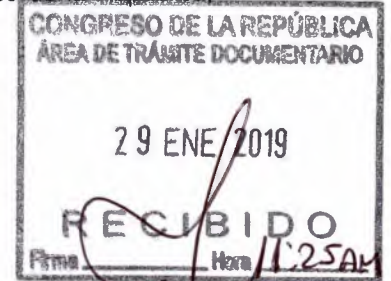


PROYECTO DE LEY N° ..... 3843/2018 - CR

La Congresista que suscribe, **MARÍA ELENA FORONDA FARRO**, por intermedio del Grupo Parlamentario **FRENTE AMPLIO POR JUSTICIA VIDA Y LIBERTAD**, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú y conforme lo establecen los artículos 74° y 75° del Reglamento del Congreso de la República, presenta la siguiente iniciativa legislativa:

FÓRMULA LEGAL

El Congreso de la República;  
Ha dado la Ley siguiente:



**LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 6°, 7° Y 12° DE LA LEY N° 27446, LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL PARA PRECISAR LA OBLIGACIÓN DE CONSULTAR EL OTORGAMIENTO DE LA CERTIFICACIÓN AMBIENTAL**

**Artículo Único. - Modificación de los artículos 6°, 7° y 12° de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental**

**Artículo 6°.- Procedimiento para la certificación ambiental**  
(...)

*Sí durante el proceso de Certificación Ambiental se advierte la posible afectación de derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, se realiza la consulta previa antes de emitir la resolución.*

**Artículo 7°.- Contenido de la solicitud de certificación ambiental**

**7.1** La solicitud de certificación ambiental que presente el proponente o titular de toda acción comprendida en el listado de inclusión a que se refiere el Artículo 4°, sin perjuicio de incluir las informaciones, documentos y demás requerimientos que establezca el Reglamento de la presente Ley, deberá contener:  
(...)

**a.5 Información sobre posible afectación de derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.**

**Artículo 12°.- Resolución de certificación ambiental**

**12.1** Culminada la revisión del estudio de impacto ambiental, y advirtiera en el caso de proyectos que pudieran afectar a pueblos indígenas u originario, la autoridad competente someterá a consulta previa el otorgamiento de la certificación ambiental.



Luego de realizada ésta, emitirá la resolución que aprueba o desaprueba dicho estudio indicando las consideraciones técnicas y legales que apoyan la decisión, así como, las condiciones adicionales surgidas de la revisión del estudio de impacto ambiental y del proceso de consulta previa, si las hubiera.  
(...)

Lima, enero de 2019.

.....  
**MARÍA ELENA FORONDA FARRO**  
Congresista de la República

71

H. MORALES



.....  
**HUMBERTO MORALES RAMIREZ**  
DIRECTIVO PORTAVOZ GRUPO  
PARLAMENTARIO FRENTE  
AMPLIO POR JUSTICIA  
VIDA Y LIBERTAD

71

.....  
**WILBERT ROZAS BELTRAN**  
Congresista de la República

.....  
**EDILBERTO CURRO LOPEZ**  
Congresista de la República

.....  
**JUSTINIANO ROMULO APAZA ORDÓÑEZ**  
Congresista de la República

.....  
**HERNANDO CEVALLOS FLORES**  
Congresista de la República

**CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

Lima, 31 de ENERO del 2019

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición N° 3843 para su estudio y dictamen, a la(s) Comisión(es) de PUEBLOS ANDINOS, AMAZONICOS Y AFROPERUANOS, AMBIENTE Y ECOLOGIA



**GIANMARCO PAZ MENDOZA**  
Oficial Mayor  
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

ROBERTO MORALES RAMIREZ  
INGENIERO EN SISTEMAS DE TELECOMUNICACIONES  
PARTIDARIO FRESCA  
AV. LIBERTAD

WILBERT ROSAS BELTRAN  
Congresista de la Republica

ROBERTO CURRUCHO  
Congresista de la Republica

BERNARDO CEVALLOS FLORES  
Congresista de la Republica

ROBERTO ROSAS BELTRAN  
Congresista de la Republica



## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### I. FUNDAMENTOS DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA

El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) entró en vigor en el Perú el 02 de febrero de 1995, un año después de su rápida ratificación por el Congreso de la República del Perú<sup>1</sup>. Según nuestro ordenamiento constitucional, dicho Convenio es de aplicación inmediata y, en principio, no requiere de la expedición de ulteriores normas reglamentarias, o de desarrollo, **para su efectiva vigencia**.

Dicho convenio señala en su artículo 6º, que el Estado debe consultar a los pueblos indígenas, 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<sup>2</sup>.

Dispone además, que el Estado tiene la obligación de establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población y en todos los niveles de adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos responsables de políticas y programas que les conciernan<sup>3</sup>.

Por otro lado, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala en su artículo 19º, que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previa e informado. Añade en su artículo 38º que los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de dicha Declaración. De lo cual, se desprende de dichas disposiciones que el Estado peruano tiene no solamente la obligación de consultar a los pueblos indígenas sobre medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente sino también el deber de establecer el sistema mismo de la consulta previa.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones -CEACR de la OIT en sus Observaciones Generales acerca de la obligación de consultar recordó, en

---

<sup>1</sup> **HUACO PALOMINO, MARCO ANTONIO.** "1993: la adopción del Convenio 169 por el Perú". En: <http://marcohuaco.blogspot.pe/2013/10/1993-la-adopcion-del-convenio-169-por.html> (consultado en 17/04/17)

<sup>2</sup> **Artículo 6.a) del Convenio 169.**

<sup>3</sup> **Artículo 6.b) del Convenio 169.**

conformidad con el artículo 6° del Convenio 169, que se deben realizar sistemáticamente<sup>4</sup> consultas apropiadas antes de abordar todas las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales. En el mismo informe, en sus observaciones dirigidas específicamente a Perú, la Comisión recordó a nuestro Estado su deber de llevar a cabo consultas a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales en relación con medidas legislativas y administrativas que puedan afectarlos directamente.

En la misma línea, el Congreso de la República aprobó por unanimidad la Ley N° 29785 “Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo”, recogiendo una sentida aspiración y exigencia de los pueblos indígenas y de sus organizaciones. Posteriormente, y no sin importantes controversias y objeciones el Poder Ejecutivo, a su vez, aprobó el Decreto Supremo No.001-2012-MC, Reglamento de la Ley 29785 para efectos de consultar sus propias medidas administrativas.

Si bien, es cierto la sexta disposición complementaria, transitoria y final del reglamento de la Ley de Consulta Previa establece que los instrumentos del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental mencionados en el artículo 11 del D.S.No.019-2009-MINAM incluya información sobre la posible afectación de derechos colectivos de los pueblos indígenas que pudiera ser generada por el proyecto de inversión, la obligación de consultar dichos instrumentos de acuerdo al Convenio 169 de la OIT no queda del todo precisa.

Respecto a la pertinencia de someter el acto administrativo de otorgamiento de certificación ambiental a procesos de consulta previa, es necesario remitirnos al Convenio No.179 de la OIT, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como a los sendos informes técnicos encargados en el año 2013 por la Defensoría del Pueblo a respetables consultoras jurídicas sobre el particular.

En efecto, el Convenio 169 de la OIT, que ostenta rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, señala directamente y sin lugar a dudas, en su:

*“Artículo 7*

*(...)*

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.”

---

<sup>4</sup> **COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES (CEACR), « Observaciones generales sobre la obligación de consulta » - Informe 2011 (Referencia: ILC.100/III/1A).**



Del mismo modo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en semejante sentido ha declarado:

*“La ausencia de directrices jurídicas claras para el procedimiento de consulta supone, en la práctica, un serio obstáculo para el cumplimiento del deber estatal de consulta. En ausencia de un marco jurídico sobre esta obligación, algunos Estados Miembros de la OEA han recurrido a la aplicación del derecho ambiental general, que frecuentemente incorpora requisitos de información y audiencias públicas para permitir la participación local en relación con los proyectos de inversión y desarrollo, generalmente en la fase de elaboración de los estudios de impacto social y ambiental. Sin embargo, a la luz de los estándares interamericanos de derechos humanos, los mecanismos de este tipo son usualmente insuficientes para acomodar los requisitos de la consulta a los pueblos indígenas, concebida como un mecanismo especial de garantía de sus derechos e intereses de conformidad con los criterios establecidos por los órganos del Sistema en aplicación de los estándares internacionales”.<sup>5</sup>*

Sigue sosteniendo la Comisión que:

*“248. Los estudios de impacto social y ambiental no son únicamente instrumentos de planificación de proyectos que deben ser tenidos en cuenta para minimizar los impactos negativos de los proyectos de inversión o desarrollo en territorios indígenas –y, en su caso, para la búsqueda de alternativas— sino que también sirven para identificar qué derechos de propiedad comunal serán afectados, y de qué manera, por el proyecto propuesto. En efecto, el objetivo último del proceso de estudio de impacto no es otro que el de identificar cuáles son los potenciales impactos negativos del plan o proyecto en cuestión sobre la capacidad de los pueblos indígenas de usar y gozar de las tierras y otros recursos existentes en sus territorios que tradicionalmente han usado con fines económicos, sociales, culturales o espirituales; en otros términos: el posible impacto sobre su derecho de propiedad comunal. Desde esta perspectiva, un objetivo adicional de los estudios de impacto es precisamente la identificación de los derechos que corresponden, o que puedan corresponder, a los pueblos indígenas sobre las tierras y recursos naturales que serán directa o indirectamente afectados por los proyectos de inversión o desarrollo en cuestión.*

*(...)*

*261. La evaluación del impacto cultural comprende la evaluación de “los probables impactos de un proyecto o desarrollo propuestos acerca del modo de vida de un grupo particular*

---

<sup>5</sup> **COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos, OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, párrafo 299.

o comunidad, con la plena intervención de ese grupo o comunidad y posiblemente emprendido por ese grupo o comunidad". En el curso de dicha evaluación, debe prestarse atención a "los impactos, tanto beneficiosos como adversos, de un desarrollo propuesto, que pudiera afectar, por ejemplo, a los valores, creencias, leyes consuetudinarias, idiomas, costumbres, economía, relaciones con el entorno local y especies particulares, organización social y tradiciones de la comunidad afectada", así como los impactos sobre el "patrimonio cultural de la comunidad, incluidos los lugares, edificios, y restos de valor o importancia arqueológicos, arquitectónicos, históricos, religiosos, espirituales, culturales, ecológicos o estéticos".<sup>6</sup>

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció en el célebre caso Saramaka que la Convención Americana de Derechos Humanos no prohíbe *per se* la aprobación de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas pero si el Estado quisiera hacerlo, antes debe: (i) consultar con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en los territorios ocupados tradicionalmente; (ii) compartir los beneficios razonables con ellas, y; (iii) **realizar evaluaciones previas de impacto ambiental y social**<sup>7</sup>.

En la mencionada sentencia, la Corte también señaló que el Estado debía consultar sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental<sup>8</sup> y consideró que los EIA sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad indígena. La finalidad de los EIA entonces es también garantizar que los miembros de un pueblo indígena conozcan los posibles riesgos ambientales y sociales a fin de que acepten con pleno conocimiento de causa el plan de desarrollo o inversión planteado por el Estado<sup>9</sup>.

### 1.1. Consulta previa de la certificación ambiental en Ambiente y en los subsectores Energía y Minas

Los referidos estándares internacionales sobre consulta previa contenidos en el Convenio No.169 de la OIT, en la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas así como en la jurisprudencia de la Corte Interamericana ya explicados, han sido

<sup>6</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS - Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. "Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos." 2009.

<sup>7</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Fundamento 143.

<sup>8</sup> En el Punto Resolutivo 9 de la Sentencia, leído conjuntamente con el párrafo 133 de la misma, la Corte ordenó al Estado "asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria"

<sup>9</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 12 de agosto de 2008. Fundamento 40.



objeto a su vez de pronunciamiento y desarrollo técnico en una serie de importantes informes de consultoría encargados por la Defensoría del Pueblo en el año 2013 en el marco de un proyecto de cooperación que tenía como objetivo contribuir a que diferentes Sectores del Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y empresas del Estado, identificaran claramente las medidas susceptibles de consulta previa así como los procedimientos internos que deberían elaborar y aprobar para desarrollar a cabalidad su obligación convencional y constitucional.

## 1.2. Consulta previa de la certificación ambiental en el subsector Energía

Así por ejemplo, el Estudio Rubio, Leguía, Normand, luego de señalar que la definición de “medidas administrativas” del Reglamento de la Ley de Consulta Previa es “restrictivo” y no permite el desarrollo de un adecuado diálogo entre las partes,<sup>10</sup> considera que las certificaciones ambientales contenidas en la respectiva resolución que apruebe los instrumentos de gestión ambiental establecidos en la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental No.27446 (Ley del SEIA) y su Reglamento (Decreto Supremo No. 019-2009-MINAM), debieran ser objeto de consulta previa, toda vez que , ... *“son instrumentos de gestión que contienen una descripción de la actividad propuesta y de los efectos directos o indirectos previsibles de dicha actividad en el medio ambiente físico y social, a corto y largo plazo, así como la evaluación técnica de los mismos”*..., y,... *“deben indicar las medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables e incluirá un breve resumen del estudio para efectos de su publicidad”*..., siendo instrumentos a la vez ambientales y sociales pues su contenido,...*“comprende los impactos sociales que estuvieran relacionados, respecto de los cuales se deben considerar las medidas necesarias de acuerdo a cada proyecto de inversión, de modo que se asegure una gestión social adecuada, la transparencia de los procesos, la prevención de conflictos, así como la prevención, control, mitigación y eventual compensación e indemnización por los impactos sociales que se pudieran generar”*<sup>11</sup>...

El informe parte de reconocer que la definición de “medida administrativa” del Reglamento de Consulta Previa impide –contrariamente al sentido del Convenio No.169 de la OIT- que la certificación ambiental pueda ser objeto de consulta previa toda vez que “el procedimiento de evaluación ambiental no concluye con la emisión de un acto administrativo que constituya un título habilitante, sino con una declaración del Estado que certifica la viabilidad ambiental y social de un proyecto” (salvo en el caso de actividades hidrocarburíferas donde la certificación ambiental es posterior al título habilitante de inicio de actividades).

---

<sup>10</sup> ESTUDIO RUBIO, LEGUÍA, NORMAND. *“Informe de inventario y análisis de las medidas administrativas del Ministerio de Energía y Minas – MEM, Subsector Energía y la Empresa Perúpetro S.A., que deben ser consultadas en el marco de la Ley No.29785, Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio No.169 de la OIT”*. Lima, CIES, GIZ, febrero de 2013, pág.11.

<sup>11</sup> *Ibid*, pág.56.



No obstante, lo anterior, dicho Estudio Jurídico considera que los procedimientos de evaluación ambiental deben sujetarse a la consulta indígena antes de la emisión de la correspondiente certificación ambiental “toda vez que podrían considerarse una oportunidad idónea para la identificación de eventuales afectaciones a los derechos de los pueblos indígenas”, medidas de mitigación y programas de monitoreo y seguimiento:

*“Como ha sido señalado, la consulta debe ser informada; es decir, los pueblos indígenas deben tener conocimiento de los posibles riesgos del proyecto propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. Siendo así, el EIA –como instrumento preventivo ambiental y social– se erige como una herramienta determinante de información para llevar a cabo un diálogo intercultural. Como consecuencia de lo anterior, resultaría necesario –a nivel de políticas de Estado– integrar, de ser posible, la implementación de procesos de consulta previa con procedimientos ya previstos en la regulación vigente y que a lo largo de los años han venido perfeccionándose, como es el caso del procedimiento de evaluación ambiental.”<sup>12</sup>*

*“En ese sentido, en el caso del sub-sector hidrocarburos, los derechos de los pueblos indígenas que podrían verse afectados con la suscripción de los Contratos para la exploración o explotación de hidrocarburos (por ejemplo, elección en sus prioridades de desarrollo) no serían los mismos que aquellos que se identifiquen al proponerse actividades concretas que se sometan a un procedimiento de evaluación ambiental (por ejemplo: territorio, aprovechamiento de recursos naturales, entre otros). En el caso del sector eléctrico el análisis resulta más sencillo, pues previo al otorgamiento del título habilitante (concesión definitiva) resulta necesaria la obtención de la certificación ambiental.”<sup>13</sup>*

El referido informe señala asimismo que la evaluación de impacto ambiental es la oportunidad idónea para realizar la consulta previa en el subsector eléctrico dado que la certificación ambiental es requerida antes de otorgarse la concesión definitiva. En consecuencia, entre una de las conclusiones sugiere que se modifique la definición de “medida administrativa” del Reglamento de Consulta Previa para, ... “hacer más flexible la determinación de la oportunidad idónea para llevar a cabo un proceso de consulta previa, lo cual permita a las autoridades implementar el derecho a la consulta acorde con la realidad propia del Sector”...

---

<sup>12</sup> *Ibid*, pág.57.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

### 1.3. Consulta previa de la certificación ambiental en el subsector Minero

Similar parecer expresa el informe jurídico relativo al subsector Minero preparado por el especialista Rasul Camborda V.<sup>14</sup> En este subsector, la certificación ambiental sirve para declarar la viabilidad ambiental de actividades mineras de exploración, explotación y otras, pero no habilita inmediatamente a iniciar dichas actividades sino a obtener otros permisos para poder iniciar las mismas. El proceso de evaluación de impacto ambiental se lleva a cabo para obtener dicha certificación, a lo largo del cual se determinan los impactos ambientales y se identifican las medidas de manejo ambiental y el plan de relaciones comunitarias, entre otras. Por ello, el consultor especialista señala que:

*“El otorgamiento de la certificación ambiental por sí mismo no constituye una medida administrativa de la cual emanen efectos jurídicos que puedan afectar directamente los derechos colectivos del pueblo indígena, puesto que ni concede derechos para explorar y explotar ni constituye una autorización para el desarrollo de actividades mineras. Incluso podría ser el caso que, otorgada la certificación ambiental, la actividad minera nunca se desarrolle o se desarrolle de manera distinta, para lo cual se deberá contar con una nueva certificación.*

*No obstante estas características, conforme a las cuales el otorgamiento de la certificación ambiental no sería una medida administrativa sujeta a Consulta Previa, proponemos que sí lo sea en razón de: a) el proceso que se lleva a cabo para elaborar el contenido de la medida administrativa y evaluar su aprobación brinda diversas oportunidades, en un periodo de tiempo extenso, para construir mecanismos de diálogo y asegurar la eficacia de los principios de buena fe, diálogo intercultural y otros; b) las obligaciones que se generan con la medida administrativa, al aprobar la certificación ambiental, son las obligaciones que al ejecutarse incidirán sobre la tutela de los derechos de los pueblos indígenas; y c) su naturaleza de requisito previo y contenido sustancial para la adopción de otras medidas administrativas, que permite anticipar los asuntos de interés relacionados a los derechos colectivos del pueblo indígena contenidos en esas otras medidas administrativas posteriores.”<sup>15</sup>*

Que el proceso de otorgamiento de la certificación ambiental se articule con los procesos de consulta previa, permitirá entonces que los pueblos indígenas puedan incidir y participar tempranamente respecto a la identificación de los impactos sociales, las propuestas de medidas de mitigación y manejo de impactos ambientales y sociales, así como, determinar

<sup>14</sup> CAMBORDA VEJARANO, RASUL. *“Informe de inventario y análisis de las medidas administrativas del Ministerio de Energía y Minas – MEM, Subsector Minería y del Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico - INGEMMET, que deben ser consultadas en el marco de la Ley No.29785, Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio No.169 de la OIT”*. Lima, CIES, GIZ, febrero de 2013.

<sup>15</sup> *Ibid*, pág.54.



las compensaciones y otras actividades que contribuyan a la preservación de sus formas de vida culturales y recursos económicos de subsistencia. El autor sostiene inclusive que implementar la consulta previa en la certificación ambiental del subsector minero tendría una forma práctica de aplicarse, ya que las etapas de “identificación de los pueblos indígenas”, “publicidad de la medida”, “información sobre la medida” y “evaluación interna por los pueblos indígenas” establecidas en la Ley de Consulta Previa podrían desarrollarse a lo largo del mismo proceso de elaboración del estudio ambiental hasta antes de su presentación para evaluación y aprobación de la autoridad, con lo cual se cumple plenamente con el artículo 7° del Convenio 169 de la OIT.

Un aspecto adicional que contribuiría al cumplimiento de los acuerdos alcanzados entre pueblos indígenas y autoridad administrativa, vendría dado por el hecho de que la aprobación del estudio ambiental genera una serie de obligaciones jurídicas plenamente exigibles para garantizar la no afectación negativa al medio ambiente y al entorno social, al derecho de los pueblos indígenas, el cumplimiento de las medidas de compensación ambiental y social, etc., de conformidad con el Reglamento de la Ley del SEIA y la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.<sup>16</sup>

Lo anterior, coincidimos, genera un escenario propicio para que pueblos indígenas y Estado se pongan de acuerdo en condiciones mínimas para el desarrollo de proyectos con respeto de derechos, por lo que la consulta previa del acto de otorgamiento de la certificación ambiental es algo conveniente, además de coherente con el Convenio 169 de la OIT.

---

<sup>16</sup> *Continúa Rasul Camborda ejemplificando: “Por ejemplo, la medida administrativa por la cual se concede el derecho a usar el agua puede ser el permiso, la autorización o la licencia de uso de aguas que otorga la Autoridad Nacional del Agua. En un supuesto de otorgamiento de licencia de uso de aguas, la consecuencia inmediata de su otorgamiento a un particular será que éste puede tomar el agua en el volumen concedido y hacer uso de ella. Esta acción podría significar una afectación directa al pueblo indígena, que podría verse privado del recurso. Siendo ello así, resulta evidente que el otorgamiento de una licencia de uso de aguas debiera ser objeto de Consulta Previa. Sin embargo, la evaluación de cómo podría afectar al medio ambiente y su entorno social el uso de las aguas, previamente evaluadas en su disponibilidad y calidad, como consecuencia de la implementación del proyecto minero, es materia central de análisis durante la evaluación del impacto ambiental. Al momento de aprobar la certificación ambiental la autoridad habrá evaluado todos los impactos relacionados y dimensionado la afectación a los derechos del pueblo indígena, determinando las obligaciones a cumplir para prevenirlo o las obligaciones de compensación, etc. De esa manera, al aprobarse, previa consulta, la certificación ambiental, no tendría mayor objeto efectuar la Consulta Previa para otorgar la licencia de uso de aguas. Esta misma lógica es aplicable a las autorizaciones de vertimiento, autorizaciones de desbosque, los permisos relacionados al manejo de residuos, el transporte de materiales peligrosos, etc.*

*El escenario y la justificación que permite haber consultado la certificación ambiental para ya no consultar otras medidas administrativas relacionadas al proyecto minero, no es aplicable, por ejemplo, a la autorización de construcción o la autorización de inicio de actividades que otorga la DGM, puesto que no es objeto de esas autorizaciones evaluar los impactos ambientales y sociales asociados a todas esas medidas administrativas subsiguientes.” Ibid, pág.57.*

#### 1.4. Consulta previa de la certificación ambiental en el sector Ambiente

En el Sector Ambiente se recomienda otro tanto<sup>17</sup>. Con similar razonamiento, la especialista consultora Mariella Sánchez parte igualmente de la constatación de que la certificación ambiental no es un título habilitante para el inicio de las operaciones de un proyecto de inversión ni tampoco autoriza la extracción de recursos naturales, pero el procedimiento administrativo que culmina en su otorgamiento incluye decisiones que sí afectan a los pueblos indígenas, tales como la identificación de si existen comunidades indígenas en el ámbito de influencia del proyecto de inversión, la descripción de los componentes del proyecto de inversión, los impactos al ambiente, así como las medidas de prevención, manejo y control del proyecto y sus componentes, así como se establecen y aprueban los compromisos ambientales y sociales del titular del proyecto.<sup>18</sup>

El diálogo intercultural que se propicia al consultar la evaluación de los instrumentos de gestión ambiental, permitirán que se respeten derechos cruciales de los pueblos indígenas, tales como el derecho de participación, el derecho a usar y gozar de las tierras y otros recursos existentes en sus territorios, el derecho a la libre determinación y actividades en sus tierras, y al ambiente sano y equilibrado en sus territorios, etc.

Llegados a este punto resulta importante establecer con claridad, que los mecanismos de participación ciudadana actualmente contemplados en la legislación de diversos sectores, no puede ser un sucedáneo ni reemplazar la obligación del Estado peruano de realizar la consulta previa sobre los procedimientos de certificación ambiental. En el pasado, el Ministerio de Energía y Minas (MEM) ha sostenido<sup>19</sup> que las normas de participación ciudadana en los subsectores minero y energético<sup>20</sup> cumplen los estándares de la consulta previa del Convenio 169 de la OIT. Sin embargo dicha posición fue declarada

<sup>17</sup> CAMBORDA VEJARANO, RASUL. "Informe de inventario y análisis de las medidas administrativas del Ministerio del Ambiente – MINAM y del Servicio Nacional de Áreas Protegidas por el Estado -SERNANP, que deben ser consultadas en el marco de la Ley No.29785, Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio No.169 de la OIT". Lima, CIES, GIZ, febrero de 2013.

<sup>18</sup> *Ibid*, pág.48.

<sup>19</sup> Informe No.862-2012-MEM-AAM/ACHM adjunto al Oficio No.1972-2012-MEM/SEG de fecha 22 de agosto de 2012 por el que se da respuesta a una solicitud de información del Instituto de Defensa Legal. En este Informe, el Viceministerio de Minas afirma que el artículo 4° del D.S. No.028-2008-EM "Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero" "contempla e implementa el derecho de consulta" tal como lo afirma dicho decreto (enfaticado nuestro).

<sup>20</sup> A saber, el D.S. No.042-2003-EM (que modifica el Reglamento de Procedimientos mineros), la R.M. No.535-2004-MEM/DM (que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades Energéticas dentro de los Procedimientos Administrativos de Evaluación de los Estudios Ambientales), D.S. No.015-2006-EM (que aprueba el Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos), el D.S. No.012-2008-EM (que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos), el D.S. No.020-2008-EM (que aprueba el Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera), el D.S. No.028-2008-EM (que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana en el Subsector Minero), la R.M. No.304-2008-MEM-DM (que aprueba las Normas que regulan el Proceso de Participación Ciudadana en el Subsector Minero).



inconstitucional tanto por el Tribunal Constitucional<sup>21</sup> como contraria al Convenio 169 de la OIT por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT<sup>22</sup>.

Similar posición ha adoptado la Defensoría del Pueblo, al defender que el acto de elaboración y aprobación de los instrumentos de gestión ambiental deben contar con participación indígena y ser sometidos a consulta previa<sup>23</sup>.

## II. EFECTO DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La modificatoria planteada resulta coherente con la Constitución Política y promueve una interpretación integradora entre la Constitución Política, tratados internacionales como el Convenio No.169 de la OIT, la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros, y la legislación peruana sobre derecho a la consulta previa.

<sup>21</sup> El Tribunal Constitucional ordenó al MEM que apruebe una norma específica sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el ámbito de su sector, y en cumplimiento de ello se emitió el Decreto Supremo No. 023-2011-EM publicado el 12 de mayo de 2011 aprobando el "Reglamento del Procedimiento para la Aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero-Energéticas" por el cual se establecieron los principios, reglas y procedimientos para aplicar dicha obligación en los sub sectores minero y energético. Sin embargo, la existencia de dicho reglamento fue breve ya que fue derogado por la Tercera Disposición Final de la Ley de Consulta Previa, la cual entró en vigor el 06 de diciembre de 2011. La Ley de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios No.29785 fue publicada en el diario oficial "El Peruano" el 07 de septiembre de 2011 y que su Cuarta Disposición Complementaria Final señaló que la Ley entraría en vigencia 90 días después de su publicación.

<sup>22</sup> "La Comisión considera que el decreto supremo No.020-2008-EM que regula la participación ciudadana en el subsector minería presenta limitaciones similares. La Comisión nota, además, que dicho decreto contempla la posibilidad de la participación ciudadana con posterioridad al otorgamiento de la concesión minera y considera que no cumple con lo previsto por el Convenio. La Comisión insta al Gobierno a que adopte las medidas necesarias para poner la legislación y la práctica nacional de conformidad con los artículos 2, 6, 7 y 15 del Convenio, teniendo en cuenta el derecho de los pueblos cubiertos por el Convenio a establecer sus propias prioridades y participar en los planes y programas de desarrollo nacional y regional. Recordando que la Comisión de la Conferencia acogió con agrado el hecho de que el Gobierno solicitase asistencia técnica, la Comisión alienta al Gobierno a avanzar en esta dirección. Asimismo, le solicita que: "i) Suspenda las actividades de exploración y explotación de recursos naturales que afectan a los pueblos cubiertos por el Convenio en tanto no se asegure la participación y consulta de los pueblos afectados a través de sus instituciones representativas en un clima de pleno respeto y confianza, en aplicación de los artículos 6, 7 y 15 del Convenio;" CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO DE LA OIT 80ª, Reunión, 2009. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 1ª), ILC.80/III/1A.

<sup>23</sup> Presentación de la Sra. Alicia Abanto Cabanillas, Adjunta en Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo ante el Grupo de Trabajo de Seguimiento a la Implementación de la Ley de Consulta Previa de la CPAAAE del Congreso de la República realizada el 12 de marzo de 2013; y Anexo 1 del Oficio No.01096-2013/DP de fecha 25 de junio de 2013 de la Defensoría del Pueblo: Respondiendo a la pregunta de si debe consultarse el otorgamiento de las concesiones mineras- se afirma que "la Defensoría del Pueblo considera que "la medida administrativa a consultar" (en singular) "debería de ser la resolución administrativa que aprueba el estudio de impacto ambiental".

### III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente modificatoria legal no compromete costo patrimonial alguno para los recursos públicos. Al contrario, la iniciativa legislativa propuesta conlleva al fortalecimiento de la plena aplicación de un derecho convencional importante, como es el **Derecho a la consulta previa**.

### IV. RELACIÓN DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA CON LAS POLÍTICAS DE ESTADO DEL ACUERDO NACIONAL

La presente iniciativa legislativa tiene relación directa con las siguientes políticas de Estado y agenda legislativa del Acuerdo Nacional:

- **Equidad y Justicia Social:** Promoción de la Igualdad de Oportunidades sin Discriminación.
- **Estado eficiente, transparente y descentralizado:** Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos.