13 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, corresponde a las entidades estatales brindar información a los pueblos indígenas u originarios sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida y a partir de ello dichos pueblos en un plazo razonable realicen un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida y la relación directa entre su contenido y la afectación directa de sus derechos colectivos.



PERÚ

Ministerio de Energía y Minas

“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres”
“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

- Es importante precisar que las medidas administrativas objeto de consulta previa en el subsector minero, son las siguientes:

Procedimiento Administrativo	Oportunidad del Proceso de Consulta
Autorización para el Inicio de Actividades de Exploración	Antes de la aprobación de la autorización
Plan de Minado y Autorización de Actividades de Desarrollo y Preparación (AM01-Caso B)	Antes de la aprobación de la autorización
Otorgamiento de Concesión de Beneficio	Antes de la Autorización de Construcción (Etapa B)
Otorgamiento y Modificación de la Concesión de Transporte Minero y de la Concesión de Labor General	Antes del otorgamiento de la Concesión



- Sin perjuicio de lo señalado; y acorde con lo descrito en el Informe N° 005-2018-MEM/OGGS/OGDPC/MACC, la concesión minera es un título habilitante que otorga al titular minero un derecho expectatio, respecto a la ejecución de las actividades de exploración y explotación.



- En ese sentido, no autoriza al titular a realizar actividades de exploración ni de explotación, ya que para dicho fin requiere de otras autorizaciones que se tramitan con posterioridad a su otorgamiento. El título habilitante no aprueba proyectos mineros, estudios ambientales; tampoco, permite sanear la posesión de tierra ni autoriza la utilización de predios, en forma alguna.

- Con respecto a la modificación introducida en el Proyecto de Ley N° 3345/2018-CR, la misma plantea que la resolución que otorga la concesión minera sea una medida pasible de consulta previa. Al respecto, y como se indicó en los párrafos anteriores, el derecho a la consulta se ejerce frente a una medida administrativa que faculte el inicio de las actividades de un proyecto, cosa que no está sucediendo en el presente caso.

- Del mismo modo, y acorde con lo señalado en el Informe N° 005-2018-MEM/OGGS/OGDPC/MACC, la concesión minera como, medida administrativa, no cumpliría con los siguientes criterios:

- **Suficiente Información:** la finalidad del proceso de consulta previa es salvaguardar los derechos colectivos de los pueblos originarios, en tal sentido, la realización del proceso de consulta previa respecto a un otorgamiento de concesión minera desnaturalizaría la finalidad del proceso, en la medida que para su otorgamiento no se cuenta con la información necesaria para identificar las posibles afectaciones causadas por la actividad minera



PERÚ

Ministerio
de Energía y Minas

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

- **Factibilidad en el cumplimiento de los acuerdos arribados:** carecería de sentido arribar a acuerdos, respecto de medidas administrativas que no dan certeza alguna del inicio de actividades de un proyecto minero.
14. Finalmente, consultar la concesión minera habilitaría un veto por parte de los pueblos indígenas, quienes podrían consultar esta medida pese a que al momento del otorgamiento de este título habilitante, no se sabe cuáles son los impactos que la actividad minera puede causar sobre los particulares.

III. CONCLUSIÓN

La Oficina General de Asesoría Jurídica considera que el Proyecto de Ley N° 3345/2017-CR, que propone "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 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", no es viable ya que la concesión minera no autoriza al titular a realizar actividades de exploración ni explotación, siendo necesario para ello la emisión de autorizaciones y permisos con posterioridad al otorgamiento de este título habilitante. Del mismo modo, es menester precisar que la realización de la consulta previa respecto al otorgamiento de una concesión minera desnaturalizaría la finalidad de dicho proceso, ya que en dicho momento no existe afectación sobre los derechos colectivos.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

Percy Manuel Velarde Zapater
Director General
Oficina General de Asesoría Jurídica

