

15 AGO 2019

RECIBIDO

Firma _____ Hora 10:00

Proyecto de Ley N° 4681/2019-02

Proyecto de ley que propone modificar el D. S. N.º 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, a fin de garantizar el derecho a la consulta previa en los procedimientos de concesión minera.

Los congresistas de la República que suscriben, a iniciativa del congresista **Edyson Humberto Morales Ramírez**, miembro de la Bancada Frente Amplio por Justicia, Vida y Libertad, de conformidad con lo señalado en el artículo 107º de la Constitución Política del Perú, así como de los artículos 75º y 76º del reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente Proyecto de Ley:



FÓRMULA LEGAL

Proyecto de ley que propone modificar el D. S. N.º 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, a fin de garantizar el derecho a la consulta previa en los procedimientos de concesión minera.

Artículo 1. Objeto de la ley

La presente ley tiene como objeto modificar el artículo 111 e incorporar el Título Décimo Sexto de D. S. N.º 014-92-EM Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería a fin de garantizar el derecho a la consulta previa en los procedimientos de concesión minera.

Artículo 2. Modificación del artículo 111 del D. S. N.º 014-92-EM Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería

Modifíquese el artículo 111 del D. S. N.º 014-92-EM, el cual queda redactado en los siguientes términos:

“**Artículo 111.-** El Estado garantiza que los procedimientos mineros responden a principios de certeza, simplicidad, publicidad, uniformidad y /



eficiencia, **sobre la base de la protección y la defensa de los intereses sociales en armonía con el medio ambiente.**

Artículo 2. Incorporación del Título Décimo Sexto en el D. S. N.º 014-92-EM del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería

Incorpórese el Título Décimo Sexto del D.S. N.º 014-92-EM que contiene los artículos 227, 228 y 229, los cuales quedan redactados en los siguientes términos:

TITULO DÉCIMO SEXTO DE LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA

Artículo 227.-El Estado ejecuta y garantiza el proceso de consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas originarios, amazónicos afro descendientes y demás poblaciones, como derecho colectivo y fundamental de carácter obligatorio, a realizarse respecto de toda solicitud realizada al amparo de la presente Ley, antes de la actuación de medidas administrativas susceptible de afectar directamente sus derechos colectivos.



Este proceso tendrá por objeto promover el desarrollo sustentable de la actividad minera, que garantiza la protección del espacio urbanístico, ambiental, prevención de los riesgos a la salud y el patrimonio cultural privilegiando el uso planificado del territorio y el desarrollo de las localidades ubicadas en las áreas de influencia de un proyecto minero, de acuerdo a las condiciones, procedimientos y requisitos que se establezcan en las normas reglamentarias o complementarias de la presente Ley.

Para todo proceso de consulta, el ministerio de Economía y Finanzas, proporcionará el respectivo presupuesto a través del ministerio sectorial.

Artículo 228.- La decisión administrativa que autoriza el inicio de la actividad de construcción y explotación, bajo responsabilidad, evalúa como requisito legal vinculante la consulta previa, libre, informada y

celebrada en condiciones de igualdad con los sujetos consultados correspondiente a las zonas de influencia del proyecto.

Sin perjuicio de lo anterior, el procedimiento administrativo contiene espacios de participación ciudadana cuya finalidad consiste en vincularse con la población en la gestión de un proyecto minero, que deberá llevarse a cabo en todas las fases de la actividad minera, en el marco de los procedimientos y mecanismos establecidos en la Constitución y la ley.

Artículo 229.- En el caso que de un proceso de consulta resulte una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de desarrollar el proyecto será adoptada por resolución motivada del Ministerio de Energía y Minas atendiendo, bajo responsabilidad, el resultado de la consulta previa y el informe técnico de la unidad correspondiente en el marco de las normas legales aplicables, teniendo en cuenta los intereses del Estado y de los participantes.



DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES

Única. Reglamentación

El reglamento de la presente Ley será aprobado por decreto supremo refrendado por el Ministro de Energía y Minas, dentro de un plazo que no exceda de sesenta (60) días contados a partir de la publicación de la presente Ley.

Lima, agosto de 2019.



[Handwritten signature]
HUMBERTO MORALES RAMIREZ
Congresista de la República



[Handwritten signature]
HERNANDO CEVALLOS FLORES
Directivo Portavoz
GRUPO PARLAMENTARIO FRENTE AMPLIO,
POR JUSTICIA, VIDA Y LIBERTAD

[Handwritten signature]
EDUARDO CURRO L.

[Handwritten signature]
LARA

[Handwritten signature]
WILBERT ROZAS

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, 20 de Agosto del 2019

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77º del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición N° 4081 para su estudio y dictamen, a la(s) Comisión(es) de

ENERGÍA Y MINAS; PUEBLOS
ANDINOS, AMBZÓNICOS Y
APOPERUANOS, AMBIENTE Y
ECOLOGÍA.



GIOVANNI FORNO FLÓREZ
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. FUNDAMENTOS DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA

1.1. Estado actual de la situación fáctica y jurídica

El Texto Único Ordenado de la ley general de minería aprobado mediante Decreto Supremo 014-92-EM dentro de la lógica de liberalización impuesta por el Estado busca profundizar la promoción de la inversión privada en el sector minero bajo presupuestos de simplificación de procedimientos y así evitar las trabas "*burocráticas*" en el Estado.

Dicha propuesta busca la expansión de las empresas extractivas bajo una perspectiva de no intervención o de mínima intervención del Estado, lo cual no ha resuelto la necesidad de prestación de actividades estratégicas bajo la lógica de la función social en muchos lugares de nuestro país y el servicio de calidad.



La ley cuestionada si bien impulsa y agiliza la dinámica de la inversión privada, que no se pretende suprimir, sin embargo, dicha promoción no tiene restricciones adecuadas para la planificación territorial, más aún si se trata de proyectos extractivos que genera la exposición a contaminación ambiental y riesgos a la salud y por ende el derecho a la vida.

Vale decir, que la actual normatividad no garantiza especialmente la participación ciudadana, la prevención de los riesgos a la salud, el derecho a la información previa de los potenciales afectados, la planificación urbana, etc. con la finalidad de atender un juicio previo para la toma de decisiones y el inicio de procedimientos de concesiones mineras

Esto se pone en evidencia ya que en distintos espacios del ámbito nacional se han producido manifestaciones y protestas frente a la realidad actual y la normatividad vigente que regula esta actividad ya que hay una evidente protesta de la población por los proyectos mineros. Las sociedades civiles han denunciado que las empresas extractivas pretenden expandir las mineras, de manera abusiva y muchas veces con resguardo policial, bajo un marco legal

hecho a su medida, ya que desincentiva un adecuado procedimiento administrativo que busque proteger derechos y principios de interés social como la consulta social que incluye reclamos sociales como la prevención de riesgos a la salud y la adecuada planificación territorial.

En este contexto se suscitan conflictos sociales entre pobladores con inadecuada información y las empresas concesionarias que es necesario solucionar mediante mecanismos que busque tener una incidencia general con modificaciones legales. La actual normativa, no asegura la protección de los pobladores, por lo que es indispensable exigir una evaluación necesaria mediante criterios adicionales como la consulta protegiendo a los sujetos débiles y vulnerables de la patria.

En consecuencia, se advierte concretamente en la práctica una *anomia*, bajo el marco legal del Procedimiento Administrativo en materia de minería con inversiones mineras que vulnera los derechos básicos y desincentiva acciones de control y regulación necesaria de parte de las autoridades, más aún si el libre ejercicio de las libertades económicas deviene no en pocas ocasiones en el ejercicio ilimitado del poder en complicidad con el Estado.

La Ley n.º 29785, ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios si bien resulta un hito en el marco de la implementación legal del convenio n.º 169 de la OIT y de protestas sociales como el *baguazo*, sin embargo, su implementación es restringida porque no incluye supuestos globales y tiene carácter meramente informativo, ya que sus preceptos contemplan un limitado esquema de participación efectiva cuando el Estado busca desplazar a otros territorios.

Bien manifiesta Roger Merino que en nuestro país todo el proceso de participación "se encuentra diseñado para informar y convencer a la población acerca de una decisión pública que ya ha sido tomada, no se cuenta con disposiciones legales para la consulta pre legislativa"¹

¹ Merino, Roger. Consulta previa y participación ciudadana en proyectos extractivos. Los límites de la gobernanza ambiental. Escuela de Gestión Pública Pacífico, Policy Brief, n.º 05. Disponible en: [<https://www.up.edu.pe/egp/Documentos/Policy-Brief-05.pdf>]

País	Ratificación C169	Alcance	Gobernanza de la consulta	Sujetos de la consulta	Naturaleza y duración	Objeto de la consulta	(N°) Procesos
PER	Res. Legislativa 26253 (05/12/93) Aplicable desde 02/02/95	Regulación legal y administrativa general. Ley 29785 (07/09/11), Reglamento, DS 01-2012-MC (03/04/12).	A cargo del proceso: entidad promotora Supervisión: Dirección de Consulta Previa (Viceministerio de Interculturalidad). Las compañías no asumen ningún rol.	Solo pueblos indígenas (comunidades nativas y campesinas). Cada organización indígena elige de manera directa a sus representantes.	Procedimiento administrativo: 7 fases. Duración: máximo 120 días (DS 01-2012-MC, art. 24)	i) Decisión administrativa que autoriza el inicio de la actividad o proyecto (minería), o decreto supremo que autoriza la firma del contrato de concesión (hidrocarburos); ii) Medidas legislativas, normas con rango de ley (leyes, resoluciones legislativas, decretos legislativos, ordenanzas regionales o municipales) (Reglamento, art. 3, i).	Hasta setiembre de 2018, 41 procesos: hidrocarburos (13), minería (14), conservación (8), infraestructura (2), políticas y normas (4).

Fuente: Cuadro de Roger Merino

Así en el sector de minería la consulta recae en la decisión administrativa que autoriza el inicio de la actividad o proyecto, es decir, actos administrativos ubicados entre los últimos lugares de la cadena de decisiones dando poco margen de poder/decisión a los pueblos indígenas sujetos de consulta².

Este proceso de "diálogo" del Estado y el pueblo bajo el marco normativo vigente de la ley que rige el ámbito de la minería no es sino la expresión de una consulta retórica en el aire y donde "la ley no permite el completo ejercicio de la autodeterminación porque la oposición a las industrias extractivas no es una opción"³.

1.2. Precisiones de estado que genera la propuesta legislativa

1.2.1. Sobre los principios a la inversión minera

La modificación presentada tiene el objeto de establecer un equilibrio necesario entre la actividad privada y la provisión adecuada de inversión minera. Este equilibrio demanda del Estado reglas claras y eficaces que oriente un servicio oportuno sin burocracia.

² Merino, Roger. P.

³ Merino, Roger. La nación reimaginada. En Merino, R. y Valencia, A. (Coordinadores). *Descolonizar el Derecho. Pueblos indígenas, derechos humanos y Estado plurinacional*. Palestra editores, Lima, 2018, p. 119.3

Asimismo, con la propuesta se intenta equilibrar la balanza ante una realidad donde la asimetría estructural entre ls empresas y la sociedad y sobre todo de los afectados - la parte más débil en esta relación- y por consiguiente se busque garantizar el mandato constitucional donde se respete los derechos fundamentales de las comunidades interculturales pueblos indígenas, afrodescendientes.

El artículo 111 prescribe que el Estado garantiza que los procedimientos mineros responden a principios de certeza, simplicidad, publicidad, uniformidad y eficiencia que tiene como fundamento ideológico la liberalización ilimitada con la finalidad de destrabar las inversiones privadas, por lo que ante este sesgo se pretende modificar que la inversión privada debe **ser erigido sobre la base de la protección y la defensa de los intereses sociales y ambientales.**

Es decir, los sujetos privados- que busque la autorización para la construcción y explotación minera- tienen derecho a la libre iniciativa, pero a su vez tiene obligaciones con los demás para no afectar su derecho a un ambiente adecuado, el derecho a la información, y la adecuada prestación del servicio público que se resumen en el derecho a la consulta social; y por tanto el derecho de autonomía privada termina cuando empieza el derecho de los demás, máximo si se trata de actividades vinculadas con la realización de actividades con especial impacto no solo natural sino social.

De modo que, el Estado y la sociedad tienen el derecho y la obligación de regular la actividad del mercado y de promover un patrón de desarrollo equilibrado que tenga como objetivo el estar en función del bienestar colectivo. Está claro que un país que funge de ser un Estado social, no puede abiertamente propiciar la autorregulación sin límites en materia minera. En todas las economías desarrolladas el Estado regula la iniciativa privada o pública para impedir los abusos, asegurar la calidad en la provisión de bienes y servicios, proteger al medio ambiente, etc.



1.2.2. Sobre los requisitos para el procedimiento bajo el marco de la consulta social libre, previa e informada

El artículo 118, conforme a la lógica anterior, establece una visión general y lacónica sobre los requisitos legales para el procedimiento lo que implica que la solicitud es meramente formal y mecánica desde el mismo momento de su presentación ante la entidad competente.

De esta manera con la propuesta se busca establecer criterios que busquen establecer el momento necesario para para realizar la consulta social, el mismo que tiene que estar conforme a los principios internacionales de garantizar un derecho colectivo de decidir sobre proyectos mineros de manera previa a la decisión administrativa bajo presupuestos de paridad e informada.

La simplificación en las leyes vigentes no es correcta porque consideramos que estas actividades afectan significativamente la capacidad de participación de los sectores históricamente olvidados del país.

José de Echave dice en el marco de la necesidad de la nueva Ley de Minería que "La minería es una actividad importante y seguirá siéndolo, pero el reto que tenemos, en un país como el nuestro, donde hay recursos geológicos significativos, es precisamente que esas inversiones mineras respondan al bien común y para eso se necesita una política pública, y un estado que regule, controle y fiscalice, que no pierda la perspectiva estratégica del bien común"⁴.

Asimismo, la normativa vigente no incentiva los aspectos sustanciales como los fines de política pública (el bien común y la calidad de vida de los ciudadanos) y su sostenibilidad, ya que las consultas a las comunidades participantes sirven para *incluir agendas y/o exigencias*

⁴Disponible: [http://www.noticiasser.pe/entrevista/jose-de-echave-en-el-conflicto-de-tia-maria-la-estrategia-del-gobierno-no-esta].

relacionadas con demandas sociales postergadas que, de manera evidente, trascienden la discusión sobre un proyecto concreto⁵, que el Estado tiene la obligación de atender antes de decidir las actividades de construcción.

Por lo que proponemos su modificación para que la autoridad que expide la autorización debe ponderar la importancia de la ejecución de proyectos urgentes sin afectar la necesidad de planificar el territorio, la calidad de vida la ciudadanía, el medioambiente, la participación ciudadana mediante la consulta previa vinculante.

Con la propuesta se posibilita un procedimiento administrativo con protección social con la finalidad de garantizar una adecuada y necesaria regulación para que la decisión administrativa que autoriza el inicio de la actividad o proyecto, sea previo en la cadena de decisiones dando mayor margen de poder/decisión a los pueblos indígenas sujetos de consulta para posibilitar la expansión de empresas extractivas y procurar una mejor gobernanza ambiental y social en materia minera.



1.3. Constitucionalidad de la propuesta legislativa

La Constitución en su variante de derechos subjetivos lo que ha hecho es reconocer constitucionalmente la protección de los derechos de iniciativa privada libre (Const., 1993, art. 58), la libertad de empresa que, si bien limitan la intervención del Estado, pero a su vez exige, aun de manera abstracta, el establecimiento de límites que tiene su reconocimiento en el principio del Estado Social y Democrático (Const. 1993, art.3 y 43) y la Economía Social de Mercado (Const. 1993, art. 58), es decir bajo el auspicio del interés público se justifica la limitación de la libertades subjetivos por medio de los derechos fundamentales.

De ahí que, ante un conflicto de intereses se debe tener en cuenta que:

⁵ Merino, Roger. *Consulta previa y participación ciudadana en proyectos extractivos. Los límites de la gobernanza ambiental*. Escuela de Gestión Pública Pacífico, Ibídem.

*Los derechos fundamentales no son así garantizados sin límites.
Más bien, existen intereses generales que justifican, a su vez, la
limitación de aquellos por el Estado⁶.*

Ahora bien, las libertades privadas deben respetar el contenido protegido o esencial de otros bienes constitucionales "por más que priorizar la iniciativa privada se trate.

Así, sobre el contenido protegido de las libertades económicas, el TC peruano ha reiterado y de manera uniforme en su jurisprudencia lo siguiente:

(...)el contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución de 1993—libertad contractual, libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, entre otras—cuya real dimensión frente al poder estatal, no puede ser entendida sino bajo principios rectores de un tipo de Estado y del modelo económico al cual se adhiere. En el caso peruano esto implica que las controversias que surjan en torno a estas libertades, deban encontrar soluciones con base a una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 43 de la Constitución) y la Economía Social de Mercado (artículo 58 de la Constitución)" (STC Exp. N° 1963-2006-PA/TC, f.j. 3; STC Exp. 0008-2003-AI/TC, f. j. 26, STC Exp. 3330-2004-AA/TC, f.j. 11-13; etc).

El problema con estas normas como lo precisó el Tribunal Constitucional en su sentencia N° 05427- 2009-PC (fj. 62), es que: «ninguno de los reglamentos emitidos hasta el momento ha logrado desarrollar idóneamente el derecho a la consulta previa en los términos establecidos por el Convenio 169 de la OIT. En efecto, dichos dispositivos tan sólo se limitan a habilitar «talleres informativos» con las poblaciones afectadas, con lo cual éstas se convierten en meros receptores de una información otorgada por el Estado». Al respecto, este Tribunal aprecia que, entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la

⁶ López. A. Autonomía privada y los derechos fundamentales. Los intereses generales, mandato constitucional. UNED *Teoría y Realidad Constitucional*, 20, 2007 pp. 148-149. Recuperado de <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6785>.

participación ciudadana, existen notorias diferencias que no pueden ser soslayadas. Así pues, mientras que el derecho a la consulta garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión que pueda afectarles, el derecho a la participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación. Es por eso que el propio Convenio 169 regula por separado este último derecho en sus artículos 6º, inciso b) y 7º».

De manera que, resulta justificado práctica y constitucionalmente la medida destinada a la regulación y evaluación de procedimientos con participación ciudadana en tanto hay una porción de intereses generales que es necesario proteger por parte de la entidad administradora.

1.4. Conformidad de la propuesta legislativa a normas internacionales

En aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Código Procesal Constitucional que establece que los derechos y libertades se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales se tiene que la propuesta legislativa cumple con este mandato.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (C169), la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) configuran un marco internacional que, en su conjunto, ofrece el derecho al consentimiento libre, previo e informado (en adelante, el CLPI). Este consiste en la obligación de los Estados de buscar el consentimiento de los pueblos indígenas respecto a leyes, políticas o decisiones administrativas que pueden afectar sus derechos colectivos.

Así la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece en su artículo 25 "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, vestido, la vivienda...".

En igual sentido la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 11 "Toda persona tiene derecho al respeto de su honre y al reconocimiento de su dignidad. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia (...). Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

Estas alusiones a un nivel adecuado de vida que le asegure algunas condiciones básicas como la participación ciudadana, el principio precautorio y la información son mandatos exigibles a los inversionistas y el deber constitucional que tiene el Estado.

II. IMPACTO DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La resolución legislativa que se propone está orientada a realizar modificaciones en el **D. S. N.º 014-92-EM** que aprueba el **Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería a fin de garantizar consulta social previa en armonía ambiental para las actividades de concesión minera**, lo cual tiene implicación en las normas citadas y en consecuencia en la reglamentación correspondiente.

III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente iniciativa no genera gastos adicionales para el Estado, importan al contrario una orientación a garantizar control de la iniciativa privada libre.

El discurso del Análisis Económico del Derecho AED ha insistido en priorizar en el análisis legal su funcionalidad económica, de los costos y beneficios en los consumidores indicando que los límites son malos puesto que genera costos de transacción adicionales. Este análisis tendría importancia si no pretendiera mediante la idea de "derecho y desarrollo" reducir al Derecho como aquel que permita desarrollo como mero crecimiento económico.

Pero está claro que ver al desarrollo como mera maximización de beneficios económicos es un despropósito pues ya desde los ochenta la teoría que se



impone es la categoría del desarrollo humano con Amartya Sen⁷, quien sostiene que se debe concebir al desarrollo como un proceso de expansión de las libertades reales de que disfrutaban los individuos buscando el desarrollo de sus necesidades básicas y no solo identificarlos con beneficios económicos.

Por tanto, esta propuesta busca generar beneficios de la ciudadanía generando la extensión de derechos colectivos, posibilitando su participación en decisión de los proyectos extractivos y los costos son menores a su vigencia.

IV. VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL Y LA AGENDA LEGISLATIVA

La presente propuesta está conforme a la política N.º 17 del Acuerdo Nacional que busca sostener una política económica sobre principios de la economía social de mercado, que conlleva el papel insustituible de un Estado responsable, promotor, regulador, transparente y subsidiario que busca lograr el desarrollo humano y solidario mediante el crecimiento económico sostenido con equidad social y empleo. Es decir que el mercado por medio de sus entidades privadas no puede autorregularse sino es necesario limitación a sus derechos –poderes mediante el papel garante del Estado.

Asimismo, la presente norma es conforme a la política 4 del Acuerdo Nacional ya que procura la institucionalización del diálogo y la concertación. Con este objetivo el Estado: (a) promoverá y consolidará una cultura de diálogo y concertación; (b) institucionalizará los canales y mecanismos de participación ciudadana que contribuyan al mejor ejercicio de las funciones ejecutivas y legislativas en los niveles nacional, regional y local; y (c) institucionalizará la concertación en los procesos de prospectiva nacional, formulación presupuestal y planeamiento estratégico.

⁷ Sen, Amartya. *Desarrollo y Libertad*. Editorial Planeta, Buenos Aires, 2000.