

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POSGRADO

Los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial en el sector de hidrocarburos en el Perú

TESIS

**Para optar el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en
Derecho Constitucional y Derechos Humanos**

AUTOR

Henry Oleff Carhuatocto Sandoval

Lima – Perú

2013

INDICE

INTRODUCCIÓN	I- IX
CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLOGICOS	9
1.1. TÍTULO.....	9
1.2. PLANTEAMIENTO DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	9
1.3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL TRABAJO.....	14
1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	16
1.5. MARCO REFERENCIAL.....	17
1.6. FORMULACION DE LA HIPOTESIS DE LA INVESTIGACION.....	21
1.7. METODOLOGÍA DEL ESTUDIO.....	23
CAPÍTULO II: LOS DERECHOS INDÍGENAS Y LA CONSULTA PREVIA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO	
2.1. ANTECEDENTES HISTORICOS.....	24
2.2. LA CONSTITUCIÓN DE 1920 Y EL RECONOCIMIENTO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENA.....	28
2.2.1. LA LEY DE CONSCRIPCIÓN VIAL DE 1920.....	30
2.3. EL APORTE DE LAS CONSTITUCIONES POSTERIORES A LA CONSTITUCION DE 1920 RESPECTO A DERECHOS INDÍGENAS.....	32
2.4. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDIGENAS COMO PUERTA DE ENTREDA PARA EL RECONOCIMIENTO DEL RESTO DE DERECHOS INDÍGENAS.....	33
2.5. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	43
2.6. EL CONVENIO 169 DE LA OIT Y EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES EN TERRITORIOS INDIGENAS.....	44
2.7. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	47
2.7.1. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	48
2.7.2. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	50
2.7.3. INFORME SOBRE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS VINCULADOS A LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA COMISIÓN MULTIPARTIDARIA ENCARGADA DE ESTUDIAR Y PROPONER SOLUCIONES A LA PROBLEMÁTICA INDÍGENA (DICIEMBRE 2008).....	50
2.7.4. INFORME FINAL SOBRE LOS SUCESOS DE BAGUA LA COMISIÓN ESPECIAL PARA INVESTIGAR Y ANALIZAR LOS SUCESOS DE BAGUA DEL PODER EJECUTIVO (DICIEMBRE, 2009) Y EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA.....	51

2.7.5. OBSERVACIONES DE LA COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES DEL CONVENIO 169 DE LA OIT (FEBRERO, 2010)	51
2.7.6. LA SUPERACIÓN DEL TRATAMIENTO MERAMENTE DOCTRINAL DE LA CONSULTA PREVIA POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	52
2.7.7. EL IMPACTO DE LAS SENTENCIAS DEL TC EN EL DESARROLLO DE LAS ACTIVIDADES HIDROCARBURIFERAS Y MINERAS	57
2.7.8. UN OBSTACULO MÁS EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA O EL CLAMOROSO ERROR DEL TC: LA ACLARATORIA DEL TC N° 6316-2008-PA.....	58
2.7.9. LA CONSULTA PREVIA DE LAS LEYES Y TRATADOS QUE AFECTAN A LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	60
CAPÍTULO III: EL OTORGAMIENTO DE CONCESIONES Y EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EN EL SECTOR DE ENERGÍA Y MINAS.....	62
3.1. CONCESIONES DE HIDROCARBUROS.....	65
3.1.1. LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LAS ACTIVIDADES DE HIDROCARBUROS, DECRETO SUPREMO N° 015-2006-EM.....	69
3.1.2. TRATAMIENTO DE LOS PASIVOS AMBIENTALES DEL SUBSECTOR HIDROCARBUROS.....	74
3.1.3. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LAS ACTIVIDADES DE HIDROCARBUROS.....	76
3.2. LAS CONCESIONES MINERAS.....	81
3.2.1. REGLAMENTO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL DEL SECTOR MINERO.....	88
3.2.2. PLAN DE CIERRE DE MINAS.....	95
3.2.3. LOS PASIVOS AMBIENTALES EN LA ACTIVIDAD MINERA.....	99
3.2.4. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL SECTOR MINERO.....	106
3.3. LAS CONCESIONES ELECTRICAS.....	115
3.3.1. LA CONCESIÓN TEMPORAL EN EL SECTOR ELÉCTRICO.....	115
3.3.2. CONCESIÓN DEFINITIVA EN EL SECTOR ELECTRICO.....	117
3.3.4. CON RESPECTO A LAS SERVIDUMBRES EN EL SECTOR ELECTRICO.....	119
3.3.5. CON RELACIÓN A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LAS ACTIVIDADES ELÉCTRICAS.....	121
3.3.6. ETAPAS DEL PROCESO DE CONSULTA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL PROCEDIMIENTO DE OTORGAMIENTO DE LA CONCESIÓN TEMPORAL RELACIONADAS CON LA ACTIVIDAD DE GENERACIÓN ELÉCTRICA.....	125

3.3.7. ANTES Y DURANTE LA ELABORACIÓN Y EVALUACIÓN DE ESTUDIOS AMBIENTALES.....	128
3.3.7.a. LOS TALLERES PARTICIPATIVOS.....	129
3.3.8. PARTICIPACIÓN CIUDADANA DURANTE LA ETAPA POSTERIOR A LA APROBACIÓN DE LOS ESTUDIOS AMBIENTALES.....	134
3.3.9. LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EN EL SECTOR ELÉCTRICO.....	135
3.3.10. DE LOS ESTUDIOS DE IMPACTO AMBIENTAL EN EL SECTOR ELÉCTRICO.....	135
 CAPÍTULO IV: LA CONSULTA PREVIA Y LA PROPIEDAD COMUNAL EN EL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL	
4.1. EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES EN LA CONSTITUCION DE 1993.....	137
4.2. EL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.....	146
4.3. LA OPINIÓN TECNICA VINCULANTE DEL SERNANP EN AREAS NATURALES PROTEGIDAS.....	170
4.4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LA OPINIÓN PREVIA FAVORABLE DEL SERNANP EN AREAS NATURALES PROTEGIDAS Y SUS ZONAS DE AMORTIGUAMIENTO.....	174
4.5. LA NULIDAD DE LAS CONCESIONES, AUTORIZACIONES, LICENCIAS Y PERMISOS OTORGADOS SIN CONTAR CON OPINIÓN PREVIA FAVORABLE DEL SERNANP EN AREAS NATURALES PROTEGIDOS.....	180
4.6. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN MATERIA AMBIENTAL REGIMEN GENERAL.....	182
4.7. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA CONSULTA PREVIA, LA POSESIÓN ANCESTRAL, Y LA PROPIEDAD COMUNAL Y SU IMPACTO EN EL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.....	191
4.8. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMATIVIDAD DE SERVIDUMBRES SOBRE TERRITORIOS INDÍGENAS.....	205
4.9. EXPROPIACIONES Y PROPIEDAD COMUNAL.....	220
4.10. REUBICACIÓN DE POBLACIONES Y DESPLAZAMIENTO FORZOSO POR UN PROYECTO DE INVERSIÓN.....	223
 CAPÍTULO V: INCONSTITUCIONALIDADES DE LA NORMATIVIDAD SOBRE DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y DE LA INSTITUCIONALIDAD INDÍGENA VIGENTE	
5.1. RESPECTO A LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA.....	231
5.2 RESPECTO A LOS ASPECTOS INCONSTITUCIONALES DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA.....	267

5.3. PROCESO DE CUMPLIMIENTO PARA LA ADECUACIÓN A LA CONSULTA PREVIA EN EL SECTOR DE ENERGÍA Y MINAS (EXP. N° 13849-2011-0-1801-JR-CI-01, IDLADS contra MINEM).....	289
---	-----

CAPÍTULO VI: LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO EN LOS PROYECTOS DE HIDROCARBUROS

6.1. ANTECEDENTES.....	298
------------------------	-----

6.2. RESPECTO A LOS PUEBLOS INDIGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	299
6.2.1. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.....	299
6.2.2. CONVENIO 169 DE LA OIT	299
6.2.3. DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	301

6.2.4. PROYECTO DE DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. WASHINGTON D.C., 30 DE MAYO DE 2003.....	303
--	-----

6.2.5. LA DECLARACIÓN DE BELEM SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS AISLADOS.....	304
--	-----

6.2.6. RESPECTO AL LLAMAMIENTO DEL SEMINARIO REGIONAL DE SANTA CRUZ DE LA SIERRA SOBRE LOS PIAV.....	305
--	-----

6.2.7. LA CAPACIDAD VINCULANTE DE LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, LA DECLARACIÓN DE BELEM SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS AISLADOS Y EL LLAMAMIENTO DEL SEMINARIO REGIONAL DE SANTA CRUZ DE LA SIERRA SOBRE LOS PIAV.....	307
--	-----

6.3. RESPECTO A LA NORMATIVIDAD NACIONAL SOBRE PUEBLOS INDIGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y CONTACTO INICIAL.....	308
--	-----

6.3.1. CONSTITUCION POLITICA DEL PERÚ.....	308
--	-----

6.3.2. LEY DE COMUNIDADES NATIVAS Y DE DESARROLLO AGRARIO DE LA SELVA Y DE CEJA DE SELVA, DECRETO LEY N° 22175	309
--	-----

6.3.3. REGLAMENTO DE LA LEY DE COMUNIDADES NATIVAS Y DE DESARROLLO AGRARIO DE LA SELVA Y DE CEJA DE SELVA, DECRETO SUPREMO N° 003-79-AA.....	309
--	-----

6.3.4. REGLAMENTO DE LA LEY DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS, DECRETO SUPREMO N° 038-2001-AG.....	310
--	-----

6.3.5. LEY PARA LA PROTECCIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS EN SITUACIÓN DE AISLAMIENTO Y EN SITUACIÓN DE CONTACTO INICIAL, LEY N° 28736.....	311
--	-----

6.3.6. REGLAMENTO DE LA LEY PARA LA PROTECCIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS EN SITUACIÓN EN SITUACIÓN DE AISLAMIENTO Y EN SITUACIÓN DE CONTACTO INICIAL.....	313
--	-----

6.3.7. RESPECTO A LA INAPLICABILIDAD DEL NUMERAL C) DEL ARTÍCULO 5º DE LA LEY Nº 28736 Y EL ARTÍCULO 35º DE SU REGLAMENTO, APROBADO POR DECRETO SUPREMO Nº 008-2007-MIMDES POR CONTRAVENIR EL DERECHO AL AMBIENTE SANO Y EQUILIBRADO, EL DERECHO A LA IDENTIDAD ÉTNICA Y CULTURAL, EL DERECHO A LA VIDA, DERECHO A LA SALUD, ENTRE OTROS.....	315
6.3.8. NORMAS DEL SECTOR SALUD APLICABLES A PUEBLOS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO.....	317
6.3.9. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO A FAVOR DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO.....	318
6.4. ANALISIS DEL CUMPLIMIENTO DE LA LEY PARA LA PROTECCIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS EN SITUACIÓN DE AISLAMIENTO Y EN SITUACIÓN DE CONTACTO INICIAL, LEY Nº 28736, Y SU REGLAMENTO, DECRETO SUPREMO Nº 008-2007-MIMDES.....	320
6.5. RESPECTO A LA AMENAZA CIERTA E INMINENTE DEL DERECHO A UN AMBIENTE SANO Y EQUILIBRADO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO POR EL DISEÑO ACTUAL DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.....	338
6.6. RESPECTO A LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD ÉTNICA Y CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS QUE HABITAN LA RESERVA TERRITORIAL INDÍGENA NAHUA, KUGUAPAKORI, NANTIS Y OTROS, Y LA DESAPARICIÓN DEL INDEPA COMO ORGANO PÚBLICO SIN EFECTUARSE CONSULTA PREVIA.....	342
6.7. RESPECTO A LA EVALUACIÓN DEL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL PARA LA AMPLIACIÓN DEL PROGRAMA DE EXPLORACIÓN Y DESARROLLO EN LA LOCACIÓN SAN MARTIN ESTE DEL LOTE 88, Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y CONTACTO INICIAL QUE HABITAN LA RESERVA TERRITORIAL INDÍGENA KUGAPAKORI, NAHUA, NANTI, Y OTROS.....	344
6.8. CON RELACIÓN DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD NATIVA DE SEGAKIATO, CASHIARI Y OTRAS POBLACIONES INDÍGENAS AFECTADAS POR LA AMPLIACIÓN DEL PROGRAMA DE EXPLORACIÓN Y DESARROLLO EN LA LOCACIÓN DE SAN MARTIN ESTE DEL LOTE 88.....	355
6.9. RESPECTO A LOS MECANISMOS PARA CANALIZAR LOS RECURSOS PROVENIENTES DEL PAGO DE COMPENSACIONES ECONOMICAS U OTROS INGRESOS ANALOGOS, EXCLUSIVAMENTE PARA LA PROTECCIÓN Y BENEFICIO DE LOS PUEBLOS EN AISLAMIENTO Y CONTACTO INICIAL, UBICADOS EN RESERVAS INDÍGENAS U OTROS.....	357
CAPÍTULO VII: HACIA UNA INSTITUCIONALIDAD OBJETIVA E INDEPENDIENTE GARANTE DE DERECHOS CONSTITUCIONALES AMBIENTALES E INDÍGENAS	
7.1. EL DESARROLLO SOSTENIBLE SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	360
7.1.1. EL DESARROLLO SOSTENIBLE Y EL DERECHO A UN AMBIENTE EQUILIBRADO.....	363

7.1.2. EL DESARROLLO SOSTENIBLE Y EL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN.....	364
7.1.3. EL DESARROLLO SOSTENIBLE Y EL PRINCIPIO PRECAUTORIO.....	365
7.1.4. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	367
7.1.4.1. LA PREVENCIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL (EXP. N.º 3510-2003- AA/TC).....	367
7.1.4.2. EL RESPETO DEL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN DE DAÑOS AMBIENTALES (EXP. N.º 0964-2002-AA/TC).....	370
7.1.4.3. LOS CONTRATOS DE APROVECHAMIENTO DE RECURSOS NATURALES NO SON INTANGIBLES (EXP. N.º 006-2000-AI/TC Y EXP. N.º 1206-2005- PA/TC).....	372
7.1.4.4. LAS EMPRESAS MINERAS DEBEN RESPETAR EL ESTABLECIMIENTO DE AREAS DE CONSERVACIÓN MUNICIPAL (EXPS. ACUMULADOS N.ºS 769-2002-AA/TC Y OTROS).....	374
7.1.4.5. LA ACTIVIDAD MINERA ES COMPATIBLE CON EL ESTABLECIMIENTO DE AREAS DE CONSERVACIÓN MUNICIPAL (EXPS. ACUMULADOS N.º 300-2002-AA/TC Y OTROS).....	377
7.1.4.6. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL COMO OBLIGACIÓN EXTRALEGAL (EXP. N.º 1752-2004-AA/TC).....	380
7.1.5.7. LA RESPONSABILIDAD SOCIO AMBIENTAL DE LAS EMPRESAS Y DEL ESTADO EXP. N.º 2002-2006-PC/TC.....	385
7.1.5.8. TODO APROVECHAMIENTO DE RECURSOS NATURALES IMPLICA EL PAGO DE UNA REGALÍA CONCEPTO DISTINTO AL CANÓN Y AL PAGO POR DERECHO DE VIGENCIA - PLENO JURISDICCIONAL 0048-2004-PI/TC.....	389
7.1.5.9. ANULACIÓN DE CONCESIONES FORESTALES EN RESGUARDO DEL AMBIENTE (CASO MAZÁN - EXP. 1206-05-PA/TC).....	399
7.1.5.10. RESTRICCIONES AL LIBRE COMERCIO Y A LA LIBRE CONTRATACIÓN EN SALVAGUARDA DEL DERECHO A LA VIDA Y A UN MEDIO AMBIENTE EQUILIBRADO (Exp. 03610-2008-PA/TC).....	403
7.2. LAS DEFICIENCIAS Y TARAS DEL ENTE RECTOR DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: EL MINISTERIO DEL AMBIENTE.....	408
7.2.2. TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS AMBIENTALES.....	436
7.2.3. COMISIÓN MULTISECTORIAL AMBIENTAL.....	441
7.2.4. ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL–OEFA.....	442
7.2.4.1. MEDIDAS CAUTELARES DEL OEFA.....	462
7.2.4.2. MEDIDAS CORRECTIVAS DEL OEFA	463
7.2.5. SERVICIO NACIONAL DE AREAS NATURALES PROTEGIDAS POR	

EL ESTADO – SERNANP.....	464
7.2.6. PROCURADURÍA PÚBLICA AMBIENTAL, LA POLICÍA ECOLÓGICA Y FISCALÍA ESPECIALIZADA EN MEDIO AMBIENTE.....	467
7.3. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DE CONTRALORÍA APLICADO A LAS AUTORIDADES CON COMPETENCIAS AMBIENTALES.....	468
7.4. EL PERITAJE AMBIENTAL INTERNACIONAL Y LA INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL.....	470
7.5. EL SECRETISMO DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS Y EL DERECHO AL ACCESO A INFORMACIÓN PÚBLICA.....	474
7.6. HACIA UNA NUEVA INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL.....	478
CONCLUSIONES.....	487
RECOMENDACIONES.....	490
BIBLIOGRAFÍA.....	495

RESUMEN DE TESIS

“LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y EN CONTACTO INICIAL EN EL SECTOR DE HIDROCARBUROS EN EL PERÚ”

**DEL DR. HENRY OLEFF CARHUATOCTO SANDOVAL
PARA OPTAR EL GRADO DE MAGISTER EN DERECHO CON MENCIÓN
EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS**

1. Con relación al Capítulo I, establece los aspectos metodológicos de la tesis, que apunta a determinar cuáles son los factores de carácter normativo que determinan el probable no resguardo de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento de la Amazonia Peruana en las actividades económicas de hidrocarburos.
2. Con relación al Capítulo II, se hace un análisis del derecho a la consulta previa y otros derechos indígenas asociados al mismo, revisando para ello la normatividad internacional y nacional, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, hasta llegar al estado actual de desarrollo de dicho derecho, y mostrar las deficiencias en su implementación.
3. Con relación al Capítulo III, aborda la normatividad de concesiones en el sector de energía y minas, esto es en las actividades de hidrocarburos, minería y electricidad, para efectos de articularlas con el ejercicio de los derechos indígenas, y se concluye que en los mismos no se viene respetando los derechos indígenas como más adelante desarrollaremos.
4. Con relación al Capítulo IV, en el mismo se desarrolla el estado actual del derecho a la consulta previa y la propiedad comunal, en el contexto del aprovechamiento de los recursos naturales y el sistema nacional de evaluación de impacto ambiental. Advertimos en el mismo que la institucionalidad estatal en materia indígena a nivel del Estado, si bien siempre ha sido débil, en los últimos dos años ello se ha acentuado con la desaparición del INDEPA como Órgano Público mediante Decreto Supremo N^o 001-2010-MINCU, y la extinción del Grupo Técnico de Coordinación Interinstitucional Camisea (GTCI CAMISEA), mediante Decreto Supremo N^o 071-2009-EM. En ese estado de cosas, no sorprende porque está siendo tan difícil implementar por un lado el derecho a la consulta previa, y por otro, proteger a las poblaciones indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial. La asunción del Viceministerio de Interculturalidad del MINCU de las funciones del INDEPA, y aún mantener una unidad ejecutora que se llame INDEPA, no hace más que crear una duplicidad de funciones y debilitar aún más la institucionalidad indígena. Ciertamente, un Viceministerio es siempre un espacio político con escasa independencia, en tanto, un Órgano Público, es un ente técnico con mayor autonomía, de ahí que no auguramos que el Viceministerio de Interculturalidad no tenga las garantías suficientes para implementar políticas indígenas idóneas para proteger a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario.
5. Con relación al Capítulo V, analiza las inconstitucionalidades de las que está preñada la normatividad sobre consulta previa vigente, especialmente teniendo en cuenta que sin una autoridad estatal indígena fuerte y autónoma, la legislación sobre protección de pueblos indígenas ha naufragado entre la desidia burocrática de los sectores responsables y la ausencia de voluntad política de los gobiernos de turno, así no sorprende que el régimen multisectorial ni el comité de gestión de protección de PIAV, ni el documentos de planificación para la protección de estas poblaciones se hallan elaborado, actualizado o puesto en vigencia la escasas normas al respecto. Todo ello se traduce en el incumplimiento del Ministerio de Cultura a la Primera Disposición Complementaria y Transitoria del Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, Decreto Supremo N^o 008-2007-MIMDES, esto es que adecuen a la citada norma, y a la Ley N^o

28736, las siguientes reservas territoriales existentes: a) La Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, creada por Decreto Supremo N° 028-2003-AG; b) La Reserva Territorial del Estado a favor pueblos indígenas en aislamiento ubicados en el departamento de Madre de Dios, creada por Resolución Ministerial N° 427-2002-AG; c) La Reserva Territorial "Mashco-Piro", creada por Resolución Directoral Regional N° 190-97-CTARU/DRA; d) La Reserva Territorial a favor del Grupo Étnico Murunahua, creada por Resolución de la Dirección Regional Agraria N° 189-97-CTARU; e) La Reserva Territorial a favor del Grupo Étnico Ishconahua, creada por Resolución Directoral Regional N° 201-98-CTARU/DRA-OAJ-T. Asimismo, tampoco ha dado cumplimiento a la Segunda Disposición Complementaria y Transitoria del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, esto es que remita a la Presidencia del Consejo de Ministros un anteproyecto de ley que establezca las infracciones a la Ley N° 28736 y del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, así como el procedimiento administrativo sancionador a aplicarse.

6. La Ley de Consulta Previa, recorta gravemente derechos de los pueblos indígenas como el derecho a la libre autodeterminación cuando se puede imponer una decisión estatal que afecta población indígena, corroe la institucionalidad indígena al no concebir una entidad independiente y objetiva que garantice sus derechos indígenas, o el mejoramiento de la existente (INDEPA), y desconoce abiertamente el propio Convenio 169 de la OIT cuando impide la adecuación de las medidas administrativas y legislativas que no fueron consultadas desde que se encontraba vigente dicho tratado, esto es desde el 02 de febrero de 1995, sin embargo, existe la esperanza que estas deficiencias puedan ser corregidas mediante mecanismos de garantía constitucional como acciones de cumplimiento, inconstitucionalidad, populares, y de amparo según sea el caso.
 7. Se encuentra pendiente para la implementación adecuada del Derecho de Consulta Previa, la restitución del INDEPA como Organismo Público Técnico Especializado adscrito a la Presidencia de Consejo de Ministros conforme su Ley de creación, al haberse eliminado el mismo mediante normas inconsultas que por ello resulta inconstitucionales. Adicionalmente, la Ley de Consulta Previa debe ser corregida en el aspecto del responsable de la conducción del procedimiento de consulta previa que de ninguna manera puede ser la propia entidad proponente interesada, sino el Organismo Técnico Especializado, y en su ausencia, la Defensoría del Pueblo, podría realizar supletoriamente un rol de garante de los derechos colectivos de nuestros pueblos indígenas.
 8. Para una mayor protección se debe promover normas que regulen la prohibición del desplazamiento de poblaciones indígenas, y la necesidad de regular el consentimiento de la población indígena para supuestos específicos conforme los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el artículo 10° de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derecho de los Pueblos Indígenas, que supera en protección al artículo 16° del Convenio 169 de la OIT, cuando señala que los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios, y que no se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.
 9. Es imperativo promover una regulación específica sobre el derecho a la consulta previa y su relación a la autodeterminación de los pueblos indígenas, en cuanto, las autonomías que ha consagradas en la Constitución Política, artículo 89°, y lo dispuesto por la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 4°, según el cual "los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas", y ello implica que se destine una partida del presupuesto nacional a las comunidades o pueblos indígenas, a fin de que puedan ejercer sus funciones constitucionales como la jurisdicción indígena o su autogobierno mediante sus instituciones tradicionales o propias.
-

10. Con relación al Capítulo VI, analiza las inconstitucionalidades de la normatividad de pueblos indígenas en aislamiento en los proyectos de hidrocarburos, y advierte que el Ministerio de Cultura debió abstenerse de emitir opinión técnica favorable sobre el Estudio de Impacto Ambiental para la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la locación de San Martín Este del Lote 88 hasta que no se restituya el estatus legal de Organismo Público al Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano (INDEPA) puesto que la norma, Decreto Supremo N° 001-2010-MC, que fusiona por absorción al INDEPA en el Ministerio de Cultura resulta inconstitucional al no haber sido objeto del derecho a la consulta previa no obstante afectar directamente a los pueblos indígenas del Perú, en estricto cumplimiento del numeral 1 del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, y vulnerarse por tanto el Derecho a la Identidad Étnica y Cultural previsto en el numeral 19 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Este problema se constata administrativamente cuando se observa la duplicidad de funciones existentes entre el Viceministerio de Interculturalidad y el INDEPA, conforme lo sostiene el Informe N° 053-2011-INDEPA/J-OAJ del INDEPA.

Ya parece una historia sin fin, volver a repetir, lo que cae por su propio peso, la inconstitucional del inciso c) del artículo 5° de la Ley N° 28736, Ley para la protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento Voluntario y en Situación de Contacto Inicial, y el artículo 35° del Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, aprobado por el Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, en razón a que desconocen la intangibilidad de una reserva territorial indígena anulando la protección al derecho a un ambiente sano y equilibrado, la integridad biológica y cultural, la vida, la salud, integridad cultural, la dignidad, el derecho al territorio, a la propiedad, y a la posesión ancestral de pueblos indígenas en aislamiento voluntario como los que habitan en la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti, y otros, con lo cual contravienen los numerales 1, 16, 19, y 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú. En ese sentido, estas normas al ser inconstitucionales deben ser inaplicadas en el presente caso, y con ello permitir el respeto absoluto de la intangibilidad de las reservas territoriales indígenas, y prohibirse toda actividad extractivas de terceros en estos territorios.

11. Con relación al Capítulo VI, se construye en el mismo una institucionalidad objetiva e independiente garante de derechos constitucionales ambientales e indígenas. Advertimos que la estructura vigente del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental viene amenazando de manera cierta e inminente los derechos fundamentales de las poblaciones indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial pues el artículo 18.1 de la Ley N° 27446 y artículo 9 del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM así como el artículo 7° de la Ley N° 27446 resultan incompatibles con el artículo 2.22 de la Constitución, por dificultar el efectivo cumplimiento de la obligación del Estado de proteger el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado, al establecerse en las mismas que sea la propia autoridad que promueve y aprueba una concesión de hidrocarburos, esto es el Ministerio de Energía y Minas (MINEM), sea el que evalúa y aprueba el Estudio de Impacto Ambiental, y ello no garantiza el derecho constitucional antes mencionado, especialmente porque adicionalmente se permite que exista una relación de subordinación entre la empresa interesada y la consultora que elabora el Estudio de Impacto Ambiental.

12. La Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, viene siendo amenazada por los actos administrativos derivados de la evaluación del Estudio de Impacto Ambiental para la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la locación de San Martín Este del Lote 88, que de ser aprobado, autorizaría que se realicen actividades de exploración de hidrocarburos que afectan la intangibilidad de la reserva, poniendo en grave riesgo la vida, la salud, la integridad física y cultural, y ambiente de poblaciones indígenas aisladas. Asimismo, sea constatado la renuencia del MEM de implementar la consulta previa favor de Comunidad Nativa de Segakiato, Cashiari y otras poblaciones indígenas afectadas por la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la locación de San Martín Este del Lote 88, dejando el camino expedito para eventualmente exigir vía una acción de amparo o una acción de cumplimiento el respeto del derecho constitucional

colectivo vulnerado, cuyo resultado podría retrotraer el procedimiento de evaluación de impacto ambiental hasta el momento en que se produjo el vicio antes mencionado.

13. Se ha determinado que el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, se encuentra colapsado, y desacreditado a nivel nacional e internacional, como lo demuestra un caso emblemático como el Proyecto Camisea y recientemente el Proyecto Minero de Conga, y reclama un cambio institucional urgente, con el objeto de obtener la institucionalidad ambiental que tanto reclama la sociedad, y se convierta en un verdadero custodio del derecho a un ambiente sano y equilibrado, y la participación ciudadana. En ese sentido, se requiere constituir un órgano constitucional autónomo, o en el peor de los supuestos un organismo público, que se encargue de evaluar los estudios de impacto ambiental, y de aprobarlos, garantizando en el proceso la independencia de las consultoras ambientales respecto al titular del proyecto, neutralidad y autonomía al momento de evaluar el estudio de impacto ambiental, implementación de una auténtica participación ciudadana, transparencia y acceso a información pública ambiental, términos de referencias para estudios de impacto ambiental serios, valoración económica ambiental, nos enrumbara compensaciones justas, y respeto a los derechos constitucionales de las poblaciones locales afectadas por el proyecto. La postergación de una decisión como la propuesta sólo generara aumento de conflictos socioambientales, y a un nuevo peritaje ambiental realizado por un organismo internacional, o peor aún expertos internacionales, no siempre de reconocida solvencia moral y técnica.
-

SUMMARY OF THESIS

"CONSTITUTIONAL RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES in voluntary isolation and initial contact in hydrocarbons SECTOR IN PERU"

THE DR. HENRY SANDOVAL Oleff CARHUATOCTO

For the degree of Master of Laws

IN CONSTITUTIONAL LAW AND HUMAN RIGHTS

1. With regard to Chapter I, provides the methodological aspects of the thesis, which aims to identify the factors that determine normative probably not guard the constitutional rights of isolated indigenous peoples of the Peruvian Amazon in the economic activities of hydrocarbons.

2. With regard to Chapter II, provides an analysis of the right to prior consultation and other indigenous rights associated with it, checking for this national and international norms and the jurisprudence of the Constitutional Court, up to the current state of development of the right, and show weaknesses in its implementation.

3. In relation to Chapter III addresses the regulation of concessions in the energy and mining sector, namely in hydrocarbon activities, mining and electricity, to articulate the purpose of the exercise of indigenous rights, and concludes that in the same not respecting indigenous rights comes as later develop.

4. With regard to Chapter IV, it is developed in the current state of the right to prior consultation and communal property, in the context of the use of natural resources and the national system of environmental impact assessment. Caution in the same state institutions on indigenous at the state level, but has always been weak in the past two years it has been accentuated by the disappearance of INDEPA as a public body by Supreme Decree No. 001-2010-Mincu, and extinction of Interagency Coordination Technical Group Camisea (GTCL CAMISEA), by Supreme Decree No. 071-2009-EM. In this state of things, not surprising because it is still so difficult to implement on the one hand the right to prior consultation, and secondly, to protect indigenous peoples in voluntary isolation and initial contact. The assumption of the Vice Ministry of Intercultural Mincu INDEPA of functions, and still maintain an executive unit is called INDEPA, does nothing but create a duplication of functions and further weaken indigenous institutions. Certainly, a Vice is always a political space with little independence, as a public body, is a technical agency with greater autonomy, hence not augur that the Vice Intercultural not have sufficient guarantees to implement appropriate policies to protect indigenous indigenous peoples in voluntary isolation.

5. With regard to Chapter V analyzes the unconstitutionality of which is pregnant on consultation regulations in force, especially considering that without a strong Indian state authority and autonomous legislation protecting indigenous peoples has sunk between the bureaucratic apathy responsible sectors and lack of political will by successive governments, so it is not surprising that the regime nor multisectoral committee PIAV protection management, nor the planning documents for the protection of these populations are developed, updated or placed in few force the rules. All this results in the failure of the Ministry of Culture to the Supplementary Provision and Temporary Regulations Act for the Protection of indigenous or native peoples in isolation and in situation of initial contact, Supreme Decree No. 008-2007-MIMDES this is to align to that

standard, and Law No. 28736, the following land reserves exist: a) The State Territorial Reserve for ethnic groups in voluntary isolation and initial contact Kugapakori, Nahua, Nanti and others created by Supreme Decree No. 028-2003-AG; b) The State Territorial Reserve for uncontacted tribes in the department of Madre de Dios, created by Ministerial Resolution No. 427-2002-AG, c) The Territorial Reserve "Mashco -Piro "created by Regional Executive Resolution No. 190-97-CTARU/DRA d) The Territorial Reserve for Murunahua Ethnic Group, established by Resolution of the Regional Agrarian No. 189-97-CTARU e) The Territorial Reserve Ethnicity favor of Ishconahua, created by Regional Executive Resolution No. 201-98-CTARU/DRA-OAJ-T. Nor has complied with the Second Supplementary Provision and Transitory Supreme Decree No. 008-2007-MIMDES, this is to submit to the Presidency of the Council of Ministers a draft law establishing violations of Law No. 28,736 and Decree Supreme Decree No. 008-2007-MIMDES, and the procedure to apply administrative penalty.

6. Prior Consultation Law, severely trimmed rights of indigenous peoples the right to self-determination when it may impose a state decision that affects indigenous people, indigenous institutions to corrode not conceive an independent and objective to guarantee indigenous rights, or the improvement of existing (INDEPA), and the Convention itself openly unknown 169 when it prevents the adequacy of the administrative and legislative measures were not consulted since the treaty was in force, that is from 02 February 1995, however, there is hope that these deficiencies could be corrected by constitutional guarantee mechanisms and enforcement actions, constitutional, popular, and as appropriate under.

7. He is wanted for the proper implementation of the right to prior consultation, as restitution of INDEPA Specialized Technical Public Agency under the Presidency of Council of Ministers as its founding law, having been eliminated by the same rules that it is unwise unconstitutional. Additionally, the Act prior consultation should be corrected aspect responsible for the conduct of prior consultation procedure that can not possibly be interested proposing entity itself, but the specialized technical body, and in his absence, the Ombudsman could make a supplementary role as guarantor of the rights of our indigenous peoples.

8. For added protection should promote standards governing the prohibition of displacement of indigenous peoples, and the need to regulate the consent of the indigenous population to specific cases under the rulings of the Inter-American Court of Human Rights and article 10 of the Declaration of United Nations Law of Indigenous Peoples, which exceeds protection of Article 16 of Convention 169 of the ILO, when he notes that indigenous peoples shall not be forcibly removed from their lands or territories and not to proceed to any transfer without the free, prior and informed consent of the indigenous peoples concerned and after agreement on just and fair compensation and, where possible, the option of return.

9. It is imperative to promote a specific regulation on the right to prior consultation and its relationship to self-determination of indigenous peoples, as, autonomy has enshrined in the Constitution, Article 89, and the provisions of the UN Declaration on Rights of Indigenous Peoples, Article 4, which states that "Indigenous peoples, in exercising their right to self-determination, have the right to autonomy or self-government in matters relating to their internal and local affairs, as well as having and means for financing their autonomous functions ", implying that a fair national budget item or indigenous communities, so that they can exercise their constitutional functions as indigenous jurisdiction and self-government through their own institutions or traditional.

10. With regard to Chapter VI analyzes the unconstitutionality of the regulation of indigenous peoples in isolation in hydrocarbon projects, and warns that the Ministry of Culture should refrain from issuing favorable technical opinion on the Environmental Impact Study for the Extension of Exploration Program and Development on location in San Martin This Block

88 until you restore the legal status of public body the National Institute of Development of Andean, Amazonian and Afro (INDEPA) as the standard, Supreme Decree No. 001 - 2010-MC, which fuses the INDEPA absorption in the Ministry of Culture is unconstitutional because it was not subject to the right to prior consultation nevertheless directly affect indigenous peoples of Peru, in strict compliance with paragraph 1 of Article 6 of the Convention 169, and therefore violated the Right to Ethnic Identity and Cultural provided in paragraph 19 of Article 2 of the Constitution of Peru. This problem is found when looking administratively duplication of functions between the Vice INDEPA Intercultural and, as it says the Report of INDEPA 053-2011-INDEPA/J-OAJ not.

It seems an endless story, to repeat, which falls under its own weight, the unconstitutional clause c) of Article 5 of Law No. 28736, Law for the protection of indigenous or native peoples in voluntary isolation and situation of initial contact, and Article 35 of the Regulations of the Law for the Protection of indigenous or native peoples in isolation and in situation of initial contact, approved by Supreme Decree No. 008-2007-MIMDES, due to unknown the inviolability of canceling a reservation Indian land protection right to a healthy and balanced environment, biological and cultural integrity, life, health, cultural integrity, dignity, the right to land, property, and possession ancestral of indigenous peoples in voluntary isolation as the inhabitants of the Indigenous Land Reserve Kugapakori, Nahua, Nanti, and others, which contravene the numbers 1, 16, 19, and 22 of Article 2 of the Constitution of Peru. In that sense, these rules to be unconstitutional should be disapplying in this case, and thus allow absolute respect for the inviolability of indigenous land reserves, and prohibited all extractive activity of others in these territories.

11. With regard to Chapter VI, is built on the same objective and independent an institutional guarantor of environmental and indigenous constitutional rights. Notice that the current structure of the National Environmental Impact Assessment is threatening so certain and imminent fundamental rights of indigenous peoples in voluntary isolation and initial contact since Article 18.1 of Law No. 27,446 and Article 9 of the Supreme Decree N ° 019 -2009-MINAM and Article 7 of Law No. 27,446 are incompatible with Article 2.22 of the Constitution, by hindering the effective implementation of the State's obligation to protect the right to live in an environment adequate and balanced, to establish in them that is the authority that promotes and approves a grant of hydrocarbons, it is the Ministry of Energy and Mines (MEM), which is evaluated and approved the Environmental Impact Study, and do not guarantee the constitutional right above especially because additionally allows a relationship of subordination between the company concerned and the consultant who prepared the EIA.

12. The Land Bank of the State in favor of the ethnic groups in voluntary isolation and initial contact Kugapakori, Nahua, Nanti and others, is being threatened by administrative actions arising from the evaluation of the Environmental Impact Study for the Extension of Exploration and Development Program on location in San Martin This Block 88, which if approved, would authorize that conduct hydrocarbon exploration activities affecting the inviolability of the reserve, seriously jeopardizing the life, health, physical and cultural isolated indigenous environment. Also be noted the reluctance to implement MEM for prior consultation Segakiato Native Community, Cashiari and other indigenous people affected by the extension of Exploration and Development Program on location in San Martin This Lot 88, leaving the way open pathway to eventually require an amparo or an enforcement action respecting the constitutional right violated collective, whose outcome could roll back the process of environmental impact assessment to date of occurrence vice above.

13. It has been determined that the National System of Environmental Impact Assessment, is collapsed and discredited national and international level, as shown in a landmark case as the Camisea project and recently the Conga mining project, and calls for urgent institutional change, for the purpose of obtaining environmental institutions claim that both society and

become a true guardian of the right to a healthy and balanced, and citizen participation. In that sense, it is an independent constitutional body form, or in the worst cases a public body which is responsible for assessing the environmental impact studies, and approve, in the process ensuring the independence of the environmental consultant regarding project owner, neutrality and autonomy when assessing the environmental impact study, implementation of genuine citizen participation, transparency and access to public environmental information, terms of reference for serious environmental impact studies, environmental economic valuation, we just compensation routed and respect for the constitutional rights of local populations affected by the project. The postponement of a decision as the proposal only generate increased environmental conflicts, and a new environmental survey conducted by an international organization, international experts or worse, not always recognized moral and technical.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLOGICOS

1.1. TÍTULO:

“LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y EN CONTACTO INICIAL EN EL SECTOR DE HIDROCARBUROS EN EL PERÚ”

1.2. PLANTEAMIENTO DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

1.2.1. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA:

DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN SITUACIÓN DE AISLAMIENTO DE LA AMAZONÍA PERUANA.-

En la Amazonía peruana también habitan una cantidad indeterminada de **Pueblos Indígenas caracterizados por no seguir un patrón de vida sedentario**. No viven en un solo lugar o asentamiento, sino que **se desplazan por el bosque amazónico** refugiándose de diversas amenazas a sus formas de vida. Entre ellos existe una gran población aún no identificada, especialmente en la zona fronteriza Perú-Brasil, que ha dado lugar –en el caso brasileño– a la creación de varias reservas indígenas de protección especial.

La Ley N° 28736,¹ para la Protección de Pueblos Indígenas en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, establece las siguientes definiciones:

1. **“Pueblos Indígenas.-** Aquellos que se autoreconocen como tales, mantienen una cultura propia; se encuentran en posesión de un área de tierra, forman parte del Estado Peruano conforme a la Constitución. En éstos se incluye a los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial.

¹ Ley N° 28736 “Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial”. Publicada en el diario oficial “El Peruano” el 18 de mayo del 2006.

- 2. Aislamiento.-** Situación de un Pueblo Indígena, o parte de él, que ocurre cuando éste no ha desarrollado relaciones sociales sostenidas con los demás integrantes de la sociedad nacional o que, habiéndolo hecho han optado por discontinuarlas. (...)"

Ya antes, el Reglamento de la Ley sobre Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica, aprobado por Decreto Supremo N° 068-2001-PCM, había establecido que los pueblos indígenas "son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonia o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. Estos incluyen los grupos no contactados y aquellos que estando integrados no han sido aún reconocidos legalmente como comunidades nativas o campesinas."

Con estas definiciones podemos concluir que una importante diversidad de pueblos o segmentos de pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario, quienes han decidido mantenerse "aislados" de la sociedad nacional para garantizar su integridad física y cultural. Estos se ubican en las regiones de Loreto, Ucayali, Madre de Dios, Huánuco, Apurímac y Cusco.

La situación de aislamiento de estas poblaciones, dificulta tener un conocimiento preciso sobre sus características físicas, culturales y demográficas. A pesar de ello, podemos mencionar su alto grado de autonomía socio cultural, su dependencia de los territorios y recursos naturales a través de la práctica de actividades de subsistencia como la agricultura a pequeña escala, caza, recolección y/o pesca, de acuerdo a una dinámica de migraciones estacionales por amplios territorios; su rechazo al contacto sostenido con personas ajenas a sus culturas, probablemente por temor a ser agredidos; su extremada vulnerabilidad frente a enfermedades ajenas a sus culturas pero comunes entre nosotros tales como la gripe y, en la mayoría de casos, la amenaza que representa la presencia de agentes externos en sus territorios.

1.2.2. DE LAS RESERVAS TERRITORIALES PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN SITUACIÓN DE AISLAMIENTO DE LA AMAZONÍA PERUANA.-

Las Reservas Territoriales son áreas delimitadas por el Estado a favor de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial al amparo del Decreto Ley N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, promulgado el 10 de mayo de 1978, que en su Segunda Disposición Transitoria, concordante con los incisos a) y b) del artículo 10° de la misma ley dispone que para la determinación del territorio de las comunidades nativas cuando se encuentren en situación de contacto inicial y esporádico con los demás integrantes de la comunidad nacional, se determinará un área territorial provisional de acuerdo a sus modos tradicionales de aprovechamiento de los recursos naturales, hasta que se definan su condición de establecimiento.

En aplicación del mencionado dispositivo se crearon en el Perú cinco reservas territoriales, como son:

1. La Reserva Kugapakori, Nahua, Nanti y otros establecida por Decreto Supremo N° 028-2003-AG, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 25 de julio de 2003;

2. La Reserva Murunahua, establecida por Resolución Directoral Regional N° 000-189-CTARU-DRA, del 01 de abril del año 1997, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 23 de marzo de 2007.
3. La Reserva Mashco-Piro, establecida por Resolución Directoral Regional N° 000190-97-CTARU/DRA del 01 de abril del año 1997, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 23 de marzo de 2007.
4. La Reserva Ishconahua, establecida por Resolución Directoral Regional N° 00201-98 CTARU/DRA del 11 de junio del año 1998, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 23 de marzo de 2007; y
5. La Reserva para pueblos indígenas en aislamiento de Madre de Dios, establecida por Resolución Ministerial N° 427-2002-AG, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 22 de abril de 2002.

Además de las Reservas Territoriales ya creadas, existen otras cinco propuestas de Reservas Territoriales a favor de pueblos indígenas en aislamiento voluntario ubicados en los departamentos de Loreto y Ucayali promovidas por AIDSESEP. Estos trámites se iniciaron en las Direcciones Regionales de Agricultura² de los Departamentos de Loreto y Ucayali. Las reservas propuestas son:

1. Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre: Ubicado en el departamento de Loreto; se inició el trámite de creación el 18 de febrero del 2003.
2. Propuesta de Reserva Territorial Tapiche, Blanco y Yaquerama (Yavarí Tapiche): Ubicado en el departamento de Loreto; se inició el trámite de creación el 18 de febrero del 2003.
3. Propuesta de Reserva Territorial Kapanawa (Maquía Callería): Ubicado en los departamentos de Loreto y Ucayali; se inició el trámite de creación el 18 de noviembre del 2005.
4. Propuesta de Reserva Territorial Yavarí Mirim: Ubicado en el departamento de Loreto; se inició el trámite de creación el 15 de septiembre del 2003.
5. Propuesta de Reserva Territorial Cashibo Cacataibo: Ubicado en los departamentos de Loreto y Ucayali; se inició el trámite de creación el 14 de octubre de 1999.

1.2.3. ADECUACIÓN DE LAS RESERVAS TERRITORIALES PARA PUEBLOS INDIGENAS EN AISLAMIENTO DE LA AMAZONIA PERUANA

Antes de ingresar al tema de la adecuación de la reservas territoriales para poblaciones indígenas en aislamiento voluntario, es menester repasar sucesos importantes y relevantes para el caso, como son que mediante Ley N° 28495, publicada el 15 de abril del 2005, se crea el Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano- INDEPA, como Organismo Público Descentralizado, con rango ministerial, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, en calidad de organismo rector de las políticas nacionales encargado de proponer y supervisar su cumplimiento, así como de coordinar con los Gobiernos Regionales la ejecución de proyectos y programas dirigidos a la promoción, defensa, investigación y afirmación de los derechos y desarrollo con identidad de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano. Sin embargo, por Decreto Supremo N° 001-2007-MIMDES, publicado el 23 de febrero del 2007, el INDEPA es fusionado en el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social-MIMDES.

² Órganos descentralizados del sector de Agricultura dependientes de los Gobiernos Regionales.

Posteriormente, mediante la Ley N° 29146 se dejó sin efecto el Decreto Supremo N° 001-2007-MIMDES, que aprobara la fusión del INDEPA con el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social - MIMDES, precisándose que se encuentran plenamente vigentes, entre otros, la Ley N° 28495. No obstante ello, más adelante, mediante Decreto Supremo N° 001-2008-MIMDES, se dispuso la adscripción del INDEPA al MIMDES. Más adelante, a través del D.S. N° 034-2008-PCM de fecha 6 de mayo de 2008 se califica al INDEPA como Organismo Público Ejecutor. Asimismo, mediante Ley N° 29565, el 21 de julio de 2010, se crea el Ministerio de Cultura, y por Decreto Supremo N° 001-2010-MC del 26 de setiembre del 2010, se dispone la fusión del INDEPA en el Ministerio de Cultura. Actualmente, las funciones del INDEPA son ejercidas por el Vice Ministerio de Cultura. En ese contexto, debemos señalar que con fecha 04 de octubre del 2007, se aprueba el Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, mediante Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, se establece en la Primera Disposición Complementaria y Transitoria, que las Reservas Indígenas existentes en un plazo máximo de seis meses de la entrada en vigencia del presente Reglamento, el MIMDES a través de la DGPOA, propondrá la adecuación de las siguientes reservas territoriales existentes:

- a) La Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, creada por Decreto Supremo N° 028-2003-AG.
- b) La Reserva Territorial del Estado a favor pueblos indígenas en aislamiento ubicados en el departamento de Madre de Dios, creada por Resolución Ministerial N° 427-2002-AG.
- c) La Reserva Territorial "Mashco-Piro", creada por Resolución Directoral Regional N° 190-97-CTARU/DRA.
- d) La Reserva Territorial a favor del Grupo Étnico Murunahua, creada por Resolución de la Dirección Regional Agraria N° 189-97-CTARU.
- e) La Reserva Territorial a favor del Grupo Étnico Ishconahua, creada por Resolución Directoral Regional N° 201-98-CTARU/DRA-OAJ-T.

Durante el plazo de adecuación, se respetarán todos los derechos que corresponden al amparo de las normas de su creación. Asimismo, en la Segunda Disposición del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, establece que el MIMDES, en un plazo no mayor a los ciento ochenta (180) días de la entrada en vigencia del presente Reglamento, remitirá a la Presidencia del Consejo de Ministros un anteproyecto de ley que establezca las infracciones a la Ley y el Reglamento, así como el procedimiento administrativo sancionador a aplicarse.

No obstante haberse vencido en excesos los plazos otorgados, pues han transcurrido cerca de cuatro (04) años sin que el MIMDES ni posteriormente el Ministerio de Cultura, hoy competente para hacerlo, hayan las acciones correspondientes, lo que está perjudicando la protección de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario. Recordemos, que actualmente, la Ley de creación del Ministerio de Cultura, Ley N° 29565, establece que es una competencia exclusiva del Ministerio de Cultura la protección de nuestros pueblos indígenas incluyendo los que se encuentran en estado de aislamiento voluntario o contacto inicial, sino veamos el artículo 4 de la referida Ley, que establece que "las áreas programáticas de acción sobre las cuales el Ministerio de Cultura ejerce sus competencias, funciones y atribuciones para el logro de los objetivos y metas del Estado son las siguientes: 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.**" Lo que se traduce en el

artículo 15º de la referida Ley, en la creación del **Viceministro de Interculturalidad** que es la autoridad inmediata al Ministro en asuntos de Interculturalidad e Inclusión de las Poblaciones Originarias. Y que por encargo de dicho Ministro, ejerce las siguientes funciones: “a) Promover y garantizar el sentido de la igualdad social y respeto a los derechos de los pueblos del país de conformidad con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; b) Formular políticas de inclusión de las diversas expresiones culturales de nuestros pueblos y generar mecanismos para difundir una práctica intercultural en el conjunto de la sociedad peruana, sustentada en una cultura de paz y solidaridad. Se recogen todos los conocimientos ancestrales en ciencia y tecnología; c) Proponer mecanismos para evitar cualquier tipo de exclusión o discriminación de los diferentes pueblos del país, asegurando la construcción de una identidad nacional; d) Coordinar, orientar y supervisar las actividades que cumplen los órganos del Ministerio de Cultura, los organismos públicos y demás entidades correspondientes al sector, para promover la construcción de políticas que permitan conocernos mejor y que reconozcamos las diversas culturas que existen en nuestro país y que su respeto y valoración permitan construir una ciudadanía intercultural; e) Formular, ejecutar y supervisar políticas y normas que promuevan prácticas vigilantes para evitar expresiones de discriminación contra los ciudadanos y pueblos del país.”

1.2.4. DELIMITACIÓN Y FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:

El problema que plantearemos en la presente investigación parte desde la estructura misma del Estado Nación vigente, y la necesidad de buscar una reforma urgente para transformarlo en un Estado Multinacional o Multiétnico siguiendo el ejemplo de Canadá, Nicaragua, Brasil, Bolivia, Ecuador y Colombia. Así, el enfoque de desarrollo desde una visión de monismo jurídico, contraria al pluralismo jurídico, como la actual, está generando la constante aparición de conflictos socio ambientales, tales como Tambo Grande, Espinar, Conga, Tía María, Majes Sigua II, por citar sólo los casos más recientes. En ese sentido conviene preguntarnos si el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, y el Sistema de Consulta Previa, viene respondiendo la realidad social, especialmente en el caso de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, y contacto inicial. Así, las interrogantes relacionadas a las unidades de análisis que hemos extraído al definir la realidad problemática y que sirven para formular el problema en sus aspectos generales son las siguientes:

- a) **¿Cuáles son los factores de carácter normativo que determinan el probable no resguardo de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento de la Amazonia Peruana en las actividades económicas de hidrocarburos?**
- b) ¿Cuáles son los factores que probablemente determinan que el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental no pueda garantizar el respeto de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento de la Amazonia Peruana en las actividades económicas de hidrocarburos?
- c) ¿Cuáles son los factores que probablemente determinan que el procedimiento de consulta previa no pueda garantizar los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento de la Amazonia Peruana en las actividades económicas de hidrocarburos?

- d) ¿Cuáles son los factores que probablemente determinan que la opinión técnica previa del Ministerio de Cultura en los casos de concesiones de hidrocarburos que afecten territorios ocupados por pueblos indígenas en aislamiento no garantice los derechos constitucionales de este sujeto de derecho colectivo?

1.2.4.1. SISTEMATIZACIÓN DE PROBLEMAS SECUNDARIOS

A partir del estudio de las unidades de análisis que hemos identificado al definir el problema podemos precisar las siguientes sub interrogantes:

- a) ¿Qué efectos positivos tendría identificar los factores jurídicos que probablemente impiden respetar los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento especialmente en las actividades económicas de hidrocarburos?
- b) ¿Cuáles son las causas por las cuales no se está respetando los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial, especialmente en el sector de hidrocarburos?
- c) ¿Cómo debería funcionar el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental para efectos de garantizar los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento especialmente en las actividades de hidrocarburos?
- d) ¿Cómo debería funcionar el procedimiento de consulta previa para garantizar un irrestricto respeto de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento especialmente en las actividades de hidrocarburos?
- e) ¿Cómo debería funcionar la opinión técnica previa del Ministerio de Cultura en los casos de concesiones de hidrocarburos que afecten territorios ocupados por pueblos indígenas en aislamiento para garantizar los derechos constitucionales de este sujeto de derecho colectivo?

1.3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL TRABAJO:

En los años recientes, el Gobierno Peruano con un creciente entusiasmo – a través del Ministerio de Energía y Minas, y de Perupetro – ha promovido entre los inversionistas internacionales proyectos de explotación hidrocarburífera además de la minería y electricidad. Esta tendencia comenzó a principios de los años noventas con la flexibilización del sector de hidrocarburos y el desarrollo de legislaciones específicamente enfocadas en promover la inversión en dicho sector. La Ley Orgánica de Hidrocarburos de 1993 promovió, aún más, la competencia y el libre mercado, brindando incentivos a empresas petroleras tales como menores regalías (bajaron de un 50% a entre 20%-40%) además de la eliminación del control de precios. Desde entonces, el Gobierno Peruano ha seguido adoptando medidas para promover la inversión, como por ejemplo, mejorando la eficiencia del proceso de negociación y reduciendo, aún más, las regalías hasta el 5% en la etapa inicial de la producción.

Los pueblos indígenas amazónicos poseen una cultura que los une de manera espiritual con su territorio y no reconoce las distinciones estatales entre el subsuelo y otros recursos naturales. Dentro de este contexto, muchos pueblos indígenas creen que deberían tener el derecho de determinar si los proyectos de desarrollo deberían de realizarse dentro de sus territorios o no. La gran diferencia entre cómo los pueblos indígenas y los

representante gubernamentales perciben la relación entre el hombre y la naturaleza nos permite comprender la tensión que frecuentemente surge durante los procesos de consulta.

Es importante resaltar que en el Perú, así como en países vecinos, recientemente han ocurrido numerosos conflictos entre pueblos indígenas y empresas petroleras, mineras y de electricidad. Debido a esto, las corporaciones petroleras y el gobierno peruano deberían reconocer el valor social y económico de llevar a cabo procesos de consulta previa transparentes e inclusivos tan pronto sea posible, y construir un Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental eficiente y garante de los derechos constitucionales de las poblaciones locales afectadas por actividades extractivas, especialmente cuando se trata de poblaciones indígenas. Por ejemplo, en julio del 2005 aproximadamente 100 Shipibos tomaron control de las instalaciones de la Maple Gas en el norte de la Amazonía peruana y obligaron a que se cerraran operaciones por tres días. Debido a esto, la empresa perdió aproximadamente US\$ 4,000 por día. Las noticias del levantamiento aparecieron en periódicos en el mundo entero, afectando de esta manera la reputación internacional de esta empresa Canadiense. Por esos mismos años, residentes de la ciudad de Atalaya, principalmente de la etnia Ashánika, bloquearon una porción de los ríos Urubamba y Ucayali durante casi un mes, forzando de manera exitosa que el Gobierno Peruano le otorgara una porción de las regalías generadas por el proyecto de gas de Camisea. Se reportó que el bloqueo no sólo atrasó al proyecto 60 días sino que también forzó a que Pluspetrol asumiera US\$18,000 en costos asociados con el transporte aéreo de equipos y provisiones.

A pesar de que estas protestas no obtuvieron la atención internacional de los medios como en los casos de los Ogoni en Nigeria o los U'wa en Colombia, de todas formas representaron importantes recordatorios a los gobiernos nacionales así como a las empresas petroleras internacionales de la importancia de fomentar buenas relaciones con los pueblos indígenas afectados por proyectos hidrocarburíferos. El Gobierno Peruano pudo haber contribuido a prevenir cada uno de estos costosos y potencialmente peligrosos conflictos promoviendo una mayor y más anticipada participación de las comunidades en las actividades del proyecto, y especialmente implementando un procedimiento de consulta previa. El proyecto de investigación tiene por objeto dar los primeros pasos para incrementar el cumplimiento de derechos indígenas y ambientales en el Perú, especialmente cuando nuestra población indígena andina bordea los ocho millones de habitantes, y la población indígena amazónica es de aproximadamente trescientos mil habitantes, lo que implica que la tercera parte de la población peruana es indígena.

En ese sentido, las entidades estatales, organismos públicos, y ministerios están obligados a elaborar políticas públicas, establecer instituciones y dar medidas que implementen los derechos indígenas y ambientales contenidos en el Convenio 169 de la OIT, empezando por el derecho a la consulta previa, el respeto a sus derechos ancestrales territoriales, conocimiento colectivo, y cultura en general. Advertimos, que el artículo 3º del Convenio N° 169 de la OIT consagra el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, y obliga al Estado a adoptar medidas especiales para garantizar el goce efectivo del mismo, sin restricciones, así como realizar esfuerzos para mejorar las condiciones de vida, participación y desarrollo de los pueblos indígenas.

El Convenio N° 169 de la OIT, establece que los procedimientos para la Consulta Previa, deben ser apropiados, pero quiere decir apropiados para los Pueblos Indígenas y dentro

de su cultura. Además el mencionado Convenio N° 169 de la OIT señala que *las consultas llevadas a cabo en aplicación del Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas*, por lo que de ninguna manera se puede aceptar que los talleres informativos y las audiencias de participación ciudadana sean en aplicación del Convenio.

Precisemos que la Consulta Previa, debe realizarse antes de que se suscriban los contratos de licencia y/o concesión, y previamente a que PERÚPETRO divida en Lotes o Bloques, los territorios de los Pueblos Indígenas. El objeto de esta consulta previa es permitir al Estado saber si los Pueblos Indígenas se ven afectados y en qué medida, de tal forma que se puedan corregir las situaciones que provocan el perjuicio a dichos Pueblos; por su propia naturaleza la Consulta Previa debe ser continua, es decir empezar antes de aprobarse el programa o proyecto de hidrocarburos, antes de suscribir las autorizaciones y continuar en las etapas siguientes de esta actividad.

La justificación teórica de nuestra investigación es que buscaremos aplicar el modelo teórico del derecho a la consulta previa al ámbito de las comunidades indígenas de la amazonia peruana esperando que los resultados de este trabajo permitan adecuar la legislación vigente permitiendo el cumplimiento de este derecho.

Precisemos que el alto incumplimiento del derecho a la consulta previa, uno de los derechos indígenas más emblemáticos, está creando conflictos sociales e imposibilita el normal desarrollo de concesiones de hidrocarburíferas en el país.

La justificación metodológica de esta investigación es que el resultado de la misma podrá ser empleado como un insumo para posteriores investigaciones e incluso para la elaboración de proyectos de ley que busquen regular o incorporar en la legislación nacional de hidrocarburos de manera expresa el derecho a la consulta previa.

La justificación práctica de esta investigación es que tiene una aplicación concreta en la implementación y respeto de los derechos indígenas en los proyectos de hidrocarburos lo que hará que se reduzca el nivel de conflictos socio ambientales con comunidades indígenas y permitirá un desarrollo participativo de estas comunidades en las actividades económicas del país.

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Objetivo general

- “Promover la implementación de una normatividad indígena que proteja los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento.”

1.4.2. Objetivos específicos

- Determinar si se está dando cumplimiento a la normatividad indígena que consagra los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento.
- Determinar si el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental garantiza los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento.

- Determinar si el procedimiento de consulta previa garantiza los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento.
- Determinar si la opinión previa del Ministerio de Cultura en los casos de concesiones de hidrocarburos que afecten territorios ocupados por pueblos indígenas en aislamiento garantiza los derechos constitucionales de este sujeto de derecho colectivo.

1.5. MARCO REFERENCIAL

El marco teórico que tomara en cuenta el conocimiento previamente existente sobre el tema materia de investigación. En nuestro caso sería:

- La teoría general de los Derechos Humanos
- La teoría general de Derecho Constitucional
- La teoría General de Derecho Ambiental
- La teoría General de Derecho Indígena

El marco conceptual que tendrá en cuenta nuestra investigación será el siguiente:

ACTIVIDADES DE HIDROCARBUROS.- Las actividades de hidrocarburos son tres básicamente de exploración, explotación y cierre, y las dos primeras se realizan bajo las formas contractuales siguientes:

- Contrato de Licencia**, es el celebrado por PERUPETRO S.A. , con el Contratista y por el cual éste obtiene la autorización de explorar y explotar o explotar Hidrocarburos en el área de Contrato; en mérito del cual PERUPETRO S.A. transfiere el derecho de propiedad de los Hidrocarburos extraídos al Contratista, quien debe pagar una regalía al Estado.
- Contrato de Servicios**, es el celebrado por PERUPETRO S.A. con el Contratista, para que éste ejercite el derecho de llevar a cabo actividades de exploración y explotación o explotación de Hidrocarburos en el área de Contrato, recibiendo el Contratista una retribución en función a la Producción Fiscalizada de Hidrocarburos.

CONFLICTOS SOCIO AMBIENTALES.- Son aquellos generados por actividades económica extractivas y que afectan a la población local e indígena que están en el ámbito del proyecto.

CONVENIO 169 DE LA OIT.- El Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes es un instrumento internacional que establece los derechos de los pueblos indígenas y obliga a los Estados firmantes a su cumplimiento tal es el caso del Perú. Por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, ratificado por Perú, el Estado está obligado a cumplir todo tratado internacional, sin excusa por su legislación interna. Es decir, el Estado no puede justificar el incumplimiento del Convenio alegando disposiciones de su derecho interno. El Estado peruano aprobó la ratificación del Convenio mediante Resolución Legislativa No 26253 del 2-12-1993. E hizo el depósito internacional en la sede de Ginebra de la OIT con fecha 02-02-1994.

DERECHOS INDÍGENAS.- El Convenio 169 de la OIT establece un conjunto de derechos indígenas que garantizan la identidad, autonomía y desarrollo de los pueblos indígenas. Entre éstos están los siguientes derechos:

- a) Autoidentificación como pueblo indígena (art. 1, inc. 2),
- b) Goce de derechos humanos de acuerdo a su identidad, sin discriminación ni coerción (arts. 2-4);
- c) Integridad de los valores, prácticas e instituciones de los pueblos (art. 5);
- d) Consulta previa a medidas legislativas y administrativas que puedan afectar a los pueblos indígenas (art. 6),
- e) Participación política a todo nivel, derecho a definir prioridades de su desarrollo y participación en los planes regionales y nacionales (art. 7);
- f) Derecho al control de sus propias instituciones, a su propio derecho [consuetudinario], instituciones, sistema de justicia y métodos de persecución de delitos, respetando derechos humanos (art. 8 y 9);
- g) Derechos ante la justicia ordinaria y procedimientos legales: consideración de la cultura, aplicación de sanciones alternativas al encarcelamiento, defensa legal y protección contra violaciones de derechos, y uso de idiomas indígenas mediante intérpretes u otros medios (justicia bilingüe) (art. 10 y 12);
- h) Propiedad y posesión de tierras, territorio y hábitat (arts. 13-19);
- i) Empleo justo y digno, goce de derechos Laborales y protección especial (art. 19); formación profesional (20-23); seguridad social y salud (24-25);
- j) Educación para el desarrollo de su identidad cultural propia, educación bilingüe, uso y desarrollo de idiomas propios, y acceso a medios de comunicación (arts. 26-31);
- k) Contactos y cooperación a través de las fronteras (art. 32);

DAÑO SOCIO AMBIENTAL.- Se puede definir como toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al ambiente como tal o en cualquiera de sus componentes (agua, suelo, aire, paisaje, flora, fauna, etc.) así como daños de la población, comunidades o individuos que es afectado en su calidad de vida, salud, plan de vida, usos ancestrales, derechos reales o en sus costumbres y cultura.

ESTUDIOS DE IMPACTO AMBIENTAL.- Los estudios de impacto ambiental son documentos de evaluación ambiental de aquellos proyectos de inversión cuya ejecución puede generar impactos ambientales negativos significativos en términos cualitativos o cuantitativos. En tal sentido y en materia del aprovechamiento de hidrocarburos, los estudios de impacto ambiental son una herramienta para determinar el impacto de estas actividades sobre el medio ambiente y:

- Describir las características pertinentes del proyecto y las sensibilidades ambientales,
- Describir la naturaleza y gravedad de las posibles interacciones entre el proyecto propuesto y los elementos naturales y humanos existentes del área el proyecto,
- Identificar las medidas a aplicar para minimizar la contaminación de recursos agua, aire, sedimentos, suelos, biodiversidad terrestre o acuática que permitan limitar los impactos a niveles aceptables,
- Prevenir los impactos que puedan resultar luego de la aplicación de las medidas de atenuación,
- Especificar todos los compromisos del proponente con respecto a la protección ambiental y a la compensación,
- Describir los aspectos socioeconómicos, culturales, físicos-naturales y biológicos en el área de influencia del proyecto,
- Cumplir con las normas y protocolos ambientales del sector.

De esta manera, los estudios de impacto ambiental son: 1) una herramienta técnica para precisar el tipo de proyecto a desarrollar y el impacto ambiental que el mismo puede causar; y 2) un documento mediante el cual se precisan y acuerdan los compromisos formales que asumen las empresas interesadas en explorar, explotar, transportar y comercializar hidrocarburos con respecto a la protección ambiental, compensaciones y cumplimiento de normas ambientales.

INSTITUTO NACIONAL DE DESARROLLO DE PUEBLOS ANDINOS, AMAZÓNICOS Y AFROPERUANOS - INDEPA .- El INDEPA es un organismo público descentralizado - OPD multisectorial, con rango ministerial, personería jurídica de derecho público, con autonomía funcional, técnica, económica, financiera, administrativa y presupuestal. Las funciones del INDEPA son las siguientes:

- Formular y aprobar la política, programas y proyectos de alcance nacional para el desarrollo integral de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano.
- Planificar, programar y coordinar con los Gobiernos Regionales y Locales las actividades de desarrollo integral de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano.
- Coordinar con los Gobiernos Regionales la ejecución de los programas y proyectos de alcance regional, para el desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano.
- Concertar, articular y coordinar las acciones de apoyo, fomento, consulta popular, capacitación, asistencia técnica, y otros, de las entidades públicas y privadas, a favor de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano.
- Coordinar con los Gobiernos Regionales las acciones pertinentes para la protección a la diversidad biológica peruana y los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, a la que se refiere la Ley N° 28216, Ley de Protección al Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas.
- Promover y asesorar a los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano en las materias de su competencia.
- Elaborar y mantener actualizada la estadística de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano, basándose en los Registros Públicos, y de aquellos que se encuentran en proceso de reconocimiento.
- Estudiar los usos y costumbres de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano como fuente de derecho buscando su reconocimiento formal.
- Canalizar los recursos financieros destinados para el INDEPA, con la finalidad de desarrollar los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano.
- Coordinar con el Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural (PTT), a efecto de culminar con el proceso de saneamiento físico legal territorial de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano.

PRINCIPIO PRO-INDÍGENA: Siempre se debe aplicar las normas o acuerdos nacionales que otorguen más derechos y ventajas a los pueblos indígenas (art. 35 del Convenio). Es decir, si en el Perú hay normas o incluso acuerdos políticos que otorguen más derechos a los pueblos indígenas, tales normas o acuerdos más ventajosos priman sobre cualquier otra norma que reconozca menos derechos. Por el principio de progresividad de los derechos humanos, siempre rigen las normas que otorgan más derechos y ventajas a las personas y colectivos.

PRINCIPIO DE ALTA VULNERABILIDAD: Según el cual todo “contacto significa, para los Indígenas en Aislamiento voluntario, un riesgo muy alto de enfermar y morir debido a que no han desarrollado una respuesta inmunológica adecuada para gérmenes comunes, por lo que de suceder el contacto, este constituye una EMERGENCIA y debemos estar preparados para afrontarla y mitigar sus efectos negativos en la vida y la salud de estos pueblos indígenas. Principio aprobado formalmente por el Estado pero incumplido

materialmente por el mismo como se observa en el caso de las actividades de hidrocarburos

TITULARES DE DERECHOS DEL CONVENIO 169 DE LA OIT.- Los beneficiarios del Convenio 169 de la OIT son pueblos indígenas y tribales, en tanto colectivos, y sus integrantes, en tanto individuos, esto es, mujeres y hombres; adultos, jóvenes, niñas y niños sin discriminación. El Convenio 169 se aplica a pueblos indígenas que descienden de poblaciones que existían en la época de la Conquista, colonización o antes de la demarcación de las fronteras nacionales actuales (*criterio objetivo*), y que se autoidentifican como indígenas (*criterio subjetivo*), al margen de la denominación o estatuto jurídico que dichos colectivos tengan dentro del Estado. En el caso peruano, considerando el Convenio 169 de la OIT y las normas nacionales, cabe aplicar los derechos que contiene el Convenio 169 a, por lo menos, los siguientes colectivos:

- Pueblos indígenas, así autoidentificados
- Pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial
- Comunidades campesinas
- Comunidades nativas
- Rondas campesinas
- Pueblo Afroperuano
- Otros colectivos, no importa que denominación o estatuto legal tengan, que se autoidentifiquen como indígenas o tribales.

RESERVAS TERRITORIAL INDÍGENA.- Son espacios destinados por el Estado a pueblos indígenas en aislamiento voluntario para efectos de asegurar la intangibilidad de sus territorios y garantizar el ejercicio de sus derechos fundamentales. Actualmente son cinco:

- La Reserva Kugapakori, Nahua, Nanti y otros establecida por Decreto Supremo N° 028-2003-AG, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 25 de julio de 2003;
- La Reserva Murunahua, establecida por Resolución Directoral Regional N° 000-189-CTARU-DRA, del 01 de abril del año 1997, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 23 de marzo de 2007.
- La Reserva Mashco-Piro, establecida por Resolución Directoral Regional N° 000190-97-CTARU/DRA del 01 de abril del año 1997, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 23 de marzo de 2007.
- La Reserva Ishconahua, establecida por Resolución Directoral Regional N° 00201-98 CTARU/DRA del 11 de junio del año 1998, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 23 de marzo de 2007; y
- La Reserva para pueblos indígenas en aislamiento de Madre de Dios, establecida por Resolución Ministerial N° 427-2002-AG, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 22 de abril de 2002.

REPARACIÓN PRIMARIA, toda medida reparadora que restituya o aproxime los recursos naturales y/o servicios a su estado básico.

REPARACIÓN COMPLEMENTARIA, toda medida reparadora adoptada en relación con los recursos naturales y/o servicios para compensar el hecho de que la reparación primaria no haya dado lugar a la plena restitución de los recursos naturales dañados. La finalidad de la reparación complementaria es proporcionar un nivel de recursos naturales

y/o servicios –incluso, si procede, en un paraje alternativo- similar al que habría proporcionado si el paraje dañado se hubiere restituido a su estado básico.

REPARACIÓN COMPENSATORIA, toda acción adoptada para compensar las pérdidas provisionales de recursos naturales y/o servicios que tengan lugar desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento en que la reparación primaria haya surtido todo su efecto o durante la recuperación del medio ambiente.

PERUPETRO.- Es la Empresa Estatal de derecho privado, encargada de promover la inversión en actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en el país. En representación del Estado, negocia, celebra y supervisa los contratos en materia hidrocarburífera, así como los Convenios de Evaluación Técnica. Asimismo, comercializa, a través de terceros y bajo los principios del libre mercado, los hidrocarburos provenientes de las áreas bajo contrato, en la modalidad de servicios. Actúa con plena autonomía económica, financiera y administrativa, de acuerdo a los objetivos, políticas y estrategias que aprueba el Ministerio de Energía y Minas. Fue creado por Ley N° 26221 o Ley Orgánica de Hidrocarburos, bajo la denominación de PERUPETRO S.A. e inicia sus actividades el 18 de noviembre de 1993. Está sujeta a la fiscalización posterior y por resultados de la Contraloría General de la República y del sector Energía y Minas, y opera bajo el régimen tributario común de las empresas privadas.

El marco normativo de esta investigación es el siguiente:

1. Constitución Política del Perú
2. Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo
3. Convenio N° 169 de la OIT
4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
5. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
6. Convención Americana sobre Derechos Humanos
7. Protocolo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
8. Ley Orgánica de Aprovechamiento de Recursos Naturales
9. Ley Orgánica de Actividades de Hidrocarburos
10. Ley General del Ambiente

1.6. FORMULACION DE LA HIPOTESIS DE LA INVESTIGACION.

La formulación de la hipótesis implica la elaboración de proposiciones de carácter afirmativo que el investigador se plantea con el propósito de llegar a explicar hechos o fenómenos que caracterizan o identifican el objeto del conocimiento.

HIPÓTESIS PRINCIPAL

Los factores de carácter normativo que determinan la falta de un resguardo adecuado de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento son un sistema nacional de evaluación de impacto ambiental carente de objetividad e independencia, así como la ausencia de una autoridad técnica especializada en pueblos indígenas con autonomía además del incumplimiento de la normatividad indígena vigente especialmente en las actividades de hidrocarburos. En ese sentido, se requiere modificar el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, a fin de que las labores de evaluación del estudio de impacto ambiental, la fiscalización ambiental y el otorgamiento de concesiones sean realizados por distintas entidades estatales, superando el conflicto de intereses que

actualmente existe por el monopolio de estas actividades en un solo ministerio; asimismo se requiere fortalecer la institucionalidad indígena con la creación de organismos público con independencia que garantice y resguarde los derechos constitucionales de los pueblos indígenas y vele por el cumplimiento de la normatividad indígena.

IDENTIFICACIÓN DE VARIABLES

VARIABLE CORRELACIONAL 1:

X Normatividad sobre pueblos indígenas en aislamiento voluntario

Los indicadores de la variable correlacional serán aquellas normas que garantizan los derechos indígenas empezando por la Carta Magna.

Indicador

- X₁ Constitución Política del Perú
- X₂ Convenio N° 169 de la OIT
- X₃ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
- X₄ Ley General del Ambiente
- X₅ Ley Orgánica para el desarrollo de actividades de hidrocarburos, Ley N° 28621
- X₆ Reglamento para la exploración y explotación de hidrocarburos, D.S. N° 032-2004-EM
- X₇ Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades de Hidrocarburos, D.S. N° 015-2006-EM
- X₈ Ley Orgánica de Aprovechamiento de Recursos Naturales
- X₉ Ley N° 28736, la Ley de Pueblos Indígenas en Aislamiento y Contacto Inicial
- X₁₀ Reglamento de la Ley de Pueblos Indígenas en Aislamiento y Contacto Inicial
- X₁₁ Guía de Relaciones Comunitarias Aprobada por el Ministerio de Energía y Minas, Resoluciones Ministeriales N° 797-2007/MINSA, Resolución Ministerial N° 798-2007/MINSA y Resolución Ministerial N° 799-2007/MIMSA

VARIABLE CORRELACIONAL 2:

Y Sistema de evaluación de impacto ambiental en las actividades de hidrocarburos

Los indicadores de la variable dependiente serán aquellas instituciones involucradas en los conflictos sociales en el desarrollo de actividades de hidrocarburos en la amazonia peruana generados por la inobservancia del derecho a la consulta previa.

Indicadores:

- Y₁ Comunidades indígenas amazónicas
- Y₂ Contratos de Licencia para actividades de hidrocarburos
- Y₃ Cultura y cosmovisión de los pueblos indígenas
- Y₄ Derecho al territorio ancestral
- Y₅ Derechos Indígenas
- Y₆ Políticas sociales de las Empresas de Hidrocarburos
- Y₇ Política Energética del Estado
- Y₈ Impactos ambientales de las actividades de hidrocarburos
- Y₉ Lotes de hidrocarburos
- Y₁₀ Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario

- Y₁₁ Territorios indígenas
- Y₁₂ Reservas territoriales indígenas
- Y₁₃ Reservas Comunales

1.7. METODOLOGÍA DEL ESTUDIO:

1.7.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

ESTUDIO DESCRIPTIVO EXPLICATIVO: La presente investigación es de carácter descriptivo explicativo pues identificará y explicará cuáles son los factores jurídicos que determinan la falta de un resguardo adecuado de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento.

1.7.2. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN:

ANALÍTICO.- Identificaremos las principales condiciones que se requieren para la implementación de los derechos indígenas en los proyectos de hidrocarburos y estableceremos la relación de causa-efecto entre las mismas la producción de conflictos sociales entre las comunidades indígenas, empresa y estado en el desarrollo de los mencionados proyectos.

EXEGÉTICO.- Se estudiará e interpretará las normas aplicables en las actividades de hidrocarburos, el Convenio N° 169 de la OIT y Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas con el objeto de determinar si nuestra legislación interna contempla de manera expresa el derecho a la consulta previa en el desarrollo del proyecto de hidrocarburos.

DOG MÁTICO.- Se recurrirá a la doctrina nacional y extranjera, para desarrollar las variables de la hipótesis principal de la presente investigación y sobre conceptos claros poder establecer un procedimiento adecuado para la implementación del derecho a la consulta previa en el desarrollo del proyecto de hidrocarburos.

DERECHO COMPARADO.- Se analizará la legislación de los países latinoamericanos en los que se encuentre regulado el derecho a la consulta previa a favor de las comunidades indígenas en los proyectos de hidrocarburos para efectos de perfeccionar nuestra legislación nacional sobre el tema.

8.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Técnicas: Las principales técnicas que utilizaremos en la investigación son: Entrevistas, análisis documental y la observación.

Guías de instrumento

Guía de Entrevista
Guía de Análisis documental
Guía de Observación

CAPÍTULO II

LOS DERECHOS INDÍGENAS Y LA CONSULTA PREVIA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO

*“Primero, no admitir como verdadera cosa alguna, como no supiese con evidencia que lo es; es decir, evitar cuidadosamente la precipitación y la prevención, y no comprender en mis juicios nada más que lo que se presentase tan clara y distintamente a mi espíritu, que no hubiese ninguna ocasión de ponerlo en duda.”*³

René Descartes. El Discurso del Método

2.1. ANTECEDENTES HISTORICOS

2.1.1. LOS INDIGENAS EN LA CONQUISTA Y LA COLONIA

Aroca señala que “en el pasado, los indígenas amazónicos eran llamados “salvajes”, con una carga peyorativa que contrasta con los términos modernos de “campesino”, “nativo” o “indígena”; entonces, los grupos que ostentaban el poder los emplearon como mejor les convenía a sus intereses; atentando contra su economía y su organización tradicional, apropiándose de su fuerza laboral y despojándolos de sus mejores tierras.”⁴ Aroca, nos recuerda que con la llegada de los españoles al Perú, se estatuye un nuevo régimen legal, mediante el cual se deben sujetar las tierras americanas a la Corona española, según la Bula Inter Coeteris del 4 de mayo de 1493 del Papa Alejandro VI. En virtud de la donación hecha por la Santa Sede, la persona del Rey de España se beneficia a título de propiedad individual quien, al no poder ejercer directamente los atributos de dominio, divide el territorio americano, conservando el dominio eminente y cediendo el dominio útil a los conquistadores mediante las llamadas “gracias” o “mercedes” que eran títulos precarios que el Rey podía revocar en cualquier momento, pero que en la práctica lo hizo

³ DESCARTES, RENÉ. EL DISCURSO DEL MÉTODO. MEGABYTE. LIMA. S/A. P. 40

⁴ AROCA MEDINA, JAVIER. EL DILEMA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS FRENTE A LAS INDUSTRIAS EXTRACTIVAS. EN: TDA, DAR. REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO Y POLÍTICAS AMBIENTALES. AÑO 1 NO 1. PALESTRA. LIMA- PERÚ. 2011.P. 181

en muy pocas ocasiones. En consecuencia, ese derecho de usufructo que ejercieron los conquistadores españoles fue en la realidad un derecho de propiedad que, inclusive fue objeto de sucesión testamentaria.⁵

Durante la Colonia, la posesión de las tierras se efectuó de facto y los colonizadores se distribuyeron a los indígenas que se encontraban en dichas tierras. Así surge el “repartimiento” y la “encomienda”, instituciones que permitieron que los encomenderos recibiesen tributos de los indios. En la práctica, estas instituciones convirtieron a los indios en siervos y en yanaconas de los encomenderos. A pesar del Codicilo de Isabel La Católica de 1494 y las Leyes de Burgos del año 1512, así como la influencia del fraile dominico Antonio de Montesinos y de los religiosos Tomás de San Martín, Domingo de Santo Tomás y Santo Toribio de Mogrovejo, en la práctica no se respetó ni se brindó un verdadero trato humano a los indígenas en América. Bartolomé de las Casas presenta a la Corona española la “Relación Breve de la Destrucción de los Indios” que provocan las Ordenanzas de 1543, base de la Recopilación de las Leyes de Indias, en virtud de las cuales Carlos V suprime las encomiendas, prohíbe la herencia consanguínea en los repartimientos, manda pagar jornal a los indios por su trabajo y condena el trabajo personal obligatorio en las minas y en las pesquerías de perlas. Hasta 1680, las Audiencias tienen el encargo de vigilar el buen trato de los indios y solucionar sus pleitos y negocios. La Recopilación de 1680 instituye “los Protectores de los Indios” para ayudarlos en sus litigios civiles y criminales, que no llegan a ser efectivos, y no impiden los abusos que se comenten contra los indios. Pronto se producen rebeliones indígenas antes que declarase la independencia nacional.⁶

2.1.2. LOS INDIGENAS EN LA EMANCIPACIÓN Y LA REPÚBLICA

Durante los primeros años, se concedió igualdad legal a los indígenas, inspirados en los principios liberales europeos y norteamericanos. José de San Martín suprimió el tributo y prohibió que se usara el término que se usara el término “indio” o “natural”, y ordenó que en adelante solo fueran conocidos los indígenas como peruanos. Luego, también, Simón Bolívar dictó el Decreto del 8 de abril de 1824, de funestas consecuencias para los indígenas al declarar que podían vender de cualquier modo las tierras que poseían, y dispone el fraccionamiento de las tierras comunales y restablecer el tributo indígena. Poco tiempo después, el tributo que pagaban fue restituido, pero ésta vez ya no poseían tierras. Los indígenas accedieron a la independencia política pero no a la independencia económica, y terminaron por someterse a los terratenientes dueños de enormes minifundios que subsistieron hasta la década de los sesenta del siglo XX. Bajo el influjo del Código Civil de 1852, se produjeron grandes despojos de tierras que afectaron gravemente a los indígenas y a sus comunidades. La República no significó mejores condiciones de vida para los indígenas.⁷

En el caso de los indígenas amazónicos, la Ley N° 1220 estableció que las tierras de los nativos fueran automáticamente incorporados como las tierras de dominio del Estado, porque no habían sido legítimamente adquiridos conforme al Código Civil o conforme a la Primera Ley Orgánica de Tierras de Montaña de 1898. En realidad fue una Ley que estableció privilegios en favor de aquellos que explotaron el caucho y en la práctica significó que los adjudicatarios se consideraban dueños absolutos y perpetuos de la tierra

⁵ IBIDEM

⁶ IBIDEM. P. 182

⁷ IBIDEM. P. 182-3

y de todo ser viviente que había en ellas: plantas, animales y personas: los propios indígenas. En efecto, el 31 de noviembre de 1909 se promulgó la Ley 1220, llamada “Ley de Terrenos de Montaña”, que derogó a la Primera Ley Orgánica de Tierra de Montaña del 21 de diciembre de 1898, definió su espacio de aplicación sobre aquellas tierras que llamaba “la región de los bosques”: La Amazonía. Estableció como modalidades de adquisición de la tierra: la venta, el denuncia, la adjudicación gratuita y la concesión.⁸

2.1.3. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y LOS DERECHOS INDÍGENAS

La Constitución de Weimar de 1919, junto a la Constitución de México sancionada dos años antes, dieron origen al **constitucionalismo social**, que estableció el Estado de bienestar y reconoció los derechos de los trabajadores. Recordemos que en el marco del Tratado de Versalles (Ver Sección XIII) se crea la OIT (1919) sobre la base la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores que había sido fundada en Basilea en 1901. La OIT se organizó desde un principio con un gobierno tripartito, integrado por representantes de los gobiernos, los trabajadores y los empleadores.

La Constitución de Weimar ha sido destacada también por haber creado un Tribunal de Justicia Constitucional⁹, su espíritu pionero en la protección constitucional de la naturaleza y el paisaje¹⁰, la libertad económica¹¹, la distribución social del uso del suelo¹², el dominio del Estado sobre las riquezas del subsuelo y el uso de las fuentes de energía¹³, el concepto de convertir en propiedad colectiva las empresas privadas para la socialización¹⁴ y economía planificada desde el Estado (intervencionismo).¹⁵ También se protegió la libertad de sindicación y mejora de las condiciones de trabajo¹⁶, se consagró un sistema de seguro social y salud para los trabajadores, que incluía protección de la maternidad y previsiones de la vejez.¹⁷

La Constitución de México de 1914, establece que “la nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación. Con este objeto se dictarán las medidas necesarias para el fraccionamiento de los latifundios; para el desarrollo de la pequeña propiedad agrícola en explotación (...).”¹⁸ La finalidad de la norma era promover la reforma agraria y superar el latifundismo imperante en el México de principios de siglo XX. Sin embargo, la importancia de este documento constitucional son los aportes que realiza al derecho del trabajo y la previsión social tales como la jornada máxima de ocho horas,¹⁹ el salario mínimo vital,²⁰ el derecho del trabajador a la participación en las utilidades de la empresa,²¹ la inembargabilidad del salario mínimo; ²² el pago del salario en moneda de

⁸ IBIDEM. P. 183

⁹ ARTÍCULO 108° DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR.

¹⁰ ARTÍCULO 150° DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR.

¹¹ ARTÍCULO 151° DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR.

¹² ARTÍCULO 155° DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR.

¹³ ARTÍCULO 155° DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR.

¹⁴ ARTÍCULO 156° DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR.

¹⁵ ARTÍCULO 156° DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR.

¹⁶ ARTÍCULO 159° DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR.

¹⁷ ARTÍCULO 161° DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR.

¹⁸ ARTÍCULO 27° DE LA CONSTITUCIÓN DE MÉXICO DE 1914 (TEXTO ORIGINAL).

¹⁹ ARTÍCULO 123°, SECCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN DE MÉXICO DE 1914 (TEXTO ORIGINAL).

²⁰ ARTÍCULO 123°, SECCIÓN VI, DE LA CONSTITUCIÓN DE MÉXICO DE 1914 (TEXTO ORIGINAL).

²¹ ARTÍCULO 123°, SECCIÓN VI, DE LA CONSTITUCIÓN DE MÉXICO DE 1914 (TEXTO ORIGINAL).

curso legal y no en mercancías, vales o fichas;²³ el pago de las horas extras;²⁴ se hace responsable a los empresarios por los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, incluso en el caso de que el patrono contrate el trabajo por un intermediario²⁵; se consagra el derecho a la huelga; se protege al trabajador del despido arbitrario²⁶; se contempla los actos de hostilización como la falta de probidad o maltratos del patrono o sus parientes²⁷; se reconoce la preferencia de los créditos laborales²⁸, y la irrenunciabilidad de los derechos laborales.²⁹

La Reforma Universitaria de Argentina, o Reforma Universitaria de 1918, el movimiento de reforma universitaria que se inició en la Universidad Nacional de Córdoba en 1918, liderado por Deodoro Roca y otros líderes estudiantiles como Arturo Orgaz, y que se extendió luego a las demás universidades del país y de América Latina. Entre sus principios se encuentran la autonomía universitaria, el cogobierno, la extensión universitaria, la periodicidad de las cátedras, y los concursos de oposición y antecedentes. En síntesis se propugnaba la modernización científica, la gratuidad, el cogobierno y la autonomía universitaria. Los estudiantes logran su propósito. El presidente Hipólito Yrigoyen nombra interventor al Procurador General de la Nación, José Nicolás Matienzo. Comprueba irregularidades, propone democratizar el estatuto y declara vacantes los cargos de rector y decanos.

La Revolución rusa de 1917 fue un movimiento político en Rusia que culminó en 1917 con la expulsión del gobierno provisional que había reemplazado el sistema zarista, lo que llevó finalmente al establecimiento de la Unión Soviética, que duró hasta su caída en 1991. En la Revolución pueden distinguirse dos fases: a) la primera fue la llamada **Revolución de febrero de 1917**, que desplazó la autocracia del zar Nicolás II de Rusia, el último de la historia, y tenía la intención de instalar en su lugar una república liberal; b) la segunda fase fue **la Revolución de octubre**, en la que los soviets, inspirados y dirigidos cada vez más por el **Partido Bolchevique**, bajo el destacado papel estratégico de Vladímir Ilich Uliánov, conocido como Lenin, y la importante acción organizadora de León Trotsky, encabezando el Comité Militar Revolucionario, tomaron el poder mediante una insurrección popular armada, arrebatándolo al gobierno provisional dirigido por Aleksandr Kérensky, y disolviendo el aparato gubernamental del anterior Estado constitucional burgués, junto con sus instituciones: la gendarmería, las Fuerzas Armadas de Rusia, la propiedad privada sobre los principales medios de producción y servicios y más tarde la Asamblea Constituyente. Éstos fueron sustituidos a su vez por el Estado obrero, bajo el control o dictadura del proletariado y la democracia soviética, el control obrero de la producción, la redistribución de la tierra a los campesinos, tras la expropiación a los terratenientes y capitalistas, la Guardia Roja y el Ejército Rojo, organizado éste y dirigido por Trotsky.

El 16 de abril de 1862, en una asociación liberal-progresista de Berlín, Ferdinand Lassalle pronunciaba su conferencia sobre la naturaleza de la Constitución, el sostenía de manera enérgica que las cuestiones constitucionales no son primordialmente jurídicas sino cuestiones de poder que inevitablemente condicionan las leyes e instituciones jurídicas de

²² ARTÍCULO 123º, SECCIÓN VIII, DE LA CONSTITUCIÓN DE MÉXICO DE 1914 (TEXTO ORIGINAL).

²³ ARTÍCULO 123º, SECCIÓN X, DE LA CONSTITUCIÓN DE MÉXICO DE 1914 (TEXTO ORIGINAL).

²⁴ ARTÍCULO 123º, SECCIÓN XI, DE LA CONSTITUCIÓN DE MÉXICO DE 1914 (TEXTO ORIGINAL).

²⁵ ARTÍCULO 123º, SECCIÓN XIV, DE LA CONSTITUCIÓN DE MÉXICO DE 1914 (TEXTO ORIGINAL).

²⁶ ARTÍCULO 123º, SECCIÓN XXII, DE LA CONSTITUCIÓN DE MÉXICO DE 1914 (TEXTO ORIGINAL).

²⁷ ARTÍCULO 123º, SECCIÓN XXII, DE LA CONSTITUCIÓN DE MÉXICO DE 1914 (TEXTO ORIGINAL).

²⁸ ARTÍCULO 123º, SECCIÓN XXIII, DE LA CONSTITUCIÓN DE MÉXICO DE 1914 (TEXTO ORIGINAL).

²⁹ ARTÍCULO 123º, SECCIÓN XXVII, DE LA CONSTITUCIÓN DE MÉXICO DE 1914 (TEXTO ORIGINAL).

una sociedad de una determinada época. Efectivamente, las normas jurídicas son productos sociales generados en el seno de los conflictos sociales y relaciones de poder existentes en una sociedad, aunque los derechos humanos desde su consolidación después de la segunda guerra mundial han constituido no sólo cuestiones innegociables en el fragor de los cambios de constituciones del siglo XX sino el punto de partida de toda carta magna.

Hacia diciembre de 1911 el grupo de obreros anarquistas “La Protesta” se estableció, y ya para enero del 1912 publicaba el periódico La Protesta que dirigieron Francisco A. Loayza y luego Delfín Lévano. Ya para noviembre de 1912 nos cuenta Basadre que había surgido un vigoroso movimiento de reclamaciones en el Callao.³⁰ Lo iniciaron la Unión General de Jornaleros del Callao y la Federación Obrera Regional del Perú con sede en Lima e integrada por la Sociedad de Resistencia de los obreros galleteros y anexos, la Federación de Electricistas, el Gremio Liberal de Empleados (mozos de hoteles), la Federación de Obreros Panaderos “Estrella del Perú”, Unificación Textil de Vitarte y Unificación Textil de Vitarte y Unificación Textil de Santa Catalina.

Ya para el 05 de enero de 1913 la Unión de Jornaleros reclamaba la jornada de ocho horas, aumento de salarios, auxilios médicos en caso de accidentes de trabajo y otras mejoras.³¹ La presión fue tal que el 10 de enero de 1913, el Presidente Billingurst implanta legalmente la jornada de las ocho horas para los jornaleros del Muelle y Dársela en la Bahía del Callao, con el acuerdo previo con las empresas implicadas.³² El aumento de huelgas por aquel año, daría lugar al Decreto Supremo del 24 de enero de 1913 que reglamentó por primera vez la huelga en el Perú, y además promovería la creación de la sección obrera en las Intendencias de Lima y Callao, destinada a centralizar los datos sobre la situación industrias y el movimiento del trabajo en ambas ciudades. Esta medida fue el paso preliminar para el establecimiento de la Inspección General del Trabajo que Billingurst propugnó en su mensaje presidencial de julio de 1913. Forma pues, el remoto antecedente para el Ministerio de Trabajo.³³

Recordemos que el 4 de julio de 1913 se reglamentaron la Ley sobre Accidentes de Trabajo en el que se establecieron pautas para el seguro obrero, se fijó el salario mínimo para las indemnizaciones así como el arancel médico para las visitas en el domicilio de los damnificados; quedaron enumeradas las medidas de seguridad en los centros de laborales así como también los grados de incapacidad que habían de servir como base para el cómputo respectivo. También se fijó el salario mínimo.³⁴

Más adelante, se regula el salario mínimo que deben percibir los indígenas que trabajan en la sierra, mediante Ley 2285 del 16 de octubre de 1916.³⁵ La mencionada Ley reglamentó el trabajo de los indígenas, prescribiendo la obligación de los patronos de pagar a los jornaleros en dinero en efectivo, lo mismo que la prohibición de obligar a éstos a residir contra su voluntad en un lugar y el reconocimiento de su derecho para abandonar el trabajo en caso de no recibir paga.³⁶

³⁰ BASADRE, JORGE. LA HISTORIA DE LA REPÚBLICA. TOMO IX. EDITORIAL UNIVERSITARIA. LIMA- PERÚ. 1983.P. 21

³¹ IBIDEM

³² BASADRE, JORGE. OB. CIT. P. 22

³³ BASADRE, JORGE. OB. CIT. P. 24

³⁴ BASADRE, JORGE. OB. CIT. P. 24

³⁵ BASADRE, JORGE. OB. CIT. P. 196

³⁶ BASADRE, JORGE. OB. CIT. P. 206

Posteriormente, la Ley 2760 del 26 de junio de 1918 declaró que no podían embargarse sino por deuda alimenticia las pensiones y sólo hasta la cuarta parte; las jubilaciones, indefinida, cesantía o retiró sólo hasta la tercera parte; y los sueldos de los empleados públicos, los salarios de obreros, artesanos y jornaleros sólo hasta la misma proporción. Asimismo estableció la nulidad de todo contrato de venta de sueldos devengados que celebraran los empleados públicos civiles o militares y también los de los devengados siempre que el precio no fuera inferior a las cuatro quintas partes del crédito.³⁷

Recuerda Basadre, que el “civilismo no estuvo compuesto, solamente por su núcleo originario, sino también, por sus servidores, por sus mayordomos, por su clientela en el sentido romano de la palabra. Uno de estos auxiliares del predominio civilista fue Augusto B. Leguía, hombre de negocios perteneciente a una familia antigua de Lambayeque, educado en un colegio inglés de Valparaíso, antiguo empleado de la casa Prevost y de diversas compañías de seguro, llevado por don Manuel Candamo al Ministerio de la Hacienda. Muerto Candamo y ungido José Pardo presidente, Leguía, uno de los autores de esta elección en desmedro de Isaac Alzamora, continuó de Ministro. Fue Leguía un activo, inteligente y enérgico ministro de Pardo. Ganó su confianza y así pudo ser nominado candidato oficial para las elecciones de 1908.”³⁸ Pero mucha agua correría hasta 1919, en que se presentaría para su segundo mandato como un anti-civilista, paradojas de la política nacional, llena de lealtades efímeras.

2.2. LA CONSTITUCIÓN DE 1920 Y EL RECONOCIMIENTO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

La Constitución de 1920 es influida por la Constitución Mexicana de 1917 y la Constitución Alemana de Weimar, como se observa en el acápite de Garantías Sociales conforme da cuenta Basadre.³⁹ En ella se protege la propiedad, a la raza indígena y se reconoce constitucionalmente por primera vez la existencia legal de las comunidades indígenas, se consagra el derecho laboral y previsional, se prohíbe los monopolios y acaparamientos industriales y comerciales, se promueve la educación escolar, se promueve un sistema de salud público, entre otros tópicos.⁴⁰ Formalmente, la Carta de 1920 quiso agregar a un pronunciado liberalismo político, postulados correspondientes a una concepción social de Estado; aunque dichos preceptos no alteraron las bases tradicionales de la realidad nacional.⁴¹

Efectivamente, la mayoría de postulados constitucionales llevados a plebiscito fueron en esencia respetados, sin embargo el reconocimiento legal de las comunidades indígenas fue uno de las novedades más resaltantes, por sus implicancias en el futuro inmediato del Perú. Recordemos que después de la Ley de 23 de marzo de 1828 no hubo otra norma legal sobre las tierras indígenas hasta el Código Civil promulgado en 1851: ello no obstante, la comunidad fue reconocida en el decreto de Castilla de 6 de agosto de 1846. El Código no se refirió al régimen de la posesión comunal de tierras, ni siquiera tuvo una palabra para el indio y propugnó la libre enajenación de toda clase de propiedades. Felizmente, la resolución legislativa del 11 de octubre de 1893 aclaró que los indígenas eran legítimos propietarios de los terrenos por ellos poseídos dispuso cualquier duda. Más

³⁷ BASADRE, JORGE. OB. CIT. P. 195

³⁸ BASADRE, JORGE. PERÚ: PROBLEMA Y POSIBILIDAD. FUNDACIÓN M.J. BUSTAMANTE DE LA PUENTE. LIMA-PERÚ. 1994. P. 170

³⁹ BASADRE, JORGE. OB. CIT. P. 244

⁴⁰ BASADRE, JORGE. OB. CIT. P. 245

⁴¹ BASADRE, JORGE. OB. CIT. P. 246

adelante, el Código de Aguas reconoció la existencia de las comunidades indígenas, lo mismo que la ley de caminos del 3 de noviembre de 1916.⁴²

El texto original sobre Comunidades Indígenas en la Constitución de 1920, decía: “La nación reconoce la existencia legal de las comunidades indígenas y la ley, respetando su índole y modalidades, declarará los derechos de dichas comunidades.” Muchos parlamentarios avisados se percataron que la protección solamente de la propiedad indígena era muy limitada, por eso Carlos A. Calle, diputado por Sandía, señaló: “los goces de posesión que tienen los indios son justamente los derechos que van a ser objeto de la ley.” A ello, siguió, Pedro José Rada y Gamio, diputado por Arequipa, pidió que se proclamara el amparo a la posesión y la propiedad de los indígenas respecto de sus tierras. Finalmente, el texto que quedó fue el siguiente: **“Artículo 58°.- El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan.”** En tanto que el artículo 41° decía: **“Los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades de indígenas son imprescriptibles y sólo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca la ley.”** Basadre da cuenta que esta conquista social es una obra colectiva después de la aparición de diversos estudios al respecto.⁴³

Leguía creó la **Sección de Asuntos Indígenas** en el Ministerio de Fomento y Obras Públicas y encomendó su dirección a un destacado indigenista, Hildebrando Castro Pozo. Leguía estableció el Día del Indio, enarboló símbolos de autoridad indígena e incluso se autodenomino Viracocha y pronunció discursos en quechua idioma que desconocía.⁴⁴ Cotler ironiza al respecto: “en 1922 se prohibió, por enésima vez, el trabajo indígena gratuito y obligatorio, tradicionalmente requerido por las autoridades locales.” Agrega el mismo autor, que a fin de resolver el problema social existente en la sierra sur, donde seguían sucediéndose los levantamientos campesinos contra el neofeudalismo, se nombró una comisión investigadora.⁴⁵

Manifiesta Cotler que en “términos generales, el gobierno de Leguía, en especial en sus primeros años, se valió de esta actividad pro indígena para ganarse la adhesión de los nuevos sectores radicalizados de las clases medias. Esta actividad gubernamental sirvió para que se estimulara el movimiento indígena interesado en revalorar, de manera paternalista, a la población indígena. Simultáneamente, se sirvió de esa legislación para atacar a la clientela latifundista del Partido Civil, favoreciendo una sorda guerra entre medianos propietarios rurales y oligarquías señoriales, en especial con las que no se adhirieron a su régimen. Con tal fin nombró como autoridades municipales y políticas a individuos de dichos estratos, capaces de instrumentar una política en contra de los grandes propietarios.”⁴⁶

Recordemos que bajo los auspicios oficiales se reunió en 1921 un Congreso Indígena al que concurrieron delegaciones de varios grupos de comunidades. Allí nació el Comité “Pro Derecho Indígena Tahuantisuyo”, en los congresos siguientes, no faltaron los discursos con acusaciones contra las autoridades, los gamonales y la ley de conscripción

⁴² BASADRE, JORGE. OB. CIT. P. 246

⁴³ BASADRE, JORGE. OB. CIT. P. 247

⁴⁴ COTLER, JULIO. OB. CIT. P. 181

⁴⁵ COTLER, JULIO. OB. CIT. P. 182

⁴⁶ COTLER, JULIO. OB. CIT. P. 182

vial. Ante ello, el Congreso de 1923 aprobó votos que fueron considerados subversivos referentes a la separación de la Iglesia y el Estado, derogación de la ley ya mencionada y otros. Finalmente, en 1927, el Gobierno declaró disuelto el Comité “Pro Derecho Indígena Tahuantisuyo” para lo cual adujo que sus dirigentes eran unos explotadores de la raza cuya defensa se atribuían, a pesar de la adhesión que habían manifestado a la política oficial.⁴⁷

En mayo de 1922 fue erigido, por Decreto, el **Patronato de la Raza Indígena**, institución oficial presidida por el Arzobispo de Lima. Debía estar constituido por una junta central en Lima, por juntas departamentales y provinciales en las capitales de cada una de estas circunscripciones y por delegaciones unipersonales en los distritos. El cargo de miembro de cualquiera de estos organismos era incompatible con el ejercicio de la autoridad política o judicial. Basadre da cuenta que este mecanismo fue inútil e ineficaz para corregir las circunstancias adversas de la población indígena.⁴⁸

Un aspecto importante de la vida social y política fueron los movimientos campesinos desatados en algunas regiones del Sur del país. En el departamento de Puno, los años de bonanza de las lanas habían provocado, no tanto una “usurpación de tierras” de las comunidades por parte de las haciendas, sino más bien un proceso de privatización de pastos que antiguamente habían sido considerados comunes o de libre acceso. Lo que ciertamente fue considerado por las comunidades como una usurpación, ya que ellos consideraban que los pastos, como el agua o los bosques, debían ser recursos de libre acceso para la población. En este escenario las asociaciones pro indígenas como el Patronato de la Raza Indígena alentaron los reclamos campesinos, que eventualmente desembocaron en rebeliones como las de Huancané (1923), en la que destacó el líder Ezequiel Urviola, La Mar (en Ayacucho, 1923) y Parcona (Ica, 1924).⁴⁹

En el caso de la Rebelión de La Mar, el detonante fueron los abusos cometidos en la aplicación de la Ley de Conscripción Vial, usada por los hacendados lugareños para hacerse construir caminos para beneficio particular. La de Parcona fue insurrección de yanaconas afiliadas a la Federación de Campesinos del Valle de Ica, cuyas condiciones laborales en la zona, a raíz de la migración desde el vecino departamento de Huancavelica, y el derrumbe del precio del algodón. La ocupación de haciendas y el asedio a las ciudades de los mistis fueron formas de lucha de estos movimientos, cuya represión por la gendarmería terminó, sobre todo en el caso de Huancané y La Mar, con decenas de campesinos muertos.⁵⁰ Recordemos que las comunidades indígenas habían sido desconocidas por Simón Bolívar poco después de la independencia, permaneciendo en un limbo jurídico secular que impedía litigar como persona jurídica en la defensa de sus recursos.⁵¹

El campesinado peruano entre 1919-1930 estaba negado a una educación mínima, de ahí que Kapsoli-Reátegui aseveran: “la educación estaba destinada a los pobladores de las zonas urbanas y no así a las masas campesinas, y que cuando estos trataron de plasmar sus propias iniciativas al respecto, fueron perseguidos sus profesores y destruidos sus

⁴⁷ BASADRE, JORGE. OB. CIT. P. 247

⁴⁸ BASADRE, JORGE. OB. CIT. P. 233

⁴⁹ CONTRERAS, CARLOS- MARCOS CUETO. HISTORIA DEL PERÚ CONTEMPORÁNEO. INSTITUTOS DE ESTUDIOS PERUANOS. LIMA PERÚ. 2007. P. 244

⁵⁰ CONTRERAS, CARLOS- MARCOS CUETO. HISTORIA DEL PERÚ CONTEMPORÁNEO. INSTITUTOS DE ESTUDIOS PERUANOS. LIMA PERÚ. 2007. P. 244

⁵¹ CONTRERAS, CARLOS- MARCOS CUETO. HISTORIA DEL PERÚ CONTEMPORÁNEO. INSTITUTOS DE ESTUDIOS PERUANOS. LIMA PERÚ. 2007. P. 244

locales escolares, en claro propósito de mantener un estatus quo que garantizaba, a quienes detentaban el poder, la perpetuación del dominio sobre una masa campesina a quien se reputaba apta para el trabajo, pero interesadamente se les negaba la cultura.”⁵²

Las políticas estatales sobre las zonas de mayor presencia indígena como las de Sur, si bien mejoraron en las últimas décadas, siguen siendo deficientes e incluso discriminatorias, de ahí su continua oposición a los gobiernos de turno.

2.2.1. LA LEY DE CONSCRIPCIÓN VIAL DE 1920

La Ley de Conscripción Vial de 1920, explica Cotler, obligó a todos los hombres de 18 a 60 años estaban obligados a trabajar gratuitamente doce días al año en la construcción de carreteras. Quienes querían eximirse de la obligación manual debían pagar la suma de diez soles. En realidad, esto significó que la población campesina quedaba obligada legalmente a prestar su trabajo de manera gratuita en la construcción de carreteras. De allí que esta disposición viniera a constituir una verdadera reanudación de la mita colonial, puesto que los hacendados y autoridades contaban con el poder legal para obligar a la población campesina a constituir las vías de comunicación que facilitarían la salida de los productos que monopolizaban.⁵³ En la práctica, sostiene Contreras-Matos, el plazo de trabajo anual obligatorio se extendió por mucho más, llegando a convertirse en una obligación de cada domingo, y una de las quejas de los campesinos es que se les obligaba a realizar trabajos viales en lugares ubicados a más de cincuenta kilómetros, sin que se les abonará por el viaje, que debían hacer a pie o en burro.⁵⁴

Esta ley, sostiene Mario Meza, fue atacada por los indigenistas que la consideraron una “mita republicana”. El Estado, además de proveer de materiales explosivos y herramientas de trabajo, repartía coca y aguardiente, con lo que, en efecto, parecía rememorarse “las mingas” o faenas comunales andinas. Otros adujeron que la ley representaba la reposición del tributo indígena, abolido en 1854, o la de la contribución del jornal, abolido en 1895.⁵⁵ Asimismo, como resultado una tarea difícil reclutar a los conscriptos, las autoridades e ingenieros viales debieron valerse del apoyo de la gendarmería y la Guardia Civil (creada en 1923), y terminaron cometiéndose abusos para proveerse de trabajadores. A pesar de los ataques la ley perduró durante todo el Oncenio. Generalmente la historiografía ha denunciado la naturaleza discriminadora y explotativa de la ley, y ha pasado a formar parte de la lista de hechos oprobiosos de la república.⁵⁶

Por otra parte, el trabajo de Flores Galindo y Burga, nos muestra una paradoja: por un lado, un país y un Estado que se integra al mundo económico y comercial, y que se siente moderno; y por otro, una sociedad y una población indígena agobiada por la servidumbre y el trabajo gratuito. Un país que articula servidumbre con modernidad, negocios internacionales con “faenas”, es decir, trabajo gratuito.⁵⁷ Estos autores señalan que “antes de 1930, los campesinos tenían la obligación de trabajar 180 días para la hacienda: una semana para la hacienda y la siguiente para la parcela propia. En el caso de las haciendas de puna no había esta división espacial y cronológica del trabajo necesario (en

⁵² KAPSOLI, WILFREDO- REATEGUI, WILSON. EL CAMPESINO PERUANO 1919-1930. EDITORIAL UNMSM. LIMA PERÚ. 1987. P. 81

⁵³ COTLER, JULIO. OB.CIT. P. 182-3

⁵⁴ CONTRERAS, CARLOS- MARCOS CUETO. HISTORIA DEL PERÚ CONTEMPORÁNEO. INSTITUTOS DE ESTUDIOS PERUANOS. LIMA PERÚ. 2007. P. 238

⁵⁵ IBIDEM

⁵⁶ IBIDEM

⁵⁷ CASTRO, AUGUSTO. EL DESAFÍO DE LAS DIFERENCIAS, REFLEXIONES SOBRE EL ESTADO MODERNO EN EL PERÚ. CEP-IBC. LIMA-PERÚ. 2008.P.229

el mañay) y del trabajo suplementario (en tierras de la hacienda). En estas los colonos, dedicados preferentemente al pastoreo, recibían un “cargo” (una cantidad de ganado de la hacienda) que lo conducían todo el año junto con su propio ganado. Esto mismo sucede en la sierra central y en Ancash. Las obligaciones de trabajo eran diversas. Se distribuían a lo largo de todo el año y las cumplían el colono y toda la familia campesina.”⁵⁸ Concluye Flores y Burga que “podríamos indicar que la hacienda andina, tal como la hemos descrito, se mantuvo vigente en las regiones serranas durante todo el periodo (1895-1932): en la tierra norte es puesta al servicio de la hacienda costeña (enganche), en la sierra central es afectada por un enorme proceso de modernización y expansión y en la sierra sur se mantiene casi intacta y sin modificaciones sustanciales.”⁵⁹

Conviene recordar que “uno de los factores que mayor popularidad le dio al General Sánchez Cerro, fue el haber enarbolado como bandera, desde el inicio de su “revolución”, la abolición de la ley vial. Cuando cumplió su promesa, muchos campesinos vieron en él “su verdadero libertador”. Pero Sánchez Cerro, estaba lejos de esa consideración y para demostrar esto, bástenos señalar que, a pocos días de tomado el poder, mandó masacrar, con las tropas de la Guardia Republicana, a los trabajadores mineros de Mal Paso (Noviembre de 1930).”⁶⁰

2.2.2. EL CÓDIGO PENAL DE 1924 Y SU TRATAMIENTO DE LOS INDÍGENAS

En 1924, se promulgó el Código Penal, que estableció normas especiales de protección de los indígenas de las comunidades de la sierra, contemplando el delito de sometimiento a servidumbre y señaló que tratándose de delitos perpetrados contra indígenas, se aplicasen dispositivos legales que los eximían de las penas o aplicaban atenuantes con base en la diferenciación racial, étnica, y cultural: salvajes o semi-civilizados. Así, se estableció que tratándose de delitos perpetrados por “salvajes”, los jueces tendrán en cuenta su condición especial, y podrán sustituir las penas de penitenciaría por la colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado que no excederá de veinte (20) años; y que tratándose de delitos perpetrados por “indígenas semi-civilizados o degradados por la servidumbre y al alcoholismo,” los jueces tendrán en cuenta su desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres, y procederán a reprimirlos.⁶¹

2.2.3. LA REGULACIÓN SOBRE COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS DESPUES DE 1950

Más tarde, mediante el Decreto Supremo N° 03 del 01 de marzo de 1957, se constituyó el primer intento de la República para tratar de proporcionar garantías a la población indígena sobre tierras que ocupaban y usufrutuaban. Sin embargo, en 17 años que estuvo vigente, se reservaron tierras tan solo para 114 comunidades, es decir el 11% del total estimado de comunidades, y las 148, 000 hectáreas que recibieron en conjunto, solo representaron el 0.20% del total de tierras de la Amazonía. En la práctica, esta norma se limitó a reservar tierras en las zonas próximas a las vías de comunicación, con datos demográficos estimativos y reducidos a la mínima expresión, omitiendo los patrones

⁵⁸ CASTRO, AUGUSTO. EL DESAFÍO DE LAS DIFERENCIAS, REFLEXIONES SOBRE EL ESTADO MODERNO EN EL PERÚ. CEP-IBC. LIMA-PERÚ. 2008.P 230

⁵⁹ CASTRO, AUGUSTO. EL DESAFÍO DE LAS DIFERENCIAS, REFLEXIONES SOBRE EL ESTADO MODERNO EN EL PERÚ. CEP-IBC. LIMA-PERÚ. 2008.P 231

⁶⁰KAPSOLI, WILFREDO- REATEGUI, WILSON. EL CAMPESINO PERUANO 1919-1930. EDITORIAL UNMSM. LIMA PERÚ. 1987. P. 98

⁶¹AROCA MEDINA, JAVIER. IBIDEM. P. 184

culturales de la población considerada, produciéndose en muchos casos conflictos por la posesión de la tierra con los colonos.⁶²

En 1969, la Ley de reforma agraria, Decreto Ley N° 17716, rebautizó a las comunidades de indígenas por comunidades campesinas, pero no se ocupó en absoluto de las llamadas tribus selvícolas, que continuaron siendo vistas como salvajes. Sin embargo es con el Estatuto de Comunidades Campesinas, que se legisla sobre la organización interna de estas organizaciones tradicionales. Posteriormente, en 1974, se promulgó el Decreto Ley N° 20653, conocida como Ley de las Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de las regiones de la Selva y Ceja de Selva. Esta Ley es promotora de un verdadero cambio de estructuras en la Amazonía, a partir del reconocimiento de las “tribus selvícolas” en comunidades nativas. La Ley reconoció su existencia legal y personería jurídica. El mencionado Decreto Ley N° 20653, fue promulgado el 24 de junio de 1974, y acuñó el concepto que: “las comunidades nativas tiene origen en los grupos tribales de la selva y ceja de selva y están constituidos por un conjunto de familias vinculados por el idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso.” Así, se estableció que las tierras comunales eran inalienables, inembargables e imprescriptibles, garantizando la integridad territorial, y convirtió a las comunidades nativas en propietarias sobre todas sus tierras, cualquiera que fuera su capacidad de uso: para el cultivo, la ganadería o forestal.⁶³

El 9 de mayo de 1978, se derogó el Decreto Ley N° 20653, mediante Decreto Ley N° 22175. La nueva Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de la Selva y Ceja de Selva mantuvo el mismo concepto legislativo de las comunidades expresado en el Decreto Ley N° 20653, sin embargo modificó un aspecto importante, al establecer en su artículo 11°, que parte del territorio comunal, cuando se tratase de tierras con aptitud forestal, les sería cedido en uso, no siendo en adelante más otorgado en propiedad, aunque mantuvo el régimen de protección de los territorios indígenas como tierras inalienables, inembargables e imprescriptibles.⁶⁴ El problema de estas leyes es que en realidad, estaban enfocadas en la propiedad de tierras y su uso agrario, forestal o ganadero, y no en la identidad étnica y cultural, se pensó que el asunto era solamente económico, cuando era un tema primero socio cultural y luego económico. El nacimiento de comunidades campesinas y nativas implicó así la aparición de dos nuevos sujetos de derecho que no coincidían con el concepto de pueblo indígena y su organización cultural y social, una clara prueba de ello, es la elección de sus autoridades, la toma de decisiones, y el más emblemático referido a la condición de comunero, que puede perderse por vivir fuera de la comunidad determinado tiempo, a diferencia del status de indígena, que es permanente e irrenunciable.

2.2.4. LA CONSTITUCIÓN DE 1979 Y LOS DERECHOS INDÍGENAS

La Constitución Política de 1920, marca un hito en la historia constitucional de los pueblos indígenas, ya que ésta les otorgó a los pueblos indígenas un tratamiento especial, especialmente sobre la protección a sus tierras, aunque con un reconocimiento legal limitado en calidad de “comunidades indígenas”, hasta que con el proceso de la reforma agraria cambió la denominación de comunidades indígenas por las actuales Comunidades Campesinas y Nativas, otorgándoles un régimen legal separado a las poblaciones

⁶²AROCA MEDINA, JAVIER. IBIDEM

⁶³AROCA MEDINA, JAVIER. IBIDEM. P. 185

⁶⁴AROCA MEDINA, JAVIER. IBIDEM.

indígenas andinas y amazónicas. Posteriormente, la Constitución de 1979, recoge los principales principios de la Ley de Reforma Agraria, la normatividad sobre Comunidades Campesinas, y la Ley de Comunidades Nativas, estableciendo que dichas comunidades tenían existencia legal y personería jurídica, que son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo. También que las tierras de las comunidades eran inalienables, inembargables e imprescriptibles.⁶⁵ Sucesivos gobiernos han venido aplicando un complejo y confuso tratamiento político y jurídico a los pueblos indígenas, haciendo que sigan los procesos de marginación y exclusión a los Pueblos Indígenas, percibiéndose la negación a sus derechos ancestrales sobre sus tierras y territorios. Lamentablemente, posteriormente, la **Constitución de 1993**, recorta la protección de las tierras de las comunidades, eliminando la inembargabilidad e inalienabilidad de éstas, pero como compensación se quiere introduce como derecho fundamental la Identidad étnica y cultural, además de reiterar el reconocimiento al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

2.2.5. EL CÓDIGO CIVIL DE 1984 Y LOS DERECHOS INDÍGENAS

Luego, el Código Civil de 1984 estableció que las comunidades campesinas y nativas son organizaciones tradicionales estables, de interés público, constituidas por personas naturales y cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral y que están reguladas por legislación especial. También estableció que las tierras son inalienables, inembargables e imprescriptibles, y que se presume es propiedad las tierras poseída de acuerdo con el reconocimiento de la comunidad. Hasta 1993 se mantuvo la legislación especial que protegía los derechos de las comunidades nativas. En 19 años de vigencia de esta normatividad, se reconoció y otorgaron títulos de propiedad al 80% de ellas. Los procedimientos de titulación demoraron muchos años, a pesar que la ley establecía un plazo máximo de 6 meses. Además se produjeron conflictos por la tenencia de la tierra, generalmente provocados por los “colonos”.⁶⁶ Asimismo, durante el primer gobierno de Alan García se promulgó la Ley General de Comunidades Campesinas, en 1997, que intentó reunir en un solo cuerpo de normas legales los reclamos que se vinieron planteando en tantos años. La Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, y la Ley de Deslinde y Titulación del Territorio de las Comunidades, se ocuparon de los siguientes aspectos centrales: la conceptualización de territorio, tierras que no se consideran de las comunidades, instauración de un procedimiento administrativo para la titulación, instauración de procesos judiciales para proteger los derechos de las comunidades así como se declaró de necesidad nacional el deslinde y la titulación del territorio de las comunidades campesinas, que ocupaban el 68% de la superficie agropecuaria del país.⁶⁷

2.2.6. LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y LOS DERECHOS INDÍGENAS

Esta importante señalar que la Constitución de 1993 mantuvo la mayoría de los derechos indígenas que antes fueron reconocidos en la Carta Magna anterior, recortando el más importante sobre las garantías de propiedad territorial, e incluyendo otros derechos que benefician a los pueblos indígenas. Así se establece:⁶⁸

⁶⁵IBIDEM.

⁶⁶IBIDEM

⁶⁷IBIDEM

⁶⁸IBIDEM . P. 187

- Que toda persona tiene derecho su identidad étnica y cultural, que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación;
- Que el Estado fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona, preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüística del país;
- Que son idiomas oficiales el castellano y, en la zona donde predominen, también lo son el quechua, el Aimara y demás lenguas aborígenes, según la ley;
- Que las Comunidades tienen existencia legal y son personas jurídicas, 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, que la propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo el caso de abandono según previsión legal, y que el estado respeta a la identidad cultural de las comunidades nativas.
- Que las autoridades de las Comunidades Nativas, con el apoyo de las rondas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona.

Aroca, señala que los fundamentos indigenistas en la cual Constitución de 1993 son: la aceptación de la diversidad cultural y étnica de la Nación, como elemento favorable en el futuro de la vida del país, el reconocimiento de la validez y del interés nacional en la protección del acervo cultural de los pueblos indígenas, como parte del patrimonio del país y factor importante en el desarrollo de los mismos pueblos indígenas; el derecho de estos pueblos a obtener la titularidad y de hacer uso y aprovechamiento de las tierras que les han pertenecido; la capacidad legal de definir con algún grado de autonomía el manejo de sus propios territorios, para cuyo efecto se reconoce a las comunidades como entidades jurídicas aptas para ejercer derechos y contraer obligaciones útiles, el reconocimiento del carácter oficial a las lenguas indígenas en las áreas donde tengan mayoría de hablantes. Sin embargo, la Constitución de 1993, recorta drásticamente el derecho más esencial de las Comunidades: su derecho a la tierra, al haberse disuelto el régimen de protección sobre las tierras comunales, ya que nada se dice sobre la inembargabilidad de éstas, y más bien declara que hay autonomía para su libre disposición. Y aunque son imprescriptibles, pueden caer en abandono de acuerdo a previsión legal.⁶⁹

2.3. EL IMPACTO DEL CONVENIO 169 DE LA OIT EN EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS INDÍGENAS

El proceso organizativo de los pueblos Indígenas de la Amazonía según la OIT cuenta con cinco niveles: a) El comunitario donde se integran las familias que comparten el mismo espacio físico a fin de responder a necesidades específicas de su entorno; b) El federativo donde varias organizaciones comunitarias, por lo general de la misma familia étnica y comúnmente ubicadas a largo de un mismo río, valle o quebrada, integran sus esfuerzos a fin de enfrentar situaciones que afectan su área; c) El regional que articula a las federaciones de segundo nivel, y cuya característica es ser interétnicos; d) El nacional, que concentra la afiliación de las federaciones de segundo y tercer nivel. e) Un quinto nivel es el internacional, donde tanto las federaciones como las agrupaciones interétnicas nacionales de los países amazónicos.

⁶⁹BIDEM . P. 187-188

El Convenio 169 de la OIT es la piedra de toque para la construcción de un Estado Peruano Plurinacional que reconoce las diferentes naciones que habitan en su territorio reconociendo sus tradiciones ancestrales, cultura e incluso su jurisdicción. Si a principio del S. XX el principal problema de los pueblos indígenas era la propiedad de la tierra, luego de las reformas agrarias de los años 50 y 60, el problema de estos pueblos se centra en la participación económica, social y política de estos colectivos en la vida del país. En ese contexto, tres instrumentos internacionales han marcado el ritmo en materia indígena en las últimas décadas en la región. Estos son: a) La Convención sobre el Instituto Indigenista Interamericano (III) de 1940, b) El Convenio núm. 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1957, c) El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989, d) Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007.⁷⁰ En ese contexto, el TC recientemente en el celebre caso de Cordillera Escalera, STC N.º 03343-2007-PA/TC, había desarrollado conceptos fundamentales en el camino del respeto de los derechos indígenas sobre la base del reconocimiento del rango constitucional del Convenio 169 de la OIT en nuestro ordenamiento.

Empero, el flagrante incumplimiento del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, en los últimos dos años, sería la causa de los más grandes conflictos indígenas del siglo XXI cuyas manifestaciones más evidentes fueron las protestas pacíficas y acciones legales para el cumplimiento de este derecho en el ámbito de las actividades de hidrocarburos en el año 2007, la presión social efectuada por estas comunidades para que el pleno del Congreso derogue los decretos legislativos 1015 y 1073 por vulnerar el derecho a la consulta previa en el 2008, lo cual consiguen; y significan por primera vez un reconocimiento público del derecho a la consulta previa como un derecho fundamental, lo que ha quedado refrendado en el imaginario colectivo con la reciente derogatoria de los Decretos Legislativos 1064 y 1090 en el 2009, luego del lamentable fallecimiento de 34 peruanos y una severa crisis política.

2.4. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS COMO PUERTA DE ENTREGA PARA EL RECONOCIMIENTO DEL RESTO DE DERECHOS INDÍGENAS SUSTANTIVOS

Durante los últimos veinte años la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de prestar una atención especial a los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas. Como resultado de ello, varios instrumentos internacionales tratan los derechos de los pueblos indígenas o incluyen estipulaciones pertinentes a ellos. El principal documento jurídicamente vinculante dedicado completamente a los derechos de los pueblos indígenas es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales⁴ (en adelante el Convenio 169). Este fue ratificado por el Perú en 1993 mediante la Resolución Legislativa N° 26253, por tanto, las disposiciones referidas al derecho a la consulta son de cumplimiento obligatorio. El incumplimiento de la consulta, o su realización sin observar sus características esenciales, compromete la responsabilidad internacional de los Estados conforme se establece en el Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, y la Defensoría del Pueblo en su Informe N° 011-2009-DP/AMASPPI.PPI.

⁷⁰ CFR, BALANCE Y RETOS DE IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LATINOAMÉRICA DE RAQUEL YRIGOYEN. PONENCIA SEMINARIO: "DERECHO INTERNACIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. A LOS 20 AÑOS DEL CONVENIO 169 OIT: BALANCE Y RETOS". COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA, 27-28/1/2009

El numeral 1 del Artículo 6º del Convenio 169 de la OIT establece la obligación de consultar a los pueblos indígenas, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas (como la Ley Forestal) o administrativas susceptibles de afectarles directamente. El numeral 2 del Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT señala que los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Adviértase que Informar no implica consultar sino meramente dar cuenta de una conducta que de cualquier manera se va a realizar al margen del interés o perjuicios que puedan afectar a las poblaciones locales y pueblos indígenas. Llamar a un taller informativo como consulta previa es como equiparar la publicidad de un proceso electoral con la conducta propia de votar y decidir sobre un asunto público. Evidentemente el carácter informativo dista del carácter consultivo de un taller en el grado de participación y decisión de la población indígena.

La Consulta Previa descrita por el Convenio N° 169 OIT, se efectúa antes de emprender o autorizar cualquier actividad extractiva en territorios indígena. En ese sentido, los talleres informativos se producen cuando ya se estableció los lotes de hidrocarburos, o autorizo que en tierras indígenas se explote hidrocarburos, minerales o recursos forestales. Recordemos que el objeto de esta consulta previa es permitir al Estado saber si los Pueblos Indígenas se ven afectados y en que medida, de tal forma que se puedan corregir las situaciones que provocan el perjuicio a dichos Pueblos; por su propia naturaleza la Consulta Previa debe ser continua, es decir empezar antes de aprobarse el programa o proyecto, antes de suscribir las autorizaciones y continuar en las etapas siguientes.

La forma de consultar a los pueblos indígenas dependerá de las circunstancias. En ese sentido, para que sea una consulta previa “apropiada” deberá ajustarse a las exigencias propias de cada situación y ser útiles, sinceras y transparentes. Por ejemplo, en caso de ver alternativas al proyecto de hidrocarburos, no basta hablar con unos pocos habitantes de algunas comunidades ni una reunión cerrada de una selección de personas que no representan la opinión de la mayoría de comunidades pues esto en verdad será un “fraude” al derecho a la consulta previa a la que tiene derecho los pueblos indígenas. Asimismo, las instituciones representativas de los pueblos indígenas que participen en estos procesos deben estar legitimadas por sus bases y comunidades. La consulta previa esta regida por el principio de buena fe y garantizándose una libre manifestación de voluntad.

El Convenio 169 de la OIT al consagrar los derechos indígenas fundamentales significa para el Perú, constituye la piedra de toca para la construcción de un Estado Plurinacional que reconoce las diferentes naciones que habitan en su territorio reconociendo sus tradiciones ancestrales, cultura e incluso su jurisdicción. Ciertamente es que el principal problema de los pueblos indígenas en el inicio de la república fue la propiedad de la tierra como ya lo atestiguaba Mariategui, empero luego de las reformas agrarias de los años 50 y 60 del siglo XX, el problema del indio se centro en la participación económica, social y política de estos pueblos en la vida del país. En ese contexto, tres instrumentos internacionales han marcado el ritmo de materia indígena en las últimas décadas en la región. Estos instrumentos internacionales son: a) La Convención sobre el Instituto Indigenista Interamericano (III) de 1940, b) El Convenio núm. 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1957, c) El Convenio 169

de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989, d) Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007.⁷¹

El Convenio 169 de la OIT, como apreciamos, desde su aprobación, se ha convertido en el mejor instrumento para hacer respetar los derechos indígenas, especialmente en lo que respecta a su derecho fundamental al respeto de su cultura, la consulta previa, y el consentimiento libre, previo e informado contemplados en sus artículos 3º, 6º, 15º y 16º. Ciertamente es que otros países han optado además de ratificar el Convenio por incorporar de manera expresa en sus constituciones los mencionados derechos indígenas tal es el caso de Ecuador, Colombia y Bolivia. En el caso peruano, considerando el Convenio 169 de la OIT y las normas nacionales, establece un conjunto de derechos colectivos que garantizan la identidad, autonomía y desarrollo de los pueblos indígenas. Entre éstos derechos encontramos los siguientes:⁷²

1. Autoidentificación como pueblo indígena (art. 1, inc. 2),
2. Goce de derechos humanos de acuerdo a su identidad, sin discriminación ni coerción (arts. 2-4);
3. Integridad de los valores, prácticas e instituciones de los pueblos (art. 5);
4. Consulta previa a medidas legislativas y administrativas que puedan afectar a los pueblos indígenas (art. 6),
5. Participación política a todo nivel, derecho a definir prioridades de su desarrollo y participación en los planes regionales y nacionales (art. 7);
6. Derecho al control de sus propias instituciones, a su propio derecho [consuetudinario], instituciones, sistema de justicia y métodos de persecución de delitos, respetando derechos humanos (art. 8 y 9);
7. Derechos ante la justicia ordinaria y procedimientos legales: consideración de la cultura, aplicación de sanciones alternativas al encarcelamiento, defensa legal y protección contra violaciones de derechos, y uso de idiomas indígenas mediante intérpretes u otros medios (justicia bilingüe) (art. 10 y 12);
8. Propiedad y posesión de tierras, territorio y hábitat (arts. 13-19);
9. Empleo justo y digno, goce de derechos Laborales y protección especial (art. 19); formación profesional (20-23); seguridad social y salud (24-25);
10. Educación para el desarrollo de su identidad cultural propia, educación bilingüe, uso y desarrollo de idiomas propios, y acceso a medios de comunicación (arts. 26-31);
11. Contactos y cooperación a través de las fronteras (art. 32);

Las entidades estatales, organismos públicos, y ministerios están obligados a elaborar políticas públicas, establecer instituciones y dar medidas que implementen los derechos contenidos en el Convenio 169, previa consulta y con participación de los pueblos indígenas. Especialmente están obligados a efectuar “consultas previas” antes de cualquier medida administrativa que vaya a tomar que pueda afectar los pueblos indígenas. En caso de conflicto con otras normas deben dar prioridad al Convenio 169 y a las normas que otorgan más derechos o ventajas a los pueblos indígenas (art. 35).

⁷¹ CFR, BALANCE Y RETOS DE IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LATINOAMÉRICA DE RAQUEL YRIGROYEN. PONENCIA SEMINARIO: “DERECHO INTERNACIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. A LOS 20 AÑOS DEL CONVENIO 169 OIT: BALANCE Y RETOS”. COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA, 27-28/1/2009

⁷² CFR, DIEZ PREGUNTAS SOBRE EL CONVENIO 169 Y SU APLICACIÓN EN GUATEMALA”, DE RAQUEL YRIGROYEN FAJARDO, PUBLICADO POR LA UNAM EN EL 2003. UNA SEGUNDA VERSIÓN (2008), RECOGE SUGERENCIAS DE BIRGITTE FEIRING, GRACIELA JOLIDÓN Y XAVIER BEAUDONNET DE LA OIT, SIN COMPROMETER POR ELLO LA OPINIÓN DE LA OIT; VERSIÓN QUE HA SIDO ACTUALIZADA PARA LA PRESENTE PUBLICACIÓN. LIMA: IIDS, ENERO 2009.

La Comisión Multipartidaria encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los pueblos indígenas del Congreso⁷³ ha señalado que *“para comprender la importancia de la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y su incorporación en el proceso legislativo del Congreso de la República, debemos partir por responder a los cuestionamientos que suelen ser parte de un colectivo estatal: ¿Por qué es necesario que se haga un reconocimiento especial a los pueblos indígenas? O ¿Por qué se tiene que generar normas especiales para ellos?”*⁷⁴ Se responde ambas interrogantes de la siguiente manera *“siendo el Convenio N° 169 de la OIT un Tratado de Derechos Humanos, con rango constitucional y de cumplimiento obligatorio en el Perú, corresponde a todos los sectores del Estado peruano adecuar sus normas internas al espíritu de dicho Convenio e implementar la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas en sus procedimientos legislativos y administrativos. En este sentido, teniendo la Consulta Previa una doble naturaleza, es decir como derecho y como Principio, hace que ésta se convierta en la piedra angular del Convenio N° 169 de la OIT, ya que el ejercicio de la Consulta permitirá la protección de los demás derechos colectivos de los Pueblos Indígenas. Esta doble naturaleza de la Consulta implica que, por un lado sea un derecho independiente y con un contenido sustantivo propio basado en la dignidad de los pueblos y, de otro lado, que pretenda viabilizar otros derechos contenidos en el Convenio 169 OIT, en base a la igualdad y a su propia capacidad.”*⁷⁵

La consulta previa se efectúa cuando una decisión normativa o administrativa pueda afectar derechos humanos de los pueblos indígenas, la autoridad estatal competente está obligada a informar adecuadamente a las comunidades nativas y campesinas, sus consecuencias probables y los mecanismos de participación indígena relevantes al respecto. En todo caso, cuando la decisión a tomar requiera el conocimiento de información o de documentos de cierta complejidad técnica, estos deberán ser redactados de manera que se facilite su comprensión, y en la lengua del pueblo indígena afectado y según su forma tradicional de comunicación a fin de que pueda ser comprendida plenamente por ellos. La autoridad competente está obligada a establecer plazos idóneos y deberá facilitar a cuenta del titular del proyecto, versiones simplificadas del estudio, sin perjuicio de recurrir a una asesoría calificada. La omisión de difusión de información adecuada previa a la decisión, es causal de nulidad.

El derecho a la Consulta Previa, se puede definir como el derecho que tienen los pueblos indígenas para que el Estado, dentro de un proceso de diálogo intercultural, les consulte sobre los proyectos de inversión que pueden afectar su vida, costumbres y territorio, y tiene por objeto efectuar un análisis consensuado sobre los posibles cambios, beneficios y/o perjuicios que dicho proyecto tendría sobre su comunidad. Agreguemos que este derecho no otorga a los Pueblos Indígenas el derecho a vetar las decisiones estatales. En palabras, de la Comisión Multipartidaria: *“dentro de este marco, los pueblos indígenas podrán expresar su consentimiento al proyecto consultado o hacer llegar sus observaciones y alternativas, para que el Estado, en muestra de equidad y respeto, considere las propias opciones de desarrollo de los pueblos indígenas, en aras de llegar a un acuerdo con dichos pueblos. (...)La consulta podría definirse como el conjunto de actos previos, a una medida estatal, que el gobierno promueve con el objeto de lograr el*

⁷³ EL DÍA 26 DE SEPTIEMBRE DEL 2008, SE INSTALÓ LA COMISIÓN MULTIPARTIDARIA ENCARGADA DE ESTUDIAR Y PROPONER SOLUCIONES A LA PROBLEMÁTICA INDÍGENA, QUEDANDO A CARGO DE LA PRESIDENCIA LA CONGRESISTA GLORIA DENIZ RAMOS PRUDENCIO.

⁷⁴ INFORME CONSULTA PREVIA: DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS E INSTRUMENTO DE GESTIÓN ESTATAL PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA. MAYO 2009 P.7

⁷⁵ IBIDEM P.8

consentimiento de los pueblos indígenas o llegar a un acuerdo sobre la aplicación de dicha medida.”⁷⁶

Acierta la Comisión Multipartidaria cuando señala que “la Consulta Previa debe hacerse efectiva en el Perú, fundamentalmente por dos razones: a) Por la diversidad étnica y cultural del Perú y, b) Por la exclusión histórica que los Pueblos Indígenas han sido sujetos en el Perú. Sin embargo, existen otros factores que hacen de la Consulta Previa una necesidad, esto es, la oportunidad de desarrollar una cultura de diálogo, la Consulta constituye un instrumento de prevención y solución de conflictos sociales y además un instrumento de gestión estatal moderno, eficaz, estratégico, transparente, participativo que coadyuvará al fortalecimiento de la democracia.” La importancia de estas conclusiones es que sustentaran, un hecho sin precedentes en el Perú, esto es **la incorporación de la Consulta en el Procedimiento Legislativo**, que era una necesidad de larga data y que evitaría conflictos sociales como los que lamentablemente estamos viviendo, y cuyo hecho más lamentable se produjo el 05 de junio de este año con la muerte absurdas de policías, indígenas y civiles. Se postula un posible procedimiento de consulta, estableciendo: cómo, cuándo y quién deberá efectuar la Consulta Previa en el Congreso, qué efectos tiene el resultado de la Consulta y a quiénes deberán efectuarse, para poder cumplir con la obligación contenida en el Artículo 6º del Convenio 169 OIT. El texto originalmente aprobado por esta comisión y que está a la espera del debate en el pleno es el siguiente:⁷⁷

“Del Procedimiento de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas

Artículo 95-A.- Para efectivizar la Consulta Previa en el procedimiento legislativo, el Congreso de la República deberá seguir el siguiente procedimiento: (...)

b) Recibida la Proposición de Ley o de Resolución Legislativa, en adelante el Proyecto, la Comisión Multipartidaria en el plazo más breve, **evaluará y elaborará un Informe que considere la implicancia o no del Proyecto sobre los pueblos indígenas**, para lo cual someterá dicho informe a votación en el seno de la Comisión. En caso de que ésta haya determinado que el Proyecto no requiere de Consulta Previa, al día siguiente de la votación lo remitirá a la Comisión o Comisiones señaladas para su estudio y discusión. Las Organizaciones Indígenas que consideren que el Proyecto dispensado de Consulta Previa los afecta directamente, podrán solicitar una reconsideración, la misma que será atendida por la propia Comisión Multipartidaria, cuyo pronunciamiento será último y definitivo.”

INSTANCIA ENCARGADA DE LA CONSULTA PREVIA



⁷⁶ IBIDEM P.9

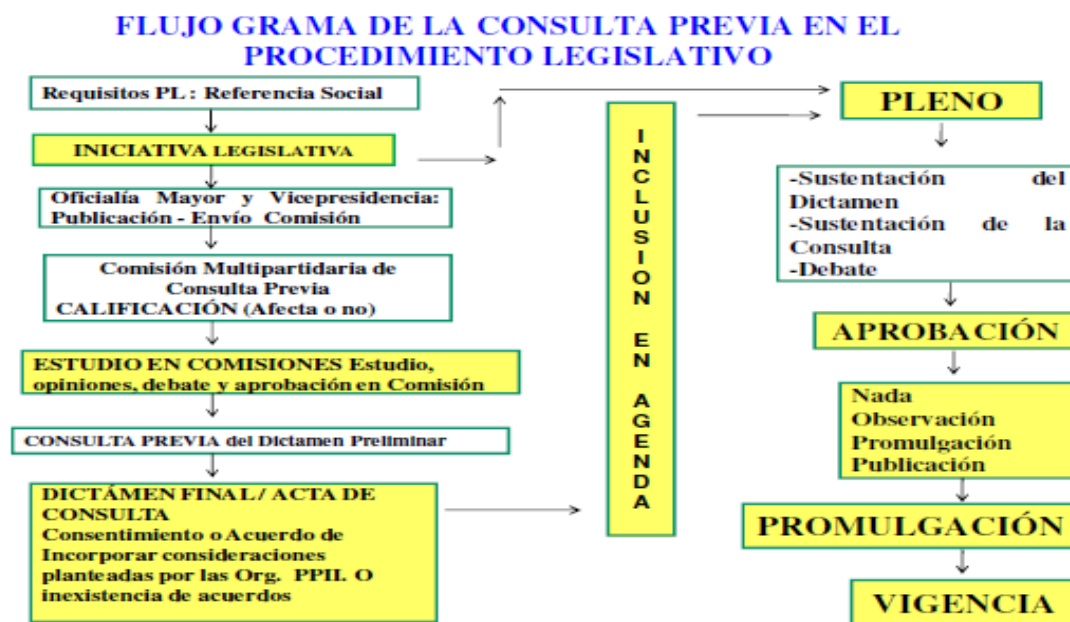
⁷⁷ IBIDEM P. 125-136

“(…) e) **Consulta Previa a los Pueblos Indígenas se realizará en la Etapa de Estudio en Comisiones, siendo la misma Comisión que emitirá el dictamen la instancia encargada de efectivizar dicha Consulta, con el apoyo y coordinación de la Comisión Multipartidaria. La Comisión encargada de dictaminar el Proyecto materia de consulta, deberá garantizar el derecho de participación de las Organizaciones Indígenas, a quienes deberá solicitar sus opiniones, independientemente del proceso de consulta, dichas opiniones deberán ser valoradas por la Comisión al momento de dictaminar, en tanto que, estas valoraciones contribuirán a los resultados esperados del proceso de Consulta Previa.**”

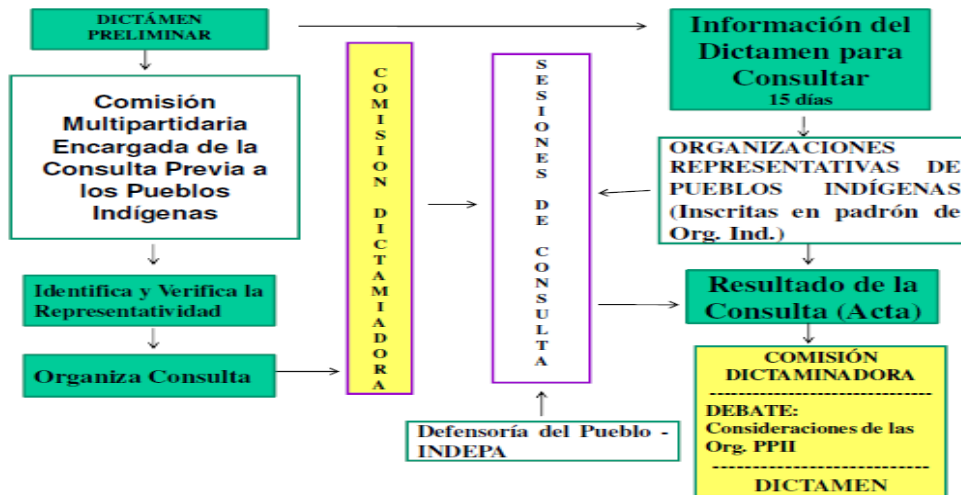
f) La Comisión después de calificar, estudiar, analizar, recibir aportes y opiniones, aprobará un dictamen, que, solamente en los casos de Consulta Previa, se denominará **Dictamen Preliminar. El Dictamen Preliminar será sometido a Consulta Previa a los Pueblos Indígenas.** La Comisión que dictaminó deberá poner dicho instrumento a conocimiento de las organizaciones indígenas a quienes se consultará, por un tiempo prudencial hasta la realización de la Sesión de Consulta, de tal manera que les permita a dichas organizaciones transmitir la información a sus representados, garantizando la participación de los propios pueblos indígenas y asegurando un adecuado análisis del documento puesto a consideración.”

“(…) Posteriormente, el Presidente de la Comisión dictaminadora someterá a votación las consideraciones planteadas por las organizaciones. De ser aprobadas, además de incluirlas en el Dictamen Final, constará en el Acta, donde se precisará los acuerdos, las reservas y constancias que los Congresistas y las organizaciones indígenas consideren, con lo cual se dará por concluida la Consulta Previa.”

“En la realización de la Consulta Previa, se deberá contar preferentemente con la presencia de la Defensoría del Pueblo y del INDEPA, quienes de acuerdo a sus propias funciones y atribuciones, podrán asistir a la Sesión de Consulta Previa, con el objeto de aportar en la construcción del consenso.”



PROCEDIMIENTO DE CONSULTA PREVIA



La necesidad de implementar el derecho a la consulta previa recientemente ha sido evidenciada por el Relator Especial de Naciones Unidas cuando señaló sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, lo siguiente: “El ejercicio del deber de consultar a los pueblos indígenas debe ser interpretado de forma flexible, dependiendo de la medida objeto de la consulta, y de las circunstancias específicas de cada país, incluyendo la institucionalidad y procedimientos constitucionales. Los órganos internacionales de derechos humanos han desarrollado una serie de criterios que sientan los criterios mínimos y requisitos esenciales del deber estatal de la consulta a considerar para hacer operativa y válida la consulta en circunstancias específicas”⁷⁸

Por su parte, la Defensoría del Pueblo apoya por la aprobación de una ley marco que regule el proceso de consulta a los pueblos indígenas establezca principios rectores, que permitan: a) Suplir los vacíos normativos; b) Servir de parámetros para la emisión de otras disposiciones de carácter específico, relativas a la consulta y c) Resolver las controversias que puedan suscitarse durante la implementación de la Ley. Por ello, propone los siguientes principios:⁷⁹

- a. Legalidad.** Las autoridades de la administración pública deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y los tratados internacionales ratificados, en particular aquellos que versan sobre derechos humanos, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.
- b. Libertad.** La participación de los pueblos indígenas en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno.
- c. Oportunidad.** El proceso de consulta debe ser realizado siempre de forma previa a la decisión de implementar una medida legislativa o administrativa.
- d. Representatividad.** El proceso de consulta debe ser realizado mediante la participación de las instituciones y organizaciones que representan a los pueblos indígenas.

⁷⁸ RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS. “PRINCIPIOS INTERNACIONALES APLICABLES A LA CONSULTA EN RELACIÓN CON LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN CHILE” 24 DE ABRIL DE 2009

⁷⁹ INFORME N° 011-2009-DP/AMASPP/PI. P. 16-17

- e. **Inclusividad.** Los pueblos indígenas que pueden resultar afectados con la medida deben estar representados en el proceso de consulta. A mayor inclusión, mayor es la legitimidad que se logra para alcanzar los acuerdos deseados.*
- f. **Presunción de identidad.** El derecho a la consulta le corresponde a los pueblos indígenas a través de sus instituciones u organizaciones representativas. En tal sentido, el Estado no puede negar el derecho a la consulta sin antes demostrar la falta de concurrencia de los aspectos subjetivos y objetivos que caracterizan a los pueblos indígenas, de acuerdo al Convenio 169.*
- g. **Participación.** Las autoridades de la administración pública deben garantizar que los pueblos indígenas participen en la toma de decisión de las medidas administrativas o legislativas que prevea implementar el Estado.*
- h. **Igualdad de Oportunidades.** Las autoridades de la administración pública deben garantizar igualdad de oportunidades para acceder a recursos humanos, financieros y materiales a los pueblos indígenas durante el proceso de consulta.*
- i. **Interculturalidad.** El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas, contribuyendo al reconocimiento del valor de las diversas culturas.*
- j. **Buena fe.** Las autoridades de la administración pública analizan y valoran la posición de la población indígena durante el proceso de consulta, tomando en cuenta que la finalidad de dicho proceso es llegar a un acuerdo o un consentimiento antes de adoptar una decisión final respecto alguna medida que se prevé realizar.*
- k. **Transparencia.** Las autoridades de la administración pública deberán proporcionar información suficiente, necesaria, con adecuación cultural y en su idioma, empleando procesos metodológicos adecuados, a efectos de garantizar un proceso de diálogo real con los pueblos indígenas.*
- l. **Flexibilidad.** La consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida, circunstancia y a las características especiales de un determinado grupo étnico o población indígena.*
- m. **Accesibilidad.** En ausencia de mecanismos institucionales específicos de consulta a los pueblos indígenas con relación a las medidas administrativas o legislativas, deberán buscarse procedimientos que sean accesibles a la participación del mayor número de pueblos y comunidades indígenas, teniendo en cuenta las limitaciones materiales, institucionales y temporales existentes.*
- n. **Igualdad y no discriminación.** El proceso de consulta conjuga la igualdad en el trato y el respeto de la diferencia y la identidad, sin discriminación a los pueblos indígenas.”*

La doctrina reconoce tres tipos de Consulta Previa: a) para medidas legislativas; b) para medidas y administrativas, c) Para fines de exploración y explotación de recursos naturales. Dependiendo de la medida que se piense aplicar, la consulta podrá darse en uno o varios momentos, por ejemplo si la medida es legislativa será realizada la consulta en un solo momento, mientras que si se trata de una medida que implique actividad extractiva, está se hará en cada etapa determinante del proceso extractivo. Destacamos las características del proceso de consulta previa:⁸⁰

- a. La realización de una consulta es responsabilidad del Estado. La consulta debe ser realizada por el Estado peruano a través de las instituciones de la administración pública que prevean implementar una medida administrativa o legislativa que pueda afectar de forma directa a los pueblos indígenas. Dicho proceso deberá ser supervisado y fiscalizado por el Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos

⁸⁰ INFORME N° 011-2009-DP/AMASPP/PP/ P. 17-19

- Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (INDEPA), a fin de que se realice con las máximas garantías para los pueblos indígenas.
- b. La Consulta se realiza sobre medidas que pudiesen afectar directamente a los pueblos indígenas.
 - c. La Consulta es previa a la toma de decisión por el Estado. La consulta debe realizarse siempre con anterioridad a la toma de una decisión por parte de la institución de la administración pública responsable.
 - d. La Consulta requiere un tiempo razonable que garantice el desarrollo del proceso de diálogo. Es necesario fijar tiempos razonables para ambas partes, a fin de no afectar el proceso de toma de decisiones de los pueblos y tampoco del Estado. El carácter “adecuado” de las consultas tiene una dimensión temporal, que depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión.
 - e. La Consulta requiere la participación de instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas que serán consultados. Los pueblos indígenas eligen a quienes los representarán.
 - f. La Consulta requiere una metodología intercultural. Esto implica sensibilizar y capacitar a las autoridades y a los representantes indígenas con herramientas que permitan el diálogo intercultural respetando las costumbres y formas de aprendizaje de ambos actores.
 - g. La Consulta requiere el uso del idioma o idiomas propios de los pueblos indígenas que serán consultados. La accesibilidad de los procedimientos de consulta debe tener en cuenta la diversidad lingüística de los pueblos indígenas.
 - h. La Consulta se desarrolla en lugares que propicien la participación. La consulta debe realizarse en el lugar que garantice la participación de las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas.
 - i. La Consulta es un proceso que se agota con la toma de decisión por parte de la institución de la administración pública responsable. Sin embargo, en caso que los pueblos indígenas no se encuentren de acuerdo con la medida adoptada por el Estado, deben contar con mecanismos legales para cuestionar tal decisión, en caso consideren que se vulneran sus derechos fundamentales.

Durante el desarrollo del proceso de consulta, se deberán ejecutar acciones adecuadas para que la participación de los representantes de los pueblos indígenas sea real y efectiva en el proceso de toma de decisiones de la entidad, teniendo en cuenta que su finalidad es llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento.⁸¹

Al respecto, una de las situaciones más comunes es la realización de audiencias públicas o talleres informativos. La Comisión de Expertos de la OIT ha reiterado que “una reunión de mera información no se puede considerar de conformidad con lo dispuesto en el Convenio”, particularmente por la falta de establecimiento de un **“diálogo genuino entre ambas partes signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común.”**⁸² Concordamos con la Defensoría del Pueblo que la entidad encargada de realizar el proceso de consulta debe ser el Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos Amazónicos y Afroperuanos - INDEPA entidad encargada de velar por el respeto de los derechos indígenas entre ellos evidentemente el derecho a la consulta previa.

⁸¹ INFORME N° 011-2009-DP/AMASPPI.PPI. P. 20

⁸² INFORME DEL COMITÉ SOBRE LA RECLAMACIÓN EN LA QUE SE ALEGA EL INCUMPLIMIENTO POR COLOMBIA DEL CONVENIO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES, PRESENTADA EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA OIT POR LA CENTRAL UNITARIA DE TRABAJADORES (CUT), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), PÁRRAFO 90.

Resulta pertinente recordar a Raquel Yrigoyen cuando señala sobre la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del caso Saramaka Vs. Surinam, lo siguiente: *“La sentencia permite que el debate ya no se quede centrado en el derecho de consulta previa, al desarrollar el derecho al consentimiento (que exige la aceptación), y el de la participación (que posibilita intervenir en la toma de decisiones). Al trasladarse el tema de la consulta al derecho de participación, se permite que la discusión no se centre en las medidas concretas a ser ejecutadas por el Estado, sino en los programas y políticas que darán marco posterior a las medidas concretas objeto de consulta.”*⁸³ Y es que el *Consentimiento* es un derecho independiente al derecho a la *consulta*, que es abordado por el Convenio 169 OIT y está previsto para determinadas circunstancias. Sin embargo, al igual que *la participación*, éste tiene mucha relación con *la consulta*, sobretudo en cuanto a los resultados de ésta última. De acuerdo al Convenio 169 OIT, de manera general, dentro de un proceso de Consulta el **consentimiento es considerado como la finalidad de la consulta y podría darse de manera alternativa con el acuerdo**, es decir que, existiría una flexibilidad entorno a los fines de la consulta. Sin embargo, el mismo Convenio prevé que para el caso de **traslado** de los pueblos indígenas de las tierras que ocupan, deberá existir previamente el **consentimiento libre e informado** de los pueblos indígenas que serán trasladados.⁸⁴

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Saramaka vs. Surinam, ha señalado que el consentimiento es necesario, no solamente en el caso de traslados y reubicaciones sino también en algunos otros casos, fundamentalmente en aquellos que se traten de planes de desarrollo o inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio indígena. Es decir, la Corte considera que existen algunas acciones estatales que tienen un mayor impacto que otras sobre los pueblos indígenas, entendiéndose mayor impacto a la naturaleza de los derechos que vaya a afectar; en efecto, en el fundamento 137 (Sentencia Saramaka vs. Surinam) la Corte hace mención a la **naturaleza y el contenido de los derechos en cuestión**, en este sentido entenderíamos la indispensable concurrencia del consentimiento, cuando se trate de afectaciones graves.⁸⁵

Los principios de consulta y consentimiento intentan revertir esta pauta histórica, para evitar en el futuro la imposición a los pueblos indígenas de nuevas condiciones de vida, de manera consonante con el derecho a la libre determinación. Pero con este propósito los principios de consulta y consentimiento no dan lugar a que los mismos pueblos indígenas impongan su voluntad sobre el resto de la sociedad cuando estos otros tengan intereses legítimos que estén en juego. Al oponerse a la imposición de una parte sobre la otra, los principios de consulta y consentimiento buscan promover el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de decisiones.⁸⁶

⁸³ YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL. PONENCIA: TOMANDO EN SERIO Y SUPERANDO EL DERECHO DE CONSULTA PREVIA: EL CONSENTIMIENTO Y LA PARTICIPACIÓN –APROPÓSITO DE LA INTEGRACIÓN DE LA DECLARACIÓN Y EL CONVENIO 169 OIT POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO SARAKAMA VS. SURINAM-. PRESENTADA EN EL CURSO SOBRE “CONSULTA PREVIA”. V CONGRESO DE LA RED LATINOAMERICANA DE ANTROPOLOGÍA JURÍDICA. BOGOTÁ OCTUBRE 2008.

⁸⁴ CONVENIO 169 OIT ARTÍCULO 16.2. Y EL INFORME CONSULTA PREVIA: DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS E INSTRUMENTO DE GESTIÓN ESTATAL PARA EL FORTALECIMIENTO de la Democracia. MAYO 2009 P.83

⁸⁵ VER FUNDAMENTO 135 DE LA SENTENCIA DE SARAKAMA.

⁸⁶ PRINCIPIOS INTERNACIONALES APLICABLES A LA CONSULTA EN RELACIÓN CON LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN CHILE. 24 DE ABRIL DE 2009. PÁRRAFO 32. PÁG. 8 Y 9.

2.5. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Luego de más de 20 años de intensos debates y con una votación de 143 Estados a favor, 4 en contra y 11 abstenciones se aprobó, en Asamblea General, este 13 de septiembre del 2007, “**La Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de Los Pueblos Indígenas.**” La ONU ha manifestado en el Décimo Considerando de la Declaración que esta “Convencida de que el control por los pueblos indígenas de los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos les permitirá mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades.” La declaración señala que las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad, derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos y que tienen derecho al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos. La mencionada declaración consagra así los principios más importantes del Derecho Indígena y ratifica el espíritu protector del Convenio N° 169 de la OIT. Un tema de plena actualidad como es el caso del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas se observa absolutamente consolidado como se puede apreciar en los siguientes artículos de la declaración:

*“**Artículo 19.-** 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 y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado.”*

*“**Artículo 32.2.-** Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.”*

Ciertamente, resulta irónico que aunque el Perú ha sido uno de los principales Estados promotores de esta declaración, nuestro Ministerio de Energía y Minas sea uno de los principales transgresores del derecho a la consulta previa tal como se demuestra en el caso de superposición de concesiones hidrocarburíferas y mineras en territorios indígenas y reservas territoriales. Ello contraviene los artículos 7º y 8º de la Declaración de la ONU que señalan que los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención para proteger la integridad de los pueblos y las personas indígenas así como que sus tierras, territorios o recursos no sean enajenados. Reiteramos que el Derecho a Veto no esta contemplado por el Convenio N° 169 de la OIT ni la reciente declaración aprobada pero tampoco se niega dicha posibilidad pues dependerá de la regulación de cada Estado que se consagre dicha facultad. Ya la OIT ha manifestado que la decisión de los pueblos indígenas sobre una actividad económica que perjudica sus intereses debe ser considerada como criterio fundamental para el desarrollo de actividades extractivas. Agreguemos que los artículos 2º y 33º del mencionado Convenio establecen que es obligación de los Gobiernos desarrollar una acción coordinada y sistemática con los pueblos indígenas con miras a proteger sus derechos e integridad cultural.⁸⁷ Nada de lo

⁸⁷ Cfr, Carta de la OIT ACD5-169 de fecha 27.07.07 dirigida a la Defensoría del Pueblo.

contenido en la Declaración aprobada es posible de interpretarse en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos que los pueblos indígenas tienen en la actualidad o puedan adquirir en el futuro.⁸⁸ Interpretándose la misma a la luz de los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena administración pública y la buena fe.⁸⁹

2.6. EL CONVENIO 169 DE LA OIT Y EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES EN TERRITORIOS INDÍGENAS

El TC destaca que “nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades” (STC N.º 0047-2004-AI/TC, Fundamento 22). Asimismo, el TC señala que los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional” (STC N.º 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33). De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio N.º 169 mediante Resolución Legislativa N.º 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.⁹⁰

Ello constituye un hito significativo en el fortalecimiento de los Derechos Indígenas, pues aunque doctrinariamente no había duda de que el Convenio 169 de la OIT tenía rango constitucional y que era parte de los llamados Tratados Internacionales de Derechos Humanos, el que lo haya determinado de manera categórica el TC acaba de una vez con cualquier incertidumbre sobre el tema a futuro y no solo ello sino que lo convierte en un instrumento jurídico al que se puede apelar como fundamento a nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pues lo hemos hecho parte de nuestra “Constitución Dogmatica”.⁹¹

Es de resaltar que las situaciones jurídicas de ventaja y de desventaja son reconocidas a los grupos étnicos, tomando en cuenta la realidad y las concepciones que ellos guardan sobre el mundo que los rodea (y especialmente su territorio). Por ejemplo, señala el TC, que la relación entre los pueblos indígenas y su territorio resulta ser una manifestación singular de tales pueblos, razón por la cual el artículo 13 de la Convención 169 establece que el término “tierras”, para el caso de los pueblos indígenas, incluye el concepto de “territorio” ya que la unidad de la comunidad a su territorio *excede* la noción de propiedad patrimonial. Se piensa así en un *dominio espiritual y cultural de la tierra*.⁹² A consecuencia de ello, la Corte Interamericana ha señalado en su sentencia del *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*, que “Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido

⁸⁸ Numeral 3 del artículo 45º de Declaración de Las Naciones Unidas sobre Derechos de Los Pueblos Indígenas

⁸⁹ Numeral 3 del artículo 46º de Declaración de Las Naciones Unidas sobre Derechos de Los Pueblos Indígenas

⁹⁰ FUNDAMENTO 31 DE LA STC N.º 03343-2007-PA/TC

⁹¹ VÉASE, EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL CONVENIO 169 DE LA OIT. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA SOBRE EL LOTE 103 Y EL ÁREA DE CONSERVACIÓN REGIONAL CORDILLERA ESCALERA. BADY CASA FRANCA VALENCIA

⁹² FUNDAMENTO 32 DE LA STC N.º 03343-2007-PA/TC

de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.

Esta especial circunstancia define la manera en que se reconoció el derecho de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas. Tal autodeterminación, sin embargo, no debe ser confundida con pretensiones autárquicas, separatistas o antisistémicas, puesto que deben considerarse juntamente con el principio de unidad de gobierno e integridad territorial del Estado (artículos 43 y 54 de la Constitución), sustento material de los derechos y deberes de los ciudadanos en su conjunto. Entonces, la libre autodeterminación es la capacidad pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales.⁹³

Esta libre determinación, juntamente con la concepción que los pueblos indígenas tienen sobre la tierra, sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa. Este derecho, que viene a ser una concretización también del artículo 2. 17 de la Constitución, se encuentra explícitamente recogido en los artículos 6 y 7 del Convenio N.º 169. El artículo 6, literal a), indica que cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, el Gobierno tendrá que consultar previamente y mediante los procedimientos apropiados e instituciones representativas. Tales consultas deberán efectuarse de buena fe y de forma apropiada a las circunstancias del caso, con la finalidad de llegar a un acuerdo y lograr el consentimiento de las medidas propuestas.⁹⁴

Asimismo, el TC llama la atención sobre el artículo 15, que señala que los Gobiernos deberán establecer procedimientos mediante los cuales se pueda consultar a los pueblos interesados “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existente en sus tierras.” De igual forma, el artículo indica que los pueblos indígenas deberán participar en los beneficios de tales actividades y si se ven dañados debido a tales actividades, podrán solicitar una indemnización equitativa. Con ello se pretende armonizar la dinámica entre los pueblos indígenas y otros agentes sociales y económicos.⁹⁵

En virtud a ello, la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior

⁹³ FUNDAMENTO 32 DE LA STC N.º 03343-2007-PA/TC

⁹⁴ FUNDAMENTO 33 DE LA STC N.º 03343-2007-PA/TC

⁹⁵ FUNDAMENTO 34 DE LA STC N.º 03343-2007-PA/TC

del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla.⁹⁶

Estos criterios han sido también recogidos por la Corte Interamericana en el caso *Pueblo de Saramaka vs. Surinam*. En dicha sentencia, Además. se estableció que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tenían el derecho de ser titulares de los recursos naturales que tradicionalmente habían usado en su territorio. De otro lado, también se explicitó que, no obstante ello, es claro que los derechos no son absolutos, pudiendo quedar subordinado el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad. Frente a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que: “[...]cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio de Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones” (*Pueblo de Saramaka vs. Surinam*, fund. 134).⁹⁷

Es oportuno indicar que la legislación que promueve la consulta es, a su vez, reflejo de la responsabilidad social de la empresa, en cuanto busca una consolidación del vínculo que deberán establecer las empresas con las comunidades que puedan sufrir los efectos del impacto de la actividad hidrocarburífera. Así, no sólo es la preocupación que la empresa pueda tener respecto del ambiente, sino también en relación con la población aledaña, debiendo plantear medidas que busquen, por ejemplo, el menor impacto posible en el desarrollo cultural de las comunidades. De igual forma, si se lleva a afecto la extracción de recursos naturales que se encuentran dentro de los territorios de las comunidades nativas, es claro que tendrán que implementarse mecanismos de participación de las comunidades en actividad y de las rentas que se puedan generar.⁹⁸

Los conflictos sociales indígenas tienen como su principal reclamo la ausencia del respeto del derecho a la consulta previa, lo que evidencia la necesidad de desarrollar una legislación que regule el derecho a la consulta previa y mejor aún que la consagre como un requisito previo en la toma de decisiones administrativas o legislativas que afecten los intereses de estos pueblos, ello es parte vital para arribar a una solución sostenible y democrática. En ese sentido, la Defensoría del Pueblo esta impulsando una ley marco sobre el derecho a la consulta que contenga la naturaleza esencial del derecho, sus principios rectores, etapas procedimentales y garantías; a fin de asegurar la correcta aplicación por el sector público de este derecho, cada vez que se prevea adoptar medidas legislativas y/o administrativas, que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas. Felizmente, esta iniciativa se suma a la promovida por la Comisión Multipartidaria encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los pueblos indígenas del Congreso que implica la inclusión del derecho a la consulta previa en la elaboración de los proyectos de ley. Tenemos la esperanza que los fallos del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad de normas que no respetan el derecho a la consulta previa así como concesiones que tampoco lo hacen y que afectan la integridad

⁹⁶ FUNDAMENTO 35 DE LA STC N.º 03343-2007-PA/TC

⁹⁷ FUNDAMENTO 36 DE LA STC N.º 03343-2007-PA/TC

⁹⁸ FUNDAMENTO 39 DE LA STC N.º 03343-2007-PA/TC

física, vida y cultura de pueblos indígenas serán los que terminen por consolidar los derechos indígenas en el Perú a la luz de los instrumentos internacionales de los que es parte el país. Sostenemos que uno de los mecanismos para evitar los conflictos socio ambientales como los vividos en junio del 2009 es desarrollar el diálogo no solo en el ámbito político sino sobre todo en aspectos antropológicos, sociológicos y desde luego técnico-jurídico que sustenten la aprobación de normas que den mayor transparencia a los procesos del Estado y permitan una consulta efectiva a las poblaciones afectadas por una determinado proyecto de inversión. Finalmente, consideramos que debemos comprender que más allá de la suspensión de los efectos de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, el tema de fondo es implementar el Convenio 169 de la OIT, empezando por el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

2.7. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional -TC señala que los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional” (STC N.º 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33). De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio N.º 169 mediante Resolución Legislativa N.º 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.⁹⁹ Ello constituye un hito significativo en el fortalecimiento de los Derechos Indígenas, pues aunque doctrinariamente no había duda de que el Convenio 169 de la OIT tenía rango constitucional y que era parte de los llamados Tratados Internacionales de Derechos Humanos, el que lo haya determinado de manera categórica el TC acaba de una vez con cualquier incertidumbre sobre el tema a futuro y no sólo ello sino que lo convierte en un instrumento jurídico al que se puede apelar como fundamento a nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pues lo hemos hecho parte de nuestra “Constitución Dogmática”.

2.7.1. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La consulta previa se efectúa cuando una decisión normativa o administrativa pueda afectar derechos humanos de los pueblos indígenas, la autoridad estatal competente está obligada a informar adecuadamente a las comunidades nativas y campesinas, sus consecuencias probables y los mecanismos de participación indígena relevantes al respecto. En todo caso, cuando la decisión a tomar requiera el conocimiento de información o de documentos de cierta complejidad técnica, estos deberán ser redactados de manera que se facilite su comprensión, y en la lengua del pueblo indígena afectado y según su forma tradicional de comunicación a fin de que pueda ser comprendida plenamente por ellos. La autoridad competente está obligada a establecer plazos idóneos y deberá facilitar a cuenta del titular del proyecto, versiones simplificadas del estudio, sin perjuicio de recurrir a una asesoría calificada. La omisión de difusión de información adecuada previa a la decisión, es causal de nulidad.

⁹⁹ Fundamento 31 de la STC N.º 03343-2007-PA/TC

El derecho a la consulta previa, se puede definir como el derecho que tienen los pueblos indígenas para que el Estado, dentro de un proceso de diálogo intercultural, les consulte sobre los proyectos de inversión que pueden afectar su vida, costumbres y territorio, y tiene por objeto efectuar un análisis consensuado sobre los posibles cambios, beneficios y/o perjuicios que dicho proyecto tendría sobre su comunidad. Agreguemos que este derecho no otorga a los Pueblos Indígenas el derecho a vetar las decisiones estatales. En palabras, de la Comisión Multipartidaria encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los pueblos indígenas del Congreso: *“dentro de este marco, los pueblos indígenas podrán expresar su consentimiento al proyecto consultado o hacer llegar sus observaciones y alternativas, para que el Estado, en muestra de equidad y respeto, considere las propias opciones de desarrollo de los pueblos indígenas, en aras de llegar a un acuerdo con dichos pueblos. (...)La consulta podría definirse como el conjunto de actos previos, a una medida estatal, que el gobierno promueve con el objeto de lograr el consentimiento de los pueblos indígenas o llegar a un acuerdo sobre la aplicación de dicha medida.”*¹⁰⁰ Acierta la Comisión Multipartidaria cuando señala que *“la Consulta Previa debe hacerse efectiva en el Perú, fundamentalmente por dos razones: a) Por la diversidad étnica y cultural del Perú y, b) Por la exclusión histórica que los Pueblos Indígenas han sido sujetos en el Perú. Sin embargo, existen otros factores que hacen de la Consulta Previa una necesidad, esto es, la oportunidad de desarrollar una cultura de diálogo, la Consulta constituye un instrumento de prevención y solución de conflictos sociales y además un instrumento de gestión estatal moderno, eficaz, estratégico, transparente, participativo que coadyuvará al fortalecimiento de la democracia.”*¹⁰¹

La necesidad de implementar el derecho a la consulta previa ha sido evidenciada por el Relator Especial de Naciones Unidas cuando señaló sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, lo siguiente: *“El ejercicio del deber de consultar a los pueblos indígenas debe ser interpretado de forma flexible, dependiendo de la medida objeto de la consulta, y de las circunstancias específicas de cada país, incluyendo la institucionalidad y procedimientos constitucionales. Los órganos internacionales de derechos humanos han desarrollado una serie de criterios que sientan los criterios mínimos y requisitos esenciales del deber estatal de la consulta a considerar para hacer operativa y válida la consulta en circunstancias específicas”*¹⁰²

Por su parte, la Defensoría del Pueblo apostó por la aprobación de una ley marco que regule el proceso de consulta a los pueblos indígenas establezca principios rectores, que permitan: a) Suplir los vacíos normativos; b) Servir de parámetros para la emisión de otras disposiciones de carácter específico, relativas a la consulta y c) Resolver las controversias que puedan suscitarse durante la implementación de la Ley de consulta previa, a propósito, al 12 de septiembre del 2010 todavía se encontraba sin promulgarse, y para el debate del pleno del Congreso, aunque nuestro pronóstico es que se aprobara indefectiblemente.

La doctrina reconoce tres tipos de Consulta Previa: a) para medidas legislativas; b) para medidas administrativas, c) Para fines de exploración y explotación de recursos naturales.

¹⁰⁰ Informe Consulta Previa: Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia. Mayo 2009 p.7.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas. “Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile” 24 de abril de 2009.

Dependiendo de la medida que se piense aplicar, la consulta podrá darse en uno o varios momentos, por ejemplo si la medida es legislativa será realizada la consulta en un solo momento, mientras que si se trata de una medida que implique actividad extractiva, está se hará en cada etapa determinante del proceso extractivo. Durante el desarrollo del proceso de consulta, se deberán ejecutar acciones adecuadas para que la participación de los representantes de los pueblos indígenas sea real y efectiva en el proceso de toma de decisiones de la entidad, teniendo en cuenta que su finalidad es llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento.¹⁰³

La Comisión de Expertos de la OIT ha reiterado que *“una reunión de mera información no se puede considerar de conformidad con lo dispuesto en el Convenio”*, particularmente por la falta de establecimiento de un *“diálogo genuino entre ambas partes signadas por comunicación y entendimiento, mutuo respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común.”*¹⁰⁴ Concordamos con la Defensoría del Pueblo que la entidad encargada de realizar el proceso de consulta debe ser el Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos Amazónicos y Afroperuanos - INDEPA entidad encargada de velar por el respeto de los derechos indígenas entre ellos evidentemente el derecho a la consulta previa. Claro está que dentro de un proceso de Consulta el *consentimiento es considerado como la finalidad de la consulta y podría darse de manera alternativa con el acuerdo*, es decir que, existiría una flexibilidad entorno a los fines de la consulta. Sin embargo, el mismo Convenio 169 de la OIT prevé que para el caso de *traslado* de los pueblos indígenas de las tierras que ocupan, deberá existir previamente el **consentimiento libre e informado** de los pueblos indígenas que serán trasladados.¹⁰⁵

2.7.2. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La Organización de las Naciones Unidas - ONU ha manifestado que esta *“convencida de que el control por los pueblos indígenas de los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos les permitirá mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades.”* En el caso del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas se observa absolutamente consolidado en la declaración: **“Artículo 19.- 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 y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado.”** **“Artículo 32.2.-Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.”** Lamentablemente, el TC, considera que *“debe explicarse que las declaraciones representan un amplio acuerdo y consenso de la comunidad internacional. En efecto, al ser el fruto de negociaciones y aceptación por la mayoría de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conllevan una fuerza moral, además de una evidente*

¹⁰³ Informe N° 011-2009-DP/AMASPPI.PPI. p. 20.

¹⁰⁴ Informe del Comité sobre la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párrafo 90.

¹⁰⁵ Convenio 169 OIT Artículo 16.2. y el Informe Consulta Previa: Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia. Mayo 2009 p.83.

orientación de la comunidad internacional hacia el respeto y la tutela de los pueblos indígenas, al plantear un contenido de los derechos humanos en el contexto de los pueblos indígenas.” Y agrega que “el contenido de la declaración no es de vinculación obligatoria, lo que no implica que no tenga ningún efecto jurídico. Las declaraciones representan aquellas metas y objetivos a los que la comunidad internacional se impone. Son lo que en el derecho internacional se conoce como *soft law*, esto es, una guía que sin dejar de tener un efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los Estado, representando su contenido un código de conducta sin que sean legalmente vinculantes” (Fundamentos 7 y 8 de la STC EXP. N.º 0022-2009-PI/TC).

2.7.3. INFORME SOBRE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS VINCULADOS A LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA COMISIÓN MULTIPARTIDARIA ENCARGADA DE ESTUDIAR Y PROPONER SOLUCIONES A LA PROBLEMÁTICA INDÍGENA (DICIEMBRE 2008)

La Comisión Multipartidaria Encargada de Estudiar y Proponer Soluciones a la Problemática Indígena, tuvo entre una de sus primeras labores determinar la constitucionalidad de los siguientes decretos legislativos: Decreto Legislativo N° 994: sobre las tierras eriazas con aptitud agrícola; Decreto Legislativo 1064: Régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario; Decreto Legislativo N° 1020: Promoción de los Productos Agrarios y la Consolidación de la Propiedad Rural para el Crédito; Decreto Legislativo 1081: Crea el Sistema Nacional de Recursos Hídricos; Decreto Legislativo 1089: Establece el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales; Decreto Legislativo 1090: Aprueba La Ley Forestal y de Fauna Silvestre; Decreto Legislativo N° 1083: Promueve el aprovechamiento eficiente y la conservación de los recursos hídricos. La conclusión de la mencionada Comisión al respecto fue que todos los decretos legislativos analizados vulneran el artículo 55º y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, al no interpretar los preceptos constitucionales relativos a comunidades campesinas y nativas de conformidad con el Convenio 169 de la OIT. Textualmente señalo “*todos los decretos legislativos analizados vulneran el Convenio 169 OIT respecto del derecho a la Consulta Previa y Participación, previstos en los artículos 6º y 7º.*”¹⁰⁶

2.7.4. INFORME FINAL SOBRE LOS SUCESOS DE BAGUA LA COMISIÓN ESPECIAL PARA INVESTIGAR Y ANALIZAR LOS SUCESOS DE BAGUA DEL PODER EJECUTIVO (DICIEMBRE, 2009) Y EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

El mencionado Informe si bien no reconoce responsabilidad de ningún Poder del Estado, recoge en su primera conclusión lo siguiente: “*apresuramiento y falta de tacto de algunos sectores del Ejecutivo al promulgar los decretos legislativos 1064 y 1090 sin tener en cuenta la delicada sensibilidad amazónica*”. En otras palabras, la omisión del derecho a la consulta previa en la aprobación de estas normas fue uno de los factores desencadenantes del conflicto social de Bagua, en junio de 2009, además de otras razones de índole estructurales vinculados a demandas sociales de los pueblos

¹⁰⁶Ver: Informe sobre los decretos legislativos vinculados a los pueblos indígenas de la Comisión Multipartidaria Encargada de Estudiar y Proponer Soluciones a la Problemática Indígena. En: http://www.rightsandresources.org/documents/files/doc_956.pdf

indígenas. El voto singular del reverendo padre Ricardo Álvarez Lobo añade que la exclusión y discriminación fue el detonante del conflicto socio ambiental.¹⁰⁷

2.7.5. OBSERVACIONES DE LA COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES DEL CONVENIO 169 DE LA OIT (FEBRERO, 2010)

La Comisión de Expertos de la OIT manifestó su profunda preocupación respecto de los incidentes que se produjeron en Bagua en junio de 2009 y considera que estos hechos están relacionados con la adopción de decretos que afectan a los derechos de los pueblos cubiertos por el Convenio sobre sus tierras y recursos naturales, sin su consulta y participación. La Comisión tomó nota que el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas así como el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial han expresado preocupaciones parecidas sobre la situación de los pueblos indígenas en el país. Por otra parte, la Comisión instó 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 169 de la OIT, teniendo en cuenta el derecho de los pueblos indígenas por el mencionado Convenio a establecer sus propias prioridades y participar en los planes y programas de desarrollo nacional y regional. Asimismo, le solicitó 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; ii) proporcione mayores informaciones sobre las medidas tomadas, en cooperación con los pueblos indígenas, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan, conforme al artículo 7, párrafo 4) del Convenio. Finalmente, la Comisión de Expertos solicitó al Gobierno Peruano que proporcione información sobre las medidas específicas adoptadas con miras a asegurarse de que los pueblos interesados participen en los beneficios reportados por las actividades de explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras y perciban una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de estas actividades.

2.7.6. LA SUPERACIÓN DEL TRATAMIENTO MERAMENTE DOCTRINAL DE LA CONSULTA PREVIA POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el *Caso de Cordillera Escalera*, el TC había señalado que “la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin

¹⁰⁷Sobre los sucesos de Bagua La Comisión Especial para investigar y analizar los sucesos de Bagua (PCM) En: <http://www.pcm.gob.pe/Prensa/ActividadesPCM/2009/Diciembre/bagua/Informe%20Final%20de%201a%20Comision%20Especial%20para%20Investigar%20y%20Analizar%20los%20Sucesos%20de%20Bagua.pdf>

ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla.” (Fundamento 35 de la STC N.º 03343-2007-PA/TC).

Posteriormente en junio del 2010, producto del efecto del Baguazo, y la insistencia de organizaciones indígenas, organizaciones no gubernamentales, y la Defensoría del Pueblo, recién el Congreso aprobó la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos por el Convenio 169 de la OIT, la cual fue observada por el Poder Ejecutivo, argumentando que otorgaba derecho de veto a las comunidades, pues el artículo 3º señala que “*la consulta tiene por finalidad alcanzar un acuerdo o consentimiento*”, sin embargo, debemos advertir que el artículo 15 de la mencionada norma permite proseguir el proyecto de inversión aun cuando no se logre acuerdo, siempre y cuando, el Estado garantice el respeto de los derechos colectivos.

En este escenario aparece la segunda sentencia del TC (EXP. N.º 0022-2009-PI/TC), en el famoso caso *COFOPRI* y su relación con los territorios indígenas, se refiere al Derecho de Consulta Previa de manera extensa pero como una rotunda victoria moral y doctrinal que lamentablemente no sirve de nada en el caso en concreto pues se declara INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1089. Ciertamente el TC, no genera doctrina nueva sobre derecho de consulta previa sino que se vale de la existente, para consolidar el concepto en nuestro ordenamiento jurídico, así tenemos que señalar que:

“Con el Convenio N.º 169 de la OIT se pretende erradicar modelos de desarrollo que pretendían la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante. Con ello no se pretende situar a los pueblos indígenas en una posición de superioridad frente al resto de la población, sino, que los pueblos indígenas se vean beneficiados efectivamente con los derechos fundamentales que han sido reivindicados en favor del grueso de la sociedad. (...) Así, la protección otorgada por el convenio se centra en elementos necesarios e indispensables para la conservación y garantía de la existencia de los pueblos indígenas, sin perjuicio de su desarrollo y voluntaria participación en la economía global.” “Otro ejemplo será el derecho de consulta previa e informada establecido en el artículo 6 del Convenio N.º 169 de la OIT, que es una de las herramientas más importantes que tienen los pueblos indígenas. Es en realidad una verdadera garantía jurídica que permite en muchos sentidos tutelar a los intereses de los pueblos indígenas.” “El mandato establecido en el artículo 6 es uno de carácter general que pretende propiciar y materializar el diálogo intercultural en todos los diferentes estratos de intervención estatal sobre la situación jurídica de los pueblos indígenas.” (Fundamentos 14-17 de la STC EXP. N.º 0022-2009-PI/TC).

“Debe entenderse que lo que se pretende con el proceso de consulta es que se lleve a cabo un verdadero diálogo intercultural. La intención es que dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. Con la finalidad no solo de obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados” (Fundamentos 33 de la STC EXP. N.º 0022-2009-PI/TC). “Puesto que el Convenio N.º 169 ha sido suscrito y ratificado por el Estado

peruano, es evidente que le impone obligaciones. En este caso la obligación de llevar a cabo la consulta. Es por ello que el Estado peruano es el responsable que se lleve a cabo la consulta.” (Fundamentos 34 de la STC EXP. N.º 0022-2009-PI/TC).

“El contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa; i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.” (Fundamentos 37 de la STC EXP. N.º 0022-2009-PI/TC). “Si bien el Convenio N.º 169 está vigente en nuestro país desde 1995, su aplicación no ha sido asumida por el Estado de manera regular. De otro lado, no se han presentado ante esta instancia litigios en los que se discuta este derecho. En tal sentido, y en virtud de la finalidad propedéutica que tiene la jurisprudencia de este Tribunal, resulta relevante que se den algunas pautas a fin de que se configure claramente el proceso de consulta:

- i) El inicio de todo el proceso será la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede ser susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena. Esta tarea debe ser realizada por la entidad que está desarrollando tal medida.
- ii) En segundo lugar se deben determinar todos los pueblos indígenas posibles de ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación.
- iii) Una vez notificados los sujetos que intervendrán, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto la medida. Luego tendrá que pasarse a la negociación propiamente dicha.
- iv) Si es que el pueblo indígena se encuentra de acuerdo con la medida entonces, concluye la etapa de negociación.
- v) De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad. Este Colegiado estima pertinente que en este punto de la etapa la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, solo entonces el Estado podrá implementar con la medida, atendiendo en lo posible a la peticiones del pueblo indígena.” (Fundamentos 41 de la STC EXP. N.º 0022-2009-PI/TC)

La tercera sentencia en la que aborda el derecho de consulta previa, que llamaremos el *Caso Napo Tigre*, es una de las resoluciones más polémicas e inconsecuentes del TC, pues más que factores jurídicos parecen haber jugado los factores políticos, pues independientemente del fallo, en sí, lo que criticamos es la incoherencia de sus fundamentos jurídicos con respecto a precedentes emitidos el mismo año por el TC, pese a que confirma su concepto de consulta previa de manera magistral: “nuestra propia ley fundamental reconoce a la consulta previa como el mecanismo de participación que le permite a las comunidades nativas decidir sobre cuáles son las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura, está promoviendo, de un lado, la participación ciudadana en el ejercicio del poder político y, por otro, está permitiendo que las opiniones de las comunidades nativas se traduzcan, real y efectivamente, en las decisiones que se pudieran tomar con relación a ellas mismas, preservando de este modo su cultura, sus costumbres y formas de vida y su propia identidad; pero en ningún caso habilitándolas

para excluir la presencia del Estado y del Derecho en sus territorios.” (Fundamento 21 de la STC EXP. N.º 06316-2008-PA/TC)¹⁰⁸

El **primer grave error** del TC en esta sentencia, es considerar que los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial puede realizárseles un proceso de consulta previa pues por su extrema vulnerabilidad biológica de estos pueblos, el principio es que no se tome contacto con ellos, y que su territorio sea intangible, hasta que progresiva y voluntariamente ellos puedan integrarse a nuestra sociedad, aunque ello en principio no debe ser alentado por el Estado por los peligros que entraña para su cultura y salud. Si ya es un problema que el TC, desconozca de plano la especial naturaleza de un pueblo indígena en aislamiento voluntario, incluso duda de su existencia, o que se olvide que el Estado Peruano, tuvo 5 años el expediente de Napo Tigre sin que se diera trámite al expediente, o que insista en un proceso de consulta previa a un pueblo indígena, estos hechos no serían su peor yerro, sino el siguiente:

“Tal como ha sido desarrollado hasta este punto, *el Estado habría actuado al margen de sus compromisos internacionales, afectando, además, el derecho de participación previsto en el artículo 2º.17 de la Constitución.* Esto habría ocurrido, al haber entregado en concesión los Lotes 39 y 67 sin la debida consulta y sin que a la fecha se haya podido acreditar con elementos razonables y confiables que lo sustenten, que las empresas y el propio Estado vienen implementando mecanismos de participación activa de las comunidades involucradas, con relación a dichos lotes de explotación de hidrocarburos.” (Fundamento 26 de la STC EXP. N.º 06316-2008-PA/TC) Y dice más: “De ello se concluye, en principio, que los actos de adjudicación de dichos Lotes, mediante resoluciones supremas del Ministerio de Energía y Minas de los años 1995 y 1999, así como la serie de actos de ejecución hasta el estado en que se encuentran actualmente, toda vez que se vienen desarrollando sin la participación ni consulta a las comunidades y sus organizaciones, resultarían incompatibles con la Constitución. *No obstante, como consta en el expediente, desde la aprobación de dichas concesiones se han sucedido una serie de actos de buena fe por parte de las empresas comprometidas en estos proyectos, las cuales han actuado basadas en la seguridad y confianza que razonablemente podían transmitir las propias autoridades estatales a través de los órganos competentes para ello, quienes se han venido pronunciando en diversas instancias y conforme a los procedimientos establecidos en la legislación de la materia, que van desde la aprobación del proyecto y la participación en las licitaciones públicas para la entrega de la concesión, hasta la aprobación del Plan de Impacto Ambiental, etc.*” (Fundamento 27 de la STC EXP. N.º 06316-2008-PA/TC)

“Todo ello al margen de considerar que las actuaciones de estas empresas se viene dando en el marco de Contratos-Ley firmados con el Estado Peruano y garantizados por el artículo 62º de la Constitución. De manera que al momento de pronunciar el fallo en este caso, este Colegiado debe ponderar los efectos de su decisión a fin de no generar mayores sacrificios que los que se pretende cautelar” (Fundamento 28 de la STC EXP. N.º 06316-2008-PA/TC). “Es por ello que este Colegiado *considera que el derecho de consulta debe ser en este caso puesto en práctica de forma gradual por parte de las empresas involucradas y bajo la supervisión de las entidades competentes. Con esto el Tribunal ha de disponer que se ponga en marcha un plan de compromisos compartidos*

¹⁰⁸Casafranca Handersson –Carhuatocto Sandoval, Henry. “OJOS QUE NO VEN... La Justicia en el caso de los Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario del Napo Tigre VS. PERENCO” (2009)

entre las empresas privadas involucradas, que no verán paralizadas sus acciones, y las propias comunidades y sus dirigentes, que tampoco pueden renunciar a sus derechos y que deben ser restablecidos en el más corto plazo posible, abriendo el diálogo a efectos de construir un espacio de armonía y confianza mutua.” (Fundamento 30 de la STC EXP. N.º 06316-2008-PA/TC)

Aquí existe una abierta contradicción del TC, pues si bien reconoce el carácter constitucional del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas privilegia sobre el mismo la buena fe de las empresas de hidrocarburos como contratantes y la naturaleza de contratos ley que le da a las adjudicaciones. Sin embargo, no sólo omite probar la naturaleza de contratos ley de las concesiones otorgadas sino que peor aún omite seguir el camino de la invalidez del acto jurídico adjudicatorio al contravenir el orden público desde su negociación e incluso su celebración, pues la suscripción del contrato sin observar el derecho a la consulta previa como etapa previa traía su inmediata nulidad, y vulnerando el propio Convenio de Viena sobre Tratados que establece que no se alegar derecho interno para incumplir un tratado (parte III, sección primera, numeral 27). Ahora bien el Convenio 169 de la OIT es un tratado internacionalmente reconocido y que la empresa es seguro lo conocía al trabajar en un sector donde su aplicación es frecuente, y por otra parte, en todo caso jamás negó en su contestación de demanda que lo desconocía, pues el propio sector de hidrocarburos se lo había hecho conocer en el proceso de participación ciudadana.

Así, el TC menosprecia el derecho a la consulta previa, y hace prevalecer el principio de buena fe contractual y la libertad de empresa, pero no contento con ello, hace algo aún más errado, le dice a la empresa que haga el proceso de consulta previa, cuando esta es una obligación propia del Estado como el mismo TC había reconocido unos meses antes, citemos la frase en cuestión: *“Es por ello que este Colegiado considera que el derecho de consulta debe ser en este caso puesto en práctica de forma gradual por parte de las empresas involucradas y bajo la supervisión de las entidades competentes”* (Fundamento 30 de la STC EXP. N.º 06316-2008-PA/TC). Y entonces en qué quedamos TC ¿Quién realiza la consulta previa el Estado o las empresas? Sin duda, la sentencia es de corte eminentemente político, pues el mensaje es claro: “la seguridad jurídica de los inversionista prima sobre el derecho a la consulta previa”, quizás debió valerse, para ser más consecuente, del concepto de “interés nacional” de la extracción de hidrocarburos, pero quizás no lo hizo, por lo asociado que esta dicho concepto ha ordenamientos antidemocráticos.

Ahora bien el TC, pretende que se realice un proceso de consulta previa con las empresas operando, ello sin embargo no se condice con la naturaleza de este derecho, que justamente es previo al emprendimiento empresarial o la actividad extractiva pues el objeto es abrir un diálogo intercultural, antes que se inicie el proyecto, por eso lleva el adjetivo *“previa”* y no como un adorno. Esto es tan incoherente como el querer hacer un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) luego de iniciado el proyecto de inversión, cuando la naturaleza del mismo, es prevenir los impactos antes de que ocurran, y prepararse adecuadamente para mitigar y compensar los que de todas maneras se darán.

Y si algo vale la pena rescatar de esta sentencia es la reiteración que se hace sobre: “el reconocimiento a nivel constitucional del derecho de participación de las comunidades indígenas, vinculado al derecho de consulta reconocido en el Convenio 169 de la OIT” aunque para el caso en concreto solo sea un buen deseo y no tenga mayores consecuencias como la que “resulta entonces impostergable que el Ministerio de Energía

y Minas convoque a las empresas involucradas a efectos de implementar, en el marco de la legislación vigente y de la STC 0022-2009-PI/TC, mecanismos adecuados y eficaces de consulta, que permitan que las comunidades expresen sus preocupaciones y sean debidamente informadas sobre el avance de los procesos de explotación de los recursos, así como sobre el impacto que estos procesos generan en su vida.” (Fundamento 30 de la STC EXP. N.º 06316-2008-PA/TC). Por eso el TC, defrauda, porque si reconocía, como lo ha hecho, el derecho de consulta previa, lo lógico era la nulidad de los contratos o suspensión de las actividades, hasta que el Estado realice el proceso de consulta correspondiente, y no que sea la propia empresa quien haga la consulta sin detener su actividad, escenario en el cual, el mismo se transforma más en un proceso informativo o declarativo, que en un proceso de diálogo intercultural verdadero, pues el interés de uno (empresario) ya está plenamente satisfecho, y el del otro irremediadamente menoscabado (comunidad) al tener que acostumbrarse a los hechos consumados.

Existen frases memorables que se pueden rescatar de esta sentencia tales como: “el progreso y desarrollo que se debe alentar con este tipo de actividades de hidrocarburos no pueden ser el producto de la imposición y menos de las presiones del poder que pueden ejercer las corporaciones económicas en las distintas esferas de la organización estatal o, llegado el caso, comunal. Ningún precio ni utilidad puede compensar la alteración de la armonía y la paz en las comunidades, por lo que el derecho a la consulta es el instrumento sine qua non para preservar el derecho de las comunidades; sólo así el progreso y el desarrollo serán compatibles con los mandatos constitucionales.” (Fundamento 16 de la STC EXP. N.º 06316-2008-PA/TC) Así como que el TC: “considera que el derecho de consulta es un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos que se reconoce a las comunidades, porque les permite espacios para el diálogo y la inclusión en los proyectos que tendrán directa implicancia en el territorio donde se asientan. El referido Convenio 169 precisa una serie de derechos y obligaciones por parte de los Estados firmantes del Convenio, a efectos de dar la mayor cobertura posible al derecho de consulta como mecanismo de participación de las comunidades en los beneficios que genere la inversión privada en sus territorios, en procura de su propio desarrollo y pleno respeto a su identidad étnica.” (Fundamento 18 de la STC EXP. N.º 06316-2008-PA/TC)

La línea de doctrina jurisprudencial del TC, sobre consulta previa, sumada a las exhortaciones de Organismos Internacionales como la ONU y la OIT sobre la misma, fueron el contexto en el que se expide la cuarta sentencia sobre consulta previa (STC EXP. N.º 05427-2009-PC/TC) que declaró FUNDADA la demanda de cumplimiento interpuesta por AIDSESEP, por haberse acreditado el incumplimiento parcial por parte del Ministerio de Energía y Minas de su *deber de reglamentar* el derecho a la consulta de los pueblos indígenas reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT. En ese sentido, se ordena al Ministerio de Energía y Minas a que, dentro del marco de sus competencias, emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, de conformidad con los principios y reglas establecidos en los artículos 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio N° 169 de la OIT.¹⁰⁹ Y no sólo ello, sino que el TC, exhorta, al Congreso de la República a que, culmine con el trámite de promulgación de la “Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”. Ello abre la puerta para que se exija vía acción de cumplimiento o acción de amparo según el caso, en otros

¹⁰⁹ Merece un reconocimiento especial el doctor Bady Casafranca Valencia, autor de la acción de cumplimiento en mención y jefe del equipo legal de AIDSESEP en el 2007-2008.

sectores como Agricultura, Transporte y Comunicaciones, Salud, Defensa, Mujer, etc. el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT, aunque lo razonable es que la Ley de Consulta Previa que está por aprobar el Congreso, disponga que todas las entidades lo hagan dentro de un plazo razonable.

2.7.7. EL IMPACTO DE LAS SENTENCIAS DEL TC EN EL DESARROLLO DE LAS ACTIVIDADES HIDROCARBURIFERAS Y MINERAS

El principal impacto de estas cuatro sentencias del TC, en nuestro concepto, es la consolidación del derecho de los pueblos indígenas, fundamentalmente a la consulta previa, y la implementación de un efectivo y temprano proceso no sólo de la participación ciudadana con las poblaciones locales, sino lo propio respecto a la consulta previa de poblaciones indígenas lo que traerá una progresiva disminución de conflictos socio ambientales. Y en ello existe un conceso creciente pues mientras se aplique en forma más temprana ambos mecanismos, se establecerán mejores relaciones de confianza y buena fe que permita desarrollar acuerdos legítimos y duraderos que permitan el desarrollo sostenible de la actividad extractiva. Empero, la falta de procesos formales de facilitación, negociación y resolución de conflictos¹¹⁰ usando mecanismos independientes a nivel de gobierno y de la empresa es un problema que se debe resolver para a llegar al escenario deseado, e impedir que se repitan las experiencias nefastas como los acuerdos de “tómalo o déjalo” que se produjeron en el ámbito de las comunidades del Proyecto Camisea,¹¹¹ y rescatar las lecciones aprendidas sobre la Defensoría para el Proyecto Camisea,¹¹² y alejarnos lo más posible de experiencias tristes y lamentables como las diminutas indemnizaciones otorgadas a los pobladores de Choropampa por Yanacocha por el derrame de mercurio del 2001, que dieron lugar al tan criticado Primer Pleno Casatorio Civil del Perú.

SENTENCIAS DEL TC SOBRE CONSULTA PREVIA 2008-2010				
	STC N.º 03343-2007-PA/TC	STC N.º 0022-2009-PI/TC	STC EXP. N.º 06316-2008-PA/TC	STC EXP. N.º 05427-2009-PC/TC
¿Quién realiza la Consulta Previa?	No lo menciona de manera expresa	El Estado	Las empresas con contratos vigentes y MINEM	El Estado
¿Quiénes son los titulares de este derecho?	Los pueblos indígenas	Los Pueblos Indígenas	Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario	Los Pueblos Indígenas
¿Cuándo se realiza la consulta previa?	Antes de iniciar la actividad extractiva	Antes de iniciar la actividad extractiva	Se puede realizar sin paralizar la actividad extractiva y con posterioridad a su inicio	Antes de iniciar la actividad extractiva
Conflictos de intereses	Entre empresas de hidrocarburos, organizaciones de conservación y pueblos indígenas	Entre COFOPRI y pueblos indígenas	Entre empresas de hidrocarburos, y AIDSESEP en defensa de pueblos indígenas en contacto inicial y aislamiento voluntario	Entre el Ministerio de Energía y Minas, y AIDSESEP

¹¹⁰ Cfr, Colchester, Marcus/ Mackay, Fergus. Forjando un espacio de negociación, pueblos indígenas, representación colectiva y el derecho al consentimiento libre, previo e informado. Forest People Programme. Oaxaca. 2004.

¹¹¹ Cfr, Informe Defensorial N° 103. El Proyecto Camisea y sus efectos en los derechos de las personas. Lima- Perú. 2006; Morales Córdova, Miriam. Presupuestos para una adecuada resolución de conflictos minero ambientales. En Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Industria Extractiva: Minería. N° 59 Año XX. Asesorandina S.A. Lima- Perú. 2005.

¹¹² PUCP. Lecciones aprendidas sobre la Defensoría para el Proyecto Camisea. Centro de Análisis y Resolución de Conflictos. Lima- Perú. 2010.

Fuente: Elaboración propia. Septiembre 2010

La distribución y manejo de beneficios (regalías, canon y contribuciones sociales) es otro de los puntos más sensibles pues las comunidades indígenas afectadas no ven reflejadas muchas veces en sus vidas los beneficios de las actividades extractivas. Las causas de ello pasan por la ausencia de transparencia en la rendición de cuentas del gobierno y las propias empresas, fallas en las instituciones públicas encargadas de ejecutar los recursos económicos derivados de la actividad extractiva, el divorcio entre el destino de los recursos y las necesidades de la población afectada, y sobre todo la falta de participación de la población local y consulta previa en la decisión final del destino de estos recursos. Todo ello eleva la percepción de las personas sobre la idea de que los verdaderos beneficiarios están lejos de la zona de explotación de hidrocarburos y minerales.

La superación de estas deficiencias también implica la construcción de un sistema de consulta previa y certificación ambiental independiente, consultoras encargadas de elaborar los estudios ambientales independientes (no remuneradas por la empresa interesada), monitoreo independiente (mejor aún conformada por miembros de las comunidades afectadas y financiada por un fondo fiduciario) y una supervisión efectiva de la actividad extractiva. También se debe validar entre los actores una metodología de desarrollo de la consulta previa, la valoración económica ambiental¹¹³ de los impactos socio ambientales generados a la población afectada, seguros ambientales¹¹⁴, y desde luego estándares de desempeño ambiental de las empresas de hidrocarburos y mineras en territorios indígenas y ecosistemas frágiles.

2.7.8. UN OBSTACULO MÁS EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA O EL CLAMOROSO ERROR DEL TC: LA ACLARATORIA DEL TC N° 6316-2008-PA

El TC en noviembre del 2010, emitió una Resolución Aclaratoria referida a la STC No 6316-2008-PA, el ya famoso *Caso Napo Tigre*, en donde da la posibilidad que el Estado no realice directamente la Consulta Previa sino que la tercerice, y esta la realice la empresa (titular del proyecto e interesada), quedando el Estado en la obligación de supervisar dicho proceso, siempre y cuando, los impactos del proyecto de inversión, objeto de consulta no sean altos. Ello contraviene una obligación intrínseca del Estado, derivada del Convenio 169 de la OIT, donde dice claramente que los gobiernos y no los particulares son quienes deben de implementar el proceso de consulta previa.

Sin embargo, el peor error del TC, sería el referido a la vigencia del Convenio 169 de la OIT, pues si bien reconoce en esta aclaratoria que el mismo fue ratificado en 1994, señala que su “vigencia social ha sido sumamente limitada.” En realidad ha sido negada sistemáticamente por el Estado, ya que la población indígena ya se había emponderado de los derechos derivados del Convenio 169 de la OIT desde su ratificación como lo revela las investigaciones de la Defensoría del Pueblo de aquellos años y ONGs vinculadas al mundo amazónico. Pero el TC, insiste y agrega: “en términos de eficacia, la normativa del tratado ha sido dificultosa precisamente debido a la omisión de desarrollo apropiado, lo que como se ha anotado generó inseguridad jurídica en el ordenamiento nacional. Las consecuencias de tal omisión y de tal inseguridad han generado un contexto complejo para la emisión de una normativa que desarrolle y que pacifique la actual

¹¹³ Cfr, Galarza Contreras, Elsa. La economía de los recursos naturales. Universidad del Pacífico. Lima- Perú. 2004.

¹¹⁴ Cfr, Zubiri de Salinas, Mercedes. El Seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente. Thonson Aranzadi. Navarra. 2005.

coyuntura. Así, si bien el Convenio 169, se encuentra vigente en nuestro país desde 1995, este no ha sido materia de regulación por parte del Congreso y del Ejecutivo de manera tal que su tutela pueda ser solicitada de manera sencilla. A su vez, al no haberse implementado tal derecho se ha generado una situación de inseguridad que afecta no solo a los pueblos indígenas sino aquellas personas que han desarrollado acciones sin que el Estado haya exigido previamente llevado a cabo el proceso de consulta” (f. 7, Aclaratoria de STC No 6316-2008-PA)”. En realidad, el TC con esta interpretación, intenta invertir la realidad, poniendo en una situación desfavorable a un sector bien protegido, y se niega a decir que los grandes perdedores por la no regularización de esta situación, serían los pueblos indígenas, ya que no se les reivindicaría un derecho que constitucional y convencionalmente tenían desde el año 1995, y se privilegia por “seguridad jurídica” abiertamente al sector empresarial sin ninguna justificación legal.

Como señalamos líneas arriba, un acto con un vicio sustancial de esa magnitud, debió merecer su nulidad, o una salida intermedia como la regularización de dichos actos, pero no la impunidad civil, es mucho premio para actos jurídicos que transgredieron la constitución y la convencionalidad vigente, y mucho castigo para aquellos que después de tanto reclamar sus derechos reciben tan poco. Ello lo decimos al leer lo más nefasto de la aclaratoria: “Por consiguiente, el hito marcado por el TC (STC 022-2009-PI) debe ser tomado como una pauta que permita, de ahí en adelante, la plena eficacia del derecho de consulta. Así, en virtud de la función ordenadora y pacificadora del TC es que debe establecerse que la obligatoriedad del derecho de consulta debe considerarse como vinculante desde la publicación en la página web. (f. 8, Aclaratoria de STC No 6316-2008-PA).” Termina resolviendo así estableciendo: “la obligatoriedad de la consulta desde la publicación de la STC 022-2009-PI/TC” esto es desde agosto del 2010. En este contexto, que el TC haya declarado infundada la acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo 1079, STC N.º 0023-2009-PI/TC, queda en el anécdota.

Esta aclaratoria deja en el limbo el derecho de consulta previa omitido en las concesiones y otras medidas administrativas así como legislativas entre los años 1995 a julio 2010, haciendo tabla rasa del más elementales principios del derecho internacional como son el referido a la vigencia y observancia de los tratados luego de ratificados, y a la imposibilidad de alegar derecho interno para incumplir obligaciones internacionales del Estado, contenidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), específicamente en la parte 2, sección tercera numeral 24, y parte 3, sección primera, numeral 27, respectivamente. El TC, en pos de la seguridad jurídica sacrifica el derecho a la consulta previa, siempre reclamado por los pueblos indígenas, y desconocido por entes estatales, especialmente por el Ministerio de Agricultura, y el Ministerio de Energía y Minas. Poco consuelo, frente a todo ello, es que se esté discutiendo el proyecto de Reglamento de Consulta Previa del Ministerio de Energía y Minas, la propuesta de Ley Forestal y Fauna Silvestre, y que la Ley Marco de Consulta Previa pendiente de ratificación en el Congreso, este siendo exigida por la sociedad civil y la población indígena como una condición sine qua nom para la aprobación de las normas antes citadas.

La consolidación del derecho a la consulta previa en la jurisprudencia del TC, ha sido un proceso que se inició en el 2007, en las Regiones de San Martín y Loreto, así como en Lima, con una serie de demandas constitucionales impulsadas por el Gobierno Regional de San Martín, la Defensoría del Pueblo y AIDSESP, vinculadas a este derecho constitucional colectivo, que solo luego de tres años han podido contemplarse sus resultados, siendo el principal, la de lograr un diálogo intercultural con nuestras

comunidades indígenas, y un proceso de otorgamiento de concesiones más transparente y democrático. A partir de ahora, tenemos que recordar, que nuestro país, si aspira un desarrollo de las actividades de hidrocarburos y minería de manera sostenible y responsable, debe garantizar la implementación del derecho a la consulta previa de nuestros pueblos indígenas, y para ello debemos constituir entidades de supervisión fuertes tanto en materia ambiental (OEFA) como indígena (INDEPA) que garanticen este derecho.

También resulta necesario que las empresas mineras e hidrocarburíferas apoyen la consolidación de las organizaciones indígenas en los ámbitos en que operan y que contribuyan al establecimiento de mejores condiciones de vida de las mismas, asignando una parte de utilidades de sus empresas a las comunidades afectadas y procurando a la vez respetar la especial condición de los territorios indígenas, pues en palabras del TC: “es cierto que cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales. Es por ello, que la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida. Solo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos. De igual forma tendrá que considerarse ello cuando la indemnización sea consecuencia de intervenciones sobre propiedad de los pueblos indígenas tales como la servidumbre” (Fundamentos 52 de la STC EXP. N.º 0022-2009-PI/TC).

2.7.9. LA CONSULTA PREVIA DE LAS LEYES Y TRATADOS QUE AFECTAN A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El Congreso actualmente (2012) no ha regulado la consulta previa para el procedimiento de aprobación de las leyes, no obstante existen propuestas, y al ser el Convenio 169 de la OIT auto aplicativo, esto es plenamente exigible al Poder Legislativo. Empero, la polémica parece que se abrirá respecto de la consulta previa de los Tratados o Acuerdos que afectan directamente la cultura y el ambiente de los pueblos indígenas, como sería el Acuerdo Energético de Perú con Brasil, que implica la construcción de una serie de hidroeléctricas que impactaran de manera dramática en el ambiente de las poblaciones indígenas de la Amazonia por lo que correspondería la implementación de un procedimiento de consulta previa desde el Congreso, previo al dictamen de la Comisión de Relaciones Exteriores y a su votación en el pleno del Parlamento.

CAPÍTULO III

EL OTORGAMIENTO DE CONCESIONES Y EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EN EL SECTOR DE ENERGÍA Y MINAS

“¿Qué veo desde esta ventana sino sombras y gabanes que pueden vestir espectros o bien fingidos hombres que sólo se mueven por medio de resortes?”

René Descartes. Discurso del Método

La problemática de la vigencia y respeto de los derechos indígenas es un asunto que reclama una contextualización en los sistemas de concesiones aplicables en el Perú, especialmente aquellos cuyas actividades económicas ocasionan un gran impacto en la cultura, y ambiente de las poblaciones indígenas, generando conflictos socio ambientales y comunales como por ejemplo las actividades mineras e hidrocarburíferas, quedando en segundo plano las actividades forestales que aunque impactan en la vida de comunidades nativas, no es en la dimensión y grado de las dos anteriores, ni ha generado tantos conflictos socio ambientales, siendo sin embargo irónicamente, el famoso Baguazo, y la derogación de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1090, modificada por la Ley N° 29317, en junio del 2009. Y esto debido a que en la elaboración y aprobación de la norma no se observó el derecho fundamental a la consulta previa que ejercen los pueblos indígenas del país en mérito al Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26253 en 1993 así como la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007. Ya para enero del 2008 la Corte Suprema de Colombia había declarado la inconstitucional de la Ley Forestal de ese país justamente por no haber observado el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, en ese sentido, a la luz del Derecho Comparado, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y lo establecido por nuestra Constitución que otorga rango constitucional a los tratados que versan sobre derechos humanos como es el caso del Convenio 169° de la OIT, podemos aseverar categóricamente que la Ley Forestal y de Fauna Silvestre que era inconstitucional, y por eso tuvo que aprobarse apresuradamente en el último mes del segundo gobierno de Alan García, el 21 de julio del 2011, una nueva Ley Forestal y de

Fauna Silvestre, que aparentemente tuvo una mayor participación de los pueblos indígenas, la Ley N° 29763.

En el fondo lo que estaba en cuestión es cómo se otorgan una concesión de recursos naturales que puede impactar en la vida de las poblaciones indígenas, entendida la misma como un acto administrativo¹¹⁵ que genera obligaciones y derechos en los administrados, siendo uno de ellos el aprovechamiento de un recurso natural y el otorgamiento de una contraprestación por el mismo, derecho de vigencia y regalía, además de cumplir con las obligaciones socio ambientales del caso. Adviértase que son requisitos de validez de los actos administrativos¹¹⁶ como una concesión implica que: a) sea emitido por el órgano competente, en el caso del sector de energía y minas, por el Ministerio de Energía y Minas, y los Gobiernos Regionales; b) tengan un objeto o contenido, en este caso el aprovechamiento de recursos naturales ajustado al ordenamiento constitucional, esto es respetando los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y población local, incluyendo el derecho a la consulta previa¹¹⁷; c) finalidad pública; c) motivación de la concesión; y d) un procedimiento regular, lo que implica la realización previa del procedimiento de consulta previa.

Así en caso que no se respete el derecho a la consulta previa en el otorgamiento de una concesión, ese acto administrativo no sería válido,¹¹⁸ teniendo en cuenta que son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:¹¹⁹

- a) Por contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, en este caso, la contravención al artículo 6° del Convenio 169° de la OIT, que forma parte del bloque constitucional al ser un tratado de derechos humanos que consagra el derecho a la consulta previa.
- b) Por el defecto o la omisión del requisito de validez, que implicaba la realización de la consulta previa antes del otorgamiento de la concesión respectiva.

Esta nulidad podrá ser conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto, en el caso del Ministerio de Energía y Minas por el Ministro, y en el caso del Gobierno Regional, por el Presidente Regional. La resolución que declara la nulidad, además dispondrá lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido.¹²⁰ Adviértase que la declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto administrativo, esto significara la nulidad de la concesión y la realización de la consulta previa para efectos de dar cumplimiento al procedimiento regular con el respeto de los derechos indígenas correspondientes.¹²¹ En ese sentido resulta importante analizar y conocer el procedimiento de otorgamiento de concesiones del sector de energía y minas, especialmente por los conflictos socio ambientales que vienen generando por ellas con los pueblos indígenas.

¹¹⁵ Artículo 1° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

¹¹⁶ Artículo 3° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

¹¹⁷ Numeral 3 del Artículo 5° de la Ley No 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General señala que : el contenido del acto administrativo "no podrá contravenir en el caso concreto disposiciones constitucionales, legales, mandatos judiciales firmes; ni podrá infringir normas administrativas de carácter general provenientes de autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto."

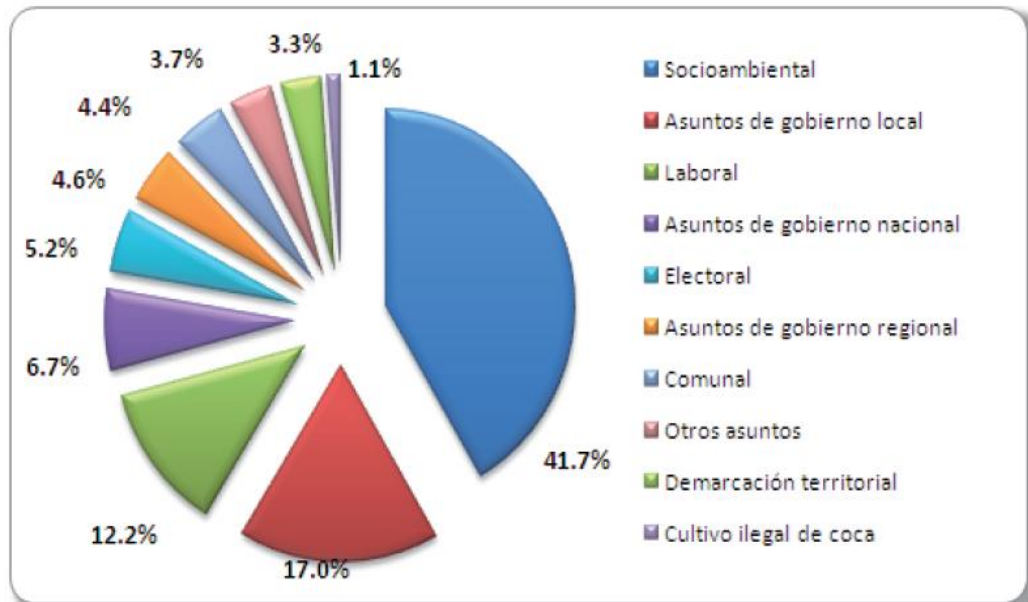
¹¹⁸ Artículo 8° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

¹¹⁹ Artículo 10° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

¹²⁰ Artículo 11° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

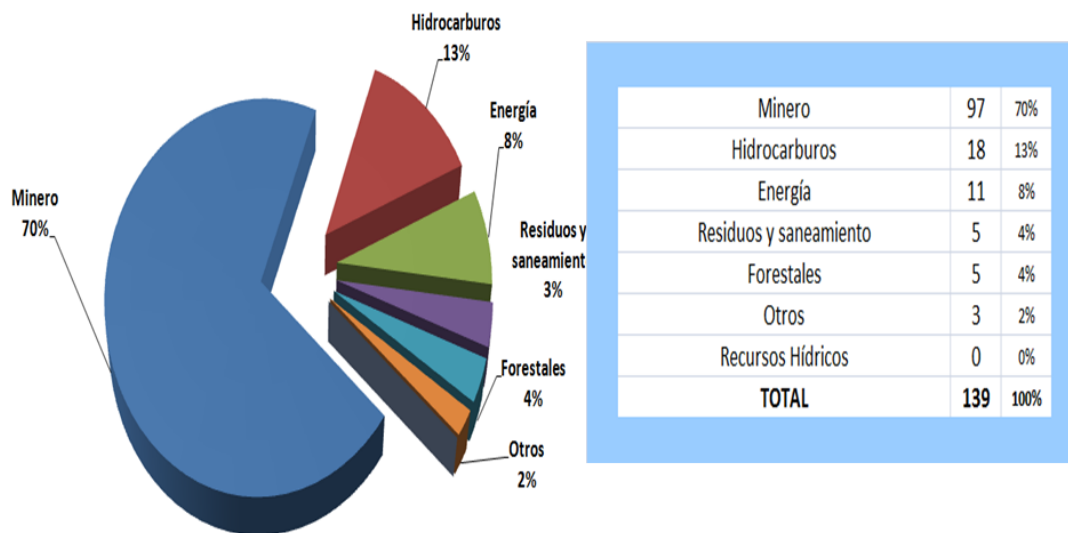
¹²¹ Numeral 1 del Artículo 12° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

Distribución porcentual de conflictos sociales registrados



Fuente: Defensoría del Pueblo, Apesg. Reporte mensual de conflictos sociales N° 91.

Datos de Conflictos Socioambientales



Fuente: Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad, DP, reporte 97.

Conflictos con mayor cantidad de muertos y heridos

Caso	Muertos	Heridos
Bagua	33	200
Majaz	7	8
Puno (abril-junio 2011)	6	20
Fenamarpe	6	28
Mercado de Piura	5	72
Caso ley del agua (Jnudp)	5	88
Islay (Tía María)	3	67
Tayacaja	3	33
Cieneguilla	3	8
Madre de Dios	2	34

Fuente: Defensoría del Pueblo. Apcsg.

Advirtamos, que actualmente, la mayoría de conflictos sociales, se deben a conflictos socio ambientales, entre ellos indígenas, que al contrario de disminuir aumentan, sino basta con observar que los conflictos socio ambientales activos en noviembre del 2011 eran 102 y en marzo del 2012, ya son 117. Nótese además que la mayoría de conflictos socio ambientales, un 70% están en el sector minero, y un 13% en el sector de minería, según el reporte 97 de la Defensoría del Pueblo, de ahí, la importancia de revisar la regulación sobre concesiones mineras e hidrocarburíferas pues en ellas podría estar el origen de estos conflictos socio ambientales.

FECHAS	TOTAL DE CONFLICTOS	CONFLICTOS SOCIO AMBIENTALES EN EL PERU		
		N° CASOS	ESTADO	
			Activo	Latente
nov-11	220 casos	125 (56.8%)	102 (81.6%)	23 (18.4)
dic-11	223 casos	126 (56.5%)	102 (81%)	24(19%)
ene-12	228 casos	129 (56.6%)	106 (82.2%)	23 (17.8%)
feb-12	229 casos	133 (58.1%)	109 (82%)	24 (18 %)
mar-12	237 casos	139 (58.6%)	117 (84.1%)	22 (15.9%)

Fuente: Informe N° 156 de la Defensoría del Pueblo, aprobado por Resolución Defensorial N° 009-2012/DP. Marzo 2012

3.1. CONCESIONES DE HIDROCARBUROS

Una de las primeras cuestiones que hay que determinar en un sistema de concesiones son las autoridades implicadas en el mismo, y los derechos administrativos en juego, así tenemos que el Ministerio de Energía y Minas es la entidad del Poder Ejecutivo responsable de promover las inversiones en hidrocarburos a través del otorgamiento de concesiones¹²² en el marco de lo dispuesto por la Ley Orgánica de Hidrocarburos Ley N° 26221, cuyo texto ordenado se aprobó mediante Decreto Supremo N° 042-2005-EM, y que dos de sus Direcciones tiene un papel estelar en dicha labor: a) la Dirección General

¹²² Artículo 2 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, Ley N° 26221

de Hidrocarburos; planificando la promoción de hidrocarburos en el país, y b) La Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos, evaluando y aprobando el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) correspondiente. A ellas, debemos sumarles el rol promotor y de atracción de inversiones en el sector de hidrocarburos de la empresa pública de PERUPETRO.

DIRECCIÓN GENERAL DE HIDROCARBUROS

La Dirección General de Hidrocarburos es el órgano técnico normativo encargado de participar en la formulación de la política energética en el ámbito del Subsector Hidrocarburos; proponer y/o expedir la normatividad necesaria del Subsector Hidrocarburos; promover las Actividades de Exploración, Explotación, Transporte, Almacenamiento, Refinación, Procesamiento, Distribución y Comercialización de Hidrocarburos; y ejercer **el rol concedente a nombre del Estado** para las actividades de Hidrocarburos, según le corresponda. Depende jerárquicamente del Viceministro de Energía.

Está constituida por los siguientes órganos: a) Dirección Normativa de Hidrocarburos; b) Dirección de Exploración y Explotación de Hidrocarburos; y c) Dirección de Procesamiento, Transporte y Comercialización de Hidrocarburos y Biocombustibles.

Fuente: Artículos 79° - 81° del ROF del MEM

DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS AMBIENTALES ENERGÉTICOS

La Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos es el órgano técnico normativo encargado de proponer y evaluar la política, proponer y/o expedir la normatividad necesaria, así como promover la ejecución de actividades orientadas a la conservación y **protección del medio ambiente para el desarrollo sostenible de las actividades energéticas**. Depende jerárquicamente del Viceministro de Energía.

Está constituida por los siguientes órganos: a) Dirección Normativa de Asuntos Ambientales Energéticos; b) Dirección de Gestión Ambiental Energética.

Fuente: Artículos 90° -92 del ROF del MEM

PERUPETRO

Compete a informar a la población de las áreas en las cuales se esté negociando la suscripción de un contrato de exploración y/o explotación, sobre las acciones que viene realizando al respecto. Así como una vez firmado el contrato, PERUPETRO deberá informar dicho hecho y presentar oficialmente a la otra parte contratante, con la finalidad de no transgredir el derecho de la población de ser informada; para lo cual establecerá sus procedimientos respectivos.

Fuente: La Segunda Disposición Final del D.S. N° 015-2006-EM

El Estado promueve el desarrollo de las actividades de Hidrocarburos sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica con la finalidad de lograr el bienestar de la persona humana y el desarrollo nacional.¹²³ En ese sentido, La Ley Orgánica de Hidrocarburos, traza las líneas maestras para el desarrollo de la actividad económica, haciendo reposar la responsabilidad de la misma en tres instituciones: la promoción de la actividad, a cargo de PERUPETRO, el otorgamiento de la concesión a cargo del Ministerio de Energía y Minas, y la fiscalización del cumplimiento de las normas del sector a cargo inicialmente de OSINERG, convertida luego en OSINERGMIN, y transferido ese rol luego al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) producto de lo dispuesto por la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013.

¹²³ Artículo 3 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, Ley N° 26221

Ciertamente, resulta discutible otorgar a una empresa del Estado en exclusiva las labores de promoción y negociación de las actividades de hidrocarburos en todo el territorio nacional (PERUPETRO), a la manera de un agente o promotor, hecho que no se repite ni en las actividades de minería ni electricidad, mostrando el sector una incoherencia en sus políticas de promoción de inversiones. A la postre, este sistema de promoción de hidrocarburos ha sido aprovechado por funcionarios corruptos, pues una empresa pública, tiene menores controles como para evitar negociaciones ilícitas y tráfico de influencias, como se pudo apreciar en el 2008, en el tristemente célebre escándalo de los Petroaudios, donde se vieron implicadas seriamente la alta dirección de dos empresas públicas: Petroperu, y Perupetro.

PERUPETRO S.A.
<p>El artículo 6º de la Ley Orgánica de Hidrocarburos crea a PERUPETRO S.A., la Empresa Estatal de Derecho Privado del Sector Energía y Minas, organizada como Sociedad Anónima, y su objeto social es el siguiente:</p> <p>a) Promover la inversión en las actividades de exploración y explotación de Hidrocarburos.</p> <p>b) Negociar, celebrar y supervisar, en su calidad de Contratante, por la facultad que le confiere el Estado en virtud de la presente Ley, los Contratos que ésta establece, así como, los convenios de evaluación técnica.</p> <p>c) Formar y administrar, exclusivamente a través de terceros que no deberán ser filiales, subsidiarias u otra organización societaria de la que forme parte PERUPETRO S.A., el Banco de Datos con la información relacionada a las actividades de exploración y explotación de Hidrocarburos, pudiendo disponer de ella para promocionarla con la participación del sector privado, así como para su divulgación con fines de promover la inversión y la investigación.</p> <p>d) Asumir los derechos y obligaciones del contratante, en los contratos existentes, celebrados al amparo de los Decretos Leyes N° 22774, N° 22775 y sus modificatorias, así como en los convenios de evaluación técnica.</p> <p>e) Asumir el pago que corresponda por concepto de canon, sobrecanon y participación en la renta.</p> <p>f) Comercializar, exclusivamente a través de terceros que no deberán ser filiales, subsidiarias u otra organización societaria de la que forme parte de PERUPETRO S.A., y bajo los principios de libre mercado, los Hidrocarburos provenientes de las áreas bajo Contrato, cuya propiedad le corresponda.</p> <p>h) Proponer al Ministerio de Energía y Minas otras opciones de políticas relacionadas con la exploración y explotación de Hidrocarburos.</p> <p>i) Participar en la elaboración de los planes sectoriales.</p> <p>j) Coordinar con las entidades correspondientes, el cumplimiento de las disposiciones relacionadas con la preservación del medio ambiente.</p>

Fuente: Artículo 6º de la Ley Orgánica de Hidrocarburos

El artículo 8º de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, reitera el principio según el cual en su fuente los recursos naturales son del Estado Peruano, en sus términos “los Hidrocarburos “in situ” son de propiedad del Estado.” Y a renglón seguido, que “el Estado otorga a PERUPETRO S.A. el derecho de propiedad sobre los Hidrocarburos extraídos para el efecto de que pueda celebrar Contratos de exploración y explotación o explotación de éstos. El derecho de propiedad de PERUPETRO S.A. sobre los Hidrocarburos extraídos, será transferido a los Licenciarios al celebrarse los Contratos de Licencia.” Llama la atención como solamente este mecanismo en que una empresa del Estado hace las veces de intermediario entre el inversionista que solicita la concesión y el Estado como concedente, se haya dado solamente en asuntos de hidrocarburos, y no en minería o electricidad. En otros términos, la capacidad de negociar y licitar lotes de hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas, ha sido tercerizada a una empresa estatal sin que encontremos nosotros una explicación para ello. Ciertamente, si el modelo fue exitoso debió replicarse en el resto de sectores de energía y minas, y ello no ha ocurrido.

ESTADO PERUANO	PERUPETRO	INVERSIONISTA
Propietario de los hidrocarburos "in situ"	Promotor de inversiones de hidrocarburos en el territorio nacional y negociador de contratos de hidrocarburos.	Negociará su contrato de hidrocarburos con PERUPETRO

Ello dará lugar a que el contrato que comprende tanto al contratista de los Contratos de Servicios como al licenciataria de los Contratos de Licencia, aparezca como contratante PERUPETRO ¹²⁴ aunque el contrato quedara supeditada su suscripción a la autorización que deba dar al mismo, mediante Decreto Supremo, el Ministerio de Energía y Minas, el cual posteriormente, será el responsable de evaluar el Estudio de Impacto Ambiental de la Empresa concesionaria.

GENERALIDADES SOBRE LOS CONTRATOS DE HIDROCARBUROS	
NEGOCIADOS POR PERUPETRO	
Contrato de Licencia	Contrato de Servicios
Es el celebrado por PERUPETRO S.A., con el Contratista y por el cual éste obtiene la autorización de explorar y explotar o explotar Hidrocarburos en el área de Contrato; en mérito del cual PERUPETRO S.A. transfiere el derecho de propiedad de los Hidrocarburos extraídos al Contratista , quien debe pagar una regalía al Estado.	Es el celebrado por PERUPETRO S.A. con el Contratista, para que éste ejercite el derecho de llevar a cabo actividades de exploración y explotación o explotación de Hidrocarburos en el área de Contrato, recibiendo el Contratista una retribución en función a la Producción Fiscalizada de Hidrocarburos.
En cada Contrato, cuando existan dos o más personas naturales o jurídicas que conformen el Contratista, se indicará al responsable de conducir la operación. Sin embargo, todos ellos serán solidariamente responsables ante el Contratante por las obligaciones establecidas y derivadas del Contrato.	
Los contratos se aprobarán por Decreto Supremo del Ministerio de Energía y Minas , refrendado por los Ministros de Economía y Finanzas.	
El Ministerio de Energía y Minas, a través de PERUPETRO S.A., tiene el derecho de retener en forma automática y sin previo trámite, el volumen de producción proveniente del área de Contrato requerido para cubrir la regalía , en la eventualidad en que el licenciataria no cumpla con pagarla en la oportunidad acordada en el Contrato.	
A la terminación del Contrato, pasarán a ser de propiedad del Estado, a título gratuito, a menos que éste no los requiera, los inmuebles, instalaciones de energía, campamentos, medios de comunicación, ductos y demás bienes de producción que permitan la continuación de las operaciones.	
TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES SOCIO AMBIENTALES	
Las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que desarrollen actividades de hidrocarburos deberán cumplir con las disposiciones sobre el Medio Ambiente. En caso de incumplimiento de las citadas disposiciones el OSINERG impondrá las sanciones pertinentes, pudiendo el Ministerio de Energía y Minas llegar hasta la terminación del Contrato respectivo, previo informe de la OEFA.	

Fuente: Artículos 10^o, 11^o, 16^o; 42^o, 71^o y 87^o de la Ley Orgánica de Hidrocarburos

PLAZOS DE LOS CONTRATOS DE HIDROCARBUROS	
Los Contratos contemplarán dos fases: la de exploración y la de explotación, salvo que el Contrato sea uno de explotación en cuyo caso tendrá una sola fase u otras modalidades de contratación autorizadas por el Ministerio de Energía y Minas.	
Para la fase de exploración	Para la fase de explotación

¹²⁴ Artículo 9 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, Ley N° 26221

<p>Hasta 7 (siete) años, contados a partir de la fecha efectiva establecida en cada Contrato, pudiendo dividirse esta fase en varios períodos conforme se acuerde en el mismo. Esta fase podrá continuar hasta el vencimiento del plazo señalado, no obstante haberse iniciado la producción de los hidrocarburos descubiertos.</p> <p>En casos excepcionales, se podrá autorizar una extensión del plazo de la fase de exploración hasta en 3 (tres) años, siempre que el contratista haya cumplido estrictamente el programa mínimo garantizado previsto en el contrato y además se comprometa a la ejecución de un programa de trabajo adicional que justifique la extensión del plazo y que esté garantizado con una fianza, a satisfacción del contratante.</p>	<p>1) Tratándose de petróleo crudo hasta completar treinta (30) años, contados desde la fecha efectiva del Contrato.</p> <p>2) Tratándose de gas natural no asociado y de gas natural no asociado y condensados hasta completar cuarenta (40) años, contados a partir de la fecha efectiva del Contrato.</p> <p>La suma de los períodos de retención no podrá ser mayor de diez (10) años.</p>
PERÍODO DE RETENCIÓN	
<p>Para el caso en que el Contratista realice un descubrimiento de Hidrocarburos durante cualquier período de la fase de exploración, que no sea comercial sólo por razones de transporte, podrá solicitar un período de retención con el propósito de hacer factible el transporte de la producción. Dicho período no podrá ser mayor de cinco (5) años.</p> <p>El derecho de retención estará sujeto cuando menos a que concurren los siguientes requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none"> Que el Contratista pueda demostrar a satisfacción del Contratante, que los volúmenes de Hidrocarburos descubiertos en el área de Contrato son insuficientes para garantizar la construcción del ducto principal; Que el conjunto de descubrimientos en áreas contiguas más las del Contratista, son insuficientes para garantizar la construcción del ducto principal; y, Que el Contratista demuestre, sobre una base económica, que los Hidrocarburos descubiertos no pueden ser transportados desde el área de Contrato a un lugar para su comercialización, por ningún medio de transporte. <p>Para el caso en que la Contratista realice un descubrimiento de gas natural no asociado, o de gas natural no asociado y condensados durante cualquier período de la fase de exploración, en el Contrato se podrá acordar un período de retención con el propósito de desarrollar el mercado, período que no podrá ser mayor de diez (10) años.</p>	

Fuente: Artículos 22º, 23º y 24º de la Ley Orgánica de Hidrocarburos

3.1.1. LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LAS ACTIVIDADES DE HIDROCARBUROS, DECRETO SUPREMO Nº 015-2006-EM

Uno de los más preocupantes problemas del sector de hidrocarburos son los bajos estándares socio ambientales que viene desarrollando las empresas del sector, cuestión que debería resolverse si se implementa el postergado Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Supremo Nº 019-2009-MINAM, y de esta manera se dejaría atrás el vetusto pero vigente Decreto Supremo Nº 015-2006-EM, Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos, que sigue regulando el procedimiento para aprobación de un Estudio de Impacto Ambiental del cual por ello, nos toca resaltar virtudes y defectos.

TÍTULO PRELIMINAR DE REGLAMENTO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL
<p>Las Actividades de Hidrocarburos, de acuerdo a la legislación ambiental vigente se rigen por:</p> <ol style="list-style-type: none"> La necesidad de lograr compatibilizar el equilibrio ecológico y el desarrollo, incorporando el concepto de “desarrollo sostenible” en las Actividades de Hidrocarburos, a fin de permitir a las actuales generaciones satisfacer sus necesidades sociales, económicas y ambientales, sin perjudicar la capacidad de las futuras generaciones de satisfacer las propias. La prevención, que se instrumenta a través de la Evaluación de los posibles Impactos Ambientales de las Actividades de Hidrocarburos, con la finalidad de que se diseñen e implementen acciones tendentes a la eliminación de posibles daños ambientales, en forma adecuada y oportuna. El establecimiento a todo nivel de una conciencia ambiental, orientada a preservar los ecosistemas, con miras a alcanzar un equilibrado aprovechamiento de los recursos naturales y demás elementos ambientales. El ejercicio del derecho de propiedad que compromete al Titular a actuar en armonía con el ambiente.

- V.- No legitimizar o excusar acciones que impliquen el exterminio o depredación de especies vegetales o animales.
- VI.- Las normas relativas a la protección y conservación del ambiente y los recursos naturales son de orden público.

Fuente: Título Preliminar del Decreto Supremo No 015-2006-EM, Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos

Acertadamente, el artículo 3º del D.S. N° 015-2006-EM, establece que los titulares de los proyectos de hidrocarburos son responsables por las emisiones atmosféricas, las descargas de efluentes líquidos, las disposiciones de residuos sólidos y las emisiones de ruido, desde las instalaciones o unidades que construyan u operen directamente o a través de terceros, en particular de aquellas que excedan los Límites Máximos Permisibles (LMP) vigentes, y cualquier otra regulación adicional dispuesta por la autoridad competente sobre dichas emisiones, descargas o disposiciones. Asimismo son responsables por los Impactos Ambientales que se produzcan como resultado de las emisiones atmosféricas, descargas de efluentes líquidos, disposiciones de residuos sólidos y emisiones de ruidos no regulados y/o de los procesos efectuados en sus instalaciones por sus actividades. También son responsables por los Impactos Ambientales provocados por el desarrollo de sus Actividades de Hidrocarburos y por los gastos que demande el Plan de Abandono.

Adviértase que resulta sumamente irregular que bajo el termino de **Estudio Ambiental** se admitan como Documento de evaluación ambiental de proyectos de inversión y actividades de hidrocarburos, siete (07) instrumentos: DIA, EIA, EIAP, EIA-sd, PAMA, PAC y PEMA, a diferencia de los solo tres que permite la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, Ley 27446, y su reglamento, el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM.

DOCUMENTO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL DE PROYECTOS DE INVERSIÓN Y ACTIVIDADES DE HIDROCARBUROS					
Declaración de Impacto Ambiental (DIA).-	Estudio de Impacto Ambiental (EIA)	Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIA-sd)	Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA)	Plan Ambiental Complementario (PAC)	Programa Especial de Manejo Ambiental (PEMA)
Documento que tiene el carácter de Declaración Jurada donde se expresa que el proyecto de inversión cumple con la legislación ambiental y que es susceptible de generar Impactos Ambientales negativos poco significativos, de acuerdo con los criterios de protección ambiental y la normativa ambiental vigente	Documento de evaluación ambiental de aquellos proyectos de inversión cuya ejecución puede generar Impactos Ambientales negativos significativos en términos cuantitativos o cualitativos. Dicho estudio, como mínimo debe ser a nivel de Factibilidad del Proyecto.	Documento de evaluación ambiental de los proyectos de inversión cuya ejecución puede generar Impactos Ambientales negativos susceptibles de ser eliminados o minimizados mediante la adopción de acciones y/o medidas fácilmente aplicables	Es el programa donde se describió las acciones e inversiones necesarias para cumplir con el Reglamento en su versión aprobada con D.S. N° 046-93-EM.	Instrumento de Gestión Ambiental para los Titulares de las Actividades de Hidrocarburos que cuentan con un Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA) según lo dispuesto en el Reglamento para la Protección Ambiental para las Actividades de Hidrocarburos aprobado con D.S. N° 046-93-EM y que no hayan dado cumplimiento a dicho Programa.	Instrumento de Gestión Ambiental para el caso de que el Titular de las actividades de minería, de Hidrocarburos o de electricidad se encuentre imposibilitado de continuar con la ejecución del Programa de Adecuación y Manejo Ambiental y Plan de Cierre o Abandono por razones de caso fortuito o fuerza mayor.

Fuente: Artículos 4º y 11º del Decreto Supremo N° 015-2006-EM, Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos

Un consuelo es que el artículo 9º del Decreto Supremo N° 015-2006-EM, establezca que previo al inicio de Actividades de Hidrocarburos, Ampliación de Actividades o Modificación, el titular deberá presentar ante la Dirección Ambiental de Asuntos Energéticos (DGAAE) el Estudio Ambiental correspondiente, el cual luego de su aprobación será de obligatorio cumplimiento. El costo de los estudios antes señalados y su difusión será asumido por el proponente. En ese sentido, el artículo 11º del citado Decreto, los Estudios Ambientales, según las Actividades de Hidrocarburos, se clasifican en: a) Declaración de Impacto Ambiental (DIA); b) Estudio de Impacto Ambiental (EIA), y c) Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIA-sd). Lo lamentable, viene a reglón seguido cuando señala que no se excluye a los demás **documentos de gestión de adecuación ambiental**, tales como Programa de Adecuación y Manejo Ambiental - PAMA, Plan Ambiental Complementario - PAC y el Programa Especial de Manejo Ambiental - PEMA.

La responsabilidad administrativa, civil y penal, de las deficiencias de los Estudios Ambientales, es consagrada en el artículo 15º del Decreto Supremo N° 015-2006-EM, que establece que “el Titular será **responsable por los daños originados como consecuencia de deficiencias derivadas de una negligencia o del uso de información falsa en la elaboración de los respectivos Estudios Ambientales o en cualquier Instrumento de Gestión Ambiental.**” En ese sentido, si por ejemplo se asegura que no existe población indígena en aislamiento voluntario o contacto inicial, y si luego, se determina que había evidencia manifiesta de su existencia, será el titular del proyecto, el que además de la consultora que elaboro el EIA serán responsables de los daños que ocasione dicha información falsa, y podrán ser denunciados por delito de falsedad genérica.

El artículo 20º del Decreto Supremo N° 015-2006-EM, acierta al consagrar un tiempo de vigencia de la certificación ambiental otorgadas para efectos del inicio de las Actividades de Hidrocarburos, así las resoluciones que aprueban los DIA, EIA-sd, EIA y PMA, tienen **vigencia de tres años**, contados a partir de la fecha de su expedición. Transcurrido el plazo mencionado sin que se haya dado inicio a las actividades el Titular deberá presentar un nuevo Estudio o Instrumento Ambiental. Lo que se complementa muy bien con el silencio negativo para los procedimientos de evaluación previa de los Estudios Ambientales establecidos en el artículo 21º del Decretos Supremos N° 015-2006-EM.

DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL	ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL	ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL SEMIDETALLADO	PLAN DE MANEJO AMBIENTAL
La Declaración de Impacto Ambiental (DIA) se presentará a la DGAAE o la DREM respectiva, según corresponda, cuya ejecución puede originar Impactos Ambientales negativos pero poco significativos.	El Estudio de Impacto Ambiental (EIA) se presentará para aquellas Actividades de Hidrocarburos, cuya ejecución puede generar significativos Impactos Ambientales de carácter negativo en términos cuantitativos o cualitativos	El Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIA-sd) se podrá presentar por una sola vez por cada proyecto de ampliación, cuya ejecución puede incluir o no, el empleo de nuevas áreas. Para aquellos Titulares que cuenten con un EIA previamente aprobado, podrán emplear o hacer referencia al Estudio de Línea de Base de aquel, siempre que no tenga	Es el Instrumento Ambiental producto de una evaluación ambiental que, de manera detallada, establece las acciones que se implementarán para prevenir, mitigar, rehabilitar o compensar los impactos negativos que se causen por el desarrollo de un proyecto, obra o actividad. Incluye los Planes de Relaciones Comunitarias, Monitoreo, Contingencia y Abandono

		más de cinco (5) años de antigüedad, contados desde la fecha de su elaboración.	según la naturaleza del proyecto, obra o actividad.
--	--	---	---

Fuente: Artículos 22º, 26º, 31º, 32º, 33º y 34º del Decreto Supremo N° 015-2006-EM

Vale la pena destacar el artículo 40º del Decreto Supremo N° 015-2006-EM, donde se indica que “está terminantemente prohibido que el Titular, su personal, sus Subcontratistas y el personal de estos, lleven a cabo actividades de caza y pesca, recolección de especies de flora y fauna silvestre, mantenimiento de animales en cautiverio, así como la introducción al territorio nacional de especies no nativas.” En cuanto a los residuos sólidos en cualquiera de las actividades de hidrocarburos serán manejados de manera concordante con la Ley N° 27314 Ley General de Residuos Sólidos y su Reglamento, sus modificatorias. En los casos de Actividades de Hidrocarburos realizadas en áreas de contrato con el Estado donde no se cuente con servicios de empresas prestadoras de servicios de residuos sólidos, se aplicará las siguientes disposiciones, de conformidad con el artículo 48º del Decreto Supremo N° 015-2006-EM:

- a) Los residuos sólidos orgánicos de origen doméstico serán segregados de los residuos de origen industrial y procesados y/o dispuestos utilizando rellenos sanitarios, incineradores, biodegradación u otros métodos ambientalmente aceptados. Los residuos sólidos inorgánicos no peligrosos deberán ser segregados y reciclados o trasladados y dispuestos en un relleno sanitario.
- b) Los residuos sólidos peligrosos serán segregados y retirados del área donde se realiza la actividad de Hidrocarburos y dispuestos en un relleno de seguridad, si se realizara almacenamiento temporal de estos residuos se hará en instalaciones que prevengan la contaminación atmosférica, de los suelos y de las aguas, sean superficiales o subterráneas, y su migración por efecto de la lluvia o el viento.

Las técnicas y el proyecto de relleno sanitario y de seguridad deberán contar con la opinión favorable de la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA), previa a la aprobación del proyecto por la DGAAE. Asimismo los lugares para la disposición final deberán contar con la aprobación de la municipalidad provincial correspondiente y la selección deberá tener en cuenta los efectos de largo plazo, en especial los posteriores a la terminación de la actividad y abandono del área.

- c) Se prohíbe disponer residuos industriales o domésticos en los ríos, lagos, lagunas, mares o cualquier otro cuerpo de agua.

Asimismo, el artículo 53º del Decreto Supremo N° 015-2006-EM, establece que “el operador Titular de la Actividad de Hidrocarburos deberá llevar un registro de los incidentes de fugas, derrames y descargas no reguladas de Hidrocarburos y de cualquier sustancia química peligrosa manipulada como parte de su actividad. Asimismo deberá informar al OEFA del incidente cuando el volumen de la fuga, derrame o descarga no regulada sea mayor a un (1) barril en el caso de Hidrocarburos líquidos, y a mil (1000) pies cúbicos en el caso de Hidrocarburos gaseosos o la cantidad aprobada por la DGAAE a propuesta del Titular a través del PMA para otras sustancias químicas. En el caso de ocurrencia de incidentes en el mar se aplicará lo dispuesto en el Convenio MARPOL y en lo dispuesto por DICAPI.”

Por otra parte, el artículo 55° del Decreto Supremo N° 015-2006-EM, ya establecía que “cuando un proyecto pueda afectar a comunidades nativas o campesinas, se incluirán en el EIA las medidas necesarias para prevenir, eliminar o minimizar los Impactos Ambientales negativos, debiendo la empresa divulgar entre la población los alcances de la actividad a realizar y el procedimiento de Contingencias frente a derrames, incendios y otros accidentes industriales que pueda afectarlas.” También se establece que los titulares de las actividades de hidrocarburos, están obligados a efectuar el muestreo de los respectivos puntos de control de los efluentes y emisiones de sus operaciones, así como los análisis químicos correspondientes, con una frecuencia que se aprobará en el Estudio Ambiental respectivo. Los reportes serán presentados ante la DGAAE, el último día hábil del mes siguiente al vencimiento de cada período de muestreo. Asimismo, deben presentar una copia de dichos reportes ante el OEFA de conformidad con el artículo 59° del Decreto Supremo N° 015-2006-EM.

PLAN DE CONTINGENCIA
<p>Los Planes de Contingencia serán aprobados por OEFA, previa opinión favorable de la entidad competente del Sistema Nacional de Defensa Civil, debiendo ser presentados a OEFA cada cinco (5) años y cada vez que sean modificados.</p> <p>El Plan de Contingencia contendrá información sobre lo siguiente:</p> <p>a. Las medidas que deberá ejecutar el Titular en caso de producirse derrames, fugas, escapes, explosiones, accidentes, incendios, evacuaciones, desastres naturales y presencia de poblaciones en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial. La metodología de Contingencias para el contacto con estas poblaciones deberá seguir los lineamientos del Protocolo de Relacionamiento con Pueblos en Aislamiento, elaborado por la autoridad en pueblos indígenas, Vice Ministerio de Interculturalidad del MINCU.</p> <p>b. Los procedimientos, los recursos humanos, el equipamiento y materiales específicos con que debe contar para prevenir, controlar, coleccionar y/o mitigar las fugas, escapes y derrames de Hidrocarburos o productos químicos; para rehabilitar las áreas afectadas; atender a las poblaciones afectadas; y almacenar temporalmente y disponer los residuos generados.</p> <p>c. Los equipos y procedimientos para establecer una comunicación sin interrupción entre el personal, los representantes de OEFA, la DGH, la DGAAE, otras entidades gubernamentales requeridas y la población que pudiere verse afectada.</p> <p>El OEFA podría llegar a ordenar la paralización de las actividades en caso detecte que el Plan de Contingencias no se encuentra adecuadamente implementado.</p> <p>En caso de que activen el Plan de Contingencia, y cuando la DGH o la Autoridad que resulte competente declaren estado de emergencia, el Plan deberá mantenerse activo hasta que se declare la finalización de la Contingencia. El Plan incluirá la difusión y capacitación, de las secciones pertinentes, a las poblaciones y comunidades que podrían ser afectadas en caso de ocurrencia de incidentes.</p>

Fuente: Artículos 60° y 61° del Decreto Supremo N° 015-2006-EM

Una de los temas más importante que aborda el artículo 76° del Decreto Supremo N° 015-2006-EM que consagra la disposición final del Agua de Producción se efectuará por Reinyección. El método y sus características técnicas, así como la formación (reservorio) receptora, serán aprobados con el EIA correspondiente. Este fue una lección que aprendió el sector a un alto costo, cuando se contaminó terriblemente el Río Corrientes, y se afectó gravemente a la población indígena Ashuar, pasivo de hidrocarburos que es una constante fuente de conflictos socio ambientales en la Región de Loreto. Asimismo, el artículo 79° del Decreto Supremo N° 015-2006-EM estableció que en las operaciones de explotación de Hidrocarburos en las que se requiera agua para tareas de recuperación secundaria o mejorada, se utilizará en primer término el Agua de Producción. Podrá autorizarse el uso de agua superficial o de subsuelo cuando en el EIA se demuestre que el Agua de Producción disponible es insuficiente y previa opinión técnica de la autoridad competente en materia de recursos hídricos, el EIA deberá discutir sobre los usos

actuales y los usos futuros previsibles de la fuente de agua, en especial su aptitud como fuente para consumo humano.

3.1.2. TRATAMIENTO DE LOS PASIVOS AMBIENTALES DEL SUBSECTOR HIDROCARBUROS

La Ley que regula los Pasivos Ambientales del Subsector Hidrocarburos, Ley N° 29134, y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 004-2011-EM, tienen por objeto regular la gestión de los pasivos ambientales en las actividades del subsector hidrocarburos con la finalidad de reducir o eliminar sus impactos negativos en la salud, en la población, en el ecosistema circundante y en la propiedad. Así, el artículo 2° de la citada Ley, precisa que se consideran pasivos ambientales, los pozos e instalaciones mal abandonados, los suelos contaminados, los efluentes, emisiones, restos o depósitos de residuos ubicados en cualquier lugar del territorio nacional, incluyendo el zócalo marino, producidos como consecuencia de operaciones en el subsector hidrocarburos, realizadas por parte de empresas que han cesado sus actividades en el área donde se produjeron dichos impactos.

Hace bien el artículo 3° de la Ley N° 29134, cuando señala que “la clasificación, elaboración, actualización y registro del inventario de los pasivos ambientales está a cargo del Ministerio de Energía y Minas. La identificación de los pasivos ambientales está a cargo del OEFA, siendo competente para efectuar la supervisión de campo a efecto de determinar los posibles pasivos ambientales en aquellos casos en donde no sea posible identificar a los titulares. Ambas entidades están facultadas para solicitar a Perupetro S.A. y a las empresas que desarrollan sus actividades en el subsector hidrocarburos, la información que fuera pertinente para ejecutar las actividades antes señaladas.

DETERMINACIÓN DE LOS RESPONSABLES DE LOS PASIVOS AMBIENTALES

El Ministerio de Energía y Minas, previo informe del OEFA, tiene a su cargo la determinación de los responsables de los pasivos ambientales, para lo cual tendrá en cuenta los siguientes criterios:

- a) **Las empresas que estén operando** en las actividades del subsector hidrocarburos **asumen la responsabilidad de los pasivos ambientales que hayan generado**, así como aquellos generados por terceros que hayan asumido en los respectivos contratos de transferencia o cesión, o de cualquier otra forma.
- b) **Las empresas que hubieran generado pasivos ambientales que no estén operando** y cuyos titulares hayan sido identificados como generadores de los pasivos ambientales son responsables de estos.
- c) En todos aquellos casos en donde **no sea posible identificar a los responsables** de los pasivos ambientales, el Estado asumirá progresivamente su remediación.
- d) En los nuevos contratos de licencia o servicios, que celebre Perupetro S.A. con empresas contratistas, se deberá incluir una cláusula precisando las responsabilidades por los pasivos ambientales que pudieran encontrarse en el área, siendo posible que la remediación sea asumida por el nuevo contratista o por el anterior, según lo que Perupetro S.A. hubiera pactado con este.

En los casos de pasivos ambientales que requieran inmediata mitigación, por representar un alto riesgo a la seguridad de la población, el Estado podrá asumir los gastos de su remediación, debiendo repetir contra los responsables de la generación de dichos pasivos en los términos que se establezcan en el reglamento de la presente Ley.

Fuente: Artículos 4° y 5° de la Ley N° 29134

PLAN DE ABANDONO DE ÁREA

Los responsables de los pasivos ambientales están obligados a presentar un **Plan de Abandono de Área** que contemple las acciones que se comprometen a efectuar para la descontaminación, restauración, reforestación, retiro de instalaciones

y otras que sean necesarias para remediar los pasivos ambientales que hubieran generado, teniendo en cuenta las condiciones originales del ecosistema, las condiciones geográficas actuales y el uso futuro del área.

En caso que el responsable de un pasivo ambiental se encuentre imposibilitado físicamente de ejecutar la remediación parcial o total del área impactada, estará obligado a abonar el monto de la compensación que corresponda, el mismo que será determinado por el Ministerio de Energía y Minas y será utilizado para las actividades de abandono y remediación.

Fuente: Artículo 6º de la Ley N° 29134

FISCALIZACIÓN, CONTROL Y SANCIONES

El OEFA tendrá a su cargo la fiscalización y el control del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los responsables que estén establecidas en el Plan de Abandono de Área.

En el caso de incumplimiento en la presentación del Plan de Abandono de Área el OEFA aplicará al responsable una multa de hasta 1 000 UIT en proporción a la magnitud del pasivo ambiental, y se le otorgará un plazo máximo adicional de tres (3) meses para su presentación.

En el caso de incumplimiento en la ejecución del Plan de Abandono de Área el OEFA aplicará a los responsables una multa de hasta 10 000 UIT en proporción a la magnitud del pasivo ambiental no remediado, y otorgará un plazo máximo adicional no mayor a seis (6) meses para la regularización de las obligaciones establecidas según el cronograma de dicho Plan. Excepcionalmente, y sólo por causas de fuerza mayor o caso fortuito, la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del Ministerio de Energía y Minas podrá conceder una ampliación del plazo hasta por seis (6) meses adicionales.

Al término del plazo aprobado para la ejecución del Plan de Abandono de Área, el OEFA realizará una auditoría integral para verificar el cumplimiento de las obligaciones que este contiene y emitirá la resolución de aprobación del Plan ejecutado, sin perjuicio de las medidas de post cierre que deban seguir ejecutándose.

Fuente: Artículo 9º de la Ley N° 29134

Asimismo, el artículo 10º del Reglamento de la Ley que regula los Pasivos Ambientales del Subsector Hidrocarburos, Decreto Supremo N° 004-2011-EM, señala que cuando la OEFA identifique la existencia de Pasivos Ambientales considerados como de alto riesgo a la salud y/o la seguridad de la población y/o la calidad del ambiente, deberá remitir de manera inmediata el Informe correspondiente a la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos (DGAAE) y a la Dirección General de Hidrocarburos (DGH), a fin de tomar las medidas necesarias para efectos de la remediación respectiva.

DETERMINACIÓN DE LOS RESPONSABLES DE PASIVOS AMBIENTALES

El MINEM, previo informe de OEFA, determina la responsabilidad respecto de los pasivos ambientales de las actividades de Hidrocarburos.

Los responsables pueden ser:

- a. Responsables Operando.-** Las personas naturales o jurídicas que se encuentren efectuando actividades del subsector Hidrocarburos, asumen la responsabilidad de los pasivos que hayan generado o de los que hayan asumido su titularidad, sea por transferencia, cesión u otra forma.
- b. Responsables No Operando.-** Se considera responsables no operando a las personas naturales o jurídicas que no se encuentren efectuando actividades del Subsector Hidrocarburos y que hubieren generado Pasivos Ambientales identificados por el OEFA.
- c. Responsables No Identificados.-** En los casos en los que el OEFA no pueda contar con información acerca de los Titulares de los Pasivos Ambientales identificados, el Estado asume progresivamente, y según su disponibilidad presupuestal, la remediación de dichos Pasivos Ambientales, priorizando los de mayor urgencia de remediación dada su situación de riesgo, en resguardo de la salud humana, la protección del ambiente, los ecosistemas y los recursos naturales pasibles de afectación.

Fuente: Artículo 12º del Reglamento de la Ley que regula los Pasivos Ambientales del Subsector Hidrocarburos, Decreto Supremo N° 004-2011-EM

3.1.3. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LAS ACTIVIDADES DE HIDROCARBUROS

La consulta previa como derecho indígena se distingue de la participación ciudadana, básicamente en dos aspectos sustantivos debido a que la primera es ejercida por la población indígena y la segunda por la población local, y además porque el objeto de la consulta previa es llegar a un acuerdo con las poblaciones indígenas de buena fe sobre el desarrollo del proyecto, en tanto la participación ciudadana tiene por objeto recoger sugerencias, opiniones y aportes de la población local sobre el proyecto. Empero para mayor abundamiento, reseñaremos la normatividad del sector de hidrocarburos que regula el tema de los procedimientos de Participación Ciudadana, que es específicamente el Decreto Supremo N° 012-2008-EM, que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de las Actividades de Hidrocarburos y sus Lineamientos, aprobados por Resolución Ministerial N° 571-2008-MEM/DM.

La Resolución Ministerial N° 571-2008-MEM-DM, aprueba los Lineamientos para la Participación Ciudadana en las Actividades de Hidrocarburos, tiene por objeto establecer los lineamientos necesarios para la aplicación del Decreto Supremo N° 012-2008-EM, Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos, estableciendo los procedimientos y mecanismos de participación ciudadana que son aplicables durante el proceso de negociación y concurso de los contratos, durante la elaboración, evaluación de los Estudios Ambientales; y, durante el seguimiento y control de los aspectos ambientales de los Proyectos y Actividades de Hidrocarburos, en el marco de lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 015-2006-EM, Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos. Asimismo los Lineamientos tienen por objeto promover una mayor participación de la población involucrada así como de sus autoridades regionales, locales, comunales y entidades representativas, con la finalidad de conocer su percepción acerca de las Actividades de Hidrocarburos a desarrollarse.

EL PROCESO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA PARA LAS ACTIVIDADES DE HIDROCARBUROS	
La participación ciudadana es un proceso público, dinámico y flexible que, a través de la aplicación de variados mecanismos, tiene por finalidad poner a disposición de la población involucrada información oportuna y adecuada respecto de las Actividades de Hidrocarburos proyectadas o en ejecución; promover el diálogo y la construcción de consensos; y, conocer y canalizar las opiniones, posiciones, puntos de vista, observaciones o aportes respecto de las actividades para la toma de decisiones de la autoridad competente en los procedimientos administrativos a su cargo.	
El proceso de participación ciudadana para las Actividades de Exploración y Explotación de Hidrocarburos comprende desde el inicio del proceso de negociación directa o por convocatoria (concurso) para la adjudicación y posterior suscripción de los Contratos de Exploración y/o Explotación de Hidrocarburos hasta el cierre del Proyecto.	
El proceso de participación ciudadana para las Actividades de Procesamiento o Refinación, Almacenamiento, Transporte, Comercialización y Distribución de Hidrocarburos, comprende las etapas de elaboración, evaluación y posterior seguimiento y control de los Estudios Ambientales correspondientes.	
ETAPAS DEL PROCESO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA	
1	Participación Ciudadana en la negociación o concurso y suscripción de los contratos de exploración y/o explotación de hidrocarburos
2	Participación Ciudadana durante la elaboración y evaluación de los Estudios Ambientales
3	Participación Ciudadana posterior a la aprobación de los Estudios Ambientales

MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA
EVENTO PRESENCIAL
AUTORIDAD COMPETENTE: PERUPETRO S.A.
<p>Debe realizar Eventos Presenciales con el objetivo de entregar información oportuna y temprana a la población sobre el proceso de suscripción de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos. PERUPETRO S.A. realizará las acciones necesarias con la finalidad de planificar estos eventos y, en particular, precisar el lugar y la fecha de su realización.</p>
MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA OBLIGATORIOS
AUTORIDAD COMPETENTE: Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos
<p>Son aquellos que deben ejecutarse obligatoriamente durante los procesos de elaboración y evaluación de los Estudios Ambientales. Buscan lograr un mayor involucramiento de la población en los Estudios Ambientales, así como establecer un espacio de diálogo directo entre la población y la autoridad, a fin de que esta reciba los mayores aportes para decidir acerca del Estudio Ambiental sometido a consideración. Comprenden los siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Taller Informativo: Está orientado a brindar información y establecer un diálogo sobre los Estudios Ambientales así como los Instrumentos de Gestión Ambiental entre el Estado, el Titular del Proyecto y la población involucrada, sobre el Proyecto de Inversión o Actividades de Hidrocarburos, sus posibles impactos y las medidas de prevención, control, mitigación u otras a adoptarse. Los Talleres podrán suspenderse o cancelarse por razones de caso fortuito o fuerza mayor, debiendo fijarse nueva fecha para la aplicación de este mecanismo. 2. Audiencia Pública: Acto público dirigido por un representante de la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del Ministerio de Energía y Minas (DGAAE), en el cual se presenta el Estudio Ambiental, registrándose las observaciones y sugerencias de los participantes, con la finalidad de incluirlas en la evaluación del Estudio Ambiental, considerándolas en el Informe de observaciones que elabore la DGAAE.

Fuente: Artículo 13º de la Resolución Ministerial N° 571-2008-MEM-DM

MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMPLEMENTARIOS
<p>Estos mecanismos de participación ciudadana permiten al Titular del Proyecto así como a quien realice las Actividades de Hidrocarburos, profundizar la participación ciudadana en su proyecto. Se seleccionan evaluando la magnitud, envergadura y complejidad del proyecto, su área de influencia y la sensibilidad ambiental y social del área. Una vez aprobado el Plan de Participación Ciudadana correspondiente, estos mecanismos se vuelven exigibles para el Titular del Proyecto. Son mecanismos de participación ciudadana complementarios, los siguientes:</p>
<ol style="list-style-type: none"> 1. Buzón de observaciones y sugerencias: La DGAAE podrá disponer que el titular del proyecto coloque uno o más buzones, dependiendo de la envergadura del proyecto. Si el buzón es dispuesto en la etapa de ejecución del proyecto, luego de aprobado el Estudio Ambiental, su contenido será revisado en presencia de(los) representante(s) del Programa de Monitoreo y Vigilancia Ciudadana; y será remitido al OEFA a efectos de tomar conocimiento de las sugerencias presentadas, así como los hechos consignados que puedan constituir denuncias. 2. Visitas guiadas al área o a las instalaciones del proyecto: Son efectuadas por personal especializado dispuesto por el Titular del Proyecto, con o sin participación de la autoridad pública competente, a fin de mostrar las características del lugar en el que se desarrollará el Proyecto o Actividades materia del Estudio Ambiental, así como las medidas de prevención, control y mitigación empleadas por el Titular del Proyecto, en caso que haya desarrollado dichas medidas en otros Proyectos o Actividades autorizadas en otras zonas. Al final de cada visita, se debe suscribir un acta, en la cual se deja constancia de los participantes y de las observaciones y sugerencias formuladas. El Acta debe ser remitida a la DGAAE, dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la fecha de las visitas. 3. Equipo de Promotores: Conjunto de Profesionales contratados por el Titular del Proyecto, a efectos que realicen visitas en su área de influencia, a fin de informar y recoger percepciones sobre el Estudio Ambiental a elaborar, que se viene elaborando, que está siendo revisado por la autoridad, o se encuentra en ejecución, sobre sus posibles impactos y las medidas de prevención, control, mitigación u otras a implementar o que se vienen aplicando. Cada promotor debe elaborar un acta por cada lugar (comunidad, caserío, etc.) que visite, en la cual consignará los datos de identificación de las personas entrevistadas y de ser posible sus firmas, así como sus observaciones y sugerencias. El Acta debe ser remitida a la autoridad, dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la fecha de término del período de participación ciudadana, dispuesto en el Plan de Participación Ciudadana para la Elaboración y Aprobación del Estudio Ambiental. 4. Oficina de Información y Participación Ciudadana: Consiste en el establecimiento o disposición, por parte del

Titular del Proyecto, de un lugar y ambiente físico adecuado, con un horario apropiado para el acceso de la población involucrada, donde se brinde información sobre el Proyecto o Actividades de Hidrocarburos y se absuelvan las interrogantes o consultas, que pueda tener la población respecto del Estudio Ambiental y/o su cumplimiento. Asimismo, se recibirán observaciones o aportes de la ciudadanía.

Fuente: Artículo 14º de la Resolución Ministerial N° 571-2008-MEM-DM

PARTICIPACIÓN CIUDADANA RELACIONADA CON LA SUSCRIPCIÓN DE LOS CONTRATOS DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS

ENTIDAD COMPETENTE

PERUPETRO S.A. es la entidad competente **para conducir el proceso de participación ciudadana** en las áreas respecto de las cuales se está negociando o concursando un Lote de Hidrocarburos, respecto de las cuales se suscribe un Contrato de Exploración y/o Explotación de Hidrocarburos.

El objetivo de esta primera etapa es la difusión de información sobre el Proyecto y las acciones que se vienen realizando para la negociación o concurso del contrato, así como una vez firmado el contrato, la presentación oficial del nuevo contratista ante la población involucrada y los acuerdos finales arribados entre el Estado y la empresa a través del contrato suscrito.

CONVOCATORIA

Para la convocatoria a los Eventos Presenciales en la etapa de negociación o concurso, PERUPETRO S.A. deberá convocar a la población involucrada, pudiendo cursarse invitaciones a autoridades, regionales, locales, comunales y entidades representativas, con la finalidad de conocer su percepción acerca de las Actividades de Hidrocarburos en general que contienen los Proyectos de Contrato, promoviendo a su vez una amplia participación de la población involucrada.

RESERVAS INDÍGENAS Y LOTES DE HIDROCARBUROS

En caso que en el(los) lote(s) exista(n) indicios de la presencia de pueblos indígenas en aislamiento y/o contacto inicial, INDEPA o quien haga sus veces participará en dichos eventos presenciales. PERUPETRO S.A. también convocará a dicha institución, a fin de que designe a un representante para que exponga en el Evento Presencial, acerca de los derechos e implicancias relacionadas a estos grupos humanos, en las áreas objeto del proceso de participación ciudadana.

ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS Y LOTES DE HIDROCARBUROS

En el caso de que el(los) Lote(s) se encuentren en Áreas Naturales Protegidas de Uso Directo, el órgano técnico correspondiente del Ministerio del Ambiente, participará en los eventos presenciales, a efectos de exponer acerca de los procedimientos o medidas que deberá(n) adoptar el(los) Titular(es) del Proyecto, para operar al interior de dicha Área Natural Protegida.

Fuente: Artículos 17º-24º de la Resolución Ministerial N° 571-2008-MEM-DM

PARTICIPACIÓN CIUDADANA RELACIONADA CON LA SUSCRIPCIÓN DE LOS CONTRATOS DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS

INICIO DEL PROCESO DE NEGOCIACIÓN O CONCURSO

PERUPETRO S.A. debe informar a los representantes de los Gobiernos Regionales, Locales y organizaciones representativas de las poblaciones involucradas, de las áreas de los lotes donde se desarrollaría la Actividad, acerca de:

- a) Lote(s) en negociación o concurso con indicación de la fecha de inicio.**
- b) Mapa de Lote(s).**
- c) Empresa(s) Petrolera(s) interesada(s), de ser el caso.**
- d) Criterios para la selección de las Empresas.**

Para este efecto, PERUPETRO S.A. debe difundir dicha información a través de diversos mecanismos: folletos, información digital, comunicaciones, Portal de Internet y Eventos Presenciales.

DESARROLLO DEL EVENTO PRESENCIAL

El Evento Presencial se realizará con una explicación inicial acerca de su objetivo, y del rol de PERUPETRO S.A. en relación a los Contratos de Hidrocarburos. Asimismo, se informará sobre el rol del Estado y sobre las acciones que se vienen realizando para la negociación o concurso del proyecto de contrato correspondiente, así como las obligaciones a las que estarán sujetas aquellos inversionistas que lo hayan suscrito. La información brindada a los participantes debe

estar a disposición de los interesados en las oficinas de PERUPETRO S.A. por un plazo no menor de treinta (30) días calendario y será proporcionada a los interesados que lo soliciten. También se difundirá esta información a través del Portal de Internet de PERUPETRO S.A.

OBLIGACIÓN DE INFORMAR CON POSTERIORIDAD A LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO

PERUPETRO S.A., dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de suscripción del Contrato de Exploración y/o de Explotación de Hidrocarburos, acordará con el Titular del Proyecto la fecha en que informará mediante un Evento Presencial a las Autoridades Regionales, Municipales y a las organizaciones sociales representativas, lo siguiente:

- a) Empresa Petrolera adjudicataria.
 - b) Número del Decreto Supremo que autoriza la suscripción del Contrato.
 - c) Criterios utilizados para la calificación de las Empresas.
 - d) Modalidad de contratación utilizada, de ser el caso.
 - e) Mapa del Área del Contrato (Lote).
 - f) Descripción de las Actividades de Hidrocarburos a desarrollar.
- PERUPETRO S.A. procederá a presentar al Contratista ante la población del área de influencia.

COMENTARIOS FORMULADOS DURANTE EL EVENTO PRESENCIAL

Las inquietudes, sugerencias y observaciones planteadas por la población involucrada así como las Autoridades, Regionales, Locales, Comunales y entidades representativas asistentes, referidas entre otras a aspectos sociales, culturales y ambientales, serán remitidas por PERUPETRO S.A. a la DGAAE, a efectos de que sean incorporadas en el Registro Interno de Participación Ciudadana que está a su cargo, las que posteriormente serán evaluadas y meritadas durante la evaluación de los Estudios Ambientales que presente el titular de Actividades de Hidrocarburos.

CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL

En caso se efectúen modificaciones al Contrato que impliquen **algún cambio de Operador (Cesión de Posición Contractual)**, una vez suscrito el Contrato de modificación, PERUPETRO S.A. deberá comunicar sobre el nuevo operador a las poblaciones involucradas realizando un Evento Presencial, debiendo además publicar en su Portal de Internet la respectiva modificación contractual.

Fuente: Artículos 26º-32º de la Resolución Ministerial Nº 571-2008-MEM-DM

PARTICIPACIÓN CIUDADANA DURANTE LA ELABORACIÓN Y EVALUACIÓN DE ESTUDIOS AMBIENTALES

AUTORIDAD COMPETENTE

Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos

PLAN DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA

El **Plan de Participación Ciudadana** para la Elaboración y Evaluación de Estudios Ambientales constituye el documento mediante el cual el Titular de la Actividad de Hidrocarburos describe las acciones y mecanismos dirigidos a informar a la población involucrada acerca del Proyecto. Para este efecto, antes de iniciar la elaboración del Estudio Ambiental correspondiente, el Titular del Proyecto, debe presentar ante la DGAAE el Plan de Participación Ciudadana referido a esta etapa, el cual será aprobado por la DGAAE para su posterior ejecución.

Fuente: Artículo 36º - 38º de la Resolución Ministerial Nº 571-2008-MEM-DM

AUDIENCIAS PÚBLICAS

Reunión e Instalación de la Mesa Directiva

- a) La Audiencia Pública estará a cargo de una **Mesa Directiva** conformada por un representante de la **DGAAE**, quien la presidirá; y, **un representante de la Autoridad Regional**, quien actuará como Secretario. El Presidente de la Mesa Directiva podrá invitar a incorporarse a la Mesa Directiva, al Presidente del Gobierno Regional, el Alcalde de la Provincia y a los Alcaldes de los Distritos incluidos en el Área de Influencia Directa del Proyecto, así como a otras autoridades públicas que se encuentren presentes. No obstante, su inasistencia no impedirá que se realice la Audiencia Pública.
- b) Los **representantes del Ministerio de Energía y Minas** que participen en la Mesa Directiva serán designados por Resolución Directoral de la DGAAE, la cual será leída en el momento de la instalación.
- c) Para garantizar la seguridad de las personas en el desarrollo de la Audiencia Pública, el Titular del Proyecto en coordinación con la DGAAE, la Autoridad Regional y la Autoridad Política del lugar, efectuará las previsiones que estime conveniente, pudiendo solicitar la presencia de efectivos de la Policía Nacional del Perú.

Exposición y Debate

- d) El Presidente de la Mesa Directiva dará inicio a la Audiencia Pública, invitando al representante del Titular del Proyecto y de la Consultora que elaboró el Estudio Ambiental, para que sustenten dicho Estudio.

- e) Concluida la sustentación, el Presidente de la Mesa Directiva invitará a los asistentes a formular sus preguntas por escrito y en forma oral.
- f) Una vez contestadas las preguntas por los expositores, se dará paso a una segunda rueda de preguntas y/o aclaraciones finales. Cada pregunta deberá ser absuelta por los expositores o por los miembros de la Mesa Directiva.
- g) Las personas que tengan a bien presentar documentos relacionados al Proyecto, podrán hacerlo luego de culminadas las intervenciones.

Finalización de la Audiencia Pública

Al final de la Audiencia Pública se dará lectura del Acta en la cual constará todo lo actuado en dicha Audiencia, que deberá ser firmada por todos los miembros de la Mesa Directiva, el representante del Titular del Proyecto y la Consultora. Cualquier observación o incidente durante el desarrollo de la Audiencia Pública deberá constar en dicha Acta.

Grabaciones de audio o audiovisuales de la Audiencia Pública

El desarrollo de la Audiencia Pública deberá ser registrado con grabaciones de audio o audiovisuales, lo cual estará a cargo del Titular del Proyecto y deberá ser remitida sin editar a la DGAAE en un plazo máximo de siete (07) días calendario. El Acta, las preguntas y los documentos recibidos por la Mesa Directiva, se anexarán al expediente del Estudio Ambiental para su evaluación correspondiente.

Fuente: Artículo 51º y 53º de la Resolución Ministerial N° 571-2008-MEM-DM

SUSPENSIÓN Y REPROGRAMACIÓN

Cuando la DGAAE tenga conocimiento o pudiese prever que existen acontecimientos que pudieran entorpecer la realización de la Audiencia Pública, se procederá a reprogramar la fecha de la misma, pudiendo modificarse también el lugar y hora del evento.

El Presidente de la Mesa Directiva, podrá suspender la Audiencia Pública por razones de Caso Fortuito o Fuerza Mayor. La nueva fecha para la realización de la Audiencia Pública se determinará de acuerdo a lo siguiente:

- a) **Si la suspensión se realiza una vez instalada la Mesa Directiva**, el Presidente deberá señalar la nueva fecha en el acto, siempre y cuando cuente con la aprobación de todos los integrantes de la Mesa Directiva, debiendo registrar el hecho en el acta respectiva y hacerlo de conocimiento por todos los asistentes. La Audiencia Pública deberá realizarse dentro de las noventa y seis (96) horas siguientes.
- b) **Si la suspensión se realiza antes de la instalación de la Mesa Directiva**, el Titular del Proyecto deberá cumplir con iniciar el proceso de convocatoria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de estos Lineamientos.
- c) **Si se volviera a presentar un Caso Fortuito o Fuerza Mayor**, que impida el desarrollo de la nueva Audiencia Pública convocada, el Presidente de la Mesa Directiva dejará constancia de los motivos por los que se volvió a interrumpir la realización de la Audiencia Pública. En este caso la DGAAE, dentro del plazo de cinco (05) días calendario, evaluará los hechos y actos suscitados, debiendo emitir pronunciamiento sobre la continuación del proceso de Participación Ciudadana.
- d) **El Titular del Proyecto podrá solicitar por única vez y de manera fundamentada, la cancelación o suspensión de la Audiencia Pública**, cuando se presenten hechos imprevistos que le impidan por causas ajenas a su voluntad, cumplir con la realización del evento, debiendo informar a la población luego de que la DGAAE haya dispuesto la suspensión de la Audiencia.

Fuente: Artículo 52º de la Resolución Ministerial N° 571-2008-MEM-DM

PARTICIPACIÓN CIUDADANA POSTERIOR A LA EVALUACIÓN DE LOS ESTUDIOS AMBIENTALES

Los mecanismos de participación ciudadana usados en esta etapa serán los establecidos en el **Plan de Participación Ciudadana** que forma parte del **Plan de Relaciones Comunitarias** aprobado con el Estudio Ambiental o Instrumento de Gestión Ambiental correspondiente, mediante Resolución Directoral de la DGAAE. Se deberá implementar el **Programa de Monitoreo y Vigilancia Ciudadana** y/o el de **la Oficina de Información y Participación Ciudadana**, teniendo en cuenta las particularidades de cada Actividad de Hidrocarburos, así como la fase en la que se encuentre, distinguiendo sobre todo si se encuentra en la fase de exploración o de explotación.

MEDIDAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROGRAMA DE MONITOREO Y VIGILANCIA CIUDADANA

El Programa de Monitoreo y Vigilancia Ciudadana está orientado a que la población involucrada con sus Autoridades Comunales y entidades representativas, participen en el seguimiento de las Actividades de Hidrocarburos. Los documentos o reportes generados, a la DGAAE y a la OGGs, trimestralmente, para que procedan en el marco de sus competencias.

El OEFA debe informar de manera trimestral a la población involucrada sobre los resultados de la evaluación realizada a los documentos o reportes recibidos en el marco del Programa de Monitoreo y Vigilancia Ciudadana, a través del Oficio correspondiente. Asimismo, OEFA remitirá un Informe Anual durante el primer trimestre de cada año, dando cuenta de las acciones realizadas durante el año anterior como consecuencia de dichos reportes.

Fuente: Artículos 60º-63º de la Resolución Ministerial N° 571-2008-MEM-DM

3.2. LAS CONCESIONES MINERAS

No es un secreto que más del 40% de conflictos sociales son socio ambientales, y que de ese porcentaje un 70% son vinculados a la actividad minera, por eso lo importante de

entender cómo se otorgan este tipo de concesiones, y donde están sus talones de Aquiles, y demás taras congénitas, partiendo como siempre de identificar los sectores competentes que intervienen en las mismas. En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Energía y Minas, es la entidad del Estado que tiene la labor de promover, a través de sus distintos organismos internos y órganos adscritos, las inversiones en el ámbito del sector minero, hidrocarburíferos y eléctrico. Conviene por ello conocer su organización interna.

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

El Ministerio de Energía y Minas tiene las siguientes funciones generales:

- a. Promover la inversión en el Sector;
- b. Ejercer las potestades de autoridad administrativa del Sector;
- c. Dictar la normatividad general de alcance nacional en las materias de su competencia;
- d. Formular, y, en su caso, promover políticas de fomento y tecnificación de electricidad, hidrocarburos y minería;
- e. Ejecutar y evaluar el inventario de los recursos mineros y energéticos del país;
- f. Orientar y fomentar la investigación científica y tecnológica en el ámbito de su competencia;
- g. Coordinar y promover la asistencia técnica en electricidad, hidrocarburos y minería;
- h. Otorgar, en nombre del Estado, concesiones y celebrar contratos, según corresponda, para el desarrollo de las actividades minero - energéticas de conformidad con la legislación sobre la materia;
- i. Ser la autoridad ambiental competente para las actividades minero - energéticas;
- j. Promover el fortalecimiento de las relaciones armoniosas de las empresas del Sector Energía y Minas con la sociedad civil o población involucrada con el desarrollo de sus actividades;
- k. Promover el desarrollo de la competitividad en las actividades minero - energéticas;
- l. Fomentar el uso eficiente de la energía y el aprovechamiento y desarrollo de los recursos energéticos renovables;
- m. Mantener relaciones de coordinación sobre la gestión del desarrollo sectorial sostenible con los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales;

Fuente: Artículo 4º del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas, Decreto Supremo N° 031-2007-EM

DIRECCIÓN GENERAL DE MINERÍA

La Dirección General de Minería es el órgano técnico normativo encargado de proponer y evaluar la política del Sector Minería; proponer y/o expedir, según sea el caso, la normatividad necesaria del Sector Minería; promover el desarrollo sostenible de las actividades de exploración y explotación, labor general, beneficio, comercialización y transporte minero; ejercer el rol concedente a nombre del Estado para el desarrollo de las actividades mineras, según le corresponda. Depende jerárquicamente del Viceministro de Minas.

DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS AMBIENTALES MINEROS

La Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM), es la autoridad competente para **orientar, dirigir y llevar a cabo procesos de participación ciudadana relacionados a las actividades mineras** de la mediana y gran minería. También es el órgano técnico normativo encargado de proponer y evaluar la política ambiental del Sector Minería, proponer y/o expedir la normatividad necesaria, así como **promover la ejecución de actividades orientadas a la conservación y protección de los medio ambientes** referidos al desarrollo de las actividades mineras. Depende jerárquicamente del Vice Ministro de Minas.

Fuente: Artículo 97º y 98º - 106º del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas, Decreto Supremo N° 031-2007-EM así como el artículo 2.2 del Decreto Supremo N° 028-2008-EM. Artículo 2º del Decreto Supremo N° 078-2009-EM.

Recordemos que mediante el artículo 1º del Decreto Supremo N° 008-2007-EM se aprobó la fusión del Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero - INACC con el Instituto Geológico Minero y Metalúrgico - INGEMMET. La fusión indicada se realizó bajo la modalidad de fusión por absorción, correspondiéndole al Instituto Geológico Minero y Metalúrgico - INGEMMET la calidad de entidad incorporante.

INSTITUTO GEOLÓGICO MINERO Y METALÚRGICO

El Instituto Geológico Minero y Metalúrgico tiene las siguientes funciones:

1. Realizar y fomentar la investigación de los recursos minerales, energéticos e hidrogeológicos del país; generar y actualizar el inventario de los mismos y promover su conocimiento y desarrollo;

2. Investigar y efectuar estudios en geomorfología, glaciología y geología ambiental en el ámbito de su competencia, así como estudios de evaluación y monitoreo de los peligros geológicos en el territorio nacional a efecto de determinar sus efectos en la comunidad y el medio ambiente;
3. Proponer a las instancias pertinentes las políticas generales en materia de investigación científica y tecnológica en las diversas áreas de las geociencias y sus aplicaciones;
4. Desarrollar, mantener y actualizar la Carta Geológica Nacional y sus derivaciones temáticas, en coordinación con los organismos competentes.
5. Identificar, estudiar y monitorear los peligros asociados a movimientos en masa, actividad volcánica, aluviones, tsunamis y otros;
6. Acopiar, integrar, salvaguardar, administrar, interpretar y difundir la información geocientífica nacional; siendo el depositario oficial de toda la información geológica minera del país;
7. Participar en representación del Estado, en los programas y proyectos de colaboración y cooperación internacional en temas geocientíficos;
8. Conformar, administrar y mantener la base de datos geocientífica del Perú, como una herramienta básica para el fomento de la inversión y del desarrollo nacional, así como, proveer la información geocientífica necesaria para el cuidado del medio ambiente y el ordenamiento territorial;
9. Realizar y/o participar en programas de reconocimiento, prospección y monitoreo del territorio en el ámbito de su competencia;
10. Administrar el inventario nacional de los recursos no renovables del subsuelo;
11. Identificar y regular las zonas que en razón de la presencia de patrimonio geológico puedan considerarse áreas protegidas o constituir Geoparques;
12. Garantizar la certificación de las aguas termales y medicinales de todo el territorio peruano;
13. Recibir, admitir a trámite y tramitar petitorios de concesión minera a nivel nacional;
14. Otorgar títulos de concesión minera;
15. Conducir el proceso de remate de petitorios mineros a nivel nacional en los casos de simultaneidad;
16. Tramitar y resolver los recursos de oposición y las denuncias de internamiento;
17. Tramitar y resolver solicitudes de acumulación, división ó fraccionamiento de derechos mineros.
18. Constituir las sociedades legales de oficio o a solicitud de parte, cuando corresponda;
19. Extinguir petitorios y concesiones mineras, por causales de abandono, caducidad, nulidad, inadmisibilidad, rechazo, renuncia, cancelación y otras que determine la ley y publicar su libre denunciabilidad cuando corresponda;
20. Resolver sobre la renuncia parcial o total de las concesiones mineras;
21. Informar periódicamente a la Dirección General de Minería sobre las infracciones que cometan los Peritos Mineros nominados en el ejercicio de la función;
22. Administrar el Catastro Minero, el Pre catastro y el Catastro de Áreas Restringidas a la Actividad Minera;
23. Conceder los recursos de revisión en los procedimientos en el que le corresponda ejercer jurisdicción administrativa;
24. Administrar y distribuir el Derecho de Vigencia y Penalidad, controlando los abonos efectuados, las deudas y expidiendo las resoluciones de no pago de derecho de vigencia y penalidad y resoluciones de exclusión de dicha condición;
25. Elaborar el Padrón Minero Nacional;
26. Proporcionar a las Regiones competentes en materia de procedimiento ordinario minero, información catastral integrada a nivel nacional;
27. Incorporar y mantener en el Catastro Minero Nacional la información proveniente de los Gobiernos Regionales en materia de procedimientos mineros, según competencias;
28. Administrar un sistema interconectado de información y proceso entre el órgano jurisdiccional administrativo minero del Gobierno Nacional y los órganos jurisdiccionales administrativos mineros de los Gobiernos Regionales según las competencias asignadas por ley;
29. Proporcionar asesoría a los Gobiernos Regionales en materia jurisdiccional administrativa minera relacionada al Procedimiento Ordinario Minero;
30. Proponer al Ministerio de Energía y Minas la normatividad pertinente para perfeccionar y uniformizar la legislación minera aplicable a nivel nacional y regional;
31. Asesorar al Ministerio de Energía y Minas y otras entidades del Estado en aspectos de su competencia;

Fuente: Artículo 3º del Decreto Supremo N° 035-2007-EM, ROF de INGEMMET



Fuente: INGEMMET

Dirección de Concesiones Mineras de INGEMMET

La Dirección de Concesiones Mineras, tiene las siguientes funciones:

1. Planificar, organizar, dirigir, evaluar y supervisar las actividades de su competencia;
2. Evaluar y tramitar los petitorios mineros, oposiciones, acumulaciones, fraccionamiento y división de concesiones mineras, constitución de sociedad legal, unidades económicas administrativas y cambio de sustancias;
3. Tramitar y en su caso resolver las denuncias por internamiento en derecho ajeno, sustitución y reducción de áreas;
4. Declarar por excepción, la cancelación de los petitorios que se formulen sobre áreas ocupadas por denuncios, petitorios y concesiones mineras prioritarias;
5. Emitir pronunciamiento sobre la renuncia total o parcial del área de concesión;
6. Proponer al Presidente las declaraciones de caducidad y áreas de libre denunciabilidad;
7. Expedir constancias de derechos en trámite;
8. Emitir dictámenes técnicos y legales en los asuntos de su competencia;
9. Opinar por la exclusión de las áreas extinguidas de libre denunciabilidad del Sistema de Cuadrículas;
10. Conducir el acto de remate derivado de la simultaneidad de petitorios así como declarar el abandono o inexistencia del área simultánea, según sea el caso;
11. Registrar en el sistema correspondiente la información que se genere;
12. Informar a la Dirección General de Minería sobre las infracciones que cometan los Peritos Mineros nominados en el ejercicio de su función;
13. Absolver las consultas legales que formulen los usuarios mineros, respecto a los procedimientos a su cargo;
14. Proponer las directivas que permitan mejorar la gestión de la Dirección de Concesiones Mineras;
15. Asesorar a la Alta Dirección y otros órganos del Instituto Geológico Minero y Metalúrgico en aspectos de su competencia, cuando le sean consultados; y,

El Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, Decreto Supremo N° 014-92-EM, recordemos tiene por objeto regular todo lo relativo al aprovechamiento de las sustancias minerales del suelo y del subsuelo del territorio nacional, así como del dominio marítimo y consagra los principios rectores para realizar esta actividad.

PRINCIPIOS DE LA ACTIVIDAD MINERA

1.	Todos los recursos minerales pertenecen al Estado, cuya propiedad es inalienable e imprescriptible. El aprovechamiento de los recursos minerales se realiza a través de la actividad empresarial del Estado y de los particulares, mediante el régimen de concesiones.
2.	La concesión minera obliga a su trabajo, obligación que consiste en la inversión para la producción de sustancias minerales.

3.	La industria minera es de utilidad pública y la promoción de inversiones en su actividad es de interés nacional.
4.	Son actividades de la industria minera, las siguientes: cateo, prospección, exploración, explotación, labor general, beneficio, comercialización y transporte minero.

Fuente: Título Preliminar de la Ley General de Minería

ACTIVIDADES MINERAS Y FORMA DE EJERCERLAS	
CATEO Y PROSPECCION	COMERCIALIZACION
<p>El cateo es la acción conducente a poner en evidencia indicios de mineralización por medio de labores mineras elementales.</p> <p>La prospección es la investigación conducente a determinar áreas de posible mineralización, por medio de indicaciones químicas y físicas, medidas con instrumentos y técnicas de precisión.</p>	<p>La comercialización de productos minerales es libre, interna y externamente y para su ejercicio no se requiere el otorgamiento de una concesión.</p>
<p>El cateo y la prospección son libres en todo el territorio nacional.</p> <p>Es prohibido el cateo y la prospección en zonas urbanas o de expansión urbana, en zonas reservadas para la defensa nacional, en zonas arqueológicas y sobre bienes de uso público; salvo autorización previa de la entidad competente.</p>	<p>Las actividades de exploración, explotación, beneficio, labor general y transporte minero son ejecutadas por personas naturales y jurídicas nacionales o extranjeras, a través del sistema de concesiones.</p>

Fuente: Artículos 1º-7º del Decreto Supremo Nº 014-92-EM

CONCESIONES MINERAS	
<ul style="list-style-type: none"> • La concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos. • La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada. • La concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario • Las concesiones son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones establecidas para mantener su vigencia. 	
TIPOS DE CONCESIONES MINERAS	
1	La exploración es la actividad minera tendente a demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimiento minerales
2	La explotación es la actividad de extracción de los minerales contenidos en un yacimiento.
3	Desarrollo es la operación que se realiza para hacer posible la explotación del mineral contenido en un yacimiento.

Fuente: Artículos 8º-10º del Decreto Supremo Nº 014-92-EM

CONCESIONES DE BENEFICIO	
<p>La concesión de beneficio otorga a su titular el derecho a extraer o concentrar la parte valiosa de un agregado de minerales desarraigados y/o a fundir, purificar o refinar metales, ya sea mediante un conjunto de procesos físicos, químicos y/o físico-químicos. Así, la concesión de beneficio otorga a su titular el derecho a realizar uno o más de los procesos minero metalúrgicos, tales como:</p>	
<p>1. Concesión de Preparación Mecánica.- Proceso por el cual se reduce de tamaño, se clasifica y/o lava un mineral.</p>	
<p>2. Concesión de Metalurgia.- Conjunto de procesos físicos, químicos y/o físico-químico que se realizan para concentrar y/o extraer las sustancias valiosas de los minerales.</p>	
<p>3. Concesión de fundición o Refinación.- Proceso para purificar los metales de los productos obtenidos de los procedimientos metalúrgicos anteriores.</p>	
<p>PLANTAS METALURGICAS MOVILES</p> <p>Para la operación de plantas metalúrgicas móviles o portátiles se requerirá el Estudio de Impacto Ambiental debidamente aprobado por la Dirección General de Asuntos Ambientales. Asimismo, el titular tendrá la obligación de comunicar previamente a la Dirección General de Minería el inicio de sus operaciones. Se consideran como plantas metalúrgicas móviles o portátiles para el efecto las siguientes:</p>	
<p>a) Plantas concentradoras de minerales montadas sobre plataformas rodantes, sobre bastidores deslizantes o unidades semiestacionarias, de acuerdo a las necesidades de operación que puedan comprender todo o parte de los procesos de chancado, molienda, flotación y filtrado.</p>	
<p>b) Plantas de lixiviación de cianuración sobre plataformas rodantes, bastidores deslizantes o unidades</p>	

semiestacionarias.

- c) **Plantas de lavado de gravas metalíferas y no metálicas** que consten de todo o parte de los siguientes componentes: tolvas, chancadoras, fajas, molinos, bombas, jigs, mesas vibratorias y amalgamadoras, entre otros.
- d) **Dragas de todos los tipos**, aquellas que operan en estanques artificiales o sobre cursos de agua permanentes.
- e) **Sistemas móviles** de monitores de agua a alta presión.

Fuente: Artículos 17º-18º del Decreto Supremo Nº 014-92-EM. Artículo 43º y 44º del Reglamento de diversos Títulos del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería Decreto Supremo Nº 03-94-EM

CONCESIONES DE LABOR GENERAL

Labor general es toda actividad minera que presta servicios auxiliares, tales como ventilación, desagüe, izaje o extracción a dos o más concesiones de distintos concesionarios. La concesión de labor general otorga a su titular el derecho a prestar servicios auxiliares a dos o más concesiones mineras.

Fuente: Artículos 20-21 del Decreto Supremo Nº 014-92-EM

CONCESION DE TRANSPORTE MINERO

La concesión de transporte minero confiere a su titular el **derecho de instalar y operar un sistema de transporte masivo continuo de productos minerales** entre uno o varios centros mineros y un puerto o planta de beneficio, o una refinería o en uno o más tramos de estos trayectos.

Fuente: Artículos 22-23 del Decreto Supremo Nº 014-92-EM

DERECHOS COMUNES DE LOS TITULARES DE CONCESIONES

Los titulares de concesiones, gozan de los siguientes atributos:

1. En las concesiones que se otorguen en terrenos eriazos, **al uso minero gratuito de la superficie correspondiente a la concesión**, para el fin económico de la misma, sin necesidad de solicitud adicional alguna.
2. **A solicitar a la autoridad minera, autorización para establecer servidumbres en terrenos de terceros que sean necesarios para la racional utilización de la concesión.** La servidumbre se establecerá previa indemnización justipreciada si fuere el caso. De oficio o a petición del propietario afectado, la autoridad minera dispondrá la expropiación si la servidumbre enerva el derecho de propiedad.
3. **A solicitar autorización para establecer uso minero o servidumbres, en su caso, sobre los terrenos superficiales de otras concesiones**, siempre que no se impida o dificulte la actividad minera de sus titulares.
4. **A construir en las concesiones vecinas, las labores que sean necesarias al acceso, ventilación y desagüe de su propias concesiones, transporte de los minerales y seguridad de los trabajadores, previa la indemnización correspondiente** si causan daños y sin gravamen alguno para las concesiones sirvientes, dejando en cancha, libre de costos para estas concesiones, los minerales resultantes de las labores ejecutadas.
5. **A solicitar la expropiación, previa indemnización justipreciada**, de los inmuebles destinados a otro fin económico, si el área fuera necesaria, a juicio de la autoridad minera, para la racional utilización de la concesión y se acreditase la mayor importancia de la industria minera sobre la actividad afectada.
6. **A usar las aguas que sean necesarias para el servicio doméstico del personal de trabajadores y para las operaciones de la concesión.**
7. A aprovechar las sustancias minerales contenidas en las aguas que alumbren con sus labores.
8. **A inspeccionar las labores de concesiones mineras vecinas o colindantes, cuando sospeche internación o cuando tema inundación, derrumbe o incendio, por el mal estado de las labores de los vecinos o colindantes**, por el desarrollo de los trabajos que se efectúen en éstos.
9. **A contratar la ejecución de los trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio, con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería.**

Fuente: Artículos 37º del Decreto Supremo Nº 014-92-EM

OBLIGACIONES DE LOS TITULARES DE CONCESIONES

A partir del año en que se hubiere formulado el petitorio, el concesionario minero estará obligado al pago del **Derecho de Vigencia**.

En caso de que no se cumpliera con ello a partir del primer semestre del undécimo año computado desde el siguiente a aquel en que se hubiere otorgado el título de concesión minera, el concesionario deberá pagar una penalidad equivalente al 10% de la producción mínima anual exigible por año y por hectárea, hasta el año en que cumpla con la producción mínima anual. Si continuase el incumplimiento hasta el vencimiento del décimo quinto año de otorgada la concesión

minera, **se declarará su caducidad** salvo que existan razones fundadas en el caso fortuito o fuerza mayor.

Para el cumplimiento de las obligaciones de trabajo, el titular de más de una concesión minera de la misma clase y naturaleza, podrá agruparlas en Unidades Económico Administrativas, siempre que se encuentren ubicadas dentro de una superficie de 5 kilómetros de radio, cuando se trate de minerales metálicos no ferrosos o metálicos auríferos primarios; de 20 kilómetros de radio cuando se trate de hierro, carbón o mineral no metálico; y 10 kilómetros en los yacimientos metálicos auríferos detríticos o de minerales pesados detríticos.

El agrupamiento de concesiones mineras constituye una unidad económico-administrativa y requiere de resolución aprobatoria de la Dirección General de Minería.

Fuente: Artículos 38º-44º del Decreto Supremo N° 014-92-EM

OBLIGACIONES COMUNES

Todo titular de actividad minera está obligado a ejecutar las labores propias de la misma, de acuerdo con sistemas, métodos y técnicas que tiendan **al mejor desarrollo de la actividad** y con sujeción a las normas de seguridad e higiene y saneamiento ambiental aplicables a la industria minera. En el desarrollo de tales actividades deberá evitarse en lo posible daños a terceros, **quedando el titular obligado a indemnizarlos por cualquier perjuicio que les cause.**

Cuando durante la ejecución de las labores propias de su concesión o de los trabajos y obras accesorias, el titular se introdujere en concesión ajena sin autorización, queda obligado a paralizar sus trabajos y a devolver al damnificado el valor de los minerales extraídos sin deducir costo alguno y a pagarle una indemnización, si además hubiere causado daño.

En caso de controversia judicial sobre la validez de una concesión, subsiste la obligación de pago de las obligaciones pecuniarias para mantenerla vigente. El accionante queda también obligado al cumplimiento de las obligaciones pecuniarias en los plazos establecidos en esta Ley, mientras dure el juicio, bajo pena de abandono de la instancia respecto de la concesión en litigio. Concluida la controversia, el litigante vencido podrá solicitar el reembolso de las cantidades que hubiere pagado.

Fuente: Artículos 48º, 53º-54º del Decreto Supremo N° 014-92-EM

EXTINCION DE CONCESIONES Y SU DESTINO

Las concesiones se extinguen por caducidad, abandono, nulidad, renuncia y cancelación.

CADUCIDAD

Produce la caducidad de denuncios, petitorios y concesiones mineras, así como de las concesiones de beneficio, labor general y transporte minero, el no pago oportuno del derecho de vigencia durante dos años consecutivos o no. También constituye causal de caducidad de las concesiones mineras el incumplimiento de las obligaciones de producción durante dos (2) años.

Las concesiones mineras de beneficio, de labor general y de transporte minero no podrán ser objeto de caducidad, transcurridos cinco (5) años de producida la causal alegada sin que la autoridad administrativa haya emitido la Resolución de Caducidad. Dicho plazo no será de aplicación en caso de que los procedimientos administrativos o judiciales respectivos se hayan iniciado antes de su vencimiento.

Son causales de caducidad de las concesiones de labor general y transporte minero, el incumplimiento de la construcción e instalación dentro del plazo fijado y el incumplimiento de las condiciones de su otorgamiento así como el no pago oportuno del derecho de vigencia de dos años consecutivos o tres alternados.

ABANDONO

Es causal de abandono de los procedimientos de concesión, el incumplimiento por el interesado de las normas del procedimiento minero aplicables al título en formación.

CANCELACION

Se cancelarán los petitorios o concesiones, cuando se superpongan a derechos prioritarios, o cuando el derecho resulte inubicable.

Las áreas correspondientes a concesiones y petitorios caducos, abandonados, nulos, renunciados, y aquellos que hubieren sido rechazados en el acto de su presentación, no podrán peticionarse mientras no se publiquen como denunciabiles

Fuente: Artículos 58º, 59º, 61º-65 del Decreto Supremo N° 014-92-EM

CONSEJO DE MINERIA

Son atribuciones del Consejo de Minería:

- 1) Conocer y resolver en última instancia administrativa los recursos de revisión.
- 2) Resolver sobre los daños y perjuicios que se reclamen en la vía administrativa.
- 3) Resolver los recursos de queja por denegatoria del recurso de revisión.

- 4) Absolver las consultas que le formulen los Órganos del Sector Público Nacional sobre asuntos de su competencia y siempre que no se refieran a algún caso que se halle en trámite administrativo o judicial.
- 5) Uniformar la jurisprudencia administrativa en materia minera.
- 7) Proponer al Ministerio de Energía y Minas las disposiciones legales y administrativas que crea necesarias para el perfeccionamiento y mejor aplicación de la legislación minera.

El Consejo de Minería se compone de cinco vocales, quienes ejercerán el cargo por el plazo de cinco años, y durante el cual serán inamovibles, siempre que no incurran en manifiesta negligencia, incompetencia o inmoralidad, casos en los cuales el Ministro de Energía y Minas formulará la correspondiente Resolución Suprema de subrogación, que será expedida con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

Fuente: Artículos 94º del Decreto Supremo N° 014-92-EM

SOLICITUD DE PETITORIO

En caso que dos o más peticionarios soliciten la misma área, se amparará al que primero presentó su solicitud. Mientras se encuentre en trámite una solicitud de concesión minera y no haya sido resuelta definitivamente su validez, no se admitirá ninguna solicitud sobre la misma área, cualquiera que fuera el peticionario, ni aún para que se tenga presente.

Si durante la tramitación de un petitorio minero se advirtiese que se superpone totalmente sobre otro anterior, será cancelado el procedimiento posterior y archivado su expediente. Si la superposición es parcial, el nuevo peticionario deberá reducir su pedimento respetando el área de la concesión minera anterior

Fuente: Artículos 113º- 114º del Decreto Supremo N° 014-92-EM

3.2.1. REGLAMENTO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL DEL SECTOR MINERO

El Reglamento del Título Décimo Quinto del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, sobre el medio ambiente, aprobado por el Decreto Supremo N° 016-93-EM, es el Reglamento de Protección Ambiental del Sector Minero, que debe ser adecuado al Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, dicho ello, resaltaremos las partes más importantes del mismo, subrayando sus falencias y defectos. En ese sentido, diremos que el artículo 5º del Decreto Supremo N° 016-93-EM, establece que **el titular de la actividad minero - metalúrgica, es responsable por las emisiones, vertimientos y disposición de desechos al medio ambiente que se produzcan como resultado de los procesos efectuados en sus instalaciones.** A este efecto es su obligación evitar e impedir que aquellos elementos y/o sustancias que por sus concentraciones y/o prolongada permanencia puedan tener efectos adversos en el medio ambiente, sobrepasen los niveles máximos permisibles establecidos.

Importante es tener en cuenta el artículo 6º del Decreto Supremo N° 016-93-EM, que establece la obligación del titular poner en marcha y mantener programas de previsión y control contenidos en el Estudio de Impacto Ambiental y/o Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, basados en sistemas adecuados de muestreo, análisis químicos, físicos y mecánicos, que permitan evaluar y controlar en forma representativa los efluentes o residuos líquidos y sólidos, las emisiones gaseosas, los ruidos y otros que puedan generar su actividad, por cualquiera de sus procesos cuando éstos pudieran tener un efecto negativo sobre el medio ambiente. **Dichos programas de control deberán mantenerse actualizados,** consignándose en ellos la información referida al tipo y volumen de los efluentes o residuos y las concentraciones de las sustancias contenidas en éstos.

Por otra parte, el artículo 32º del Decreto Supremo N° 016-93-EM señala que toda operación de beneficio deberá tener un sistema de colección y drenaje de residuos y derrames, el mismo que contará con sistemas de almacenamiento que considere casos de contingencias, en el caso de contener concentraciones de elementos contaminantes por encima de los niveles máximos permisibles. Asimismo, el artículo 36 del mismo Decreto, señala que en caso de disposición de relaves y/o escorias, en tierra, éstos

deberán ser depositados en canchas ubicadas preferentemente cerca de las plantas de beneficio, para permitir el reciclaje del agua y así minimizar o evitar la descarga de efluentes fuera de la zona de almacenamiento. Las áreas deberán ser seleccionadas en base a las siguientes prioridades: a) No ocupar cauces de flujo de agua permanente, como arroyos, riachuelos o ríos; b) No deberán estar ubicadas en cuencas sujetas a aluviones, huaycos o torrenteras; c) Ubicarse preferentemente sobre terrenos de mínima permeabilidad y alta estabilidad; d) Evitar ocupar áreas situadas aguas arriba de poblaciones o campamentos; e) Evitar estar ubicadas en las orillas de cuerpos lacustres o marinos.

Recordemos que el artículo 37° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, establece que “los estudios y la implementación de proyectos, para depósitos de relaves y/o escorias, deben garantizar la estabilidad estructural del depósito así como de las obras complementarias a construirse, como en las laderas adyacentes al depósito y la presa o presas de sostén, asegurando la estabilidad física de los elementos naturales integrantes y circundantes, para prevenir la ocurrencia de cualquier falla o interacción desestabilizadora, como consecuencia de fenómenos naturales tales como: actividad volcánica, sísmica, inundaciones e incendios. Para la construcción de los depósitos de relaves y/o escorias, se podrá utilizar las quebradas o cuencas naturales siempre que, mediante los estudios de ingeniería pertinentes, se demuestre que se han tomado las previsiones necesarias para evitar la contaminación de los cursos de agua que fluyen permanente o eventualmente y para garantizar la estabilidad de todos los elementos que constituyen el depósito. Dichos estudios incluirán la operación del sistema de disposición de relaves y las medidas necesarias para su abandono al término de su vida útil.

Complementa, el artículo 38° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, y señala que en los casos de plantas de beneficio que, por razones topográficas, geológicas, edafológicas o hídricas no sea factible ubicar los depósitos de relaves y/o escorias en zonas cercanas, éstos podrán ser conducidos y depositados en el fondo de cuerpos lacustres o del mar, mediante la tecnología adecuada que garantice la estabilidad física y química de los relaves y/o escorias, de tal manera que no constituya riesgo para la flora, fauna marina y/o lacustre. Cuando el volumen de relaves y/o de escorias imposibilite su acumulación en quebradas, o al hacerlo en tierras planas susceptibles del futuro aprovechamiento agrícola, las deterioren, o en las que se pudieran presentar casos de percolación, o se trate de zonas sísmicas, o que pudieran generar otros impactos ambientales, se autorizará su vertimiento en el fondo de cuerpos acuáticos, sean estos lacustres o en el mar.

Ciertamente, para “el abandono definitivo de los depósitos de relaves y/o escorias, necesariamente se elaborarán y ejecutarán las obras o instalaciones requeridas para garantizar su estabilidad, especialmente en lo que respecta a la permanencia y operatividad de los elementos de derivación de los cursos de agua, si los hubiere, y el tratamiento superficial del depósito y de la presa, para evitar su erosión. El material depositado deberá ser estabilizado de tal forma que inhiba la percolación de aguas meteóricas y el transporte de contaminantes que puedan degradar los cuerpos de agua superficiales o subterráneos” de conformidad con el artículo 39° del Decreto Supremo N° 016-93-EM.

Resulta, un mal recuerdo recordar, que mediante Decreto Supremo N° 041-2001-EM, se creó el **Programa Especial de Manejo Ambiental - PEMA**, en actividades de minería,

hidrocarburos y electricidad, cuyo artículo 1º, señala que “en el caso de que el titular de las actividades de minería, de hidrocarburos o de electricidad se encuentre imposibilitado de continuar con la ejecución del Programa de Adecuación y Manejo Ambiental y Plan de Cierre o Abandono por razones de caso fortuito o fuerza mayor, podrá solicitar ante la Dirección General de Minería o el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG) según corresponda, la autorización para la presentación de un Programa Especial de Manejo Ambiental (PEMA), sobre los proyectos o actividades que no pudieron ejecutarse como parte del Programa de Adecuación y Manejo Ambiental o Plan de Cierre o Abandono aprobado.” Felizmente, el artículo 7º, señala que “el incumplimiento de las obligaciones ambientales por los casos descritos en el Artículo 1, no exime de responsabilidad ambiental al titular de la actividad, siendo responsable por los daños causados al medio ambiente de acuerdo con las normas vigentes.”

Más adelante, se aprueba el Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, Decreto Supremo N° 020-2008-EM, cuyo objetivo es la prevención, minimización, mitigación y control de los riesgos y efectos que pudieran derivarse de las actividades de exploración minera sobre la salud, la seguridad de las personas y el ambiente, así como la rehabilitación ambiental al término de las mismas, propendiendo a un adecuado relacionamiento entre los titulares de actividades mineras y la población asentada en su ámbito de influencia, a fin de contribuir al desarrollo sostenible.

El artículo 5º del Decreto Supremo N° 020-2008-EM, establece claramente que “antes de iniciar actividades de exploración minera, el titular debe contar con el correspondiente estudio ambiental aprobado, con excepción de las actividades de cateo y prospección que son libres en todo el territorio nacional, aun cuando no podrán efectuarse por terceros en áreas donde existan concesiones mineras, áreas de no admisión de denuncios y terrenos cercados o cultivados, salvo previo permiso escrito de su titular o propietario. Es prohibido el cateo y la prospección en zonas urbanas o de expansión urbana, en zonas reservadas para la defensa nacional, en zonas arqueológicas y sobre bienes de uso público, salvo autorización previa de la entidad competente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del TUO de la Ley General de Minería aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-92-EM.

Se reitera, que **“el titular es responsable por las emisiones, vertimientos y disposición de residuos al medio ambiente, así como por la degradación del mismo o de sus componentes y por los impactos y efectos negativos que se produzcan como resultado de las actividades de exploración minera que realiza o haya realizado. En caso que el titular transfiera o ceda su concesión minera, el adquirente o cesionario debe cumplir con todas las medidas y obligaciones establecidas en el estudio ambiental que le haya sido aprobado a su transferente o cedente”** conforme consta en el artículo 6º del Decreto Supremo N° 020-2008-EM.

OBLIGACIONES DEL TITULAR DE UNA CONCESIÓN MINERA DE EXPLORACIÓN

El titular está obligado a contar con los siguientes instrumentos, antes de iniciar sus actividades de exploración minera:

- a) El estudio ambiental correspondiente aprobado, de acuerdo a lo señalado en el presente reglamento.
- b) Las licencias, permisos y autorizaciones que son requeridos en la legislación vigente, de acuerdo con la naturaleza y localización de las actividades que va a desarrollar.
- c) El derecho de usar el terreno superficial correspondiente al área en donde va a ejecutar sus actividades de exploración minera, de acuerdo a la legislación vigente.

Durante el desarrollo de sus actividades de exploración minera, el titular está obligado a lo siguiente:

- a) Ejecutar todas las medidas dispuestas en el estudio ambiental correspondiente, en los plazos y términos aprobados por la autoridad.
- b) Adoptar medidas y buenas prácticas para prevenir, controlar, monitorear, mitigar, restaurar, rehabilitar o reparar, según corresponda, los impactos y efectos negativos generados por su actividad.
- c) Ejecutar las medidas de cierre y post cierre correspondientes.

Fuente: Artículo 7º del Decreto Supremo N° 020-2008-EM

PROTECCIÓN AMBIENTAL EN ZONAS ESPECIALES	
Actividades en Áreas Naturales Protegidas	Protección de bofedales o humedales
De acuerdo con el artículo 28 de la Ley N° 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas y el artículo 93, numeral 4 de su Reglamento, Decreto Supremo N° 038-2001-AG, la aprobación de los estudios ambientales de actividades de exploración minera que vayan a realizarse al interior de un área natural protegida que forma parte del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE) o dentro de su zona de amortiguamiento, está sujeta a la previa Opinión Favorable emitida por el SERNANP, la cual debe ser solicitada por el titular minero, adjuntando la constancia de presentación respectiva, a su solicitud de aprobación del estudio ambiental correspondiente.	Ninguna actividad de exploración podrá atravesar bofedales o humedales, con caminos de acceso, u originar la colocación de materiales, residuos o cualquier otra materia o sustancia sobre ellos.
Protección del patrimonio arqueológico	
Está prohibido el inicio de actividades de exploración minera en áreas que constituyan Monumentos Arqueológicos Prehispánicos o Monumentos Históricos Coloniales y Republicanos a los que se refiere el Decreto Supremo 004-2000-ED o sus modificatorias, salvo que el titular cuente con autorización expresa del Instituto Nacional de Cultura.	

Fuente: Artículos 10º-11º, 14º del Decreto Supremo N° 020-2008-EM

CLASIFICACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN MINERA	
Categoría I	Categoría II
Comprende proyectos que impliquen cualquiera de los siguientes aspectos: a) Un máximo de 20 plataformas de perforación; b) Un área efectivamente disturbada menor a 10 hectáreas considerando en conjunto dichas plataformas, trincheras, instalaciones auxiliares y accesos; c) La construcción de túneles de hasta 50 metros de longitud, en conjunto.	Comprende proyectos que impliquen cualquiera de los siguientes aspectos: a) Más de 20 plataformas de perforación; b) Un área efectivamente disturbada mayor a 10 hectáreas considerando en conjunto dichas plataformas, trincheras, instalaciones auxiliares y accesos; c) La construcción de túneles de más de 50 metros de longitud.

Fuente: Artículo 20º del Decreto Supremo N° 020-2008-EM

ESTUDIOS AMBIENTALES SEGÚN CATEGORÍA	
Categoría I:	Categoría II:
Declaración de Impacto Ambiental (DIA) a) DIA sujeta a procedimiento de aprobación automática , constituyendo el cargo de recepción de dicho documento, prueba suficiente de la resolución aprobatoria ficta de su solicitud. b) DIA estará sujeta a un procedimiento de evaluación previa , en el caso que los proyectos de exploración a ejecutar se localicen en áreas naturales protegidas o su zona de amortiguamiento , o cuando la exploración tenga por objeto determinar la existencia de minerales radiactivos. Asimismo, cuando las plataformas, perforaciones, trincheras, túneles, calicatas, u otros se vayan a localizar: a. A menos de 50 metros de un bofedal, canal de conducción, pozos de captación de aguas subterráneas, manantiales o puquiales. b. En glaciares o a menos de 100 metros del borde del	Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIASd) El EIASd para actividades de exploración minera está sujeto al siguiente procedimiento de evaluación previa : a) Presentación de la solicitud de aprobación del estudio ambiental considerando los requisitos del TUPA. b) Revisión del expediente c) Recepción de observaciones, aportes o comentarios recibidos durante el proceso de participación ciudadana, de acuerdo a la norma de la materia. d) Si la información está incompleta se emite un Informe de Observaciones dentro del plazo de 20 días hábiles. e) La autoridad trasladará las observaciones formuladas al titular, para que presente su descargo en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles.

<p>glaciar.</p> <p>c. En bosques en tierras de protección y bosques primarios.</p> <p>d. En áreas que tengan pasivos ambientales mineros o labores de exploración previas no rehabilitadas, que excedan el nivel de intervención que configura la Categoría I.</p>	<p>f) Vencido el plazo otorgado, con o sin el descargo correspondiente, se emite la resolución de aprobación o de desaprobación de la EIAsd, según corresponda.</p> <p>g) Si el descargo presentado no es satisfactorio, la autoridad podrá expedir un requerimiento de Información Complementaria. Si el descargo está completo y es satisfactorio, se expide la resolución de aprobación del EIAsd</p> <p>h) En el caso de proyectos ubicados en un área natural protegida o su zona de amortiguamiento, el titular deberá adjuntar a su solicitud, copia del cargo de presentación del estudio ambiental ante al SERNANP, para que emita su Opinión correspondiente.</p> <p>i) Si el SERNANP emitiera observaciones, estas serán trasladadas al titular en el plazo máximo de cinco (05) días hábiles desde su recepción para que éste las absuelva en un plazo máximo de diez (10) días hábiles. Transcurrido el plazo, sin haberse subsanado las observaciones se emitirá resolución. Si se presenta la subsanación de observaciones de manera completa, se trasladará al SERNANP para su opinión definitiva.</p>
--	--

VIGENCIA DE LA RESOLUCIÓN QUE APRUEBA EL ESTUDIO AMBIENTAL

En la resolución que aprueba el estudio ambiental se aprobará el cronograma de ejecución del plan de trabajo, mensualizado. El titular podrá iniciar sus actividades de exploración **en un plazo no mayor de 12 meses contados a partir de la fecha de emisión de la resolución de aprobación de su estudio ambiental**, caso contrario, el titular deberá someter su estudio ambiental a un nuevo procedimiento de aprobación.

El **procedimiento de modificación del EIAsd debe iniciarse antes del término de su vigencia**. Si el procedimiento se inicia con posterioridad a dicha fecha, la solicitud será declarada improcedente, quedando el titular, facultado para iniciar un nuevo procedimiento, conforme a ley, en cuyo caso, **deberá presentar un nuevo EIAsd completo para su evaluación.**

RECURSOS IMPUGNATIVOS

Contra lo resuelto por la DGAAM se podrá interponer **recurso de revisión ante el Consejo de Minería**, sin perjuicio de la facultad de interponer recurso de reconsideración, en aplicación de la Ley N° 27444.

Fuente: Artículos 21° y 26°, 30°-32°, 34°, 35° y 37° del Decreto Supremo N° 020-2008-EM

SOBRE LAS ACTIVIDADES DE CIERRE PROGRESIVO

El titular de actividad minera está obligado a ejecutar las medidas de cierre progresivo, cierre final y postcierre que corresponda, así como las medidas de control y mitigación para periodos de suspensión o paralización de actividades, de acuerdo con el estudio ambiental aprobado por la DGAAM.

El titular deberá iniciar las labores de rehabilitación de aquellas áreas perturbadas inmediatamente después de haber concluido su utilización, incluyendo el lugar donde se colocaron las plataformas, las perforaciones, trincheras o túneles construidos y las vías de acceso, salvo que la comunidad o los gobiernos locales, regionales o nacional tengan interés en el uso alternativo y económicamente viable de alguna instalación o infraestructura del titular, para fines de uso o interés público. En este caso, los interesados solicitarán conjuntamente con el titular, que dicha instalación o infraestructura sea excluida de los compromisos de cierre.

La paralización o suspensión de actividades de exploración minera por más de un (01) año obliga al titular, a ejecutar las medidas de control o mitigación que se establezca en el estudio ambiental correspondiente, a fin de evitar impactos negativos sobre la salud y seguridad de las personas o del ambiente.

Fuente: 38°-40° del Decreto Supremo N° 020-2008-EM

TRÁNSITO HACIA LA EXPLOTACIÓN

El titular minero que prevea desarrollar la etapa de explotación minera, podrá diferir el plazo de ejecución de las medidas de cierre final y postcierre, **hasta la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental o del Plan de Cierre para la fase de explotación minera**, debiendo definirse para este caso, las medidas de control y mitigación correspondientes. En caso transcurran más de **tres (03 años) desde el término de las actividades de exploración**, sin que se haya aprobado alguno de los dos estudios ambientales señalados, el titular deberá ejecutar las medidas de cierre final y post

cierre, pudiendo la autoridad, ordenar la ejecución inmediata de las garantías constituidas. El plazo indicado para la ejecución de las medidas de cierre final y post cierre podrá ser prorrogado por 3 años más, debiendo el titular presentar la solicitud correspondiente ante la DGAAM, con la información sustentatoria debida, para su aprobación.

Fuente: 42º del Decreto Supremo N° 020-2008-EM

Posteriormente, el Decreto Supremo N° 078-2009-EM, regula la implementación de medidas de remediación ambiental a cargo del **titular minero que haya realizado actividades y/o ejecutado proyectos relacionados con las actividades mineras** previstas en la Ley General de Minería tales como exploración, explotación, beneficio, almacenamiento de concentrado de minerales o actividades conexas o vinculadas a éstas, **sin contar con la Certificación Ambiental** aprobada por la autoridad competente; de tal forma que las áreas utilizadas para tales actividades alcancen las características de un ecosistema compatible con un ambiente saludable y equilibrado para el desarrollo de la vida. El decreto supremo no resultaba de aplicación para actividades de minería realizadas por personas naturales o jurídicas sin contar con título de concesión vigente de acuerdo a la Ley General de Minería, ni para la pequeña minería y minería artesanal.

PLAN DE REMEDIACIÓN AMBIENTAL

El titular minero que haya realizado actividades y/o ejecutado proyectos de actividades mineras tales como exploración, explotación, beneficio, o actividades conexas o vinculadas a éstas, sin contar con la Certificación Ambiental correspondiente aprobada por la autoridad competente, **deberá elaborar y ejecutar un Plan de Remediación Ambiental**, a fin de corregir la perturbación de las áreas utilizadas o afectadas por la ejecución de dichas actividades, de tal forma que alcancen, en la medida de lo posible, las características de un ecosistema compatible con un ambiente saludable y equilibrado para el desarrollo de la vida.

La presentación y ejecución de las obligaciones y compromisos contenidos en el Plan de Remediación Ambiental se realizan previa paralización de la actividades debidamente constatada por el OEFA y sin perjuicio de las medidas correctivas, cautelares, mandatos y sanciones impuestas o que correspondan imponerle al titular minero. Las medidas planteadas en el Plan de Remediación Ambiental pueden implicar, el retiro o demolición por cuenta y riesgo del titular, de las infraestructuras o construcciones realizadas sin contar con la Certificación Ambiental correspondiente, siempre que técnicamente resulte inviable su permanencia de acuerdo a lo que determine la Autoridad Competente.

La sola presentación del Plan de Remediación Ambiental o la aprobación por la Autoridad Competente no faculta al titular para continuar con el desarrollo de las actividades mineras no amparadas en la correspondiente Certificación Ambiental.

Fuente: Artículo 3º del Decreto Supremo N° 078-2009-EM

CONTENIDO DEL PLAN DE REMEDIACIÓN AMBIENTAL

El Plan de Remediación Ambiental será presentado para su aprobación ante la Autoridad Competente, por el titular de la actividad objeto de remediación, o por quien asuma dicha responsabilidad voluntariamente. Esta presentación podrá ser a requerimiento de la Autoridad a cargo de la Fiscalización Minera, y deberá contener lo siguiente:

1. **Una descripción detallada de todos los componentes mineros y las actividades mineras realizadas y/o ejecutadas sin haber estado amparadas en la Certificación Ambiental correspondiente.**
2. **La identificación y descripción detallada y fundamentada, de los impactos ambientales ocasionados o que se continúen produciendo por la ejecución de proyectos** o realización de actividades mineras sin haber estado amparadas en la Certificación Ambiental correspondiente.
3. **La identificación y descripción detallada de las medidas de remediación ambiental a desarrollarse** y del manejo ambiental a considerar durante la ejecución de tales medidas.
4. **La identificación y descripción detallada de las medidas de compensación ambiental** que se proponga efectuar por los impactos negativos o daños causados al ambiente sobre la base de los costos necesarios para su remediación
5. El presupuesto y cronograma mensualizado de las actividades de remediación, incluyendo sus costos.
6. **Los resultados de estudios, análisis, informes, monitoreos y otra documentación que resulte necesaria para fundamentar los planteamientos de remediación contenidos** en el Plan de Remediación Ambiental. Todos los estudios, análisis, informes, monitoreos serán de cargo del titular de la actividad, sujetos a la evaluación de la Autoridad Competente.

7. Un resumen ejecutivo del Plan de Remediación Ambiental.

8. Una carta fianza o la constitución de un fideicomiso en garantía, a favor del Ministerio de Energía y Minas por el valor de ejecución de las medidas contenidas en el Plan de Remediación Ambiental. El valor de esta garantía podrá ser reajustado por la autoridad competente como resultado del procedimiento de evaluación técnica y/o legal correspondiente.

Para la elaboración del Plan de Remediación Ambiental el proponente considerará, de manera referencial y según corresponda a la actividad realizada, la **Guía para el Cierre de Minas** aprobada por la DGAAM. El Plan de Remediación Ambiental será elaborado por una consultora de Planes de Cierre debidamente inscrita en el Ministerio de Energía y Minas.

Concluida la ejecución del Programa de Remediación Ambiental el titular deberá comunicarlo a la autoridad fiscalizadora a fin que proceda a verificar si las acciones se han realizado de acuerdo a lo aprobado. La autoridad fiscalizadora remitirá a la autoridad competente el respectivo informe para que luego ésta expida la conformidad respectiva y se proceda a devolver la garantía financiera correspondiente.

Fuente: Artículos 4º y 7º del Decreto Supremo N° 078-2009-EM

EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA

La carta fianza o la constitución de un fideicomiso en garantía, a favor del Ministerio de Energía y Minas por el valor de ejecución de las medidas contenidas en el Plan de Remediación Ambiental será ejecutada en los siguientes casos:

- 1 Cuando al término del plazo aprobado para la ejecución del Plan de Remediación Ambiental, la autoridad a cargo de la fiscalización minera comunique a la autoridad competente su incumplimiento de acuerdo a lo previsto en el referido Plan.
- 2 Cuando la autoridad competente haya desaprobado el Plan de Remediación Ambiental al término del procedimiento administrativo y esta resolución haya quedado firme en la vía administrativa.

Una vez ejecutada la carta fianza, la DGAAM encargará a una empresa especializada la elaboración de un Plan de Remediación Ambiental o la ejecución de las obras pendientes del Plan incumplido, sin perjuicio de las sanciones y/o acciones legales que puedan interponerse contra el titular de actividad minera, así el retiro o demolición de lo indebidamente construido.

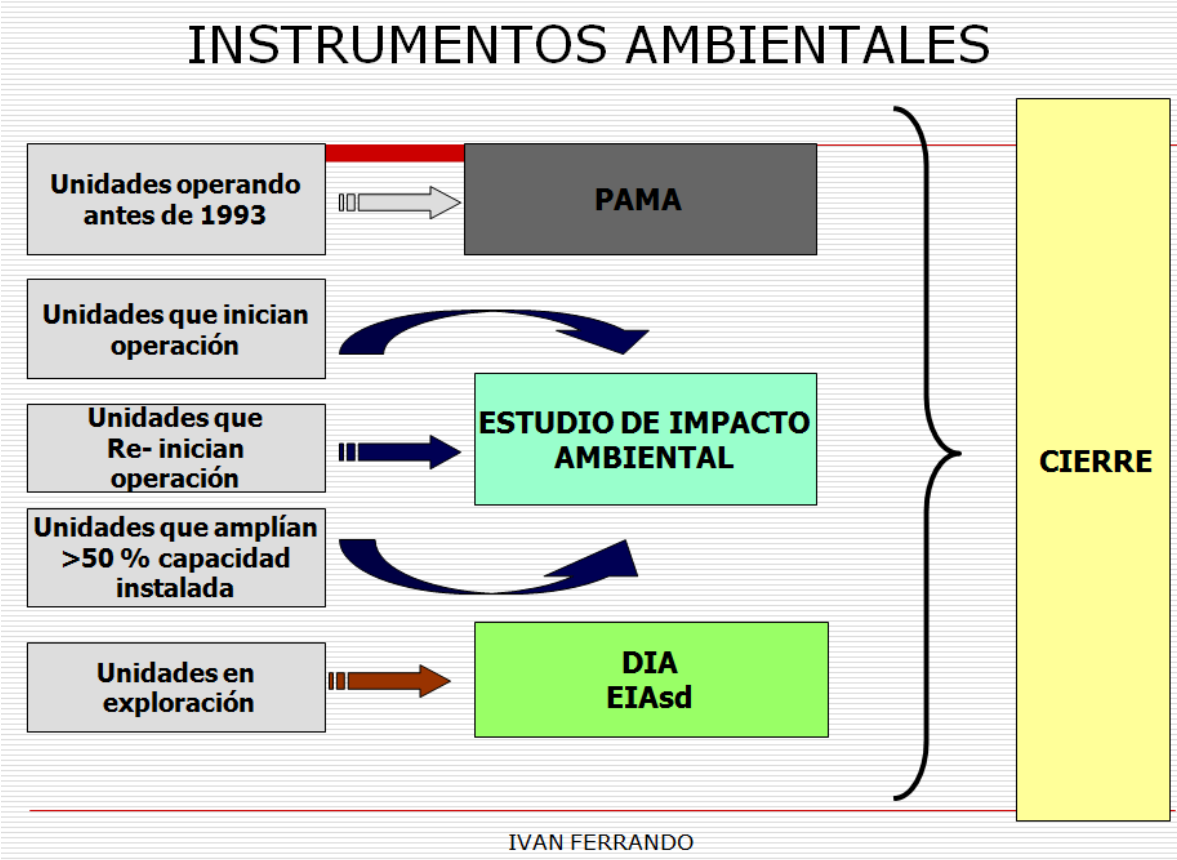
Para todos los otros aspectos vinculados a la garantía financiera, será de aplicación supletoria las disposiciones normativas que regulan el los Planes de Cierre de Minas.

Fuente: Artículo 6º del Decreto Supremo N° 078-2009-EM

El artículo 8º del Decreto Supremo N° 078-2009-EM, encubre claramente un PAMA bajo la apariencia de un EIA post sanción, sino veamos el texto: “los titulares mineros podrán presentar, de manera excepcional (...), el Instrumento de Gestión Ambiental o Estudio Ambiental o la modificación de alguno preexistente respecto de actividades de exploración, explotación, beneficio, almacenamiento de concentrados y actividades conexas o vinculadas que hubieran realizado sin contar con la correspondiente Certificación Ambiental, si califica en alguno de los siguientes supuestos: a) actividades por las cuales se hubiera iniciado un procedimiento administrativo sancionador a la fecha de la publicación del presente decreto supremo y se haya cumplido con el pago de las multas impuestas y con las medidas correctivas y cautelares dispuestas por la Autoridad a Cargo de la Fiscalización Minera. En este supuesto, el titular de la actividad minera deberá comunicar por escrito a la DGAAM y a la Autoridad a Cargo de la Fiscalización Minera, su voluntad de acogerse a lo dispuesto en el presente decreto supremo; b) Actividades que se hubieran realizado a la fecha de la publicación del presente decreto supremo y que sean informadas por el propio titular minero a la Autoridad a Cargo de la Fiscalización Minera, en el plazo establecido en el presente decreto supremo (30 días).” Otra oportunidad más, a los empresarios mineros informales, y después dicen que no tratamos bien al empresario de este sector, ya pecamos de extremadamente generosos.

Felizmente, el artículo 13 del Decreto Supremo N° 078-2009-EM, pone coto a las posibles contradicciones que podría ocasionar este régimen de adecuación y a la utilización de

testaferros cuando señala que: “la Autoridad Competente no podrá aprobar nuevas Certificaciones Ambientales o modificaciones de alguna preexistente, correspondientes a aquellos titulares de la actividad minera respecto de los cuales la Autoridad a Cargo de la Fiscalización Minera informe por escrito del incumplimiento en la ejecución de algún Plan de Remediación Ambiental a cargo de dicho titular; o respecto de aquellos que, estando obligados, no hayan cumplido con presentar para su aprobación el correspondiente Plan de Remediación Ambiental. Las autoridades del sub sector minería están sujetas a la misma prohibición, respecto de los permisos, licencias o autorizaciones que les corresponda otorgar conforme a sus competencias. **Esta prohibición subsistirá en caso de transferencia de la Unidad Minera, cambio de razón social o cesión minera a personas naturales o jurídicas vinculadas económica o societariamente.**”



3.2.2. PLAN DE CIERRE DE MINAS

La Ley que regula el Cierre de Minas, Ley N° 28090, tiene por objeto regular las obligaciones y procedimientos que deben cumplir los titulares de la actividad minera para la elaboración, presentación e implementación del Plan de Cierre de Minas y la constitución de las garantías ambientales correspondientes, que aseguren el cumplimiento de las inversiones que comprende, con sujeción a los principios de protección, preservación y recuperación del medio ambiente y con la finalidad de mitigar sus impactos negativos a la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad.

PLAN DE CIERRE DE MINAS

El Plan de Cierre de Minas es un instrumento de gestión ambiental conformado por acciones técnicas y legales, efectuadas por los titulares mineros, destinado a establecer medidas que se deben adoptar a fin de rehabilitar el área utilizada o perturbada por la actividad minera para que ésta alcance características de ecosistema compatible con un ambiente saludable y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación paisajista.

La rehabilitación se llevará a cabo mediante la ejecución de medidas que sean necesarias realizar antes, durante y después del cierre de operaciones, cumpliendo con las normas técnicas establecidas, las mismas que permitirán eliminar, mitigar y controlar los efectos adversos al ambiente generados o que se pudieran generar por los residuos sólidos, líquidos o gaseosos producto de la actividad minera.

El operador minero presentará su Plan de Cierre de Minas a la autoridad competente para su aprobación, el que establecerá los estudios, acciones y obras correspondientes a realizarse para mitigar y eliminar, en lo posible, los efectos contaminantes y dañinos a la población y al ecosistema en general, a la conclusión de sus operaciones.

Los titulares de la actividad minera, están obligados a:

- Implementar un Plan de Cierre de Minas planificado desde el inicio de sus actividades.
- Reportar semestralmente al Ministerio de Energía y Minas el avance de las labores de recuperación consignadas en el Plan de Cierre de Minas.
- Constituir una garantía ambiental que cubra el costo estimado del Plan de Cierre de Minas.

El operador minero deberá presentar a la autoridad competente, el Plan de Cierre de Minas, en el plazo máximo de 1 año, a partir de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental (EIA).

El Plan de Cierre de Minas **deberá ser revisado por lo menos cada 5 años desde su última aprobación** por la autoridad competente, con el objetivo de **actualizar sus valores o para adecuarlo a las nuevas circunstancias** de la actividad o los desarrollos técnicos, económicos, sociales o ambientales.

El Plan de Cierre de Minas podrá ser también modificado cuando se produzca un cambio sustantivo en el proceso productivo, a instancia de la autoridad competente.

En el caso que el titular de actividad minera transfiera o ceda la unidad minera, el adquirente o cesionario estará obligado a ejecutar el Plan de Cierre de Minas aprobado. El adquirente o cesionario deberá constituir la garantía financiera, en reemplazo o en forma complementaria a las garantías otorgadas por el transferente o cedente. Sin perjuicio ello, **la responsabilidad relativa al cierre de minas podrá extenderse al transfiriente y al adquirente, o en su caso, al cedente y al cesionario.**

Fuente: Artículos 3º, 6º, 7º y 9º de la Ley N° 28090. Artículo 28º del Decreto Supremo N° 033-2005-EM

Posteriormente, el Reglamento para el Cierre de Minas, Decreto Supremo N° 033-2005-EM, establece en su artículo 3º, que “todo titular de actividad minera está obligado a realizar el cierre de las áreas, labores e instalaciones de una unidad minera, a través del Plan de Cierre de Minas. El cierre de áreas, labores e instalaciones de una unidad minera no afecta la vigencia de las concesiones, de los derechos de uso minero, ni de los demás derechos adquiridos por el titular de actividad minera, los cuales se rigen por lo que disponga el título en virtud del cual se originaron o fueron concedidos. Las obligaciones y responsabilidades del titular de actividad minera respecto del Plan de Cierre de Minas, no cesan por extinción del referido título. El uso minero y la servidumbre minera comprenden las labores de cierre.” Y a reglón seguido distingue la autonomía de la responsabilidad administrativa, de la civil y penal de la siguiente forma: “Sin perjuicio de lo señalado y de las sanciones administrativas o de otra naturaleza que fueren aplicables, en caso de riesgos inminentes a la salud o al ambiente, la Dirección General de Minería podrá requerir al titular de actividad minera que en forma inmediata ejecute las labores de cierre de los componentes mineros involucrados o brinde facilidades para ello, según corresponda.”

PRESENTACIÓN Y APROBACIÓN DEL PLAN DE CIERRE DE MINAS

La presentación del Plan de Cierre de Minas es una obligación exigible a todo titular de actividad minera, que se encuentre en operación sea en la fase de desarrollo minero o de producción, que inicie operaciones mineras o las reinicie después de haberlas suspendido o paralizado antes de la vigencia de la Ley, y no cuente con un Plan de Cierre de Minas aprobado.

Asimismo, el Plan de Cierre de Minas y las garantías que de él se deriven, son exigibles al titular de actividad minera que realice exploración con labores subterráneas que impliquen la remoción de más de diez mil (10,000) toneladas de material o más de mil (1,000) toneladas de material con una relación de potencial de neutralización (PN) sobre potencial de acidez (PA) menor a tres ($PN/PA < 3$), en muestras representativas del material removido. **El Plan de Cierre se presenta como anexo de la Evaluación Ambiental** o de la modificación correspondiente que implique la remoción total de dicho volumen de material y se aprueba conforme al procedimiento de la Evaluación Ambiental. Deberá ser actualizado en los plazos que se indique en la Resolución de aprobación o a través de las acciones de fiscalización correspondientes. Las garantías serán constituidas de acuerdo con el cronograma y términos que apruebe la autoridad, pudiendo establecerse cuotas en función al plazo de las actividades de exploración aprobadas.

Todo titular de actividad minera es responsable del cierre de las áreas, labores e instalaciones comprendidas en su unidad minera, aun cuando éstas se encuentren en posesión de terceros.

El Plan de Cierre de Minas complementa el Estudio de Impacto Ambiental correspondiente a las operaciones del titular de actividad minera. **En ningún caso se aprobará como parte del Estudio de Impacto Ambiental**, ni de su ejecución, proyectos, labores o instalaciones mineras que por su diseño, dimensión o naturaleza pudieran estar orientados a minimizar el monto de las garantías del Plan de Cierre de Minas.

El Plan de Cierre de Minas que se incluye en el Estudio de Impacto Ambiental, se presenta a nivel conceptual ante la autoridad competente.

Fuente: Artículos 8º y 9º del Decreto Supremo N° 033-2005-EM

La participación ciudadana en los planes de cierre de minas es sumamente pobre e incipiente, apenas aparecen las publicaciones, avisos radiales, y las comunicaciones a otras entidades estatales, más no la ejecución de talleres informativos o audiencias públicas, que estarían perfectamente justificadas por la relevancia del tema de la rehabilitación ambiental.

POST CIERRE

Concluido el cierre de las áreas, labores e instalaciones utilizadas por una unidad minera, el titular de actividad minera debe continuar desarrollando las medidas de tratamiento de efluentes y emisiones, monitoreo, mantenimiento o vigilancia que corresponda, de acuerdo con el Plan de Cierre de Minas aprobado por la autoridad competente. La ejecución de obras de ingeniería y de construcción de infraestructura para la rehabilitación ambiental no están comprendidas en la etapa de postcierre.

La etapa de postcierre estará a cargo y bajo responsabilidad del titular de actividad minera hasta por un plazo no menor de 5 años luego de concluida la ejecución del Plan de Cierre, siempre que el titular demuestre que a través de la continuación de las medidas indicadas en el párrafo anterior, se logrará la estabilización física y química de los residuos o componentes de dicha unidad, susceptibles de generar impactos ambientales negativos, en cuyo caso, se detraerá de las garantías un monto a valor presente correspondiente al tiempo de postcierre adicional proyectado que sea necesario o a perpetuidad según se requiera, a efectos de que el Estado, directamente o a través de tercero, se encargue de mantener las medidas de postcierre establecidas. Los montos restantes de la garantía serán devueltos al titular.

Fuente: Artículos 31º del Decreto Supremo N° 033-2005-EM

CERTIFICADOS DE CUMPLIMIENTO

Certificado de Cumplimiento Progresivo del Plan de Cierre de Minas: Se otorga cuando se haya culminado de ejecutar las medidas de cierre progresivo comprometidas en el Plan de Cierre de Minas respecto a áreas, labores o instalaciones específicas. Sin perjuicio del otorgamiento de este Certificado, el titular de actividad minera estará a cargo de las labores de post cierre, hasta el cierre final de sus operaciones. El citado Certificado permite al titular de actividad minera, solicitar la modificación del tipo o reducción del monto de la garantía que se hubiera establecido y la eventual devolución de excedentes.

Certificado de Cierre Final: Se otorga cuando se hayan ejecutado todas las medidas comprometidas en el Plan de Cierre de Minas de la unidad minera y se haya efectuado el pago por el mantenimiento de las medidas de postcierre que deban continuar implementándose. En el Certificado de Cierre Final se consigna el detalle de todas las instalaciones, labores y áreas materia del cierre.

La emisión del Certificado de Cierre Final determina el fin de la obligación de mantener una garantía y confiere al titular de actividad minera, **el derecho a requerir la devolución del saldo de la garantía**, si fuera el caso, sin perjuicio de la asignación correspondiente que deba efectuarse para el mantenimiento de las medidas de postcierre. El otorgamiento del Certificado de Cierre Final hará presumir legalmente el cumplimiento total y adecuado de los deberes y obligaciones a cargo del titular de actividad minera.

Fuente: Artículos 32º del Decreto Supremo N° 033-2005-EM

INTERRUPCIÓN EN LA EJECUCIÓN DE LAS OPERACIONES MINERAS Y EJECUCIÓN PLAN DE CIERRE DE MINAS

La suspensión o paralización de operaciones mineras no afecta el debido cumplimiento del Plan de Cierre de Minas aprobado. Para efectos del Plan de Cierre de Minas, **en ningún caso el período de suspensión o paralización, incluyendo todas sus prórrogas, podrá exceder de tres (3) años.** Cumplido este plazo, la suspensión o paralización se transformará de pleno derecho en cierre de operaciones, debiendo implementarse todas las medidas comprometidas en el Plan de Cierre de Minas aprobado.

Si durante la suspensión o paralización se desmantelan instalaciones fijas, esto es, aquellas relacionadas al proceso extractivo y/o de beneficio, o se retira maquinaria operativa que cubra el 50% del proceso productivo, se entenderá automáticamente vencido el plazo y deberá darse curso inmediato al cierre de todas las instalaciones mineras, de acuerdo con el Plan de Cierre de Minas aprobado.

En caso de incumplimiento de las medidas de cierre, de suspensión o paralización por plazo mayor a los tres (3) años indicados en el presente artículo, o de circunstancias que evidencien riesgos para la ejecución oportuna y efectiva del Plan de Cierre, se podrá disponer:

- a) **La constitución inmediata del monto de la garantía faltante,** según se requiera, para cubrir el valor de las medidas de cierre progresivo, de cierre final y post cierre, según corresponda.
- b) **La ejecución inmediata del monto de la garantía ya constituido,** debiendo utilizarse para cubrir el valor de las medidas del Plan de Cierre de Minas que corresponda.

Durante el plazo de la suspensión o paralización de operaciones, deberán iniciarse o seguir ejecutándose las medidas de manejo ambiental o cierre necesarias para el control o tratamiento de aquellos residuos que se generen con independencia del desarrollo de las actividades mineras y las demás que estuvieran previstas en el Plan de Cierre de Minas aprobado.

Por excepción, la ejecución del Plan de Cierre de Minas puede ser interrumpida con el previo consentimiento expreso de la autoridad competente, debiendo reiniciarse la ejecución del mismo, al término del plazo de la suspensión o la paralización impuesta.

No se autorizará ninguna interrupción en la ejecución del Plan de Cierre de Minas y se ordenará en su caso, el inicio o la continuación de su ejecución antes del vencimiento del plazo de la suspensión o paralización dispuesta, en el caso de peligro a la salud o al medio ambiente, sin perjuicio de las sanciones que pudieran corresponder.

Fuente: Artículos 34º y 35º del Decreto Supremo N° 033-2005-EM

El artículo 46º del Decreto Supremo N° 033-2005-EM, establece que “el titular de actividad minera constituirá garantías de importe suficiente y realización oportuna para el cumplimiento del Plan de Cierre de Minas, en base al estimado de montos aprobado, en la forma, valor y oportunidades que apruebe la autoridad competente. El titular de actividad minera debe constituir la garantía, luego de la aprobación del Plan de Cierre de Minas.” Asimismo, el titular de actividad minera no podrá desarrollar las operaciones de exploración minera, ni operaciones de explotación y procesamiento minero, si no ha constituido previamente las garantías del caso. En caso de actividades en operación, la no constitución de la garantía correspondiente es causal de paralización de las actividades hasta por un plazo máximo de dos (2) años, al vencimiento de los cuales si no se hubiera constituido la garantía indicada, el titular de actividad minera quedará obligado a ejecutar inmediatamente las medidas establecidas en su Plan de Cierre de Minas aprobado, sin perjuicio de las demás acciones legales aplicables de conformidad con el artículo 47º del mencionado Decreto. Recordemos que la garantía se constituirá a partir del año siguiente a la fecha de aprobación o modificación del Plan de Cierre de Minas, dentro de los primeros doce (12) días hábiles de cada año, tal como lo dispone el artículo 50 del referido Decreto.

Asimismo, el titular de actividad minera cuyo Plan de Cierre de Minas haya sido declarado no presentado o desaprobado por la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros, o que sea requerido por la Dirección General de Minería, está obligado a constituir una garantía provisional equivalente al dos por ciento (2%) del valor de sus ventas anuales, o a doscientas (200) UIT, el monto que sea mayor, la cual quedará sin efecto en el momento en que se constituya la garantía anual correspondiente al Plan de Cierre de Minas de dicho titular, que apruebe la autoridad competente. De igual forma se procederá

en caso de incumplimiento en la presentación del Plan de Cierre. La garantía provisional será constituida en un plazo no mayor a treinta (30) días hábiles contados desde la fecha en la que la autoridad emite la resolución directoral o el auto directoral correspondiente de conformidad con el artículo 53º del Decreto Supremo N° 033-2005-EM.

GARANTÍA DEL PLAN DE CIERRE Y CONSECUENCIAS DE SU EJECUCIÓN

La garantía que constituya el titular de actividad minera debe tener en todos los casos, las siguientes características: a) ser lo suficientemente líquida o permitir una conversión sencilla de la garantía en dinero, para realizar efectiva y oportunamente, los pagos correspondientes a las acciones de prevención y rehabilitación ambiental que resulten necesarias; b) no debe recaer en bienes que estén afectos a obligaciones previas, que pudieran disminuir su valor en relación al monto garantizado; c) su valor será permanentemente actualizado; d) debe tener el respaldo de una entidad financiera supervisada por la Superintendencia de Banca y Seguros.

Las garantías ambientales pueden estar constituidas por una o más de las siguientes modalidades:

- 1) **Cartas fianza** u otros mecanismos financieros equivalentes, emitidos por un banco nacional o del exterior, de primer nivel.
- 2) **Pólizas de caución y otros seguros**, sin beneficio de excusión, emitidos por entidades nacionales o del exterior de primer nivel.
- 3) **Fideicomiso en garantía sobre lo siguiente:** a) En efectivo, b) Administración de flujo, c) Bienes muebles e inmuebles distintos a las concesiones para actividades mineras y a las instalaciones objeto del Plan de Cierre de Minas, d) Valores negociables excluyendo aquellos emitidos por el titular de actividad minera.
- 4) **Fianza solidaria de tercero** en base a las modalidades señaladas en los numerales anteriores, sin beneficio de excusión.

En caso de incumplimiento de plan de cierre de la mina, y una vez hechas líquidas las garantías que la abalaban, la Dirección General de Minería encargará a una empresa especializada la ejecución de las obras del referido Plan incumplido, sin perjuicio de las sanciones y/o acciones legales que puedan interponerse contra el titular de actividad minera.

La Dirección General de Minería autorizará la liberación de las garantías en proporción a las medidas de cierre ejecutadas, manteniendo sólo el monto necesario para la realización de las labores de cierre y post cierre que corresponda.

Fuente: Artículos 54º, 55º y 61º, 62º del Decreto Supremo N° 033-2005-EM. **R.M. N° 515-2006-MEM-DM**, Reglamento para evaluar y aceptar el Fideicomiso sobre "Inversión Forestal" en garantía del cumplimiento del Plan de Cierre de Minas.

3.2.3. LOS PASIVOS AMBIENTALES EN LA ACTIVIDAD MINERA

La Ley que regula los pasivos ambientales de la actividad minera, Ley N° 28271, tiene por objeto regular la identificación de los pasivos ambientales de la actividad minera, la responsabilidad y el financiamiento para la remediación de las áreas afectadas por éstos, destinados a su reducción y/o eliminación, con la finalidad de mitigar sus impactos negativos a la salud de la población, al ecosistema circundante y la propiedad. Recordemos que el artículo 2º de la citada Ley, define los pasivos ambientales como aquellas instalaciones, efluentes, emisiones, restos o depósitos de residuos producidos por operaciones mineras, en la actualidad abandonadas o inactivas y que constituyen un riesgo permanente y potencial para la salud de la población, el ecosistema circundante y la propiedad.

Acertadamente, el artículo 3º de la mencionada Ley, establece que la identificación, elaboración y actualización del inventario de los pasivos ambientales mineros, serán efectuadas por el órgano técnico competente del Ministerio de Energía y Minas. Los titulares mineros con concesión vigente, brindarán las facilidades de acceso e información requeridas. De ser el caso, "los responsables de pasivos ambientales deberán presentar el **Plan de Cierre de Pasivos Ambientales**" y solamente el Estado asume la tarea de

remediación por aquellos pasivos cuyos responsables no pueden ser identificados de conformidad con el artículo 5º de la referida Ley.

PLAN DE CIERRE DE PASIVOS AMBIENTALES

Los responsables de la remediación de pasivos ambientales, realizan los estudios, acciones y obras correspondientes para controlar, mitigar y eliminar, en lo posible, los riesgos y efectos contaminantes y dañinos a la población y al ecosistema en general. Estos estudios tendrán como referencia los límites máximos permisibles o estándares de calidad establecidos por las autoridades ambientales competentes, según corresponda, para lo cual presentarán su Plan de Cierre de Pasivos Ambientales, conforme a las Guías sobre Cierre de Pasivos Ambientales aprobadas por la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas, **con opinión de los Ministerios de Agricultura y de Salud.**

Los responsables de la remediación de pasivos ambientales, presentan el Plan de Cierre de Pasivos Ambientales, dentro del plazo máximo de un año a partir de la vigencia del reglamento de la Ley 28271, siempre que no hayan sido incluidos, previa y expresamente, en otros instrumentos de gestión ambiental.

Sin perjuicio de las medidas de postcierre que se establezcan, el plazo para la ejecución del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales no será mayor a tres años, después de aprobado por la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros, y excepcionalmente y sólo cuando la magnitud de los pasivos ambientales lo amerite el plazo puede ser mayor, hasta un máximo de dos años adicionales, según lo apruebe dicho organismo.

Fuente: Artículo 6º y 7º de la Ley que regula los pasivos ambientales de la actividad minera, Ley N° 28271

Es importante recordar que la Tercera Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 28271, señala que “transcurridos seis (6) años de la vigencia de la aprobación de los respectivos Planes de Cierre de Pasivos Ambientales, los responsables de su remediación que no cuenten con la resolución de aprobación de su ejecución, a que se refiere el artículo 7 de la Ley N° 28271, Ley que Regula los Pasivos Ambientales de la Actividad Minera, **quedan impedidos de solicitar nuevos petitorios mineros y de explotar alguna unidad minera como concesionario o adquirente.**”

Con más detalle, el Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera, aprobado por Decreto Supremo N° 059-2005-EM, modificado por el Decreto Supremo N° 003-2009-EM, establece que “toda persona o entidad que haya generado pasivos ambientales mineros es responsable de la remediación ambiental correspondiente, bajo sanción, en el marco de los establecido en la Ley N° 28271.” Asimismo, el artículo 4º del mencionado Reglamento señala que “los Gobiernos Regionales, a través de sus respectivas Direcciones Regionales de Energía y Minas u órganos que cumplan funciones equivalentes, son las autoridades regionales competentes a cargo de evaluar y aprobar los instrumentos de remediación y posteriores modificaciones, que sean presentadas por pequeños productores mineros o productores mineros artesanales en su condición de generadores o remediadores voluntarios; respecto de los pasivos ambientales ubicados dentro de su circunscripción territorial. Asimismo, están a cargo de la fiscalización de estos instrumentos, la consecuente imposición de sanciones, y demás funciones que les correspondan. Adicionalmente, tendrán las competencias que les sean transferidas en el marco del proceso de descentralización. En caso el pasivo ambiental minero se encuentre ubicado en dos o más regiones, resultará competente el gobierno regional en cuya jurisdicción se encuentre la mayor parte del pasivo.”

El artículo 6º del mencionado Reglamento establece que la Dirección General de Minería, está facultado para realizar todas las acciones que resulten necesarias para la identificación de los pasivos ambientales mineros, la elaboración y actualización del inventario y la determinación de los responsables de las medidas de remediación ambiental correspondientes. Asimismo, la mencionada Dirección, en coordinación con el INGEMMET, conduce las acciones para la identificación y elaboración del inventario de los pasivos ambientales mineros, considerando los riesgos inherentes a dichos pasivos. El

Inventario Inicial de Pasivos Ambientales Mineros será aprobado mediante Resolución Ministerial publicada en el Diario Oficial El Peruano

Cabe señalar que el artículo 10º del Decreto Supremo N° 059-2005-EM, resulta categórico sobre el tema de responsabilidad solidaria por daño ambiental entre las partes de un contrato de transferencia de una concesión minera cuando señala que “en concordancia con la debida tutela del interés público, las transferencias o cesiones de derechos que se hayan efectuado o se efectúen, a título oneroso o gratuito, respecto de las áreas que contienen pasivos ambientales mineros, no afecta la acción directa que puede ejercer el MEM sobre cualquiera de las partes intervinientes en dichas transacciones, o sobre todas ellas, respecto de la remediación de los pasivos indicados.” Esto implica que el contrato de transferencia o cesión de una concesión minera no libera de responsabilidad al transferente, sobre el cual el Ministerio de Energía y Minas puede ejercer las acciones legales correspondientes a fin de remediar los pasivos mineros ambientales que generaron o pre existentes que debieron sanear cuando asumieron la concesión.

CONTRATOS RESPECTO A PASIVOS AMBIENTALES MINEROS

La transferencia, cesión de derechos o cualquier otro contrato que implique la transferencia de propiedad o posesión, temporal o definitiva, de pasivos ambientales mineros; **determina que la contraparte contractual también sea responsable del cumplimiento del instrumento de remediación que haya sido aprobado respecto a dichos pasivos.**

No obstante, **cualquiera de las partes podrá liberarse de la responsabilidad respecto de dicho instrumento según lo determinen los términos del contrato, en tanto constituya garantía suficiente**, de realización oportuna, por el total del costo de las medidas de remediación ambiental que correspondan ejecutar, que se mantenga vigente durante el tiempo que dure la remediación, y siempre que la otra parte se responsabilice contractualmente de la ejecución del instrumento de remediación. El levantamiento de esta garantía se encuentra sujeto al cumplimiento del íntegro de las obligaciones del instrumento de remediación.

El MEM podrá ejecutar la garantía en caso del incumplimiento del instrumento de remediación. Asimismo, **conserva acción directa contra la parte que hubiera sido liberada de responsabilidad, cuando el monto de la remediación excediera la garantía o incluso en caso requiera ejecutarla y la misma resultara ineficaz.**

Fuente: Artículo 11º del Decreto Supremo N° 059-2005-EM, modificado por el Decreto Supremo N° 003-2009-EM

Más interesante aún, es el artículo 11º del Decreto Supremo N° 059-2005-EM, modificado por el Decreto Supremo N° 003-2009-EM, va más allá, pues si bien es cierto, permite que el transferente se libere de responsabilidad, si este ofrece una garantía suficiente para financiar el costo de las medidas de remediación ambiental que corresponde ejecutar, también señala que si esta es insuficiente para remediar el pasivo ambiental o no es posible de ejecutar la garantía otorgada, pues el Ministerio de Energía y Minas podrá ejercer una acción directa contra el transferente.

El punto en que queda en deuda el Reglamento de la Ley de Pasivos Ambientales Mineros, es en lo que respecta a la promoción de la participación ciudadana en la remediación de los pasivos ambientales mineros, que es muy pobre, conforme se constata en el artículo 13º, el que indica: “los responsables de la remediación ambiental de las áreas con pasivos ambientales mineros promoverán la participación de la población del área de influencia de dichos pasivos, en las labores de remediación ambiental, y de seguimiento y control, a través de convenios con las comunidades y/o con las autoridades y dirigentes representativos de la población, según sea el caso. El MEM reconoce estas actividades como una modalidad de participación ciudadana.” Ciertamente, la consagración de las áreas de conservación ambiental minera es un notable avance que sin embargo no subsana lo escasamente participativo que es la ejecución del plan de cierre de pasivos mineros con la población local afectada.

ÁREAS DE CONSERVACIÓN AMBIENTAL MINERA

El MEM y los gobiernos regionales promueven la constitución de Áreas de Conservación Ambiental Minera, a efectos de que las áreas donde se ubican los pasivos ambientales de la actividad minera sean remediadas voluntariamente por titulares distintos a los responsables de dicha remediación, por organizaciones no gubernamentales, entidades de conservación nacionales o extranjeras y otras organizaciones de la sociedad civil, mediante la total ejecución del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros correspondiente, incluidas las medidas de post cierre.

Luego de verificada la ejecución total del Plan de Cierre indicado, las áreas rehabilitadas podrán ser utilizadas directamente por el titular del Área de Conservación Ambiental Minera o por terceros, mediante convenios, alianzas u otras formas de colaboración institucional con entidades nacionales o del exterior, para fines turísticos, culturales, recreativos, deportivos u otros que no pongan en riesgo la remediación ambiental realizada.

Fuente: Artículo 16° del Decreto Supremo N° 059-2005-EM

BONOS DE RESPONSABILIDAD SOCIAL. AMBIENTAL

El Estado, a través del Ministerio de Energía y Minas, promueve la emisión de bonos de responsabilidad social ambiental, a nivel nacional e internacional. Dichos bonos serán emitidos exclusivamente para la remediación de áreas con pasivos ambientales mineros, por aquellos que hayan presentado y recibido la aprobación del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros sobre áreas afectadas que no son de su responsabilidad y que garanticen su ejecución en los plazos de ley. En todos los casos se debe asegurar que los fondos sean administrados bajo la modalidad de un fideicomiso.

El Fondo Nacional del Ambiente (FONAM) y las entidades financieras podrán participar como patrocinadores de la colocación de dichos bonos.

Fuente: Artículo 18° del Decreto Supremo N° 059-2005-EM

PROMOCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE LAS ONG Y LA SOCIEDAD CIVIL EN LA REMEDIACIÓN DE ÁREAS CON PASIVOS AMBIENTALES MINEROS

El Estado, a través del MEM, promueve la participación de las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil en general, en la remediación de áreas con pasivos ambientales mineros que están a cargo del Estado y en aquellos que decida ejecutar por razones de tutela del interés público, otorgando su respaldo para la obtención del financiamiento correspondiente de fuentes como la cooperación internacional, donaciones, fideicomisos o la formación de alianzas post minería con organizaciones privadas nacionales o extranjeras, sin más trámite que la aprobación del proyecto correspondiente por la DGAAM y la presentación del compromiso de elaboración y ejecución del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros. Igualmente apoya los acuerdos de canje de deuda por remediación ambiental que dichas organizaciones logren preacordar con entidades del exterior.

Fuente: Artículo 19° del Decreto Supremo N° 059-2005-EM

REMEDIACIÓN A CARGO DEL ESTADO

El Estado sólo asume la tarea de remediación de las áreas con pasivos ambientales mineros que no cuenten con responsables identificados o remediadores voluntarios. El Estado podrá proceder a remediar las áreas con pasivos ambientales mineros en caso que una empresa de propiedad del Estado sea responsable en no menos de dos tercios del monto correspondiente a la remediación, o excepcionalmente en función de la debida tutela del interés público, conforme se establece en el artículo 30 del presente Reglamento.”

CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS SITUACIONES DE INTERÉS PÚBLICO

La determinación de las situaciones de interés público que sustenta las acciones de remediación de las áreas con pasivos ambientales mineros por el Estado, se basa en el análisis de riesgos a la salud y seguridad humana, así como al medio ambiente del área afectada por los pasivos ambientales mineros y sus zonas de influencia. Cuando lo consideren necesario, los órganos competentes del Ministerio de Salud, Agricultura, del Ambiente y los gobiernos regionales y locales podrán solicitar al MEM la invocación del interés público antes mencionado, sustentando su pedido en los informes técnicos correspondientes.”

En caso se lograra identificar al responsable del pasivo ambiental minero materia de la remediación ambiental asumida por el Estado, **éste podrá iniciar las acciones legales correspondientes para ejercer el derecho de repetición contra dicho responsable**, a fin de exigir la devolución del monto gastado más los intereses de ley, sin perjuicio de las acciones civiles y penales que proceda iniciar.

DE LA ACTUACIÓN SUBSIDIARIA DEL ESTADO

El Estado podrá invocar el interés público para iniciar o reactivar subsidiariamente el cierre de un pasivo ambiental minero, cuando a juicio de la autoridad competente exista un alto riesgo y el responsable no cumpla con iniciar la remediación del área con pasivo ambiental minero a su cargo, o cuando se haya verificado la ejecución negligente de manera reiterada del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros. En los casos anteriores el Ministerio de Energía y Minas, a través del

Procurador Público del Sector, repetirá contra los responsables, en el marco de la Ley, sin perjuicio de las acciones civiles y penales que correspondan.

Fuente: Artículos 20º-22º, 30º del Decreto Supremo N° 059-2005-EM, modificado por el Decreto Supremo N° 003-2009-EM

EXIGIBILIDAD DEL PLAN DE CIERRE DE PASIVOS AMBIENTALES MINEROS

La presentación del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros es una obligación exigible a toda persona o entidad, pública o privada, que sea responsable de la remediación de algún área con pasivos ambientales mineros.

COMPATIBILIZACIÓN CON DERECHOS DE TERCEROS

Si se hace necesario ejecutar actividades o acciones comprendidas en el Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros, en terrenos cuyo propietario superficial es distinto al responsable de ejecutar dicho Plan, éste debe contar con los permisos correspondientes, antes de ejecutar el Plan de Cierre. Cuando corresponda, se podrá establecer las servidumbres necesarias.

El tercero concesionario está obligado a permitir que dentro de su concesión se ejecuten las medidas necesarias para la remediación de las áreas con pasivos ambientales mineros, pudiendo oponerse sólo cuando asuma la responsabilidad por el cierre de dichos pasivos, ante la autoridad competente, para lo cual deberá constituir una garantía, a satisfacción de la DGM, por el monto correspondiente al cierre de los pasivos ambientales indicados.

ADOPCIÓN DE MEDIDAS COMPLEMENTARIAS O INMEDIATAS

En el caso de planes de cierre de pasivos ambientales mineros presentados por sus generadores y que hayan sido aprobados, la autoridad a cargo de la fiscalización minera podrá disponer la adopción inmediata de alguna de las medidas incorporadas en el Plan de Cierre o de las medidas complementarias especiales de remediación que considere necesarias para prevenir daños inminentes a la salud humana o al ambiente o corregir los que se estuvieran produciendo. La DGM, previa opinión favorable de la Dirección de Asuntos Ambientales Mineros, tendrá la misma facultad respecto a los generadores que no hayan cumplido con la presentación del plan de cierre o mientras éste se encuentre en período de evaluación.

Fuente: Artículos 32º-36º del Decreto Supremo N° 059-2005-EM, modificado por el Decreto Supremo N° 003-2009-EM

PARTICIPACIÓN CIUDADANA

A la recepción del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros la DGAAM o autoridad regional competente dará inicio a la etapa de participación ciudadana, por cuenta del solicitante, a través de los siguientes medios:

- a) Publicación de anuncios:** La DGAAM o autoridad regional competente proporcionará al titular de actividad minera los anuncios para su publicación en el Diario Oficial El Peruano y en un diario de mayor circulación en la capital de la región respectiva o de circulación nacional que se distribuya en dicha región, dando cuenta de la presentación del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros, de los lugares en dónde se puede tener acceso al documento completo, el plazo para revisarlo que no podrá ser menor de 30 días calendarios, y los lugares en los que se recibirán los aportes que se desee formular. Los anuncios deberán ser publicados en un plazo no mayor a siete (07) días hábiles desde su entrega por la autoridad.
- b) Avisos radiales:** El titular debe difundir el contenido de los avisos provistos por la autoridad durante diez (10) días contados desde el día siguiente a la publicación del aviso en el diario regional y con una frecuencia no menor a tres (03) veces por día, a través de medios radiales de mayor sintonía y con cobertura en dicha región.
- c) Entrega del plan de cierre a autoridades locales:** El titular debe remitir una copia del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros, en medio físico y otra en medio magnético a las municipalidades provinciales y distritales del área en cuyo ámbito se realizarán las obras o actividades consideradas en el plan.
- d) Entrega de constancias a la autoridad:** El titular de actividad minera remitirá a la DGAAM o autoridad regional competente un ejemplar de las páginas completas de las publicaciones efectuadas, del contrato correspondiente a los anuncios radiales y de los cargos de entrega del plan a las autoridades locales, dentro del plazo máximo de siete (07) días hábiles siguientes a la publicación del aviso en el diario regional.
- e) Acceso al expediente del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros:** Cualquier persona puede tener libre acceso al Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros, e incluso puede solicitar al MEM o autoridad regional competente copia del mismo, previo pago del respectivo costo de su reproducción, de conformidad con las normas de acceso a la información pública.

Fuente: Artículo 37.4. del Decreto Supremo N° 059-2005-EM, modificado por el Decreto Supremo N° 003-2009-EM

POST CIERRE

Concluida la remediación de los pasivos ambientales mineros, el titular del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros debe continuar desarrollando las medidas de tratamiento de efluentes y emisiones, monitoreo, mantenimiento o vigilancia que corresponda, de acuerdo con el Plan de Cierre aprobado por la autoridad competente. La ejecución de obras de ingeniería y de construcción de infraestructura para la remediación ambiental no están comprendidas en la etapa de post cierre.

La etapa de post cierre estará a cargo del titular del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros por un plazo no menor de 5 años de concluida la ejecución del Plan de Cierre. Luego de dicho plazo, el Estado podrá encargarse de continuar las medidas establecidas de post cierre, siempre que el titular demuestre que, a través de la continuación de las medidas indicadas en el párrafo anterior, se mantendrá la estabilización física y química de los residuos o componentes de dicha unidad, susceptibles de generar impactos ambientales negativos. Para tal efecto, el responsable abonará al fideicomiso que se constituya para este efecto, un monto equivalente al valor presente de los flujos futuros de la perpetuidad o de los desembolsos necesarios, a fin de que esta entidad, directamente o a través de tercero, se encargue de mantener las medidas de post cierre establecidas.

CERTIFICADOS DE CUMPLIMIENTO

Para efectos del cumplimiento del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros y previa auditoría, el MEM a través de la DGAAM o la autoridad regional competente, **expedirá el Certificado de Cierre Final que confirma la ejecución de todas las medidas comprometidas en el Plan de Cierre y que se haya efectuado**, de ser el caso, el abono por el mantenimiento de las medidas de post cierre que deban continuar implementándose. En el Certificado de Cierre Final se consigna el detalle de todos los pasivos ambientales mineros materia del cierre.

Fuente: Artículos 45º y 46º del Decreto Supremo N° 059-2005-EM, modificado por el Decreto Supremo N° 003-2009-EM

FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN

La OEFA tiene la responsabilidad de fiscalizar y controlar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los generadores y remediadores voluntarios. En caso se verifique el incumplimiento de los plazos y términos establecidos en el cronograma de ejecución de los Planes de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros a cargo de un generador, en el plazo de 30 días calendario se requerirá al responsable de las medidas de remediación, para que constituya una garantía por el monto equivalente al 100% de las actividades que restan ejecutar para el cumplimiento de lo dispuesto en el Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros. Asimismo, se otorgará un plazo máximo de tres (3) meses adicionales a los aprobados inicialmente, a fin que el obligado cumpla con ejecutar las acciones retrasadas, sin perjuicio de la ejecución oportuna de las demás medidas consideradas en el cronograma aprobado. Si el responsable no efectúa la constitución de la garantía antes mencionada en el plazo indicado, la autoridad administrativa queda facultada a la imposición de multas coercitivas y sucesivas hasta por un tope de 600 UIT.

Fuente: Artículo 47º y 48º del Decreto Supremo N° 059-2005-EM, modificado por el Decreto Supremo N° 003-2009-EM

Y sobre el preocupante tema de pasivos ambientales mineros, no podemos dejar de pronunciarnos contra el Decreto Supremo N° 010-2011-MINAM, que modifica lo establecido en el Decreto Supremo N° 023-2009-MINAM, permitiendo ahora que las empresas que desarrollaran actividades que necesitaran planes de manejo de gestión ambiental, y no los hayan cumplido hasta diciembre del 2010 tenga un plazo adicional para implementarlos. Igualmente, el D. S. N° 010-2011-MINAM modifica el Decreto Supremo N° 010-2010, emitido el 21 de agosto del 2010, que aprobaba los Límites Máximos Permisibles (LMP) para las descargas de efluentes líquidos de las actividades minero-metalúrgicas, otorgando a los particulares que realicen estas actividades un plazo no mayor de 3 años a partir de su vigencia (hasta el 2013) para presentar un plan que garantice el cumplimiento de los LMP del agua. En realidad lo que busca el Decreto Supremo N° 010-2011-MINAM es ampliar el plazo para que los particulares que realicen las actividades económicas minero-metalúrgicas puedan implementar en sus planes de gestión ambiental los ECA y LMP y el tratamiento de agua por la descarga de efluentes líquidos de las actividades económicas antes señaladas hasta el 2015. También se busca aplicar dicha norma a los privados que no hayan presentado hasta la fecha ningún plan de gestión ambiental.

Así, el D. S. N° 010-2011-MINAM está permitiendo que las empresas que realizan actividades mineras y metalúrgicas puedan adecuar sus prácticas de tratamiento y preservación del agua hasta el 2015, amparando también a los que no han realizado aún sus planes de gestión ambiental y su plan de tratamiento de descargas de efluentes. Esta norma está atentando contra el derecho al medio ambiente sano, a la salud y a la vida, pues beneficia a aquellas empresas que vierten los desechos líquidos de sus actividades en los ríos, mares y pozos subterráneos del territorio nacional.¹²⁵

PLAN DE MANEJO DE PASIVOS AMBIENTALES MINEROS

N°	Región	PRIORIZACIÓN DE EX UNIDADES MINERAS						Total	PAM publicados
		Muy Alta	Alta	Media	Baja	Insignificante	No definida		
1	ANCASH	38	21	25	8	4	23	119	1115
2	CAJAMARCA	18	14	5	1	2	5	45	1019
3	HUANCAVELICA	11	12	11	10	10	34	88	830
4	PUNO	4	1	1	1		73	80	522
5	CUSCO	1	5	4	4		33	47	507
6	LA LIBERTAD	5	9	10	2	2	11	39	487
7	PASCO	13	9	16	11	12	17	78	429
8	JUNIN	3	10	9	6	16	20	64	395
9	AREQUIPA		1	5	6	4	33	49	307
10	LIMA	13	11	10	5	13	31	83	293
11	HUANUCO	1	6	5	2	11	10	35	169
12	AMAZONAS				1		3	4	157
13	APURIMAC	4		3	6	6	5	24	149
14	ICA	2		5	11	6	12	36	124
15	MOQUEGUA		1	1	5	10	21	38	124
16	AYACUCHO		1	1	2	4	57	65	105
17	TACNA						34	34	69
18	MADRE DE DIOS						22	22	23
19	PIURA						10	10	14
20	LAMBAYEQUE						6	6	8
21	SAN MARTÍN						1	1	1
		113	101	111	81	100	461	967	6847

Fuente: Informe N° 052-2012-MEM-DGM/DTM/PAM

3.2.4. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL SECTOR MINERO

La Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, señala en el artículo III de su Título Preliminar el derecho de toda persona a participar responsablemente en los procesos de toma de decisiones, así como en la definición y aplicación de las políticas y medidas relativas al ambiente y sus componentes, que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno. Asimismo, los artículos 46° y 47° de la Ley General del Ambiente, precisa que toda persona natural o jurídica, en forma individual o colectiva, puede presentar opiniones, posiciones, puntos de vista, observaciones u aportes, en los procesos de toma de decisiones de la gestión ambiental y en las políticas y acciones que incidan sobre ella, así como en su posterior ejecución, seguimiento y control, debiendo ejercerse este derecho en forma responsable, actuando con buena fe, transparencia y veracidad conforme a las

¹²⁵ Roel Alva, Luis. Decreto Supremo N° 010-2011-MINAM atenta contra el derecho al medio ambiente. En: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=605> (Consultado el 01 de mayo del 2012).

reglas y procedimientos de los mecanismos formales de participación establecidos en la normatividad;

Adicionalmente, el artículo 48 inciso 1 de la Ley General del Ambiente, ha establecido que las autoridades públicas establecen mecanismos formales para facilitar la efectiva participación ciudadana en la gestión ambiental y promueven su desarrollo y uso por las personas naturales o jurídicas relacionadas, interesadas o involucradas con un proceso particular de toma de decisiones en materia ambiental o en su ejecución, seguimiento y control; que asimismo promueven, de acuerdo a sus posibilidades, la generación de capacidades en las organizaciones dedicadas a la defensa y protección del ambiente y los recursos naturales, así como alientan su participación en la gestión ambiental. Asimismo, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 134 de la Ley General del Ambiente, reconoce el **principio de vigilancia ciudadana**, conforme al cual las poblaciones involucradas tienen el derecho de efectuar el monitoreo, control y seguimiento de las medidas, acciones, obligaciones y compromisos adoptados por el titular minero respecto a los aspectos ambientales y sociales relacionados con su actividad.

Reglamento de Participación Ciudadana en el sub sector minero Decreto Supremo N° 028-2008-EM	
Capítulo 1	Participación ciudadana con posterioridad al otorgamiento de la concesión minera.
Capítulo 2	Participación ciudadana en los proyectos de exploración minera
Capítulo 3	Participación ciudadana en los proyectos de explotación y beneficio
Capítulo 4	Participación ciudadana durante la ejecución del proyecto minero
Capítulo 5	Participación ciudadana en la etapa del cierre de minas

El artículo 1º del Reglamento de Participación Ciudadana en el sub sector minero, claramente establece que este tiene por objeto normar la participación responsable de toda persona, natural o jurídica, en forma individual o colectiva, en los procesos de definición, aplicación de medidas, acciones o toma de decisiones de la autoridad competente, relativas al aprovechamiento sostenible de los recursos minerales en el territorio nacional.

AUTORIDAD COMPETENTE PARA CONDUCIR LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA
<p>El Ministerio de Energía y Minas, a través de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM), es la autoridad competente para orientar, dirigir y llevar a cabo procesos de participación ciudadana relacionados a las actividades mineras de la mediana y gran minería.</p> <p>El Gobierno Regional, es la autoridad competente para orientar, dirigir y llevar a cabo los procesos de participación ciudadana del ámbito de su competencia. Asimismo, intervienen en los procesos de participación ciudadana a cargo del gobierno nacional.</p>

Fuente: Artículos 2º y 11º del Decreto Supremo N° 028-2008-EM

La participación ciudadana es un proceso público, dinámico y flexible que, a través de la aplicación de variados mecanismos, tiene por finalidad poner a disposición de la población involucrada información oportuna y adecuada respecto de las actividades mineras proyectadas o en ejecución; promover el diálogo y la construcción de consensos; y conocer y canalizar las opiniones, posiciones, puntos de vista, observaciones o aportes respecto de las actividades mineras para la toma de decisiones de la autoridad competente en los procedimientos administrativos a su cargo. ¹²⁶

¹²⁶ Artículo 3º del Decreto Supremo N° 028-2008-EM

DERECHOS Y PRINCIPIOS EN LOS PROCESOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA	
1	Del derecho a la participación: Toda persona tiene el derecho a participar responsablemente en los procesos de toma de decisiones sobre asuntos referidos a la actividad minera que pudieran tener alguna incidencia sobre sus intereses.
2	Del derecho al acceso a la Información: La autoridad competente, los titulares mineros y las poblaciones involucradas, tienen derecho a solicitar, acceder o recibir información pública, de manera adecuada y oportuna, respecto de obras y actividades mineras que pudieran afectar, directa o indirectamente, el ambiente, sin necesidad de invocar justificación o interés que motive tal requerimiento.
3.	Del principio de respeto a la diversidad cultural: La autoridad competente, los titulares mineros y las poblaciones involucradas en un proceso de participación ciudadana deben actuar con respeto a las características y particularidades de las diversas culturas, de tal forma que se promueva y facilite la inclusión de la mayor diversidad de intereses de las poblaciones, enriqueciendo dicho proceso y la toma de decisiones que le compete a la autoridad.
4.	Del principio de no discriminación: La autoridad competente, los titulares mineros y las poblaciones involucradas en un proceso de participación ciudadana promueven la participación efectiva de toda persona en dicho proceso, sin distinguir raza, etnia, género, religión, cultura, idioma, opinión política, origen nacional o social, posición económica, orientación sexual, nacimiento o cualquier otra condición.
5.	Del principio de vigilancia ciudadana: Las poblaciones involucradas tienen el derecho de efectuar el monitoreo, control y seguimiento de las medidas, acciones, obligaciones, compromisos adoptados por el titular minero respecto a los aspectos ambientales y sociales relacionados con su actividad.
6.	Del principio del diálogo continuo: La autoridad competente, los titulares mineros y las poblaciones involucradas en un proceso de participación ciudadana, deberán mantener el diálogo continuo a fin de promover y mantener un adecuado relacionamiento social.

Fuente: Artículo 5º del Decreto Supremo N° 028-2008-EM

MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA	
1	Facilitar el acceso de la población a los resúmenes ejecutivos y al contenido de los Estudios Ambientales
2	Publicidad de avisos de participación ciudadana en medios escritos y/o radiales
3	Realización de encuestas
4	Entrevistas o grupos focales
5	Distribución de materiales informativos
6	Visitas guiadas al área o a las instalaciones del proyecto
7	Difusión de información a través de equipo de facilitadores
8	Talleres participativos.- Orientados a brindar información, establecer un diálogo y conocer percepciones, preocupaciones e intereses de la población respecto del proyecto minero, antes de la elaboración del estudio ambiental, durante su elaboración, o durante la evaluación a cargo de la autoridad
9	Audiencias públicas.- Acto público dirigido por la autoridad competente, en el cual se presenta el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIASd) de proyectos de explotación y beneficio minero, registrándose los aportes, comentarios u observaciones de los participantes.
10	Presentación de aportes, comentarios u observaciones
11	Establecimiento de oficina de información permanente
12	Monitoreo y vigilancia ambiental participativo.- Consiste en promover de manera organizada, la participación de la población involucrada para el acceso y generación de información relacionada a los aspectos ambientales de las actividades de explotación minera, luego de aprobado los EIA o EIASd, a través del seguimiento y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones del titular minero.
13	Mesas de diálogo.- Espacio permanente o temporal de interacción entre los representantes acreditados de la población involucrada, de la sociedad civil organizada, de los titulares mineros y las autoridades locales, regionales o nacionales con competencias, en el que se aborda determinados asuntos ambientales o socio ambientales relacionados al proyecto minero, a fin de construir consensos y establecer acuerdos. Es la Autoridad Competente quien promueve la conformación de la Mesa de Diálogo en coordinación con las autoridades regionales o locales con competencias en minería o medio ambiente. Ejemplo R.M. N° 133-2010-PCM (Constitución de Mesa Técnica encargada del análisis, formulación y absolución de observaciones sobre el impacto ambiental que ocasionaría el desarrollo del Proyecto Minero Tía María)
FINANCIAMIENTO DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA	
El titular minero, en coordinación con la autoridad competente, podrá proponer la constitución de un fondo privado voluntario para que la población ubicada en el área de influencia directa del proyecto pueda financiar las actividades de revisión y formulación de observaciones a los estudios ambientales durante los procedimientos de evaluación respectivos.	

Fuente: Artículos 6º y 9º del Decreto Supremo No 028-2008-EM, y el artículo 2º de la Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM-DM

CRITERIOS PARA SELECCIONAR LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA	
La autoridad competente determinará y seleccionará los mecanismos de participación ciudadana que resulten más idóneos para garantizar el derecho a la participación ciudadana de la población involucrada, tomando en cuenta las características de dicha población y las particularidades del proyecto minero. . Para ello, el titular minero deberá proponer los mecanismos de participación ciudadana a adoptar, sustentando dicha propuesta en atención de los siguientes criterios :	
1	La identificación y delimitación del área de influencia del proyecto en función de sus impactos.
2	La identificación de los centros poblados, comunidades, autoridades locales, o grupos con interés a quienes posiblemente alcancen los impactos del proyecto, que habitan o desarrollan algún tipo de actividad en dicha área.

Fuente: Artículo 7º del Decreto Supremo N° 028-2008-EM

PROTOCOLO DE RELACIONAMIENTO	
El titular minero promoverá que dicho protocolo sea elaborado en forma conjunta con la población involucrada desde una etapa temprana del relacionamiento y podrá ser modificado o actualizado según resulte necesario, de acuerdo a las circunstancias.	
El Protocolo de Relacionamiento deberá considerar las costumbres, cultura y particularidades de la población involucrada, así como los principios asumidos por el titular minero conforme al Decreto Supremo N° 042-2003-EM	

Fuente: Artículo 8º del Decreto Supremo N° 028-2008-EM

PARTICIPACIÓN CIUDADANA CON POSTERIORIDAD AL OTORGAMIENTO DE LA CONCESIÓN MINERA	
El Ministerio de Energía y Minas	Deberá promover o ejecutar actividades a través de las cuales se informe, a las poblaciones de las áreas con concesiones mineras de titulares de la mediana o gran minería , acerca del alcance del derecho de concesión otorgado por el Estado, de las obligaciones ambientales, de la normativa vigente que regula la actividad , de los derechos y obligaciones de las poblaciones involucradas, de las etapas de la actividad, las tecnologías aplicables, entre otros temas que permitan a la población tener información cierta, oportuna e imparcial sobre la actividad minera .
El titular de una concesión minera	El informar sobre los aspectos señalados en el párrafo anterior. En tal sentido, los titulares pueden cumplir esta obligación en forma individual o conjunta con otros titulares mineros y en coordinación con las autoridades nacionales, regionales o locales del Estado .
El Ministerio de Energía y Minas podrá promover alianzas público-privadas o la constitución de fondos que faciliten la realización de las actividades descritas.	
Los Gobiernos Regionales tienen la misma obligación y prerrogativas respecto de las concesiones mineras de la pequeña minería y minería artesanal .	

Fuente: Artículo 12º del Decreto Supremo N° 028-2008-EM

PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LOS PROYECTOS DE EXPLORACIÓN MINERA	
El titular del proyecto en la ejecución de actividades de exploración minera	Realizará mecanismos de participación ciudadana previos a la presentación del estudio ambiental a la autoridad competente o su modificatoria,
	Garantizará el acceso al contenido de dicho estudio y la formulación de aportes, comentarios u observaciones, según corresponda.
	Los estudios ambientales estarán a disposición de la población involucrada en lugares apropiados y a través de la página web de la autoridad competente

Acceso de la ciudadanía al estudio ambiental para exploración minera	<p>Con anterioridad a la presentación del estudio ambiental para exploración minera ante la Autoridad Competente, los titulares mineros deberán ponerlos a disposición de la población involucrada, entregando un ejemplar impreso y uno en medio digital del estudio ambiental en las siguientes instancias:</p> <p>a) Dirección Regional de Energía y Minas o instancia competente del Gobierno Regional que corresponda al área donde se realizarán las actividades de exploración. En el caso de los proyectos sujetos a la competencia del Ministerio de Energía y Minas.</p> <p>b) Las Municipalidades Distritales y Provinciales en cuyo ámbito se localicen las actividades de exploración propuestas.</p> <p>c) La o las comunidades campesinas o nativas en cuyo ámbito se localicen las actividades de exploración propuestas.</p>
Difusión en web del sector	La autoridad publicará en su página web, la relación de los estudios ambientales en trámite y los aprobados, debiendo actualizar esta información, dentro de los cinco (05) primeros días hábiles de recibida la solicitud de aprobación.

Fuente: Artículo 13° del Decreto Supremo N° 028-2008-EM y Artículos 5°-6° de la Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM-DM

PARTICIPACIÓN EN LOS PROYECTOS DE EXPLOTACIÓN Y/O BENEFICIO

El titular del proyecto en la ejecución de actividades de explotación y/o beneficio minero	Realizará mecanismos de participación ciudadana previos a la elaboración de los estudios ambientales , durante la elaboración de éstos y durante el procedimiento de <u>evaluación</u> a cargo de la autoridad competente.
	Durante el procedimiento de evaluación del estudio ambiental del proyecto de explotación o beneficio minero, se garantizará el acceso oportuno de la población involucrada a un Resumen Ejecutivo, en lenguaje sencillo del estudio ambiental y al íntegro de su contenido para la formulación de aportes, comentarios u observaciones, según sea el caso.
	Los estudios ambientales estarán a disposición de la población involucrada en lugares apropiados y a través de la página web de la autoridad competente
	Propondrá un Plan de Participación Ciudadana a la autoridad competente, detallando y fundamentando los mecanismos de participación ciudadana que deben desarrollarse durante el procedimiento de evaluación del estudio ambiental.

TALLERES PARTICIPATIVOS

Antes de iniciar la elaboración del EIA o EIA_{sd}, el titular minero deberá coordinar con la autoridad competente de la región donde se desarrollará el proyecto minero, la realización de por lo menos un **taller participativo** y cualquier otro de los mecanismos de participación ciudadana, con la finalidad de informar a la población involucrada respecto de las actividades que desarrollará durante la elaboración del EIA o EIA_{sd}, registrando de manera temprana los intereses de dicha población y recabando los aportes, comentarios y observaciones.

La participación de **la autoridad regional en los talleres resulta obligatoria** a efectos de garantizar el derecho a la participación de la población involucrada. La DGAAM podrá participar y presidir los talleres participativos cuando se trate de proyectos de la gran y mediana minería, sustituyendo e informando previamente de ello a la instancia regional. **El titular minero está facultado para realizar por sí mismo, talleres participativos adicionales.**

Fuente: Artículo 14° del Decreto Supremo N° 028-2008-EM y el artículo 12° de la Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM-DM

PLAN DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Contendrá una propuesta de mecanismos de participación ciudadana a desarrollarse durante la ejecución del proyecto minero, la misma que será evaluada por la autoridad conjuntamente con el estudio ambiental y en concordancia con el Plan de Relaciones Comunitarias .
Los mecanismos propuestos tienen como objeto que los ciudadanos de manera organizada participen en los procesos de monitoreo de los impactos ambientales de la actividad y la vigilancia en el cumplimiento de los compromisos que se deriven de los estudios ambientales .
Los mecanismos de participación ciudadana a desarrollarse durante la ejecución del proyecto minero, deben contemplar preferentemente la implementación de una Oficina de Información Permanente y/o un Comité de Vigilancia y Monitoreo Ambiental Participativo , de acuerdo con las características particulares de cada proyecto, considerando su magnitud, área de influencia, situación del entorno y otros aspectos relevantes a criterio de la autoridad.

Fuente: Artículo 15° del Decreto Supremo N° 028-2008-EM.

DURANTE LA ELABORACIÓN DEL EIA EN LOS PROYECTOS DE EXPLOTACIÓN Y/O BENEFICIO

El titular minero deberá coordinar con la autoridad competente de la región donde se desarrollará el proyecto minero, la realización de por lo menos un taller participativo y cualquier otro de los mecanismos de participación ciudadana, con la finalidad de informar respecto de los avances y resultados en la elaboración del EIA o EIASd y del marco normativo que regulará la evaluación de estudio ambiental por parte de la autoridad competente. El titular minero deberá registrar los intereses de la población involucrada, los aportes, comentarios y observaciones a efectos de tomarlos en cuenta en la formulación del proyecto minero y para la toma de decisiones de la autoridad competente.

Durante la elaboración del EIA o EIASd, **el titular minero deberá coordinar con la autoridad competente de la región donde se desarrollará el proyecto minero, la realización de por lo menos un taller participativo y cualquier otro de los mecanismos de participación ciudadana**, con la finalidad de informar respecto de los avances y resultados en la elaboración del EIA o EIASd y del marco normativo que regulará la evaluación de estudio ambiental por parte de la autoridad competente. El titular minero deberá registrar los intereses de la población involucrada, los aportes, comentarios y observaciones a efectos de tomarlos en cuenta en la formulación del proyecto minero y para la toma de decisiones de la autoridad competente.

La participación de la autoridad regional en los señalados talleres resulta obligatoria a efectos de garantizar el derecho a la participación de la población involucrada. La DGAAM podrá participar y presidir los señalados talleres participativos cuando se trate de proyectos de la gran y mediana minería, sustituyendo e informando previamente de ello a la instancia regional. El titular minero está facultado para realizar por sí mismo, talleres participativos adicionales.

Fuente: Artículo 13º de la Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM-DM

PLAN DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA

El Plan de Participación Ciudadana es el documento mediante el cual el titular minero propone a la autoridad competente, los mecanismos de participación que se usarán durante la evaluación del EIA o EIASd y durante la ejecución del proyecto minero.

El Plan de Participación Ciudadana deberá presentarse conforme a la siguiente estructura:

- a) Antecedentes
- b) **Propuesta de Mecanismos de Participación a desarrollar durante el procedimiento de evaluación del estudio ambiental:** Se deberá dar cuenta de las autoridades locales (de gobierno y/o comunales), grupos de interés y titulares del terreno superficial implicados directamente por la actividad, así como de los lugares en los que se llevarán a cabo los mecanismos de participación (de ser el caso, indicando el aforo, la accesibilidad y las medidas de seguridad necesarias, así como la disponibilidad del mismo) y las medidas de financiamiento de la participación.
- c) **Propuesta de Mecanismos de Participación a desarrollar durante la ejecución del proyecto minero:** Se deberá indicar los mecanismos de participación ciudadana que se proponen y justificar dicha propuesta, y el Protocolo de Relacionamiento del titular minero.
- d) **Propuesta de Cronograma de Ejecución de los mecanismos de participación ciudadana** propuestos para desarrollar durante el procedimiento de evaluación del estudio ambiental.

Fuente: Artículo 15º de la Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM-DM

LA AUDIENCIA PÚBLICA

Para los procedimientos de evaluación de los Estudios de Impacto Ambiental de nuevos proyectos **se considerará la realización de una o más audiencias públicas**, según lo determine la autoridad, dentro de un plazo no menor de cuarenta (40) días calendario de publicado el aviso en el Diario Oficial El Peruano.

La Audiencia Pública deberá realizarse en el plazo y en la o las localidades que disponga la autoridad, **de acuerdo al siguiente orden de prioridad:**

- a) En el **centro poblado** ubicado en el área de influencia directa del proyecto minero o el más cercano a ésta.
- b) En la **zona urbana o de expansión urbana más cercana** al área de influencia directa ambiental del proyecto minero.
- c) En la **capital de la provincia** en la que se desarrollarán las principales actividades del proyecto minero.

CONFORMACIÓN DE UNA MESA DIRECTIVA

La Audiencia Pública estará a cargo de una **Mesa Directiva** conformada:

- a) Por un representante de la **DGAAM, quien la presidirá,**
- b) Un representante de la **Dirección Regional de Energía y Minas** del Gobierno Regional, quien actuará como

secretario técnico.

La ausencia del representante del Gobierno Regional en la Audiencia Pública no impedirá el desarrollo de ésta, pudiendo el Presidente de la Mesa Directiva asumir dicha actuación por sí mismo o designar a otra autoridad o persona asistente.

El Presidente de la Mesa Directiva podrá invitar a incorporarse a ésta, al **presidente del Gobierno Regional, el alcalde de la provincia** y a **los alcaldes de los distritos** incluidos en el área de influencia directa del proyecto, así como a otras autoridades públicas que se encuentren presentes.

Fuente: Artículos 24º y 25º de la Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM-DM

DESARROLLO DE LA AUDIENCIA PÚBLICA	
1	La Audiencia Pública se realizará en un solo día , salvo que existan causas de suspensión o cancelación que ameriten la reprogramación de la audiencia. Será conducida en idioma español, pudiendo contarse con la participación de facilitadores del diálogo e intérpretes, en caso que el idioma predominante en el lugar en el que se realiza, sea distinto del español.
2	El presidente de la Mesa Directiva dará inicio a la Audiencia Pública, explicando el objetivo de la misma e invitará a los representantes de la empresa y de la entidad que elaboró el EIA o EIASd a que sustenten dicho estudio.
3	Concluida la sustentación , el presidente de la Mesa Directiva invitará a los participantes a formular sus preguntas por escrito, hasta en dos rondas, pudiendo desarrollar una tercera ronda de preguntas orales con la duración que determine el presidente de la Mesa Directiva, para cuyo efecto, abrirá previamente un listado de oradores.
4	Luego de respondidas las preguntas, el presidente de la Mesa Directiva invitará a los participantes a entregar a la Mesa Directiva, los documentos, memoriales, informes o cualquier otro testimonial deseen presentar para su incorporación al expediente y revisión por la autoridad.
5	Al término de la audiencia se suscribirá un acta en la cual se consigne el número de participantes, el desarrollo de la audiencia pública, incluyendo el resumen de lo expuesto y discutido, así como los aportes recibidos, señalando la documentación que haya sido presentada ante la Mesa Directiva, por los participantes. El acta será suscrita por los miembros de la Mesa Directiva, el representante del titular minero, el representante de la entidad que elaboró el EIA o EIASd y los participantes que deseen hacerlo.
6	Todo lo expuesto y discutido en la Audiencia Pública deberá ser registrado con la ayuda de equipos de audio y, si fuera posible, a través de una grabación audiovisual. La transcripción de las preguntas y respuestas formuladas en la Audiencia Pública, así como los documentos recibidos por la Mesa Directiva, se adjuntarán al expediente del EIA o EIASd y serán meritoados en la evaluación correspondiente.

Fuente: Artículo 25º de la Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM-DM

CANCELACIÓN O SUSPENSIÓN DE LA AUDIENCIA PÚBLICA
La autoridad competente podrá declarar la cancelación o suspensión de la audiencia pública, antes de su realización o durante la misma , por caso fortuito o fuerza mayor o cualquiera otra causa que pudiera poner en riesgo la salud o integridad de los participantes o los miembros de la Mesa Directiva.
Si se determinase la situación anterior, antes de la realización de la Audiencia Pública, la autoridad deberá adoptar las siguientes acciones: a) Convocará a una nueva Audiencia Pública dentro de los 20 días calendarios siguientes a la fecha originalmente convocada. b) En el caso de que se cancele nuevamente la Audiencia Pública , la autoridad podrá prescindir de su realización, reemplazándola por otros mecanismos de participación y medidas de amplia difusión de las características del proyecto a través de medios de comunicación locales. c) Si se determinase la situación de caso fortuito o fuerza mayor, durante la realización de la Audiencia Pública , la autoridad deberá adoptar las siguientes acciones: <ul style="list-style-type: none">• Suspenderá el desarrollo de la Audiencia Pública para su continuación dentro las 72 horas siguientes, publicitando a nivel local (carteles y/o radio) la fecha de realización• Si no es posible continuar con la realización de la Audiencia Pública, la autoridad la cancelará y convocará una nueva Audiencia Pública dentro de los 20 días calendarios siguientes a la fecha originalmente convocada.
SEGUNDA CANCELACIÓN
En el caso de que se cancele nuevamente la Audiencia Pública , la autoridad podrá prescindir de su realización, reemplazándola por otros mecanismos de participación y medidas de amplia difusión de acuerdo a las características del proyecto a través de medios de comunicación locales, por cuenta del titular minero.
PROLONGACION DE LA AUDIENCIA EN EXCESO
En caso la Audiencia Pública se prolongue más de lo previsto y la Mesa Directiva decida levantarla , se continuará al día siguiente, recabándose las preguntas que hayan quedado sin absolver. De existir preguntas que por su complejidad o

naturaleza requieran de una precisión adicional, se procederá a recabarlas para su consideración en el procedimiento de evaluación y/o traslado al titular minero para su absolución conjuntamente con el levantamiento de observaciones.

NUEVOS TALLERES

La **autoridad podrá disponer la realización de uno o más talleres, dentro del plazo máximo de veinte (20) días calendario de realizada la Audiencia Pública**, para tratar preocupaciones u observaciones puntuales al proyecto minero. Este taller se llevará a cabo con presencia de la autoridad competente o el representante de la DREM correspondiente, según se coordine y con presencia del o los especialistas a cargo del estudio ambiental que resulten necesarios según el tema a tratar.

En todos **los casos en los que se cancele o suspenda la realización de una Audiencia Pública**, el profesional responsable de su conducción deberá elaborar un informe escrito de lo acontecido, el cual formará parte del expediente en trámite.

Fuente: Artículo 26° de la Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM-DM

MODIFICACIÓN DE LOS ESTUDIOS AMBIENTALES

El estudio ambiental correspondiente a la modificación o ampliación de los proyectos de explotación o beneficio minero, deberá incluir Resumen Ejecutivo y una propuesta de **Plan de Participación Ciudadana** que señale alguno de los mecanismos de participación ciudadana.

Si la modificación propuesta al proyecto minero comprende **comunidades, centros poblados, distritos o provincias nuevas respecto del proyecto original**, deberá considerarse en la propuesta de Plan de Participación Ciudadana la realización de por lo menos **un taller informativo con la población involucrada y la realización de una Audiencia Pública**.

Fuente: Artículo 27° de la Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM-DM

MONITOREO Y VIGILANCIA AMBIENTAL PARTICIPATIVO

A fin de promover la participación organizada de la comunidad en el mecanismo de monitoreo ambiental participativo, se podrá constituir **un Comité con representantes interesados de las comunidades y autoridades locales del área de influencia** del proyecto minero y el titular de éste con conocimiento de la autoridad competente. También podrá estar integrado por organizaciones de la sociedad civil a solicitud de la comunidad.

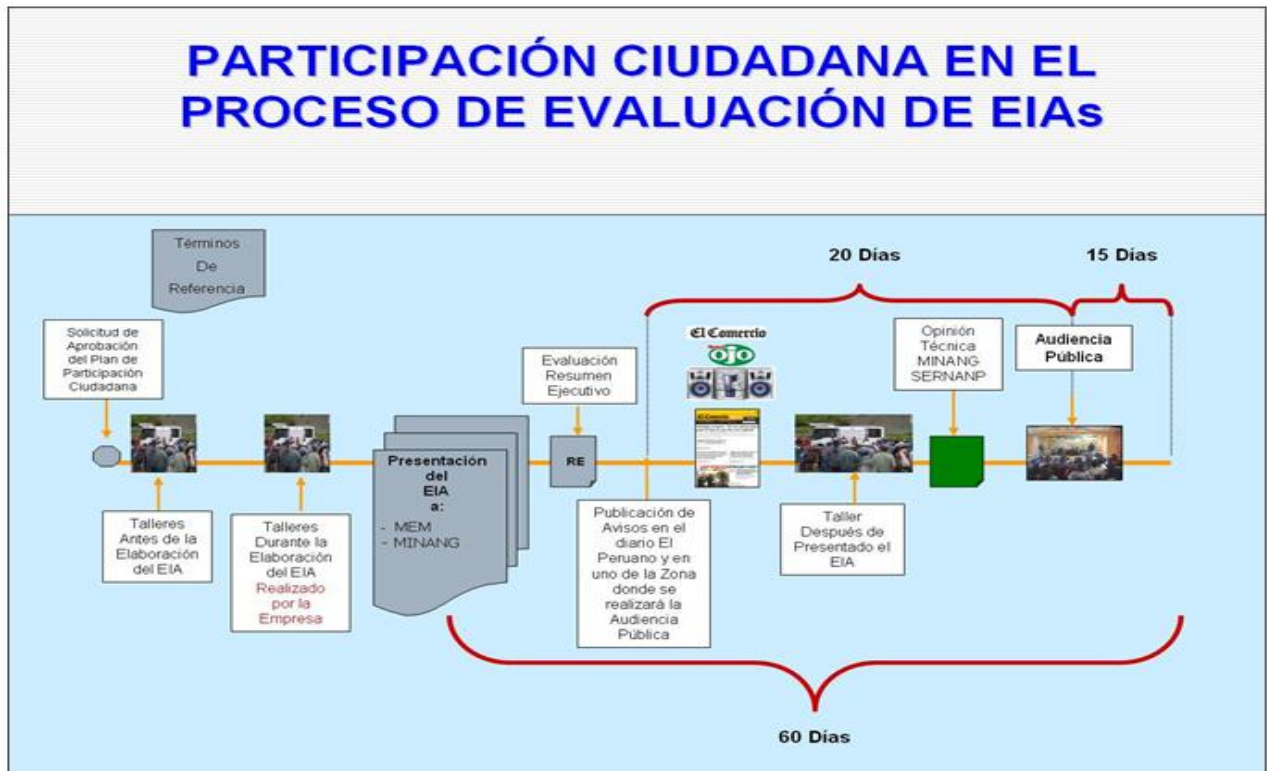
Las acciones de monitoreo participativo **no sustituyen ni comprometen las funciones de fiscalización a cargo de la autoridad competente para la fiscalización de las obligaciones contenidas en los estudios ambientales**. Sin perjuicio de ello, el Comité constituido para tal fin podrá remitir a dicha entidad fiscalizadora, de manera periódica los resultados del monitoreo y vigilancia para que procedan en el marco de sus competencias.

Fuente: Artículo 33° de la Resolución Ministerial N° 304-2008-MEM-DM

PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL SUB SECTOR MINERO

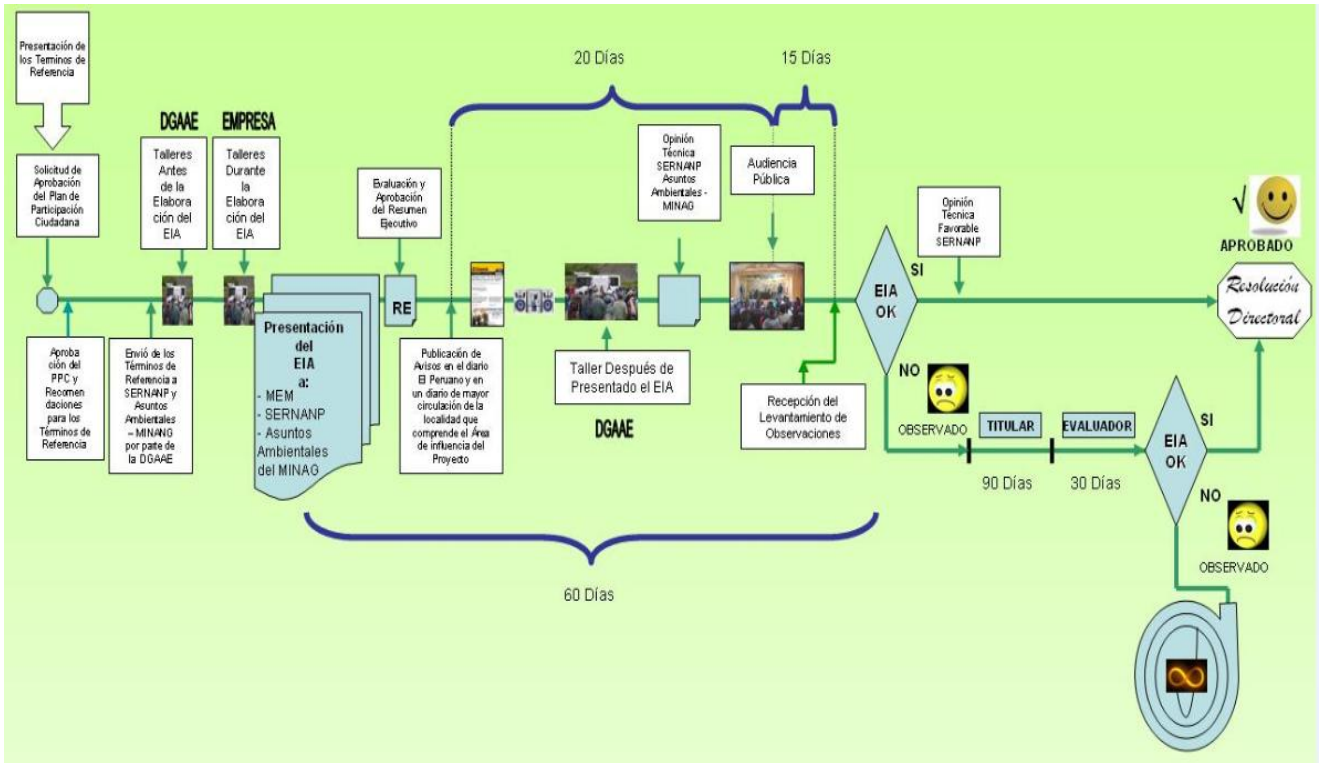
		SITUACIÓN				
		TITULARIDAD	EXPLORACIÓN	EXPLOTACIÓN / PRODUCCIÓN	DURANTE LA	CIERRE
PROCEDIMIENTO	ORDENAMIENTO TERRITORIAL	OTORGAMIENTO CONCESIÓN	EVALUACIÓN DIA / EIASd	EVALUACIÓN y APROBACION EIA / EIASd	EJECUCIÓN	EVALUACIÓN Plan de Cierre de Minas (Durante explotación)
	ACTIVIDADES	<ul style="list-style-type: none"> Obligación de <u>informar</u>. Del Estado (MEM – DREMs) Del Titular minero. 	<ul style="list-style-type: none"> Ejecución previa de algún mecanismo de participación (Antes o durante elaboración de Estudio) Difusión de Estudio en página web de la Autoridad. Acceso al Estudio Ambiental. Presentación de comentarios y observaciones a la Autoridad (MEM – DREM). Categoría II Publicación de avisos en diarios y anuncios radiales. 	<ul style="list-style-type: none"> Talleres antes y durante la elaboración del EIA o EIASd. PLAN DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA (PPC) Publicación del PPC en diarios, anuncios radiales, carteles. Distribución de resúmenes ejecutivos. Presentación de comentarios u observaciones ante la Autoridad. Acceso público al EIA o EIASd. Audiencia Pública (Posible Taller posterior a la Audiencia) 	<ul style="list-style-type: none"> Monitoreo Participativo Oficina de información 	<ul style="list-style-type: none"> Publicidad de avisos Distrib. de Resúmenes Acceso público al PCM Buzón de Observ. Otros

FLUJOGRAMA DEL PROCEDIMIENTO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL SECTOR DE HIDROCARBUROS



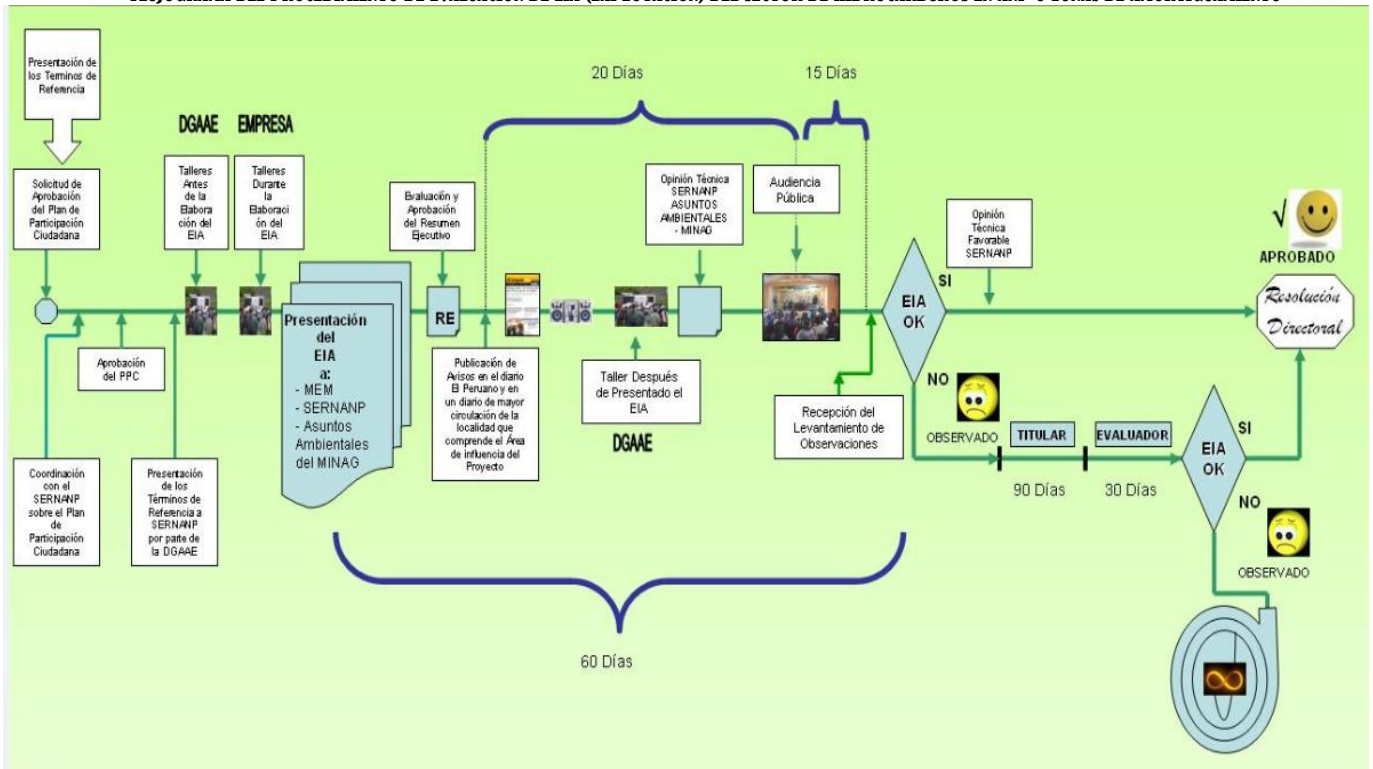
Fuente: Ministerio de Energía y Minas (2012)

FLUJOGRAMA DEL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE EIA (EXPLORACIÓN) DEL SECTOR DE HIDROCARBUROS EN ANP O ZONAS DE AMORTIGUAMIENTO



Fuente: Ministerio de Energía y Minas (2012)

FLUJograma DEL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE EIA (EXPLORACIÓN) DEL SECTOR DE HIDROCARBUROS EN ANP O ZONAS DE AMORTIGUAMIENTO



Fuente: Ministerio de Energía y Minas (2012)

3.3. LAS CONCESIONES ELECTRICAS

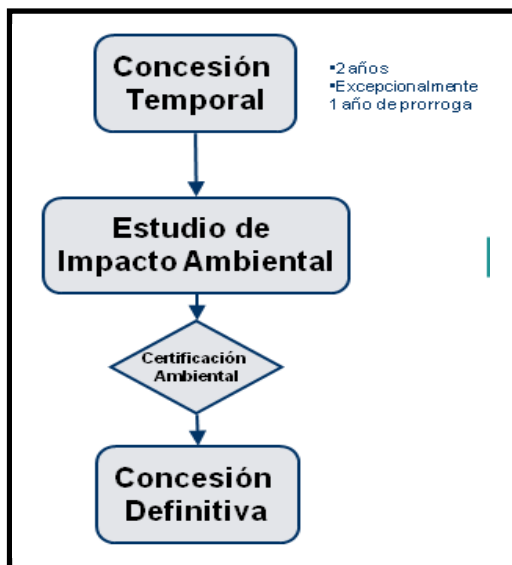
El estudio de las concesiones eléctricas nos interesa para efectos de mejorar el actual sistema nacional de evaluación de impacto ambiental porque es un sector con escasos conflictos socio ambientales que han escalado al grado de crisis, y se rigen por un sistema único distinto al de hidrocarburos y minería como a continuación observaremos. Así tenemos que el Ministerio de Energía y Minas (MEM), y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), en representación del Estado son los encargados de velar por el cumplimiento de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844, quienes podrán delegar en parte las funciones conferidas tales como la supervisión y monitoreo del cumplimiento de obligaciones socio ambientales a terceros. Es prudente señalar que el artículo 2 de la mencionada norma, señala que constituyen servicios públicos de electricidad: a) el suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo o destinado al uso colectivo; y, b) La transmisión y distribución de electricidad. El servicio público de electricidad es de utilidad pública.

Ahora bien las concesiones y autorizaciones serán otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas, que establecerá para tal efecto un Registro de Concesiones Eléctricas, ello implica que promoverán el ingreso de inversionistas al mercado eléctrico peruano, y también emitirán la certificación ambiental correspondiente, esto último constituye un error del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, pues no existe obviamente garantía de neutralidad de la entidad estatal que promueve inversiones y a la vez certifica ambientalmente. Lo correcto es que otra autoridad expida la certificación ambiental, el ideal sería que lo haga el Ministerio del Ambiente, lamentablemente esta no es nuestra realidad.

Es importante destacar que el artículo 9º de la Ley de Concesiones Eléctricas, señala que el Estado previene la conservación del medio ambiente y del Patrimonio Cultural de la Nación, así como el uso racional de los recursos naturales en el desarrollo de las actividades relacionadas con la generación, transmisión y distribución de energía eléctrica. Lo que en los últimos años se ha venido traduciendo en normatividad específica como el Decreto Supremo N° 025-2007-AG, referido medidas para la conservación y preservación de aguas subterráneas a nivel nacional.

3.3.1. LA CONCESIÓN TEMPORAL EN EL SECTOR ELÉCTRICO

Se podrá otorgar para la realización de estudios de factibilidad y permite utilizar bienes de uso público y el derecho de obtener la imposición de servidumbre temporal. El titular asume la obligación de realizar **estudios de factibilidad** relacionados con las actividades de generación y transmisión; específicamente, la de realizar estudios de centrales de generación, subestaciones o líneas de transmisión, cumpliendo un cronograma de estudios. El plazo de vigencia de la concesión temporal es de **dos (2) años**, pudiendo extenderse una (1) sola vez, a solicitud del titular, **hasta por un (1) año adicional**, sólo cuando el cronograma de estudios no haya sido cumplido por razones de fuerza mayor o caso fortuito. Al vencimiento del plazo se extingue de pleno derecho.



Fuente: MINEM

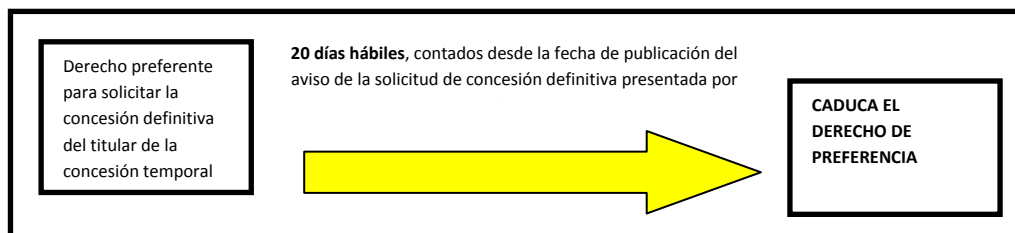
El artículo 32º del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Supremo N° 009-93-EM, se establece que se puede formular oposición contra las solicitudes de concesión temporal dentro de los cinco (5) días hábiles desde la última publicación del aviso. La oposición debe estar acompañada de los documentos que la sustenten y la garantía. La oposición será resuelta por la Dirección General de Electricidad dentro del plazo de diez (10) días hábiles de formulada.

El artículo 34º del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas establece que la concesión temporal no tiene carácter exclusivo. En consecuencia, se puede otorgar concesión temporal para realizar estudios de centrales de generación, subestaciones y líneas de transmisión dentro de las mismas áreas a más de un petionario a la vez. En caso se otorgue una concesión definitiva sobre un proyecto que cuenta previamente con una concesión temporal, no habiendo ejercido el titular de ésta el derecho de preferencia, dicha concesión temporal deberá tenerse por extinguida de pleno derecho.

El otorgamiento de la concesión temporal no libera a su titular de obtener los permisos que se requieran para el uso efectivo de las áreas comprendidas dentro de la concesión otorgada, a fin de conservar el medio ambiente, respetar el derecho de propiedad y demás derechos de terceros. En caso concurren más de una concesión temporal sobre una misma área, las servidumbres temporales que sean constituidas deberán ser utilizadas de forma conjunta cuando esto sea posible, con el fin de ser lo menos gravosas para el predio sirviente. Las compensaciones y/o indemnizaciones que hubiere lugar a favor de los titulares de los predios afectados, serán prorrateadas entre los beneficiados por las servidumbres compartidas.

El artículo 35 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, establece que la renovación de la concesión temporal sólo podrá otorgarse una vez, por un nuevo período no mayor de un (1) año. Procede la renovación de la concesión temporal, únicamente cuando el titular no hubiera concluido con los estudios dentro del plazo otorgado originalmente por causa de fuerza mayor o caso fortuito y la solicitud de renovación sea presentada con una anticipación no menor de treinta (30) días hábiles antes de su vencimiento, acompañada de un informe sustentatorio, de la renovación de la respectiva garantía vigente por el plazo de renovación solicitado, el nuevo Calendario de Ejecución de Estudios y demás documentos que resulten pertinentes. De ser el caso, también acompañará la renovación o ampliación de la autorización de uso del recurso natural de propiedad del Estado para realizar los estudios.

Resulta importante resaltar que el titular de concesión temporal tendrá derecho preferente para solicitar la concesión definitiva correspondiente. El derecho preferente caduca a los veinte (20) días hábiles, contados desde la fecha de publicación del aviso de la solicitud de concesión definitiva presentada por un tercero.



El artículo 33 del Reglamento de la Ley de Concesiones, Decreto Supremo N° 009-93-EM, establece que de no haberse formulado oposición, o éstas hayan sido resueltas a favor del petionario en la vía administrativa, y habiéndose cumplido con los requisitos de admisibilidad, la solicitud deberá ser resuelta en un plazo de treinta (30) días hábiles desde la fecha de presentación. Para efecto del cómputo del plazo para resolver la solicitud de concesión temporal, no serán tomados en cuenta los plazos otorgados para subsanar observaciones, ni para resolver las oposiciones, así como tampoco el plazo

necesario para llevar a cabo los eventos presenciales referidos en los Lineamientos para la Participación Ciudadana en las Actividades Eléctricas.

3.3.2. CONCESIÓN DEFINITIVA EN EL SECTOR ELECTRICO

La Concesión Definitiva sobre una operación eléctrica permite utilizar bienes de uso público y obtener la imposición de servidumbres para la construcción y operación de centrales de generación y obras conexas, subestaciones y líneas de transmisión así como también de redes y subestaciones de distribución para Servicio Público de Electricidad.

REQUISITO PARA SOLICITAR LA OBTENCIÓN DE UNA CONCESIÓN DEFINITIVA

- a) Autorización del uso de recursos naturales de propiedad del Estado, cuando corresponda;
- b) Memoria descriptiva y planos completos del proyecto, con los estudios del proyecto a un nivel de factibilidad, por lo menos;
- c) Calendario de ejecución de obras;
- d) Presupuesto del proyecto;
- e) **Especificación de las servidumbres requeridas;**
- f) **Resolución directoral aprobatoria del Estudio de Impacto Ambiental;**
- g) La garantía de fiel cumplimiento de ejecución de obras;
- h) Informe favorable emitido por una entidad Clasificadora de Riesgo calificada, respecto de la solvencia financiera del solicitante, tratándose de concesión de generación, entre otros.

Fuente: Artículo 25º de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844

Ahora si dentro del término de quince (15) días hábiles, posteriores a la última publicación del aviso de una solicitud de concesión definitiva, se presentaran otras solicitudes para la misma concesión, se seleccionará la solicitud que debe continuar con el procedimiento de solicitud de concesión definitiva, de acuerdo con el procedimiento de concurrencia. No será de aplicación el procedimiento de concurrencia, cuando uno de los solicitantes sea o haya sido titular de concesión temporal, y esté cumpliendo o haya cumplido sus obligaciones de acuerdo al cronograma de estudios, en cuyo caso este tendrá derecho exclusivo para continuar con el procedimiento de la solicitud de concesión definitiva.

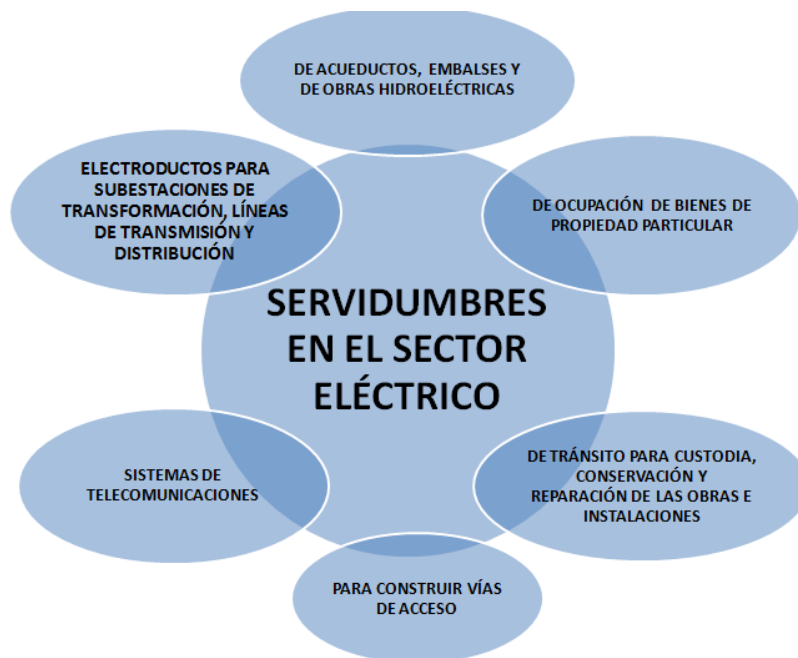
El artículo 28º de la Ley de Concesiones Eléctricas establece que la solicitud de concesión que cumpla con los requisitos establecidos, deberá resolverse en un plazo máximo de sesenta (60) días hábiles a partir de la fecha de su presentación. La concesión definitiva será otorgada por resolución suprema refrendada por el Ministro de Energía y Minas. En ese sentido, quedara agotada la vía administrativa, cabiéndole al perjudicado el recurso de reconsideración, o en su defecto, la acción contenciosa administrativa.

En caso coexista una concurrencia de solicitudes de concesión definitiva y una concurrencia de solicitudes de derecho preferente, deberá resolverse de manera prioritaria la concurrencia de solicitudes de derechos preferente y, posteriormente, la concurrencia de solicitudes de la concesión definitiva. El artículo 43º del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, establece que calificada la concurrencia, ya sea entre solicitudes de concesiones definitivas o entre solicitudes en ejercicio del derecho preferente, según sea el caso, todas ellas válidas para su admisión, la entidad competente procederá a seleccionar la mejor alternativa sobre la base del aprovechamiento de los recursos naturales más eficiente. En igualdad de condiciones, tendrá preferencia el proyecto que contemple el menor plazo de ejecución de las obras.

El artículo 29º de la Ley de Concesiones Eléctricas establece que la concesión adquiere carácter contractual cuando el peticionario suscribe el contrato correspondiente, el que debe elevarse a escritura pública en un plazo máximo de sesenta (60) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la fecha de publicación de la resolución suprema. El titular está obligado a entregar al Ministerio un testimonio de la escritura pública con la constancia de inscripción en el Registro de Concesiones para la Explotación de Servicios Públicos, dentro del plazo de veinte (20) días hábiles desde la fecha de inscripción.

La concesión se extingue por declaración de caducidad o aceptación de renuncia. La caducidad será sancionada por Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Energía y Minas. En este caso se dispondrá su intervención administrativa en forma provisional, a fin de asegurar la continuidad de sus operaciones.

3.3.4. CON RESPECTO A LAS SERVIDUMBRES EN EL SECTOR ELECTRICO



Fuente: Artículo 110º de la Ley de Concesiones Eléctricas

El artículo 111 de la Ley de Concesiones Eléctricas establece que es atribución del Ministerio de Energía y Minas imponer con carácter forzoso el establecimiento de las servidumbres, así como modificar las establecidas. Para tal efecto, la Dirección General de Electricidad deberá oír al titular del predio sirviente, siguiendo el procedimiento administrativo correspondiente. Al imponerse o modificarse la servidumbre, se señalarán las medidas que deberán adoptarse para evitar los peligros e inconvenientes de las instalaciones que ella comprenda.

El artículo 112 de la Ley de Concesiones Eléctricas establece que el derecho de establecer una servidumbre obliga a indemnizar el perjuicio que ella cause y a pagar por el uso del bien gravado. Esta indemnización será fijada por acuerdo de partes; en caso contrario la fijará el Ministerio de Energía y Minas. El titular de la servidumbre estará obligado a construir y conservar lo que fuere necesario para que los predios sirvientes no sufran daño ni perjuicio por causa de la servidumbre. Además, tendrá derecho de acceso

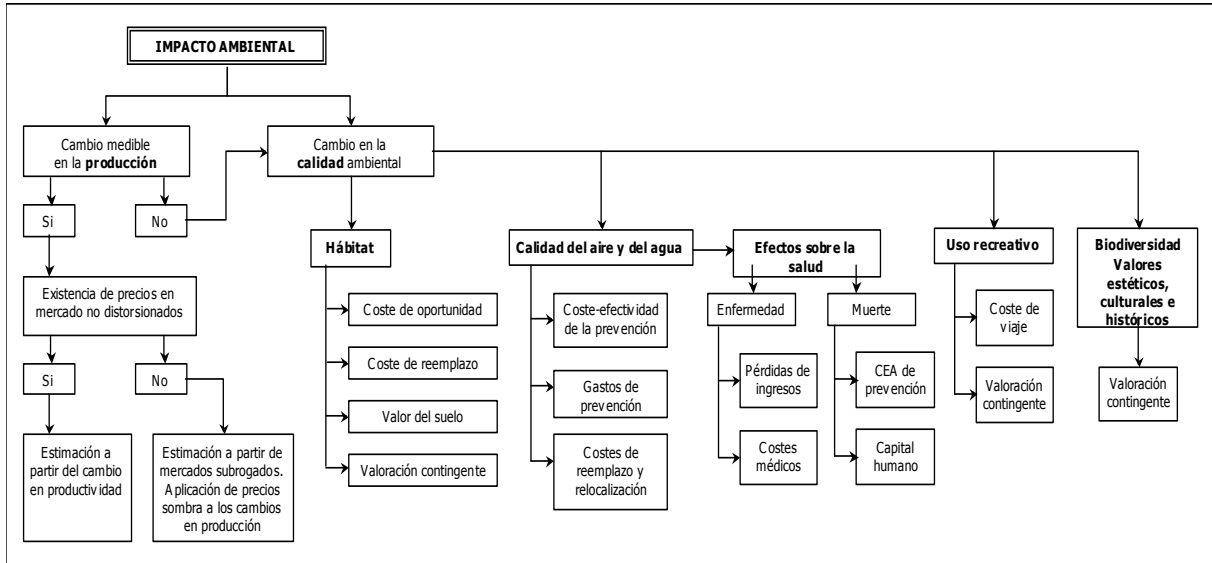
al área necesaria de dicho predio con fines de vigilancia y conservación de las instalaciones que haya motivado las servidumbres, debiendo proceder con la precaución del caso para evitar daños y perjuicios, quedando sujeto a la responsabilidad civil pertinente. Ello implica que si con motivo de la utilización de la servidumbre se generan daños al propietario del predio o a terceros, debido a los riesgos propios de la actividad eléctrica, el titular del proyecto deberá responder por los mismos.

Recordemos que la responsabilidad por daño ambiental de carácter objetiva está consagrada en el numeral 1 del Artículo 142° de la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611, en el cual indica lo siguiente: “aquel que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas.” En ese sentido, los daños ambientales generados por el titular de un proyecto eléctrico deberán ser asumidos por el mismo, sin tener en cuenta para imputar el daño, la intensión, el dolo o la culpa del mismo, que solo servirán para graduar la indemnización.

El artículo 113° de la Ley de Concesiones Eléctricas establece que constituida la servidumbre para los fines de generación de energía eléctrica, las obras e instalaciones requeridas para el aprovechamiento de las aguas, sólo podrán ser afectadas por servidumbre para actividades distintas a las que están destinadas si se comprueba plenamente que la nueva servidumbre no perjudicará los fines del servicio.

VALORACIÓN ECONOMICA AMBIENTAL

Valor económico		Método o técnica de valoración	
Valor Económico Total (VET)	Valor de uso	Valor de uso actual directo (extractivo)	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Cambios en la oferta de bienes de mercado ✓ Análisis de costes ✓ Precios hedónicos ✓ Valoración contingente ✓ Coste de viaje
		Valor de uso actual indirecto (no extractivo o ambiental)	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Análisis de costes ✓ Valoración contingente ✓ Cambios en la oferta de bienes de mercado
		Valores de opción o de uso futuro	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Valoración contingente ✓ Precios hedónicos
	Valor de no-uso o intrínseco	Valor de existencia	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Valoración contingente



Fuente: Banco Mundial. 1998. Economic Analysis and Environmental Assessment. Environmental Assessment Sourcebook. Update Number 23. The World Bank. Washington, D.C

El artículo 118º de la Ley de Concesiones Eléctricas establece que una vez consentida o ejecutoriada la resolución administrativa que establezca o modifique la servidumbre, el concesionario deberá abonar directamente o consignar judicialmente, a favor del propietario del predio sirviente, el monto de la valorización respectiva, antes de la iniciación de las obras e instalaciones. La contradicción judicial a la valorización administrativa deberá interponerse dentro de los treinta (30) días siguientes al pago o consignación, y sólo dará lugar a percibir el reajuste del monto señalado. En realidad la norma resuelta bastante cuestionable, puesto que a nivel judicial puede impugnarse sin ninguna cortapisa, la proporcionalidad y razonabilidad de una servidumbre, además de la metodología de valoración económica ambiental aplicada.



Fuente: Artículo 119 de la Ley de Concesiones Eléctricas

3.3.5. CON RELACIÓN A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LAS ACTIVIDADES ELÉCTRICAS

La Resolución Ministerial N° 223-2010-MEM-DM, aprueba para los Lineamientos para la participación en las actividades eléctricas, dice en su artículo 1º que “establece los lineamientos necesarios para el desarrollo de los procedimientos de Consulta y mecanismos de Participación Ciudadana que son aplicables durante la tramitación de

procedimientos relacionados al otorgamiento de derechos eléctricos, durante la elaboración y evaluación de los Estudios Ambientales; y, durante el seguimiento y control de los aspectos ambientales de los Proyectos y Actividades de Eléctricas, en el marco de lo dispuesto por el Convenio N° 169 OIT, Ley de Concesiones Eléctricas, el Decreto Supremo N° 009-93-EM, Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, el Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM, Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales, así como el Decreto Supremo N° 29-94-EM, Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas.”

Sin embargo, esta norma no implementa el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el marco de lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT, ni la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, y ello se ve corroborado en la Sentencia del Tribunal Constitucional que obliga al Ministerio de Energía y Minas a implementar realmente este derecho colectivo (STC N° 05427-2009-PC/TC). Lo lamentable, de todo ello, es que incluso luego de expedida la sentencia del Tribunal Constitucional que ordena implementar este derecho, se hallan seguido concesionado actividades eléctricas tal como el propio sector ha reconocido.¹²⁷

El artículo 4 de la referida resolución ministerial señala que “la Consulta y Participación Ciudadana es un proceso público, dinámico y flexible que, a través de la aplicación de variados mecanismos, tiene por finalidad poner a disposición de la población involucrada información oportuna y adecuada respecto de las Actividades Eléctricas proyectadas o en ejecución; promover el diálogo y la construcción de consensos; y, conocer y canalizar las opiniones, posiciones, puntos de vista, observaciones o aportes respecto de las actividades para la toma de decisiones de la autoridad competente en los procedimientos administrativos a su cargo.” Esto es justamente lo que no se hizo en el proyecto de la CH de Inambari, donde la empresa EGASUR, declaró su estudio de factibilidad como confidencial, incluyendo su componente ambiental, lo que contravendría lo establecido con la norma antes mencionada, pese a lo cual el Ministerio de Energía y Minas, ha dado valor a dicha declaración, y no ha permitido el acceso al estudio completo, limitándose a entregar solo resúmenes ejecutivos, los que evidentemente resultan insuficientes para entender el proyecto en toda su dimensión e impactos.

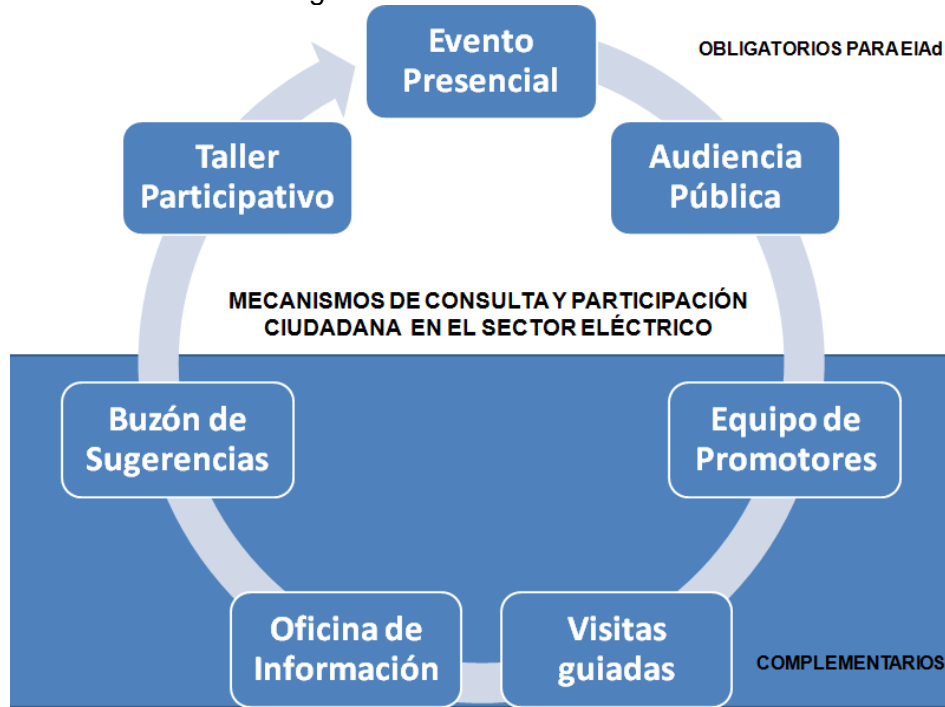
La convocatoria para los Talleres y Audiencias, debe efectuarse considerando a la población involucrada debe efectuarse a través de los mecanismos idóneos en cada caso, que permitan la mayor difusión posible. Asimismo, se cursarán invitaciones a autoridades regionales, locales, comunales e Instituciones representativas. En ese sentido, resulta irregular y fraudulento que se convoque a una población que no se afectara con el proyecto, dejando fuera a la población que efectivamente si se afectara o que está en contra del proyecto, se debe ser lo más participativo posible y ser tolerante con posiciones contrarias.

En proceso de talleres realizados en el marco de la concesión temporal de EGASUR, se inobservó el artículo 6° de la resolución ministerial, pues se estableció, el último taller en diciembre 2010, en una localidad que no se vería directamente impactada por el Proyecto de la Central Hidroeléctrica de Inambari y donde no existía oposición al mismo. Ello también contraviene lo dispuesto por el artículo 7° de la misma norma que señala que “los

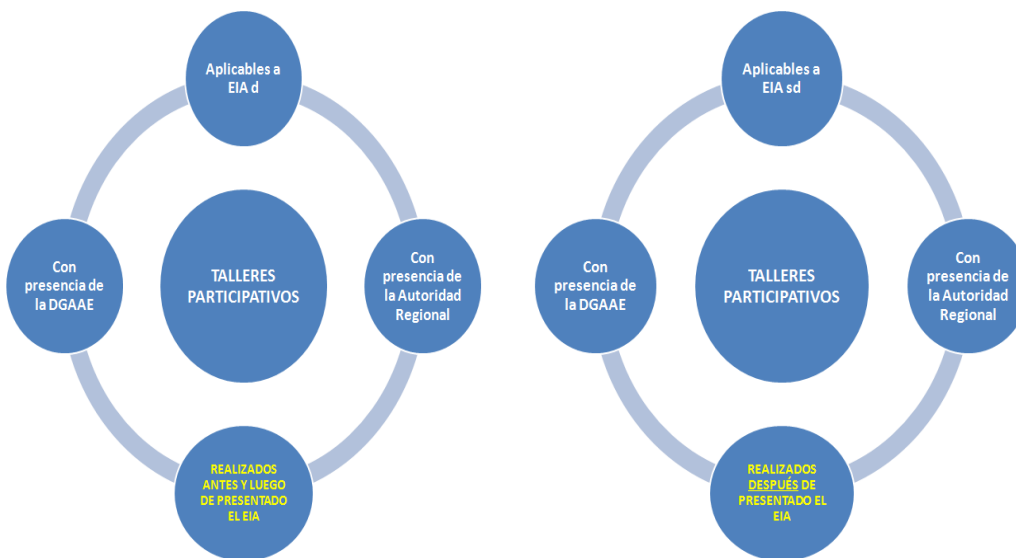
¹²⁷Mediante Oficio No 400-2011-MEM/SEG e Informe No 061-2011-DGE-DCE.

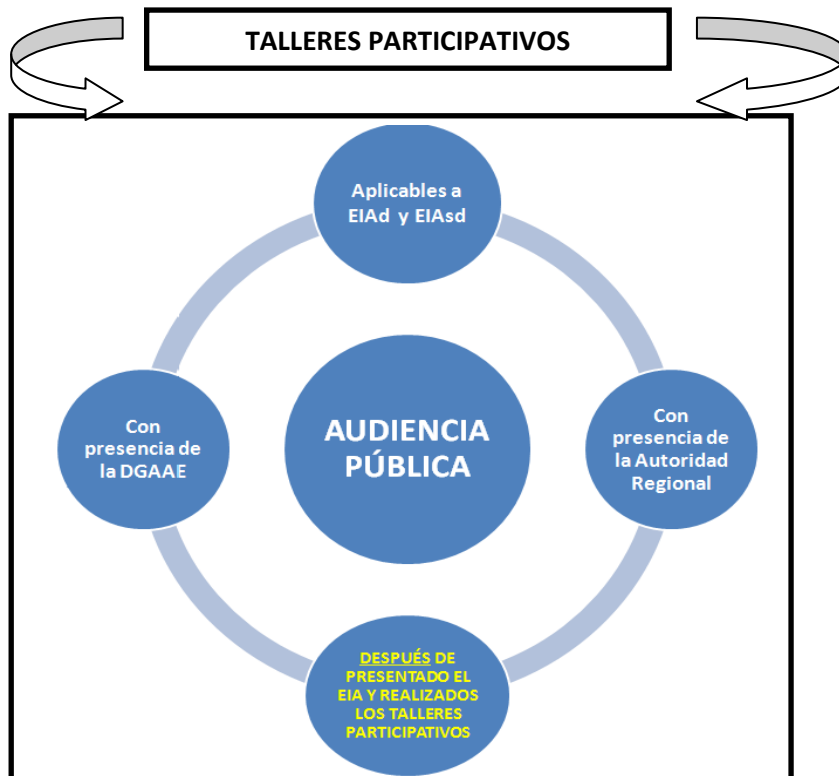
mecanismos a utilizarse en el proceso de Consulta y Participación Ciudadana para las Actividades Eléctricas deben realizarse en el área de influencia directa del proyecto.”

Los mecanismos de Consulta y Participación Ciudadana aplicables a los Proyectos de Actividades Eléctricas son los siguientes:



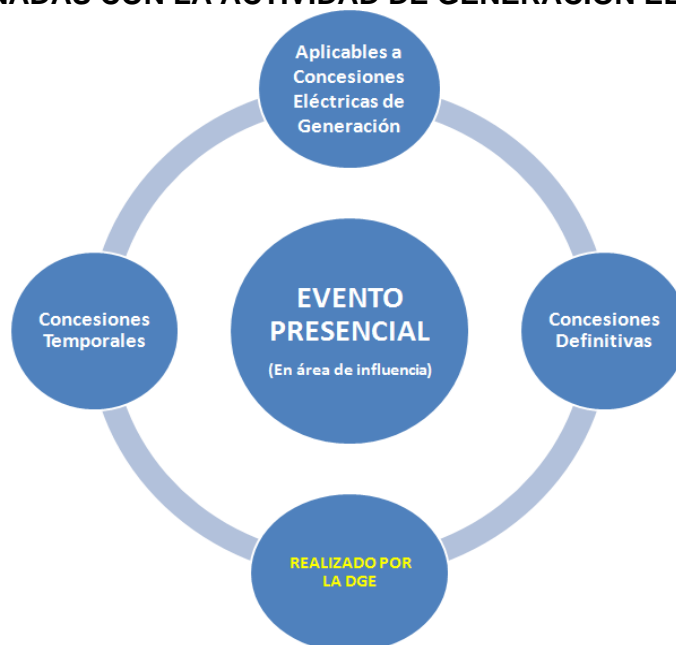
El artículo 10º de la resolución ministerial mencionada señala como mecanismos de Participación Ciudadana Obligatorios durante los procesos de elaboración y evaluación de los Estudios Ambientales **los Talleres Participativos** y **las Audiencias Públicas**. Sin perjuicio de los mecanismos obligatorios que deben ser desarrollados, se podrán utilizar los mecanismos complementarios.





Fuente: Artículo 11° de la Resolución Ministerial N° 223-2010-MEM-DM

3.3.6. ETAPAS DEL PROCESO DE CONSULTA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL PROCEDIMIENTO DE OTORGAMIENTO DE LA CONCESIÓN TEMPORAL RELACIONADAS CON LA ACTIVIDAD DE GENERACIÓN ELÉCTRICA



Fuente: Artículo 14° de la Resolución Ministerial N° 223-2010-MEM-DM

El artículo 14° de la Resolución Ministerial N° 223-2010-MEM-DM señala que el procedimiento de Consulta y Participación Ciudadana es aplicable para el proceso de otorgamiento de Concesiones Temporales para realizar estudios relacionados con la actividad de generación de energía eléctrica que se encuentran reguladas en el Decreto Ley N° 25844 y sus normas reglamentarias. En ese sentido, admitida a trámite la solicitud para la obtención de la Concesión Temporal de Generación Eléctrica, y vencido el plazo para presentar oposición, de conformidad con lo establecido en el artículo 32° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, o en caso no proceda la oposición formulada, la Dirección General de Electricidad realizará en un plazo no mayor a veinte (20) días calendario el correspondiente Evento Presencial en el área de influencia directa del Proyecto, a efecto de informar a la población sobre la Concesión Temporal en trámite.

En caso resulte necesario, se podrá efectuar más de un evento dependiendo de la ubicación de las principales poblaciones que se encuentran dentro del área de influencia directa de la zona donde se pretende llevar a cabo los futuros estudios. Sin embargo, si por motivos de caso fortuito o fuerza mayor, calificados como tales por la Dirección General Eléctrica (DGE), no se pudiera realizar el Evento Presencial, la DGE lo reprogramará en un plazo no mayor a 10 días calendario, contados desde el día siguiente de la notificación al solicitante de la citada reprogramación.

El artículo 15 de la Resolución Ministerial antes mencionada señala que “caso no se pudiera efectuar el Evento Presencial reprogramado por razones de caso fortuito o fuerza mayor, la DGE podrá prescindir de la realización de dicho evento y dispondrá en el plazo no mayor de cinco (5) días, contados desde el día siguiente de la notificación al solicitante de la cancelación del Evento Presencial, que el solicitante difunda un aviso consignando la información básica relacionada al Proyecto, a través de la publicación de un aviso por un día en el diario de mayor circulación del área de influencia directa, el cual deberá ser remitido a la DGE dentro del plazo de dos (2) días siguientes a la fecha de publicación del aviso. Y agrega que: “Realizado el Evento Presencial o publicado el aviso señalado en el párrafo precedente, la DGE continuará con el trámite de la solicitud de concesión temporal en el marco de la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento.”

Esta norma lesiona gravemente el derecho a la participación ciudadana puesto que en la práctica, se omite la realización de un taller presencial con la mera publicación de un resumen o síntesis del proyecto en un diario, lo cual no puede ser equivalente al acto presencial, que percibir de primera mano, conocer las observaciones y aportes de la población afectada. En la práctica un evento presencial puede ser omitido, alegándose la oposición de la población afectada, o provocando a la misma, al no proporcionarle la información completa de los estudios de impacto ambiental sino solo resúmenes ejecutivos como ocurrió con EGASUR, en el Proyecto de la Central Hidroeléctrica de Inambari.

La información brindada a los participantes debe estar a disposición de los interesados en las oficinas de la Dirección General de Electricidad y será proporcionada a los interesados que lo soliciten por escrito. También se difundirá esta información a través del Portal de Internet del Ministerio de Energía y Minas. No existe ninguna excepción para impedir que tanto el estudio de factibilidad o el estudio de impacto ambiental sea puesto a conocimiento del público en general, en consecuencia, la Dirección General de Electricidad no puede negarse a proporcionar estos documentos tanto en su versión resumen como completa.

La Dirección General de Electricidad determina el área de influencia directa para llevar a cabo el procedimiento de Participación Ciudadana relacionada a la Concesión Temporal de Generación Eléctrica en trámite. Sin embargo, nada impide que esta sea modificada y ampliada o disminuida, a solicitud de otra entidad del Estado como SERNANP, INDEPA, ANA, MINAM o la Defensoría del Pueblo. Incluso, las organizaciones no gubernamentales podrían solicitarlo en atención a un reclamo de la población local afectada en los derechos fundamentales o en defensa del ambiente. En este punto, debe tenerse en cuenta la opinión técnica favorable del SERNANP, prevista en el artículo 28º de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, el artículo 116 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, aprobado por Decreto Supremo N° 038-2001-AG, y el Decreto Supremo N° 004-2010-MINAM, especialmente para cuando el proyecto afecte áreas naturales protegidas o zonas de amortiguamiento bajo sanción de nulidad.

Asimismo debe considerarse la opinión técnica favorable del ANA prevista en el artículo 82º de Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338, cuyo desarrollo al detalle se ha realizado mediante Resolución Jefatural N° 106-2011-ANA,¹²⁸ que establece y regula el procedimiento para la emisión de opinión técnica que debe emitir la Autoridad Nacional del Agua en los procedimientos de evaluación de los estudios de impacto ambiental relacionados con los recursos hídricos, que señala en su artículo 3º que “ para efectos de lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, entiéndase por Estudios de Impacto Ambiental, a los Instrumentos de Gestión Ambiental que se establecen en los literales b) y c) del artículo 11 del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM. Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, la Autoridad Nacional del Agua emitirá opinión técnica respecto a los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental y demás instrumentos de gestión ambiental complementarios del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de ser requerido.”

En ese sentido, el artículo 4º de la resolución jefatural antes citada establece que “los Estudio de Impacto Ambiental requieren opinión técnica de la Autoridad Nacional del Agua:

- a) Cuando se trate de proyectos de inversión señalados en el Anexo II del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM.
- b) Cuando se trate de proyectos adyacentes a cuerpos de agua superficiales y subterráneos.
- c) Cuando se proyecte captar directamente el recurso hídrico.
- d) Cuando se proyecte verter a cuerpos de aguas continentales y/o marino - costeros.
- e) Cuando se proyecte realizar embalses y/o alterar cauces.

El artículo 6 de la referida resolución establece el procedimiento para la opinión previa del ANA:

- a) La Autoridad Sectorial Competente remitirá a la Autoridad Nacional del Agua copia simple del Instrumento de Gestión Ambiental sobre el cual requiera opinión, en versión física o digital, teniendo en cuenta que no se afecte el plazo total establecido para su

¹²⁸ Para aprobar esta resolución jefatural debió pedirse opinión previa al Ministerio del Ambiente, de conformidad con el numeral c del artículo 17 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, cosa que extrañamente no ocurrió.

revisión y evaluación, según lo dispuesto en la Ley N° 27446, Ley que crea el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM.

- b) Tratándose de Estudios de Impacto Ambiental Semidetallados, la Autoridad Nacional del Agua, formulará opinión técnica en el caso de los EIA-sd, en un plazo no mayor de cuarenta (40) días hábiles, el cual comprende hasta treinta (30) días hábiles para la evaluación y hasta diez (10) días hábiles para evaluar la subsanación de observaciones, luego del cual se debe remitir dicha opinión a la Autoridad Sectorial Competente.
- c) Tratándose de Estudios de Impacto Ambiental Detallados, la Autoridad Nacional del Agua, formulará opinión técnica en el caso de los EIA-d, en un plazo no mayor de cincuenta (50) días hábiles, el cual comprende hasta cuarenta (40) días hábiles para la evaluación y hasta diez (10) días hábiles para evaluar la subsanación de observaciones, luego del cual se debe remitir dicha opinión a la Autoridad Sectorial Competente.
- d) Tratándose de otros instrumentales ambientales, la Autoridad Nacional del Agua, formulará opinión técnica en el caso de otros instrumentos ambientales, en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles, el cual comprende hasta veinte (20) días hábiles para la evaluación y hasta diez (10) días hábiles para evaluar la subsanación de observaciones, luego del cual se debe remitir dicha opinión a la Autoridad Sectorial Competente.

Finalmente, el artículo 7 de la mencionada resolución jefatural señala que cuando la Autoridad Sectorial Competente considere necesaria la opinión técnica de la Autoridad Nacional del Agua en la evaluación de las solicitudes de clasificación a las que hace referencia el artículo 44 del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, ésta será emitida en un plazo no mayor de cinco (05) días hábiles contados a partir de la recepción del mencionado requerimiento.

Las inquietudes, sugerencias y observaciones planteadas por la población involucrada así como las Autoridades Regionales, Locales, Comunales e Instituciones representativas asistentes, referidas entre otros, a aspectos sociales, culturales y ambientales, serán remitidas por la Dirección General de Electricidad a la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos, a efecto que sean incorporadas en el Registro Interno de Participación Ciudadana que está a su cargo, las que posteriormente serán analizadas durante la evaluación de los Estudios Ambientales que presente el Titular del Proyecto que eventualmente solicite el otorgamiento de una Concesión Definitiva con el correspondiente Estudio Ambiental.

3.3.7. ANTES Y DURANTE LA ELABORACIÓN Y EVALUACIÓN DE ESTUDIOS AMBIENTALES

Esta etapa del proceso de participación ciudadana está a cargo de la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos del Ministerio de Energía y Minas (DGAAE) y se realiza de acuerdo a un **Plan de Participación Ciudadana** propuesto por el Titular del Proyecto. Esto es el titular del proyecto contara con el respaldo de la entidad que promueve la concesión, lo que facilita el proceso de emponderamiento del proyecto a

nivel del área de influencia. Luego de presentado el **Plan de Participación Ciudadana** ante la DGAAE, esta dependencia se pronunciará dentro de los quince (15) días calendario de su presentación, analizando. Asimismo, la DGAAE deberá verificar que el Plan de Participación Ciudadana cumpla con los requisitos establecidos en el numeral 30.3 del artículo 30 del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM. De existir alguna modificación en el Cronograma de Actividades del Plan de Participación Ciudadana, el Titular del Proyecto deberá presentarlo a la DGAAE para su conformidad en un plazo de diez (10) días calendario. El área de influencia directa para la realización de la Consulta y Participación Ciudadana en la etapa de elaboración y evaluación de los Estudios Ambientales, así como los criterios utilizados para tal fin, es determinada en el Plan de Participación Ciudadana.

3.3.7. a. LOS TALLERES PARTICIPATIVOS

El Titular del Proyecto solicitará a la DGAAE, que se efectúe la convocatoria del o los Taller(es) Participativo(s), con un mínimo de veintiún (21) días calendario antes de la fecha programada para la realización de los Talleres Participativos. Para el caso de los Talleres durante la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado, el Titular del Proyecto realizará directamente la convocatoria, a través de Oficios de Invitación.

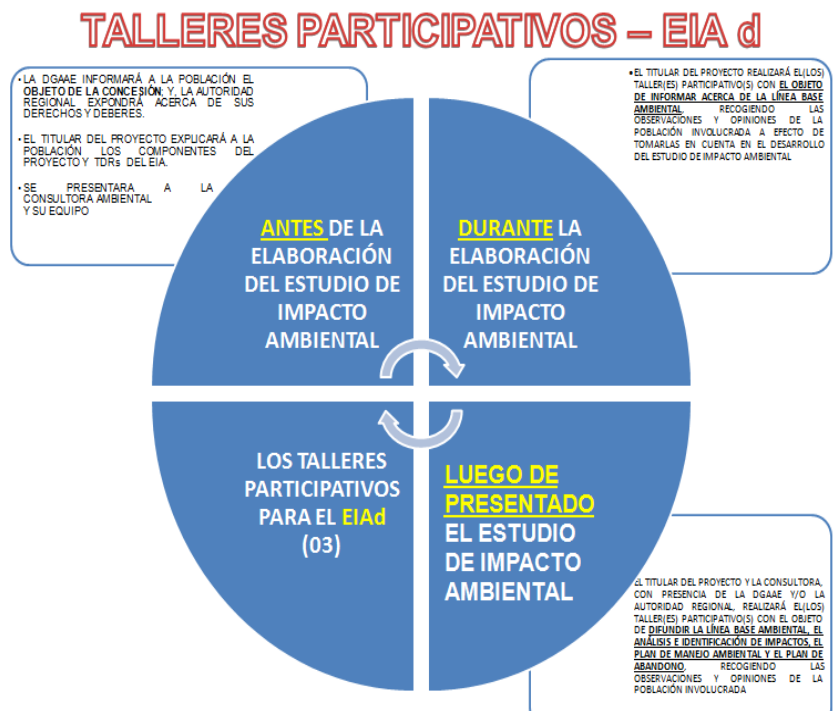
La correcta distribución de los Oficios de Invitación para la convocatoria y ejecución del Taller Participativo, correrá por cuenta y responsabilidad del Titular del Proyecto. Los cargos de recepción de los Oficios de Invitación remitidos a los grupos de interés, deberán ser entregados a la DGAAE con un mínimo de siete (7) días calendario antes de la realización del Taller Participativo, bajo apercibimiento de cancelarse el Taller. Todos los gastos de la convocatoria y realización de los Talleres Participativos, correrán por cuenta del Titular del Proyecto.



El artículo 32° de la Resolución Ministerial No 223-2010-MEM-DM da la posibilidad que cuando la DGAAE tenga conocimiento o pudiese prever que existen acontecimientos que pudieran entorpecer la realización del Taller Participativo, limitando la participación de la población involucrada o generando situaciones de inseguridad, se procederá a reprogramar la fecha del Taller y de ser necesario, a cambiar el lugar y hora del evento. El representante de la DGAAE o de la Autoridad Regional podrá suspender el Taller Participativo por caso fortuito o fuerza mayor.

El Presidente de la Mesa Directiva dará inicio a la Audiencia Pública, invitando al representante del Titular del Proyecto y de la Consultora que elaboró el Estudio Ambiental, para que sustenten dicho Estudio. Concluida la sustentación, el Presidente de la Mesa Directiva invitará a los asistentes a formular sus preguntas por escrito y en forma oral. Para las intervenciones orales los participantes deberán inscribirse durante el desarrollo de la Audiencia ante la Mesa Directiva, a fin de establecer el orden de éstas.

Una vez contestadas las preguntas por los expositores, se dará paso a una segunda rueda de preguntas y/o aclaraciones finales. Cada pregunta deberá ser absuelta por los expositores o por los miembros de la Mesa Directiva. Cada intervención oral deberá ser dirigida a la Mesa Directiva, no podrá durar más de cinco (5) minutos y deberá ser enfocada en el Proyecto y objetivos de la Audiencia. Las personas que tengan a bien presentar documentos relacionados al Proyecto, podrán hacerlo luego de culminadas las intervenciones. La transcripción de las preguntas y respuestas formuladas, así como los documentos que pudieran presentar los interesados hasta la finalización de la Audiencia, serán adjuntados al expediente de evaluación Estudio Ambiental y serán tomados en cuenta para la evaluación correspondiente.



CAUSALES DE CANCELACIÓN DE TALLERES PARTICIPATIVOS



Fuente: Artículo 30º de la Resolución Ministerial N° 223-2010-MEM-DM

AUDIENCIAS PÚBLICAS



Fuente: Artículos 34-5º de la Resolución Ministerial N° 223-2010-MEM-DM



Fuente: Artículos 35º de la Resolución Ministerial N° 223-2010-MEM-DM

Al final de la Audiencia Pública se dará lectura del Acta en la cual constará todo lo actuado en dicha Audiencia, que deberá ser firmada por todos los miembros de la Mesa Directiva, el representante del Titular del Proyecto y la Consultora. Cualquier observación o incidente durante el desarrollo de la Audiencia Pública deberá constar en dicha Acta.

El Presidente de la Mesa Directiva, podrá suspender la Audiencia Pública por razones de Caso Fortuito o Fuerza Mayor. La nueva fecha para la realización de la Audiencia Pública se determinará de acuerdo a lo siguiente:

- a) Si la suspensión se realiza una vez instalada la Mesa Directiva, el Presidente deberá señalar la nueva fecha en el acto, siempre y cuando cuente con la aprobación de todos los integrantes de la Mesa Directiva, debiendo registrar el hecho en el acta respectiva y hacerlo de conocimiento por todos los asistentes. La Audiencia Pública deberá realizarse dentro de los cuatro (4) días siguientes.
- b) Si la suspensión se realiza antes de la instalación de la Mesa Directiva, el Titular del Proyecto deberá cumplir con iniciar el proceso de convocatoria.
- c) Si se volviera a presentar un Caso Fortuito o Fuerza Mayor, que impida el desarrollo de la nueva Audiencia Pública convocada, el Presidente de la Mesa Directiva dejará constancia de los motivos por los que se volvió a interrumpir la realización de la Audiencia Pública. En este caso la DGAAE, dentro del plazo de cinco (05) días calendario, evaluará los hechos y actos suscitados, debiendo emitir pronunciamiento sobre la continuación del proceso de Participación Ciudadana.
- d) El Titular del Proyecto podrá solicitar por única vez y de manera fundamentada, la cancelación o suspensión de la Audiencia Pública, cuando se presenten hechos imprevistos que le impidan por causas ajenas a su voluntad, cumplir con la realización del evento, debiendo informar a la población luego de que la DGAAE haya dispuesto la suspensión de la Audiencia.

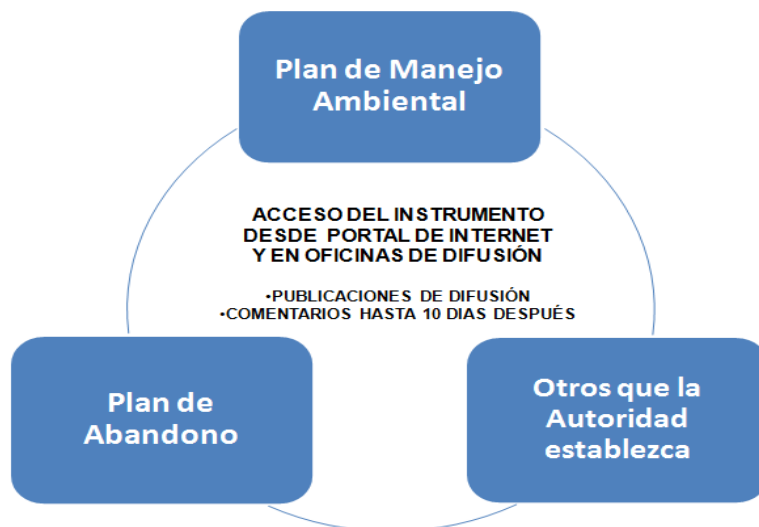
El desarrollo de la Audiencia Pública deberá ser registrado con grabaciones de audio o audiovisuales, lo cual estará a cargo del Titular del Proyecto deberá ser remitida sin editar a la DGAAE en un plazo máximo de siete (07) días calendario. Asimismo, el Acta, las preguntas y los documentos recibidos por la Mesa Directiva, se anexarán al expediente del Estudio Ambiental para su evaluación correspondiente.

Recordemos que el artículo 39° de la Resolución Ministerial No 223-2010-MEM-DM cualquier persona podrá tener acceso a una copia del Acta de la Audiencia Pública, así como de la versión de audio o grabación audiovisual de la misma, mediante el procedimiento de Acceso a la Información Pública regulado en el Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 043-2003-PCM.

El plazo para presentar los documentos con observaciones y opiniones relativas al Estudio Ambiental presentado en la Audiencia Pública es de **quince (15) días calendario siguientes a la fecha de realización de la Audiencia Pública**. Dichos documentos serán evaluados por la DGAAE y considerados de ser el caso, en el informe correspondiente que forma parte del expediente, el mismo que estará disponible para su revisión, en la DGAAE.

El titular del proyecto presentará el levantamiento de las observaciones planteadas al Estudio Ambiental, en un plazo máximo de cinco (05) días calendario de haber sido presentado ante la DGAAE, para disposición de la ciudadanía.

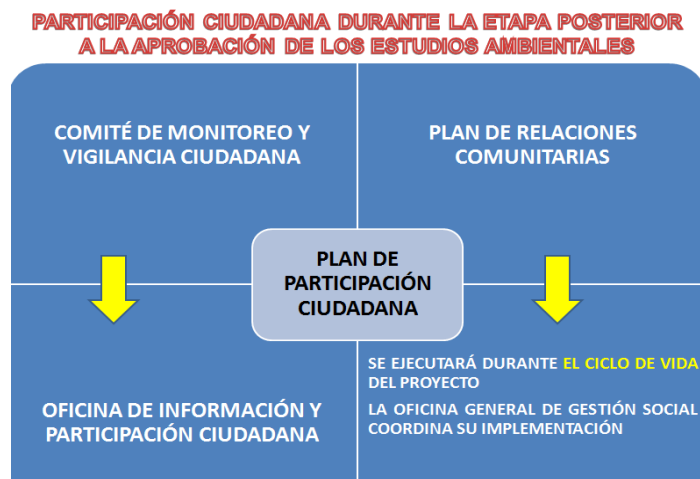
INSTRUMENTOS NO SUJETOS A LA PRESENTACIÓN DEL PLAN DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA



La **Declaración de Impacto Ambiental (DIA)** no requiere de la realización de Talleres Participativos ni Audiencias Públicas, sino únicamente poner a disposición del público interesado el contenido del mismo en el Portal Electrónico de la Autoridad Competente de su evaluación por un plazo de siete (07) días calendario.

2.3.8. PARTICIPACIÓN CIUDADANA DURANTE LA ETAPA POSTERIOR A LA APROBACIÓN DE LOS ESTUDIOS AMBIENTALES

Los mecanismos de participación ciudadana usados en esta etapa serán los establecidos en el Plan de Participación Ciudadana que forma parte del **Plan de Relaciones Comunitarias** aprobado con el Estudio Ambiental o Instrumento de Gestión Ambiental correspondiente.



El Comité de Monitoreo y Vigilancia Ciudadana está orientado a que la población involucrada con sus Autoridades Comunales y entidades representativas, participen en el seguimiento de las Actividades Eléctricas.

Para tal efecto, el Comité de Monitoreo y Vigilancia Ciudadana deberá contar un Reglamento Interno elaborado por el Titular de la Concesión, en coordinación con la población involucrada, a fin de que las actividades de monitoreo y vigilancia se realicen de forma organizada.

Los representantes del Comité de Monitoreo y Vigilancia Ciudadana, previa coordinación, acompañarán en calidad de observadores a la empresa y las autoridades encargadas de la supervisión y de la fiscalización de las Actividades Eléctricas y de la calidad ambiental; en el proceso de seguimiento de las acciones del proyecto y de los monitoreos que realicen sobre el cumplimiento de las normas ambientales y los compromisos asumidos en el Estudio Ambiental.

El OEFA debe informar de manera semestral a la población involucrada sobre los resultados de la evaluación realizada a los documentos o reportes recibidos en el marco del Programa de Monitoreo y Vigilancia, Ciudadana, a través de la publicación de la información correspondiente en su portal electrónico. Asimismo, OEFA remitirá al Ministerio de Energía y Minas un Informe Anual durante el primer trimestre de cada año, dando cuenta de las acciones realizadas durante el año anterior como consecuencia de dichos reportes.

3.3.9. LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EN EL SECTOR ELÉCTRICO

Es lamentable que en el 2012, todavía se encuentre vigente el Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas, Decreto Supremo N° 29-94-EM, en el futuro esta

norma debe adecuarse al Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, a la que debió adecuarse el 25 de marzo del 2010. Señalado ello, debemos anotar que durante el ejercicio de las actividades eléctricas de generación, transmisión y distribución, los Titulares de las Concesiones y Autorizaciones, tendrán la responsabilidad del control y protección del medio ambiente en lo que a dichas actividades concierne de conformidad con lo establecido por el artículo 5° del Decreto Supremo N° 29-94-EM.

En ese sentido, los Titulares de Concesiones y/o Autorizaciones, contarán con un Auditor Ambiental Interno, responsable del control ambiental de la empresa, quien tendrá como función identificar los problemas existentes, prever los que puedan presentarse en el futuro, desarrollar planes de rehabilitación, definir metas para mejorar y controlar el mantenimiento de los programas ambientales de conformidad con lo establecido por el artículo 5° del Decreto Supremo N° 29-94-EM. En otras palabras, el sistema de evaluación de impacto ambiental de la empresa, tendrá una auditoría ambiental interna, y una supervisión y control ambiental externa, que estará a cargo de la OEFA.

3.4.1. DE LOS ESTUDIOS DE IMPACTO AMBIENTAL EN EL SECTOR ELÉCTRICO

En la solicitud de una Concesión definitiva, el solicitante presentará ante la Dirección General de Electricidad, un EIA de conformidad con el inciso h) del Artículo 25 de la Ley de Concesiones Eléctricas. El EIA deberá incluir lo siguiente:

- a.- Un estudio de **Línea de Base para determinar la situación ambiental y el nivel de contaminación del área** en la que se llevarán a cabo las actividades eléctricas, incluyendo la descripción de los recursos naturales existentes, aspectos geográficos; así como aspectos sociales, económicos y culturales de las poblaciones o comunidades en el área de influencia del proyecto.
- b.- Una descripción detallada del proyecto propuesto.
- c.- La identificación y evaluación de los impactos ambientales previsibles directos e indirectos al medio ambiente físico, biológico, socio-económico y cultural, de las diferentes alternativas y en cada una de las etapas del proyecto.
- d.- Un detallado **Programa de Manejo Ambiental**, en el cual se incluyan las acciones necesarias tanto para evitar, minimizar y/o compensar los efectos negativos del proyecto, así como para potenciar los efectos positivos del mismo.
- e.- Un adecuado **Programa de Monitoreo** que permita determinar el comportamiento del medio ambiente en relación con las obras del proyecto y las correspondientes medidas de mitigación de los impactos potenciales.
- f.- Un plan de contingencia y un plan de abandono del área.

El artículo 15° del Decreto Supremo N° 29-94-EM, establece que cuando se prevé que las actividades de los Titulares de las Concesiones y Autorizaciones Eléctricas, afectarán a comunidades campesinas o nativas, aquéllos tomarán las medidas necesarias para prevenir, minimizar o eliminar los impactos negativos en los ámbitos sociales, culturales, económicos y de salud de la población. Asimismo, dentro de las áreas naturales protegidas, el desarrollo de las actividades eléctricas deberá efectuarse en coordinación

con las autoridades competentes, de conformidad con los dispositivos legales vigentes para estos casos de conformidad con el artículo 17º del Decreto Supremo N° 29-94-EM.

El artículo 18 del Decreto Supremo N° 29-94-EM, establece que el Ministerio de Energía y Minas, luego de recibido el EIA, lo derivará a la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos quien procederá a su revisión y emitirá opinión al respecto dentro de un plazo máximo de sesenta (60) días calendario; transcurrido dicho plazo, sin haberse emitido comunicación alguna, el EIA quedará aprobado automáticamente. Esta disposición contraviene el artículo 34.1.1 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual señala que Los procedimientos de evaluación previa están sujetos al silencio negativo cuando se trate de una solicitud que verse sobre asuntos de interés público, incidiendo en la salud, medio ambiente, recursos naturales, el patrimonio histórico cultural de la nación, entre otros. En ese sentido, el artículo 18 del Decreto Supremo N° 29-94-EM ha quedado claramente derogado por la Ley 27444 (Derogación Tacita).

Otra norma contraria a la legalidad vigente es el artículo 19º del Decreto Supremo N° 29-94-EM el cual establece que los EIA serán cedidos al público en calidad de préstamo, según criterio discrecional de la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos. Los Titulares podrán solicitar que se mantenga en reserva determinada información cuya publicidad pueda afectar sus derechos de propiedad industrial o comerciales de carácter reservado o seguridad nacional. Esta norma es inconstitucional pues afecta el ejercicio del derecho de participación ciudadana contemplado en el artículo 2 numeral 5 de la Constitución Política.

CAPÍTULO IV

LA CONSULTA PREVIA Y LA PROPIEDAD COMUNAL EN EL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

“¡Cuán ingenuo es decir: así debería ser el hombre! (...) El individuo no es más que un fragmento de la totalidad de los hechos, de la realidad, que comenzó ayer y seguirá mañana, es una ley más, sólo una necesidad más en todo lo que es y será. Exigirle que cambie no es sino exigirle que cambie todo, incluso hacia atrás.”¹²⁹

Friedrich Nietzsche. Filosofando a Martillazos

4.1. EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES EN LA CONSTITUCION DE 1993

Los recursos naturales renovables y no renovables susceptibles de apreciación económica y valoración social, y por tanto en constante peligro de ser sobreexplotados o sobreusados en perjuicio de los intereses de la nación fueron objeto de regulación por las principales constituciones del siglo XX, así tenemos que la Constitución Política de 1920, artículo 42, señalaba que “la propiedad minera en toda su amplitud pertenece al Estado. Sólo podrá concederse la posesión o el usufructo en la forma y bajo las condiciones que las leyes dispongan.”

Uno de los recursos naturales más explotado por el Perú, desde la época de la colonia, son los minerales así lo muestran las Ordenanzas de Minería del siglo XVIII, y en la época Republicana, la ley referida a la minería del carbón y el petróleo de 1873 así como la ley sobre pertenencias mineras de 1877, y la ley de propiedad del salitre y del bórax de 1888. Recordemos que hasta 1900, en el Perú era obligatorio trabajar las minas que habían sido concedidas en propiedad a los particulares que las solicitaban. El Código de Minería dado en 1901 mantuvo el sistema de concesión en propiedad de la mina y, a diferencia de la legislación anterior, sustituyó la obligación de trabajarla, por el pago de un impuesto llamado “Canon territorial”, cuyo incumplimiento era en adelante la única causa de pérdida

¹²⁹ Nietzsche, Friedrich. Filosofando a Martillazos. Vlacabo Hnos. Lima. 2011.p. 61

de la propiedad minera.¹³⁰

Más adelante, la Constitución Política de 1933, artículo 37, estableció que “las minas, las tierras, bosques, aguas y, en general, todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, **salvo los derechos legalmente adquiridos**. La ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad o en usufructo a los particulares.” Posteriormente para el caso de la minería, el Código Minero de 1950, estableció que el derecho que adquiriría el concesionario minero no era más de propiedad sino el de explotar el yacimiento. García Montufar por ello sostenía: “el concesionario se hace dueño de los minerales conforme los saca. No es propietario ni del terreno ni de los minerales inexplorados, sobre éstos posee una expectativa, el derecho a explotarlos, quiere decir que el Estado continúa vinculado al yacimiento que forma parte de su dominio.”¹³¹ En resumen, el Código de Minería de 1950 “pasaba al sistema de concesión que otorgaba derecho de explotación, daba un derecho real de propiedad sobre las sustancias minerales extraídas; y permitía que los yacimientos concedidos que permanecieran inexplorados, siempre y cuando se pagara el canon territorial que, en verdad resultaba un impuesto sumamente barato. Con ello, la empresa concesionaria podía mantener en reserva estratégica los yacimientos peruanos, mientras explotaba otros, dentro o fuera del Perú, lo que obviamente no convenía a los intereses nacionales al mantenerse en condición de mendigos sentados en banco de oro.”¹³²

Como bien indica Pasara Pazos, esta situación cambió en 1969, con el D.L. 11792, en que se estableció el principio jurídico que en la doctrina minera se denomina “amparo por el trabajo”, es decir, que la concesión sólo se legitima si produce o si se encamina a la producción. Así, las nuevas obligaciones incluyeron la exigencia a las empresas privadas de presentar calendarios de trabajo, que debían ser aprobados, y la necesidad de cumplir con niveles progresivos de producción mínima.¹³³ Más adelante en 1971, con la Ley General de Minería, que sustituyó al Código de Minería de 1950, se añadió un nuevo concepto: la concesión como un derecho real. Ruiz Eldredge, manifiesta al respecto que “se trata, en todo caso, no de un derecho real al estilo del privatismo, sino que debe soportar los conceptos de utilidad pública, de obligatoriedad de trabajo, del control del Estado y de la participación de los trabajadores, es decir ubicado en el campo del derecho público minero en este caso.”¹³⁴ García Montufar, remata diciendo: “Los particulares adquieren el derecho de explotar el yacimiento mediante la concesión. Resulta que el yacimiento es el objeto de la concesión.”¹³⁵ En resumen, el concepto de concesión ha tenido diversos significados, concesión en propiedad condicionada hasta 1950, concesión como derecho de explotación pero sin la obligación de hacerlo hasta 1969; y, concesión como derecho de explotación con la obligación de hacerlo de acuerdo a ley, mediante el sistema de amparo por el trabajo, a partir de 1969.¹³⁶

La Constitución Política de 1979, artículo 118, establece que “los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía pertenecen al

¹³⁰ Rubio- Bernaldes. Ob. cit.p. 495.

¹³¹ García Montufar, Guillermo. Derecho de Minería (Curso Universitario) Primera Parte. Lima, Facultad de Derecho de la UNMSM, 1965. p.115

¹³² Rubio- Bernaldes. Ob. cit.p. 496.

¹³³ Pasara Pazos, Luis. Algunas hipótesis sobre reforma de la minería de cobre. En: Derecho, Lima p. 496.

¹³⁴ Ruiz Eldredge, Alberto. El derecho administrativo y la nueva constitución. En: la nueva constitución y su aplicación legal. 9 ensayos críticos. Lima, Centro de Investigación y Capacitación (CIC) y Francisco Campodónico F. Editores. Lima Perú. 1980. p. 179-198.

¹³⁵ García Montufar, Guillermo. Ob.cit. p.11

¹³⁶ Rubio- Bernaldes. Ob. cit. p. 497

Estado. La ley fija las condiciones de su utilización por éste y de su otorgamiento a los particulares.” Bien anota Rubio-Bernales sobre esta última norma que:¹³⁷ “el problema de los recursos naturales, (...) reviste dos problemas complementarios e indisolubles entre sí: ¿De quién son? Y, ¿Quién y cómo los explota? Uno sin otro es desgajar artificialmente la realidad.” Y agregan: “Según la vieja tradición jurídica hispana, los recursos naturales han pertenecido al Estado (originalmente a la Corona). Esta corriente fundamental que han seguido también nuestras tres constituciones últimas (Const. 1920, 1933 y 1979).” Así, “la pertenencia al Estado da el título de propiedad sobre dichos recursos, excluyendo por tanto a cualquier otro propietario potencial. No puede haber propiedad privada sobre ellos. Inclusive se ha eliminado, la excepción que hacía el artículo 37 de la Constitución de 1933, en el sentido de que exceptuaba de la propiedad del Estado aquellos recursos naturales sobre los que terceros ya habían adquirido derechos. (...) En verdad esta excepción era inaceptable al dominio que el Perú debe tener en sus recursos, y un rezago privatista en asuntos que ahora son de interés público.”

“La referencia al patrimonio de la Nación, significa que los recursos naturales y la explotación no pueden estar separados del interés nacional, es decir, no pueden ser explotadas exclusivamente en beneficio de intereses privados, nacionales o extranjeros. Principio esencial es que de un patrimonio se beneficie aquel a quien pertenecen. En consecuencia, se fija como pauta general que el aprovechamiento de los recursos naturales del Perú debe ser en beneficio de la Nación.”¹³⁸ “En resumen, consideramos perfectamente válido señalar que los recursos naturales pueden ser patrimonio de la Nación a la vez que propiedad del Estado, no siendo aplicables las concepciones privatistas en este campo.”¹³⁹ Más recientemente, Bernales ha señalado “que los recursos naturales sean patrimonio de la Nación, quiere decir, en nuestro criterio, que su aprovechamiento debe ser realizado con miras a un doble beneficio: individual y colectivo. Los recursos naturales pertenecen al conjunto del país, como elementos que hay que preservar y utilizar racionalmente para beneficio no sólo de la presente generación sino también de las futuras, y como un recurso que sirva para el progreso de la Nación en su conjunto. La responsabilidad de conducir este aprovechamiento corresponde al Estado, al que la Constitución le da la atribución soberana para decidir.”¹⁴⁰

Respecto ha como se explotan los recursos naturales, la Constitución de 1979, establecía un régimen especial para la minería y otro para la Amazonia. En relación al primero indicaba: “El Estado fomenta y estimula la actividad minera. Protege la pequeña minería. Promueve la gran minería. Actúa como empresario y en las demás formas que establece la ley. La concesión minera obliga a su trabajo y otorga a su titular un derecho real, sujeto a las condiciones de ley.” Rubio-Bernales, manifiestan que “si bien no es compulsivo, el artículo 144 de esta constitución, permitía que por causa de interés social o seguridad nacional, se reserve para el Estado actividades productivas o de servicios. Esta norma sería también aplicable a la minería y, por tanto, podría ocurrir que toda o parte de la actividad minera (normalmente la gran minería), sea reservada para el Estado. Naturalmente puede ocurrir lo inverso que el Estado no actué como empresario minero.”¹⁴¹

Bien afirma Marcial Rubio y Enrique Bernales, que la concesión como tal no significa

¹³⁷ Ob. cit. p. 492-3.

¹³⁸ Ibidem

¹³⁹ Ob.cit. p. 494.

¹⁴⁰ Bernales Ballesteros, Enrique. La Constitución de 1993, análisis comparado. RAO Editores. Lima- Perú. 1999. p. 374.

¹⁴¹ Rubio- Bernales. Ob.cit. p. 495.

necesariamente otorgar un derecho real de los considerados en el Código Civil fuese el de la propiedad u otro. El objetivo central de dicha institución es lograr la explotación del recurso establecidas determinadas condiciones legales. Por lo tanto, asociar el concepto de concesión al del derecho real, es posible, pero no indispensable ni conveniente.¹⁴² Ello se admitió, debido a que en 1969, el gobierno del General Velasco decidió implantar una explotación intensiva y racional de recursos mineros mediante el amparo por el trabajo que exigía a los concesionarios contar con fuertes inversiones y los obligaba a poner los yacimientos en explotación. La medida era proporcionada si tenemos en cuenta los 70 años anteriores de mano blanda a los concesionarios. Pero, por ello mismo probablemente, se pensó en dar a la concesión una formalidad distinta a la que tenía en el Código de 1950. Aparece así esta circunstancia sui géneris en la cual una institución que constituye en esencia un acto unilateral del Estado, se convierte en un derecho real para el concesionario y, además, no en un derecho real tradicional como los del derecho privado, sino de naturaleza pública.¹⁴³

Remata, Rubio- Bernal, que al final de cuentas este derecho real no viene a ser sino “la suma de los derechos y obligaciones (debe entenderse) que las leyes señalan al concesionario. Por lo tanto, no hay derecho real propiamente hablando sino más propiamente, una “situación jurídica”. Naturalmente, las cosas pueden llamarse por el nombre que se prefiera utilizar, pero nominar con la misma expresión a dos conceptos notoriamente distintos (como en este caso ocurre con la “suma de atributos” que se reconoce al concesionario minero y con “los derechos sobre las cosas” del Código Civil), es impráctico, equivoco y peligroso.”¹⁴⁴

Actualmente, la Constitución de 1993, artículo 66º, señala que “los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.” Esto es el aprovechamiento de los recursos naturales debe atender a las necesidades e intereses de la nación, para lo cual el Estado, esta autorizado a otorgarlos en concesión a particulares.

Comentando este artículo, Enrique Bernal, afirma que “los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son patrimonio de la Nación. Sin embargo, los frutos y productos de los recursos naturales, obtenidos en la forma que prescribe la ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos. Como se sabe, al hablar de dominio, la norma se está refiriendo al dominio privado, que es un conjunto de derechos patrimoniales que, en este caso, por decisión del Estado, pasan a disposición de los particulares, a fin de asegurar directa o indirectamente el aprovechamiento económico de los recursos naturales, conservando el Estado la propiedad original”,¹⁴⁵ esto es sobre la fuente de los recursos.

Ahora bien si analizamos el régimen patrimonial sobre los recursos naturales en nuestro país, afirma acertadamente Andaluz, “veremos que hay recursos que por mandato legal no pueden darse a los particulares en propiedad, como las aguas, los bosques o en general, la diversidad biológica, con excepción de la vicuña.” Andaluz agrega “pero hay otros recursos que según la ley si pueden darse en propiedad, como las tierras aptas para

¹⁴² Ob. cit. p. 498

¹⁴³ Ob. cit. p. 499

¹⁴⁴ Ibidem

¹⁴⁵ Bernal Ballesteros, Enrique. Ob. Cit. p. 375.

cultivo o ganadería, o aquellas destinadas a usos urbanos. En cualquier caso, el Estado siempre tendrá el dominio eminente sobre todos los recursos naturales porque estos son Patrimonio de la Nación, y eso quiere decir que tiene la facultad, en nombre del bien común o interés público, de establecer la modalidad de otorgamiento de derechos patrimoniales (propiedad, usufructo, cesión en uso, arrendamiento o concesión, licencia, permiso y autorización), así como la facultad de imponer limitaciones al ejercicio de los derechos que sobre tales recursos tienen los particulares e inclusive la potestad de expropiarlos.”¹⁴⁶

Lo cierto es que en general los particulares reciben del Estado un conjunto de derechos obligaciones que les dan derecho a explotar racionalmente determinado recurso natural, y son los frutos de esta actividad económica sobre los cuales estos podrán ejercer un derecho de propiedad, mas no sobre la fuente de los recursos naturales como bien sostiene Rubio y Bernales. Al respecto Pierre Foy manifiesta “la discusión acerca de si los recursos naturales pueden ser entregados en propiedad, (...) queda zanjada en razón a que los particulares sólo pueden ser propietarios de los frutos o productos de la fuente, mas no de ésta, que permanece bajo el dominio del Estado.”¹⁴⁷ Estas posturas se encuentran respaldadas por el artículo 4º de la Ley N° 2682, Ley orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, que establece que: “los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los recursos naturales obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos.”

En contra se pronuncia Andalúz, que sostiene “el Estado y los particulares pueden ser propietarios, según de qué se trate, de la fuente o de los frutos o de los productos. Si no fuera así, tendríamos que aceptar que un agricultor es dueño de una cosecha pero no de la tierra; que un ganadero es dueño del ganado pero no de la pradera. Como se ve a simple vista, esto es absurdo para nuestro ordenamiento jurídico vigente.”¹⁴⁸ El asunto no es tan simple como lo concibe Andalúz, pues en el supuesto de la adjudicación de terrenos para fines agrarios, ganaderos u otros, es un caso en que el Estado conserva la facultad de recuperar dichas tierras sino se cumplen con el propósito para el cual se le otorgó, y además conservar la propiedad sobre los recursos naturales que se encuentran debajo de la superficie tales como minerales, gas o petróleo.

Ahora bien efectivamente la regla general es que cualquier particular puede ser dueño de la tierra o superficie e incluso el subsuelo de una determinada área, empero si se encuentran recursos naturales de interés para la Nación, el Estado puede reclamar su propiedad en nombre de la Nación, y según el caso concesionar su explotación o aprovechamiento a tercero, manteniendo la propiedad sobre la fuente y el recurso no explotado. En el caso del ganadero o el agricultor que son propietarios de las tierras que explotan, y la Nación no reclama como suyos sus cosechas ni sus tierras en tanto que es aceptado universalmente que estas actividades pueden ser ejercida por particulares y el Estado debe velar por la promoción de las mismas, en tanto y cuanto, traen desarrollo a las poblaciones más necesitadas, y además permiten la seguridad alimentaria de la Nación.

Ciertamente, el Congreso Constituyente de la Constitución de 1993, no pensaba en las

¹⁴⁶ Andalúz Westreicher, Carlos. Manual de Derecho Ambiental. Proterra. Lima-Perú. 2006. p.45

¹⁴⁷ Foy Valencia, Pierre. En Gestión Ambiental en el Perú. Lima. GTMA NOVIB. Lima-Perú. 2000. p.44

¹⁴⁸ Andalúz Westreicher, Carlos. Ob.cit. p.47

tierras de los agricultores ni las praderas de los ganaderos o la construcción de viviendas en predios sin uso productivo, cuando redactó el artículo 66^o, sino en los grandes yacimientos mineros, hidrocarburosíferos y gasíferos, así como los vastos bosques, biodiversidad y recursos hídricos que posee el país. No se concibe un dueño de los recursos naturales que contienen los bosques, fuentes de minerales, biodiversidad, manantiales y mar del Perú, distinto a la Nación. De ahí, que las concesiones de recursos naturales sólo permitan a los particulares derechos reales sobre los frutos y productos, más no sobre la fuente de los mismos.

Y al final parece entenderlo así, Andaluz, pese a sus críticas al respecto cuando señala que si los recursos naturales son patrimonio de la Nación, “es de interés de todos los peruanos cómo se usan estos recursos naturales, puesto que ellos nos proporcionan alimentos, medicamentos y también materias primas para todas las actividades económicas destinadas a producir bienes o servicios para satisfacer las necesidades materiales o espirituales. En consecuencia, el Estado que nos representa a todos, no puede permitir que los usos que supongan depredación de los recursos naturales o degradación del ambiente; porque eso limitaría nuestras posibilidades de desarrollo y afectaría nuestra calidad de vida.”¹⁴⁹ “Cuando se nos dice que un bien es Patrimonio de la Nación, se nos está diciendo que es de interés público y que por ello el Estado fijará las condiciones en que los titulares de derechos patrimoniales ejercerán los mismos.”¹⁵⁰ “El concepto de Patrimonio de la Nación implica que el Estado debe imponer limitaciones o restricciones al ejercicio de derechos – sea cual fuere su naturaleza- sobre los recursos naturales, por se éstos de interés nacional.”¹⁵¹

Advirtamos que a inicios de los noventa el flamante Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales, aprobado por el Decreto Legislativo N° 613 del 8 de Setiembre de 1990, prometía la consolidación de una autoridad nacional rectora de los temas ambientales en el país, empero, los empresarios de la época habiéndose sentidos excluidos en la elaboración del mencionado Código, un año después promueven el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada, que impide la instauración de dicha autoridad nacional y determina que cada sector de la actividad económica apruebe sus estudios de impacto ambiental en aras a una mayor eficiencia de la burocracia estatal. Este error quiso ser corregido en el año 1994 con la creación del CONAM, sin embargo su rol inminentemente coordinador conspiraría para su inoperancia en materia ambiental, y darían lugar a un reclamo de un Ministerio del Ambiente con competencias ambientales importantes. Entre los años 2003 al 2007 el Proyecto Camisea fue el escenario para plantear la necesidad de instaurar en el país este ministerio a partir de la problemática que género el proyecto gasífero y la necesidad de resguardar espacios protegidos y territorios indígenas. Empero, no fue hasta mayo del 2008, como parte de los compromisos asumidos por el Tratado de Libre Comercio con EE.UU que el Perú, lo crea, aunque sin las potestades ambientales necesarias para ser el ente rector del ambiente, como son aprobar estudios de impacto ambiental, o al menos, anularlos si un sector los aprueba irregularmente, tampoco le conceden competencias sobre recursos hídricos ni bosques, quedando su espacio reducido a espacios naturales protegidos.

El Proyecto Gasífero Camisea en el 2003, probó que la ausencia de una verdadera autoridad ambiental era el terreno propicio para hacer prevalecer las actividades

¹⁴⁹ Andaluz Westreicher, Carlos. Ob. Cit. p.46

¹⁵⁰ Ibidem

¹⁵¹ Ibidem. p. 49

extractivas en espacios protegidos (Reserva Nacional de Paracas) u ocupados por indígenas en aislamiento voluntario (RT Nahua Kugapakori). La debilidad de organizaciones estatales como el fenecido INRENA, Instituto Nacional de Recursos Naturales, y el CONAPA, reemplazado luego por el INDEPA frente a los bien posicionados, en términos políticos, organismos públicos como el Ministerio de Energía y Minas, Perupetro y Petroperu, ocasionaron el inicio de las mayores superposiciones de actividades extractivas con espacios protegidos y territorios indígenas en la historia del Perú reciente. En el ámbito de la sociedad civil mientras tanto, este escenario ya había sido percibido, y hacia fines del 2005, se daba forma, a lo que se conocería como el Colectivo de Hidrocarburos de Áreas Naturales Protegidas, a partir de los espacios de dialogo que venían generando la actualización del Plan Director de Áreas Naturales Protegidas. Empero, no sería hasta junio del 2006 en que un importante número de organizaciones no gubernamentales (DAR, APECO, CIMA y WWF) a través de un exhaustivos informe sobre el Estado Actual de la Superposición de Lotes de Hidrocarburos con Territorios Indígenas con Áreas Naturales Protegidas y Territorios Indígenas, elaborado por el Lic. Cesar Gamboa Balbín en que pondría en conocimiento de la Contraloría General de la República esta situación y que a la postre sería una de los detonantes para el inicio de una acción de control en el Ministerio de Energía y Minas que acabaría en el Informe N° 16-2008-2-0054-MEM/OCI, y sobre todo una advertencia de las terribles deficiencias de nuestro sistema de evaluación de impacto ambiental.

Otra discusión muy interesante es la referida al carácter de derecho real que se otorga a las concesiones, sobre todo por que a raíz de la superposición de concesiones mineras, forestales e hidrocarburíferas sobre espacios protegidos y territorios indígenas. Si se otorga el carácter de derecho real a una concesión, esto es al conjunto de obligaciones derivadas del contrato de concesión, se estaría reconociendo que los contratos tienen efectos reales, lo cual no es exacto, pues lo que genera los contratos son derechos obligacionales, que de lograrse concretar, pudieran dar lugar a un derecho real de propiedad sobre los recursos extraídos, los que de no ser extraídos continuarían siendo de propiedad del Estado. El problema se complica más aún si se tiene en cuenta que los territorios indígenas y espacios protegidos tienen un régimen especial, que obliga al concesionario a sujetarse a la legislación indígena y de áreas naturales protegidas, que de no cumplirlas carecería del derecho real que presuntamente otorga una concesión.

El reciente establecimiento de la Reserva Nacional Sistema de Islas, Islotes y Puntas Guaneras, mediante el Decreto Supremo N° 024-2009-MINAM, refrendado por el Ministro del Ambiente, y el Ministro de Producción, tiene un total de 22 Islas e islotes y once puntas guaneras, que cubren una superficie total de 140 833,47 hectáreas, que se extienden desde la isla Lobos de Tierra frente a Piura hasta la punta Coles en Moquegua. El objetivo de su creación es conservar una muestra representativa de la diversidad biológica de los ecosistemas marino costeros del mar frío de la corriente de Humboldt, que asegure la continuidad del ciclo biológico de las especies que en ella habitan.

Digamos también que en el artículo 9º del mencionado decreto se establece lo siguiente: “respétense los derechos adquiridos con anterioridad al establecimiento de la Reserva Nacional Sistema de Islas, Islotes y Puntas Guaneras; y regúlese su ejercicio en armonía con los objetivos, fines y documentos de gestión del Área Natural Protegida, la Ley General del Ambiente, la Ley de Áreas Naturales Protegidas, su Reglamento (...)”. Adicionalmente recordemos que en esta área natural protegida se puede desarrollar pesca artesanal, maricultura, aprovechamiento del recurso guano, actividades recreativas,

de investigación y pesca deportiva, turismo entre otras actividades económicas usualmente compatibles a los objetivos del ANP, y son esos los derechos reales adquiridos a los que se referiría el mencionado artículo. Así, es posible concebir derechos reales de usufructo sobre la belleza paisajística de un área costera para fines turísticos o derechos reales de propiedad sobre los peces una vez pescados en el marco de concesiones pesqueras. El problema empero se presenta en las actividades de hidrocarburos no mencionadas en la norma de creación como una actividad deseada o promovida en estos espacios protegidos, más aún cuando ni siquiera se ha requerido el refrendo del Ministro de Energía Minas, lo que puede ser un indicio de la oposición de este sector a este establecimiento, visto que gran parte de la costa norte tiene potencial para la explotación de hidrocarburos, y estando algunos en etapa de exploración, situación que ha generado protestas de la población local, que siente amenazada su forma de vida, dedicada en gran mayoría a la pesca artesanal y el turismo asociado a las playas.

He ahí, la interrogante, se puede concebir derechos reales sobre ámbitos marino costeros, más allá del hecho evidente que no se admite propiedad sobre el mar, pues es patrimonio nacional, si se admite propiedad sobre los recursos hidrobiológicos y también sobre hidrocarburos, y el derecho real de uso o usufructo sobre espacios marino costeros, piénsese en el caso de las concesiones pesqueras o turísticas, o los derechos de aprovechamiento pesquero otorgado a pescadores artesanales.

En nuestra opinión, los concesionarios de actividades de hidrocarburos sólo tendrían derecho obligacional expectatio, si están en la etapa de exploración, no detentando un derecho real, pues el derecho de propiedad sobre los hidrocarburos se adquiere con su extracción efectiva, y no con la búsqueda de los mismos. Así, si la actividad de hidrocarburos no resulta compatible con los objetivos de creación de este sistema de espacios protegidos marino costero no podrá desarrollarse puesto que podría poner en riesgo la conservación de la misma, y se podría acudir al principio precautorio y el preventivo para proteger el ambiente.

Otro caso, límite, distinto que ha suscitado interés recientemente es la posibilidad de ingresar vía subterránea a espacios protegidos de uso indirecto con fines de instalación de ductos de transportación o la propia explotación, piénsese en el caso del Santuario Nacional de Megantoni.¹⁵² En estos casos al traerse una fuente de peligro al espacio protegido intangible, como sería el caso de los ductos o la propia explotación subterránea, no debería permitirse pues los peligros de un derrame por rotura de ducto o la alteración de la napa freática o incluso la propia fallas en la actividad podrían en riesgo un ecosistema frágil que justamente ha sido declarado intangible con la finalidad de evitar cualquier daño al habitat por más remoto que sea el mismo. Admitir, el ingreso de actividad de hidrocarburos a Parques Nacionales, Santuarios Nacionales o Santuarios Históricos, mediante la permisión de autorización de colocación de ductos de transporte, o el uso de mecanismos of shore, sería contrario a la naturaleza de estas categorías, cuya intangibilidad abarca el subsuelo, y no solo el suelo y el espacio aéreo, por ser una unidad ecosistémica inescindible.

En la medida que la protección del medio ambiente constituye una preocupación principal de las actuales sociedades, se impone la necesidad de implementar fórmulas que

¹⁵²CFR, RESOLUCIÓN DIRECTORAL NO 015-2009-SERNANP-DGANP, AUTORIZACIÓN DE INGRESO A LA EMPRESA TRANSPORTADORA DE GAS PERÚ S.A. (TGP) PARA REALIZAR ESTUDIOS SOBRE RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE POR EL PERIODO DE UN AÑO.

permitan la conciliación de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos con la necesaria conservación de los recursos y elementos ambientales que se interrelacionan con el entorno natural y humano. Se busca, con ello, preterir formas de exploración y explotación de hidrocarburos irrazonables, que en sí mismas puedan ser destructivas y no sostenibles para el desarrollo regional y el beneficio de las generaciones presentes y futuras involucradas. Ello exige que el Estado controle el uso racional de los recursos naturales dentro de un desarrollo económico armónico, criterio que el Tribunal Constitucional busca enfatizar en esta sentencia.¹⁵³

Resulta necesario conciliar el impacto ambiental que generarían las diversas actividades que comprenden las etapas de exploración y explotación de hidrocarburos (...) con la protección de la biodiversidad y el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. En este contexto, es necesario tomar en cuenta los principios de desarrollo sostenible y de prevención.¹⁵⁴ Los instrumentos de gestión ambiental desempeñan un rol de suma relevancia en relación con la prevención; es indispensable tenerlos en cuenta al referirse al desarrollo sostenible de la explotación hidrocarburífera que respete la biodiversidad y las áreas naturales protegidas. En esa línea, (...) de conformidad con el artículo 27º de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, tal aprovechamiento sólo procederá si es que la explotación a realizar es compatible con el Plan Maestro del área protegida.¹⁵⁵

Precisemos que el término ‘aprovechamiento de recursos’ debe ser comprendido de manera integral, conteniendo las actividades de exploración y explotación.¹⁵⁶ Las bondades de este fundamento por ser un asunto conceptual repercutirán en los demás casos que se encuentran en giro y en los cuales se debate entre otros temas la supuesta inocuidad de la etapa de exploración de hidrocarburos. El TC apuesta decididamente por una ponderada defensa del ambiente, lo que entrañaba tener una visión macro de las actividades extractivas como de ordinario ocurre en instrumentos de gestión ambiental como los Estudios de Impacto Ambiental y los Estudios Ambientales Estratégicos, estos últimos tan en boga por estos años.

Efectivamente, las actividades de hidrocarburos de exploración, explotación y cierre no son más que partes de un solo procedimiento que se articulan perfectamente y que conviven, y están encaminadas a lograr el aprovechamiento óptimo de hidrocarburos. Haber admitido el alegato de las demandadas que la exploración no era el inicio de la explotación de hidrocarburos hubiera sido en extremo absurdo y hubiera diferido la solución del problema para un tiempo posterior, siendo ello evidentemente contraproducente. Bien hizo el TC en dar por descontado lo obvio, el aprovechamiento de los recursos naturales se inicia en la etapa de exploración. Bajo esta óptica también se regirán se entiende el resto de actividades extractivas como la minería que tiene una etapa exploratoria.

El TC mediante la STC N° 03343-2007-PA/TC ha puesto fin en el ámbito legal y dogmático a la problemática de la superposición de lotes de hidrocarburos en áreas naturales protegidas, puesto que debido a esta sentencia al establecer la necesaria compatibilidad de la actividad extractiva con la de conservación ha creado el espacio necesario para que el sector de energía y minas, el Ministerio del Ambiente, empresas y

¹⁵³ FUNDAMENTO 59 DE LA STC N.º 03343-2007-PA/TC

¹⁵⁴ FUNDAMENTO 62 DE LA STC N.º 03343-2007-PA/TC

¹⁵⁵ FUNDAMENTO 64 DE LA STC N.º 03343-2007-PA/TC

¹⁵⁶ FUNDAMENTO 66 DE LA STC N.º 03343-2007-PA/TC

sociedad civil, lleguen a consensos para compatibilizar usos y evitar superposiciones de actividades incompatibles. En el caso puntual de ACR Cordillera Escalera nos queda claro que el TC logro ello aplicando el principio de prevención para prohibir la realización de la última fase de la etapa de exploración y la etapa de explotación. Esta ponderada solución del TC definitivamente coadyuvara a la consecución de uno de los retos más importantes de la conservación como es la conectividad biológica de las ANPs mediante estrategias de conservación en el ámbito privado, municipal y regional.

Se requiere de manera urgente establecer criterios de compatibilidad para determinar la factibilidad de actividades de hidrocarburos en ecosistemas frágiles como áreas naturales protegidas, y adicionalmente una coordinación interinstitucional efectiva entre entidades del Estado desde la etapa de establecimiento o diseño para la promoción de los lotes de hidrocarburos hasta el cierre de la actividad extractiva. La viabilidad de las actividades de hidrocarburos en espacios protegidos también dependerá de la efectivización del derecho a la consulta previa de las poblaciones indígenas y la participación ciudadana de la población local afectada. Sin duda, previa a la apuesta por una actividad extractiva o de conservación, debe sopesarse o al menos conocerse la valoración económica ambiental de cada actividad económica, y privilegiar aquella que de mayores beneficios a la sociedad en el tiempo teniendo en cuenta también aspectos socio económicos.

Merece especial atención el fortalecimiento del control, monitoreo y fiscalización de las actividades de hidrocarburos en espacios protegidos, la aprobación de estándares de desempeños ambiental para empresas petroleras y límites máximos permisibles para ANPs, pero por sobre todo procurar avanzar a una gestión ambiental donde el sector que promueve la actividad productiva también aprueba la certificación ambiental y posibilitar que el Ministerio del Ambiente a través de la Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, tenga potestad de dejar sin efecto certificaciones ambientales irregulares e incluso cancelar el contrato en caso de un desastre ecológico en un espacio protegido. Finalmente, los fondos ambientales, seguros de responsabilidad civil por daños ambientales y tributos ecológicos y también a la sobre ganancia, son temas que deberían estar en agenda como parte de la solución de este problema.

4.2. EL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Las evaluaciones de impacto ambiental aparecen por primera vez en los Estados Unidos, mediante la Ley Americana National Environmental Policy, Act -NEPA, aprobada en 1969. En ella se exige a todas las instituciones del gobierno federal: (a) un enfoque integrado interdisciplinario para tomar decisiones que pudieran tener impacto en el ambiente humano; (b) desarrollo de métodos y procedimientos que tengan en cuenta los valores ambientales en la toma de decisiones, junto a las consideraciones técnicas y económicas; (c) incluir en cualquier recomendación, propuesta de legislación o acciones que afecten el ambiente humano una declaración del funcionario sobre efectos, impactos y alternativas a la acción propuesta. En Europa el primer país en adoptar la evaluación de impacto ambiental fue Francia, mediante la Ley N° 1976. La principal diferencia con respecto al EIA de Estados Unidos fue que los estudios de impacto ambiental debían ser realizados por el propio interesado y no por una entidad estatal.¹⁵⁷ Posteriormente la Comisión Europea emitió la Directiva 337/85, de aplicación a todos sus miembros, aplicable para obras de gran envergadura y que puedan causar impactos significativos. Otro significativo avance se dio en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y

¹⁵⁷ En los Estados Unidos, la agencia gubernamental es la encargada de aprobar la Evaluación de Impacto Ambiental.

Desarrollo CNUMAD, Río-1992, cuyo principio 17 se señala: “la evaluación de impacto ambiental como un instrumento nacional debe ser llevada a cabo para actividades propuestas que tengan probabilidad de causar un impacto adverso significativo en el ambiente, y sujetas a una decisión de la autoridad nacional competente.” En los años 90, incorporan en sus legislaciones la Evaluación de Impacto Ambiental una serie de países entre los cuales destacan Perú en 1990, Túnez en 1991, Bulgaria en 1992, Chile en 1994, Nicaragua en 1994, Rumania en 1995, Costa de Marfil en 1996. En actualidad se ha universalizado la necesidad de implementar la Evaluación de Impacto Ambiental previo al inicio de obras u actividades que puedan impactar significativamente en el ambiente.

El impacto ambiental lo podemos definir como una alteración significativa en el ambiente debido a actividades antrópicas vinculadas habitualmente a proyectos económicos o productivos. Estos impactos pueden ser *directos* cuando involucran pérdida parcial o total de un recurso o deterioro de una variable ambiental (contaminar aguas, talar bosques, entre otros). Asimismo también existen impactos ambientales *indirectos* cuando se generan riesgos sobre el ambiente (erosión antrópica, inundaciones, entre otros).¹⁵⁸

EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE GESTIÓN AMBIENTAL EN SUDAMERICA

Periodo	Aspectos de innovación
Antes de 1970	Proyectos eran revisados en base a un análisis técnico- económico. Existía una consideración restringida a las consecuencias ambientales.
Principio y mediados de los años 70	Se introduce la evaluación ambiental (NEPA). En los EEUU. Se establece principios técnicos, lineamientos, procedimientos y participación ciudadana. Se establecen requerimientos. Se diseña metodologías estándar para análisis de impactos. Varios países implementan el EIA. Mayor requerimiento para la participación social.
Fines de los años 70 y principios de los años 80.	Formalización de lineamientos. Incorporación de la evaluación de impacto en países en desarrollo. Incorporación en la evaluación ambiental estratégica el análisis de riesgos. Mayor énfasis en el modelamiento ecológico, predicción y evaluación. Incorporación de la EIA en varios países en desarrollo. Incorporación de la “información” ciudadana en la EIA (informa a los ciudadanos sobre el proyecto).
Mediados de los años 80 hasta fines de a década	Comunidad Europea establece principios básicos y sistemas de EIA a los Estados miembros. Incorporación de los impactos acumulativos. Desarrollo de mecanismos de seguimiento (monitoreo, Auditoría, gestión de impactos). Agencias internacionales y Bancos de Desarrollo establecen requerimientos de EIA para financ. de proy.
Década de los años 90	Se establecen sistemas de evaluación ambiental estratégica en algunos países. Se incorpora en algunos países como requerimiento la medición en el sistema de EIA. Incremento de uso de tecnologías de información y SIG. Se comienza a utilizar EIA en proyectos o actividades de desarrollo internacional. Rápido crecimiento de capacitación en EIA, creación de redes de apoyo y cooperación de actividades.

Fuente: Sadler, 1996; citado en *Análisis de la estructura del sistema EIA chileno*. Tesis de Martín A. Colil Lastar, 2003 (p.8)

DIRECTRICES Y TÉCNICAS PARA LA ESTIMACIÓN DE IMPACTOS AMBIENTALES

ATRIBUTO	DEFINICIÓN
<i>Carácter</i>	Determinar el efecto ambiental de una proyecto es negativo o positivo; es decir si es benéfico o perjudicial.
<i>Magnitud</i>	Indica la extensión, gravedad o intensidad del efecto producido (por ejemplo, superficie y número de especies afectadas).
<i>Importancia</i>	Se relaciona con el valor ecológico o socioeconómico que tiene una región en su estado actual.
<i>Tipo de acción</i>	Define la forma como se produce el impacto; es decir, si es directo, indirecto o sinérgico.
<i>Mitigación</i>	Se refiere a las medidas de atenuación aplicables al impacto potencial de un proyecto.
<i>Duración y frecuencia</i>	Define el tiempo de acción del impacto; es decir, si el efecto es a corto, mediano o largo plazo, o si es intermitente.
<i>Reversibilidad</i>	Se relaciona con la posibilidad de que un área recupere o no su estado original (antes del impacto) o no; es decir, si el impacto es reversible o irreversible.
<i>Riesgo</i>	Se relaciona con la probabilidad de que ocurra un impacto ambiental grave.
<i>Sinergismo</i>	Se refiere al efecto producido por la combinación o acumulación de dos o más impactos.

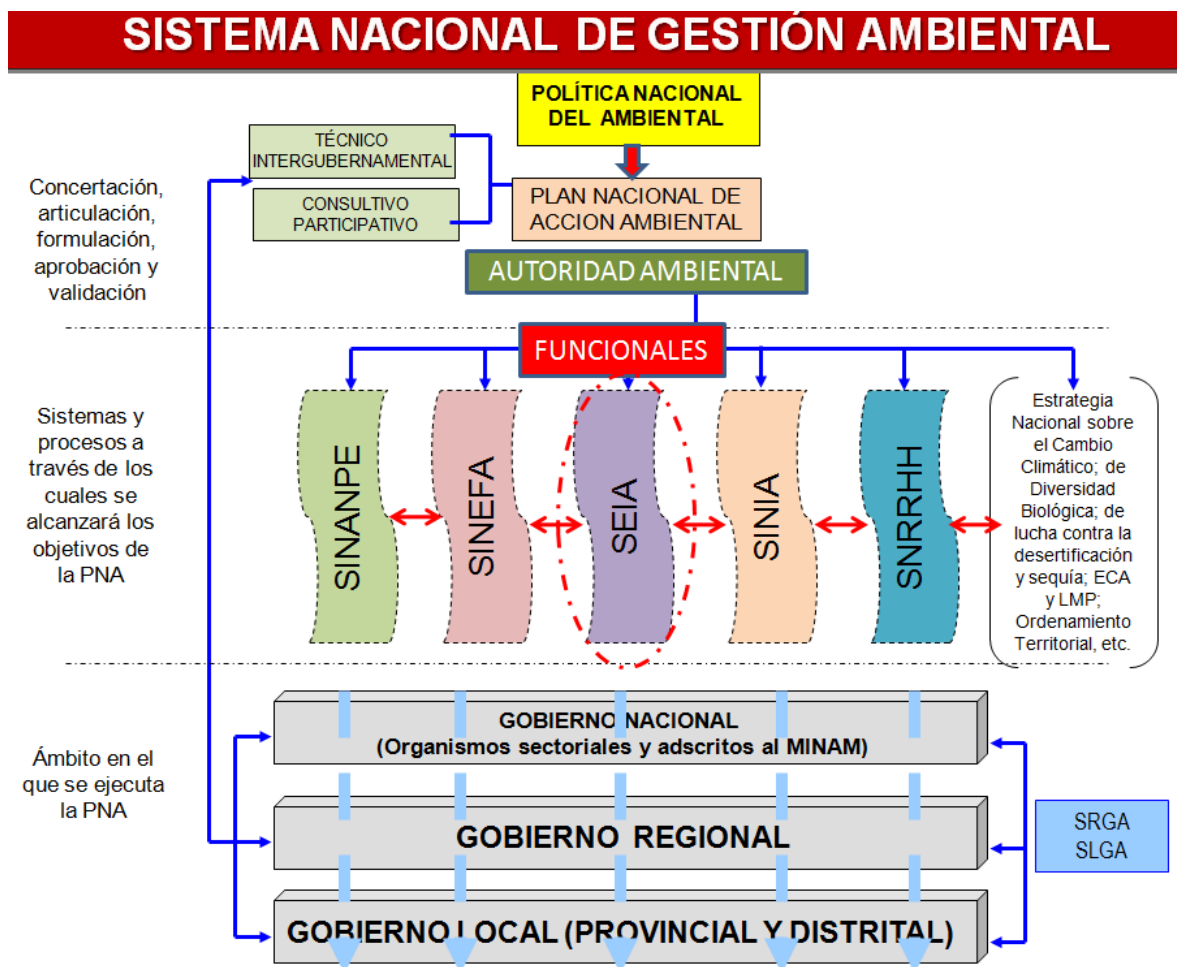
Fuente: Santiago, G. A., M. Aguilo y A. Ramos, Directrices y técnicas para la estimación de impactos. Implicaciones ecológicas y paisajísticas de las implantaciones industriales. Criterios para el establecimiento de una normativa. Trabajos de la cátedra de planificación, ETSIM, Madrid, Universidad Politécnica, 1987. Presentado en Fundamentos de Evaluación de Impacto Ambiental, BID-CED Chile, 2001 (p.62).

La Evaluación de Impacto Ambiental es un procedimiento administrativo de advertencia temprana que verifica el cumplimiento de la legislación ambiental. En él se evalúan los

¹⁵⁸ Cfr, Capítulo 1. Fundamentos de Evaluación de Impacto Ambiental. BID-CED. Chile. 2001.p. 23

impactos negativos y positivos al ambiente de una determinada actividad antrópica, proponiéndose medidas preventivas y compensatorias para ajustarlos a niveles de cambio aceptables. Las Evaluaciones de Impacto Ambiental tienen por finalidad:

- Estimar y predecir los efectos de las actividades humanas -obras o actividades-, en el ambiente.
- Asegurar que los recursos ambientales de importancia se reconozcan antes de iniciar la obra o actividad.
- Estandarizar procesos de advertencia temprana y de análisis continuo que proteja los recursos ambientales contra daños injustificados o no anticipados.
- Permite al promotor de un proyecto, a la autoridad competente y a la ciudadanía, en cada caso, tomar decisiones informadas y certeras.
- Enmarcar las actividades humanas en la política ambiental nacional, regional o local en una perspectiva de desarrollo sostenible.



La gestión ambiental es un proceso permanente y continuo, constituido por el conjunto estructurado de principios, normas técnicas, procesos y actividades, orientado a administrar los intereses, expectativas y recursos relacionados con los objetivos de la política ambiental y alcanzar así, una mejor calidad de vida y el desarrollo integral de la población, el desarrollo de las actividades económicas y la conservación del patrimonio ambiental y natural del país. Tengamos presente que una gestión ambiental exitosa

deberá traer desarrollo sostenible, esto es crecimiento económico y social en armonía con el equilibrio del ambiental, todo ello en beneficio de una mejor calidad de vida y salud de la población. Las directrices de la gestión ambiental por ello pueden resumirse en dos: desarrollo sostenible y derecho a un ambiente sano y equilibrado. Toda la política ambiental se estructura partiendo de estos dos principios elementales. Con la Ley General del Ambiente y la Ley del Sistema Nacional de Gestión Ambiental así como su reglamento se pone fin a una etapa de la gestión ambiental caótica, y sin lineamientos generales que unificara lineamientos entre los diversos sectores con competencias ambientales. La tarea que se presente ahora es desarrollar una gestión ambiental con un norte claro para todos los sectores competentes que ya se ha plasmado en una política nacional del ambiente. La descentralización de la gestión ambiental a través de los gobiernos regionales y locales es parte de ese proceso así como la labor de coordinador y conciliador de intereses que tendrá el Ministerio del Ambiente frente a los ministerios y organismos autónomos con competencias ambientales será fundamental para que el país, valore y aproveche su patrimonio nacional sin perjudicar la calidad de vida y salud de las personas.

La política nacional del ambiente se desarrolla a través de una eficiente gestión ambiental que en nuestro caso reposa en un Sistema de Gestión Ambiental que está a cargo de la autoridad nacional ambiental (MINAM). La Ley General del Ambiente define al Sistema Nacional de Gestión Ambiental como la estructura de gestión ambiental que permite la integración funcional y territorial de la política, normas e instrumentos de gestión, así como las funciones públicas y relaciones de coordinación de las instituciones del Estado y de la sociedad civil, en materia ambiental. El mencionado sistema toma como sus componentes a las instituciones estatales con competencias ambientales existentes, que se interrelacionaran y coordinaran recíprocamente, a través del Ministerio del Ambiente, y la política ambiental nacional que le otorgara unidad. Asimismo se retroalimentara de información y obtendrá su legitimidad en la participación ciudadana y el sector privado.

La Ley General del Ambiente establece que el Sistema Nacional de Gestión Ambiental se constituye sobre la base de las instituciones estatales, órganos y oficinas de los distintos ministerios, organismos públicos descentralizados e instituciones públicas a nivel nacional, regional y local que ejercen competencias y funciones sobre el ambiente y los recursos naturales, así como por los Sistemas Regionales y Locales de Gestión Ambiental, contando con la participación del sector privado y la sociedad civil. El Ministerio del Ambiente tiene pues que sentar a los diversos sectores productivos, para que concierten y concilien a la luz del desarrollo sostenible y el derecho fundamental de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para desarrollar la vida, quizás un mal augurio de ello, es que no haya podido implementar todavía (2011) la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, no obstante, que según su reglamento, el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, debió hacerlo en marzo del 2010.

**SITUACIÓN DEL CUMPLIMIENTO A LA PRIMERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL DEL
DECRETO SUPREMO N° 019-2009-MINAM (ABRIL 2010)**

AUTORIDADES COMPETENTES NACIONALES

N°	SECTOR/ SUBSECTOR	MARCO LEGAL (FUNCIONES Y COMPETENCIAS: Certificación ambiental)	NORMATIVA GENERADA EN EL MARCO DE LA LEY DEL SEIA	ADECUACIÓN AL REGLAMENTO DEL SEIA	ACCIÓN PROPUESTA
1	MINISTERIO DE AGRICULTURA (Dirección General de Asuntos Ambientales)	Decreto Supremo N° 031- 2008 – AG, Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura (Artículo 64°)	MINAG no ha formulado una norma específica para la gestión ambiental en el sector agrario. Solo cuenta con una norma que lo faculta emitir opinión técnica previo a la aprobación de los EIA (Decreto Supremo N° 057-95- PCM)	Cuenta con propuestas de Guías para: Elaboración de EIA, PAMA, DIA, para monitoreo y vigilancia ambiental y para auditoría ambiental. La DGAA del MINAG se comprometió a elaborar una propuesta de adecuación al SEIA.	ACTUALIZAR EL MARCO NORMATIVO (GUIAS, ELABORACION Y APROBACION DE SU REGLAMENTO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL)
2	MINISTERIO COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO / SUBSECTOR TURISMO (Dirección Nacional de Turismo)	Decreto Supremo N° 005- 2002-MINCETUR, Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Artículo 64°)	Registro de entidades autorizadas para elaborar estudios de impacto ambiental y otros instrumentos de gestión ambiental aplicables a las actividades del Sector Turismo (D.S. N° 010-2008-MINCETUR). -Manuales de Buenas Prácticas Ambientales y Manuales Técnicos de Difusión	Propuesta de Reglamento Ambiental para el Desarrollo de las Actividades Turísticas; con observaciones del MINAM	ACTUALIZAR EL MARCO NORMATIVO (GUIAS, ELABORACION Y APROBACION DE SU REGLAMENTO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL)
3	MINISTERIO DEFENSA (Dirección General de Capitanías y Guardacostas del Perú)	Ley N° 26620 Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres. Decreto Supremo N° 028 – DE/MGP de fecha 25 de mayo del 2001	Inciso (d) del artículo 6° de la Ley N° 26620, y (f) del Reglamento de la citada Ley.	Establecen diversos artículos relacionados con la protección del ambiente, en ese contexto la Autoridad Marítima, considera los Instrumentos de Gestión Ambiental relacionados con la Evaluación de Impacto Ambiental. Precisa Normas ambientales que establecen lineamientos para la elaboración de los Estudios de Impacto Ambiental, así como los procedimientos para su aprobación.	ACTUALIZAR EL MARCO NORMATIVO (GUIAS, ELABORACION Y APROBACION DE SU REGLAMENTO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL)
4	MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS / SUB SECTOR ENERGÍA (Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos)	D.S. N° 031-2007-EM, ROF del Ministerio de Energía y Minas (Artículos del 90° al 96°)	D.S. N° 015-2006-EM, Reglamento para la Protección Ambiental en las actividades de Hidrocarburos, modificado por D.S. N° 065-2006-EM, D.S. N° 009-2207-EM y D.S. N° 024-2007-EM. D.S. N° 29-94-EM, Reglamento de Protección Ambiental en las actividades Eléctricas. R.M. N° 535-2004-MEM-DM, Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de actividades energéticas dentro de los procedimientos administrativos de evaluación de los Estudios Ambientales.	La DGAAE viene trabajando en la adecuación de su normativa sectorial a lo establecido en la normativa del SEIA, por lo que se va a modificar los Reglamentos de Protección Ambiental de las actividades de Hidrocarburos y Eléctricas.	ACTUALIZAR EL MARCO NORMATIVO (GUIAS, TUPAS, ENTRE OTROS ASPECTOS RELACIONADOS)

5	MINISTERIO ENERGÍA Y MINAS / SUB SECTOR MINERÍA (Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros)	ROF aprobado mediante Decreto supremo N° 031-2007-EM, en su artículo 90	Decreto Supremo N° 016-93-EM, Reglamento del Título Decimo Quinto del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (28/04/1993), modificado por D.S. N° 059-93-EM (10/12/1993). Guías ambientales: Lineamientos para la elaboración de EIA y PAMA para el Subsector Minero, Resolución Directoral N° 035-95-EM-DGAA (11/09/1995), Decreto Supremo N° 013-2002 EM pequeña minería y minería artesanal	Se encuentra en proceso de actualización de su Reglamento de Protección Ambiental, así como sus procesos del TUPA y sus guías sectoriales	ACTUALIZAR EL MARCO NORMATIVO (GUIAS, ACTUALIZAR EL REGLAMENTO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL, SUS TUPAS, ENTRE OTROS ASPECTOS)
6	MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN / SUB SECTOR PESQUERÍA (Dirección General de Asuntos Ambientales de Pesquería)	No tiene normativa específica, solo cuenta con un capítulo del Reglamento de la Ley de Pesca, D.S. N° 012-2001-PE. Ley de creación del Ministerio de la Producción Ley 27779; Ley de Pesca a y ROF aprobado mediante Decreto Supremo N° 61	Resolución Ministerial N° 871-2008-PRODUCE, Guía para la elaboración de EIA en la actividad de acuicultura de mayor escala. - Resolución Ministerial N° 352-2004-PRODUCE, Guía para la elaboración de EIA en la actividad acuícola. - Resolución Ministerial N° 181-2009-PRODUCE, Guía para la actualización del Plan de Manejo Ambiental. - Resolución Directoral N° 014-2003, Guía de orientación para el plan de actualización de manejo ambiental.	Se encuentra en proceso de actualización de su marco normativo, así como sus procesos del TUPA y sus guías sectoriales	ACTUALIZAR EL MARCO NORMATIVO (GUIAS, TUPAS, ENTRE OTROS ASPECTOS RELACIONADOS)
7	MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN / SUB SECTOR INDUSTRIA (Dirección de Asuntos Ambientales de Industria)	Literales i), j) y k) del artículo 61° del Decreto Supremo N° 010-2006-PRODUCE	Decreto Supremo N° 019-97-ITINCI, Reglamento de Protección Ambiental para el Desarrollo de Actividades de la Industria Manufacturera	Utiliza el clasificador internacional CIU para la certificación ambiental. No ha transferido competencias a los GORES. Su normativa no está adecuada a las normas del SEIA.	ACTUALIZAR EL MARCO NORMATIVO (ROF, GUIAS, TUPAS, ENTRE OTROS ASPECTOS RELACIONADOS)
8	MINISTERIO TRANSPORTE Y COMUNICACIONES SUB SECTOR TRANSPORTES (Dirección General de Asuntos Socioambientales)	D.S. N° 021-2007-MTC, ROF del MTC (Artículos del 73° al 77°)	Resolución Viceministerial N° 1079-2007-MTC/02, Lineamientos para la elaboración de Términos de Referencia de los EIA para proyectos de infraestructura vial. Resolución Directoral N° 030-2006-MTC/16, Guía Metodológica de los procesos de consulta y participación ciudadana en la evaluación ambiental y social en el sub sector transporte. Resolución Directoral N° 012-2007-MTC/16, Lineamientos para la elaboración de EIA a nivel definitivo en proyectos portuarios.	La modificación del ROF del MTC asignará a la DGASA funciones y competencias en materia de certificación ambiental del Viceministerio de Comunicaciones. El MINAM formuló comentarios y aportes a la propuesta de Reglamento de Protección Ambiental del MTC.	ACTUALIZAR EL MARCO NORMATIVO (ROF, GUIAS, TUPAS, ENTRE OTROS ASPECTOS RELACIONADOS)
9	MINISTERIO TRANSPORTE Y COMUNICACIONES SUB SECTOR COMUNICACIONES (Dirección General de regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones)	El D.S. N° 021-2007-MTC, ROF del MTC no otorga funciones ni competencias en materia de certificación ambiental	No cuenta con normativa específica en el marco del SEIA.	La Ley N° 29370, LOF del MTC establece la necesidad de modificar el D.S. N° 021-2007-MTC, ROF del MTC, sin embargo, hasta la fecha no se ha realizado dicha modificación. DGASA del Viceministerio de Transportes ha presentado propuesta para asumir las funciones ambientales del subsector comunicaciones.	APROBACIÓN DE ROF CON LAS FUNCIONES DE CERTIFICACIÓN AMBIENTAL A DGASA, IAPROBACION DE GUIAS, TUPA ENTRE OTROS ASPECTOS.
10	MINISTERIO DE SALUD (Dirección General de Salud Ambiental)	Ley N° 27657 Ley del Ministerio de Salud y su ROF aprobado por Decreto Supremo N° 023-2005-SA	D.L. N° 27314, Ley de Residuos Sólidos, Art. 31°, del 21/07/00 D.L. N° 1065, modifica la Ley N° 27314, del 28/06/08 D.S. N° 057-2004-PCM, Reglamento de la Ley 27314 Arts. 6° b) y 72°, del 24/07/04	Nuevo TUPA aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2009-SA. Precisa formular un Reglamento Sectorial en Evaluación de Impacto Ambiental y/o Reglamento de Protección Ambiental.	APROBACIÓN DE REGLAMENTO DE PROTECCION AMBIENTAL, ASI COMO GUIAS, EL TUPA ENTRE OTROS ASPECTOS.

Fuente: MINAM

No cabe duda que la implementación de un Sistema Nacional de Gestión, que se constituirá sobre la base de los sistemas sectoriales, regionales y locales, pasando estos, a ser sus componentes o subsistemas de gestión ambiental, para obtener unidad, coherencia interna y congruencia con el medio que lo rodea, requerirá necesariamente de instrumentos de gestión ambiental que le permitan afianzar la política ambiental nacional y su propia existencia. La autoridad rectora del ambiente tendrá una dura tarea y deberá empezar por ingresar los proyectos de inversión de actividades de impacto que aun no se les exige instrumentos de gestión ambiental y constituyen un potencial peligro al ambiente.¹⁵⁹



Ciertamente es responsabilidad del Ministerio del Ambiente y autoridades sectoriales, asegurar la coherencia y la complementariedad en el diseño y aplicación de los instrumentos de gestión ambiental para lo cual deberá velar que estos incluyan necesariamente plazos y el cronograma de inversiones ambientales, así como los demás programas y compromisos. Recordemos que el numeral 1 del artículo 24º de la Ley General del Ambiente señala que “toda actividad humana que implique construcciones, obras, servicios y otras actividades, así como las políticas, planes y programas públicos susceptibles de causar impactos ambientales de carácter significativo, está sujeta, de acuerdo a ley, al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental - SEIA, el cual es administrado por la Autoridad Ambiental Nacional.” El instrumento de gestión ambiental más utilizado a fin de evitar que se cause un daño irreparable al ambiente son los Estudios de Impacto Ambiental - EIA, que necesariamente deben contener una

¹⁵⁹ Lanegra Quispe, Ivan. El (Ausente) Estado Ambiental. Realidades. Lima – Perú. 2008. p.138-140

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. 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.

La evaluación de impacto ambiental es definida como “el examen, análisis y evaluación de unas actividades planeadas con miras a lograr un desarrollo que desde el punto de vista del medio ambiente sea adecuado y sostenible”¹⁶⁰ o “proceso de análisis que anticipa los futuros impactos ambientales negativos y positivos de acciones humanas permitiendo seleccionar las alternativas que, cumpliendo con los objetivos propuestos, maximicen los beneficios y disminuyan los impactos no deseados.”¹⁶¹ También ha sido definida como “la evaluación de Impacto Ambiental es una herramienta preventiva y predictiva de incidencias significativas que se incorporan a un procedimiento jurídico- administrativo y la Evaluación Ambiental es un proceso de investigación diagnóstica de una realidad determinada.”¹⁶² Bien sostiene Pulgar Vidal, que “por su carácter previo y preventivo de los potenciales impactos que determinada actividad puede causar en el ambiente, la evaluación de impacto ambiental forma parte del proceso de planificación de un proyecto de inversión.”¹⁶³

Escribía Pulgar Vidal, a principios de los noventa, “el Perú no cuenta en la actualidad con un Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental entendido como un proceso ordenado orientado a la evaluación sistemática de los efectos potenciales de una acción propuesta. Las normas obligan básicamente a la presentación de un estudio de impacto ambiental que constituye sólo una de sus etapas y que debería ser el documento que expresa el proceso de la evaluación del impacto ambiental.”¹⁶⁴ Un proceso de evaluación del impacto ambiental debe cumplir con las siguientes etapas: a) determinación de los criterios de protección ambiental que sustentan la exigencia; b) marco legal que identifica con claridad las actividades sujetas al proceso de evaluación del impacto ambiental; c) elaboración de términos de referencia para la elaboración y calificación de los Estudios de Impacto Ambiental; d) elaboración y presentación del Estudios de Impacto Ambiental incluyendo la consulta con las poblaciones potenciales afectadas por el proyecto; e) audiencia pública y otros mecanismos de participación ciudadana; f) revisión y decisión sobre el estudio de impacto ambiental (licencia ambiental); g) control y monitoreo del Plan de Manejo Ambiental y cumplimiento de las medidas de mitigación del Estado de Impacto Ambiental.¹⁶⁵

Ahora hagamos un diagnostico sobre la evaluación de impacto ambiental en el Perú como instrumento fundamental para la prevención de conflictos socio ambientales y daños ambientales. Presenta la situación actual del sistema de gestión ambiental como consecuencia de la creación del Ministerio del Ambiente y los compromisos internacionales que el país ha asumido en el marco de tratados y convenios internacionales sobre materia ambiental e indígena, y la agenda pendiente en el tema. Recordemos que el CONAM en 1999 ya había establecido que el proceso típico de

¹⁶⁰ Ibidem

¹⁶¹ Comisión Nacional del Medio Ambiente – CONAMA. Manual de Evaluación de Impacto Ambiental: Conceptos y Antecedentes Básicos- Chile, enero de 1994.

¹⁶² Fundación Mapfre, Fundación Ambiente y Recursos Naturales, HED AL; Evaluación del Impacto Ambiental, Módulo de Entrenamiento. Buenos Aires, s/f.

¹⁶³ Pulgar Vidal, Manuel. Ob. Cit. p. 23

¹⁶⁴ Ob. Cit. p. 27

¹⁶⁵ Ob. Cit. p. 28

evaluación del impacto ambiental recorre una serie de etapas que se pueden resumir: a) Identificación y clasificación; b) preparación y análisis; c) revisión y decisión; y d) control y seguimiento, recogiendo lo dispuesto por la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (1997).

La Ley del Sistema Nacional de Evaluación nunca se hizo efectivizo por falta de peso político del CONAM, ausencia voluntad de las autoridades ambientales sectoriales y presión del sector empresarial, todo lo cual derivó en la ausencia de reglamentación de la ley. La entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, fue la oportunidad como parte de los compromisos comerciales asumidos, de fortalecer la institucionalidad ambiental, razón por la cual se ha dado nuevamente impulso a la implementación del sistema nacional de impacto ambiental.

La Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, publicada en 1997 y modificada el 2008, crea el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA), definido como un sistema único y coordinado de identificación, prevención, supervisión, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresadas por medio del proyecto de inversión. La idea era establecer un proceso uniforme que comprenda los requerimientos, etapas, y alcances de las evaluaciones del impacto ambiental y participación ciudadana de proyectos de inversión para todos los sectores, y acabar con el caos existente en la gestión ambiental.

La norma quedó en suspenso desde su promulgación, debido a que el texto original del artículo 2° de la Ley 27446, estableció que “quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley, los proyectos de inversión públicos y privados que impliquen actividades, construcciones u obras que puedan causar impactos ambientales negativos, según disponga el Reglamento de la presente Ley.” La norma estaría muerta en vida, pues por más de 10 años el Estado no tuvo interés en reglamentarla, y con ello todos los sectores la tomaron solo de manera referencial, y todos mantuvieron regímenes autónomos y disímiles. No sería hasta el 28 de junio de 2008, en que el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1078, en que la ley recobraría brillo perdido, aunque seguiría en suspenso, pues insistirá que “el Reglamento señalará los proyectos y actividades comerciales y de servicios que se sujetarán a la presente disposición.”

El debate vendría de la mano del artículo 3° de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental que originalmente establecía “a partir de la entrada en vigencia del Reglamento de la presente Ley, no podrá iniciarse la ejecución proyectos incluidos en el artículo anterior y ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitir las, concederlas o habilitarlas si no cuentan previamente con la certificación ambiental contenida en la Resolución expedida por la respectiva autoridad competente.” Así, se hace énfasis a que la ley queda suspendida hasta que se reglamente, lo que ocurriría casi 13 años después mediante el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM. Ahora bien recordemos que históricamente, la tendencia ha sido la de entregar la concesión y con posterioridad a la misma realizar el estudio de impacto ambiental, cuestión que presenta serios inconvenientes tales como: a) de desaprobarse el estudio de impacto ambiental, el Estado no podría cumplir los compromisos contractuales ni recibir los beneficios económicos derivados de la concesión; b) al tener intereses en conflictos, podrían existir presiones endógenas y exógenas tendientes a que se expida la certificación ambiental o se extienda el plazo para que levanten las observaciones efectuadas. Todo ello se ve agravado en razón a que la misma autoridad que promueve la

actividad económica, también otorga la certificación ambiental, con lo cual nuevamente existirán intereses en conflicto o cuanto menos se estaría contrariando la ética profesional.

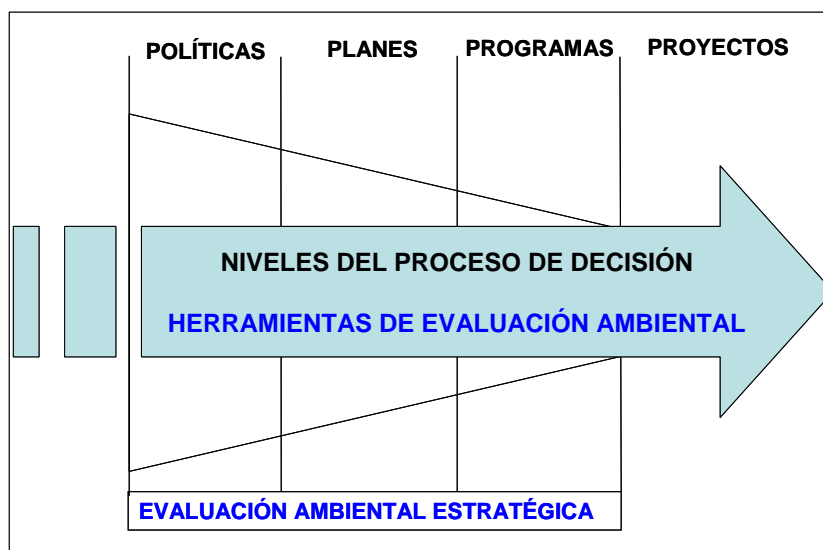
Una cuestión interesante que de manera expresa no menciona la Ley del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, es la oportunidad en que se debe realizar el EIA, o mejor dicho si antes de entregar una concesión se debe contar previamente con certificación ambiental, de la lectura del artículo anterior, se supone que ello debería ser así. Sin embargo, al no exigir las normas sobre concesiones de los diferentes sectores como requisito previo para obtener la concesión certificación ambiental, lo que ha estado ocurriendo en la práctica, es lo ya mencionado, se pide el mismo luego de suscrito el contrato de concesión. Valgan verdades una interpretación más estricta de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental debería llevarnos a que no se otorgue concesiones si es que no se cuenta con certificación ambiental previa, tal y como ocurre, en el artículo 25 numeral h, de la Ley de Concesiones Eléctricas, que más adelante comentaremos. En el fondo la gran debilidad de nuestra institucionalidad ambiental, es la ausencia de una entidad imparcial que apruebe los estudios de impacto ambiental, esto es que no sea la misma entidad que promueva las concesiones como ocurre hoy en el caso de minería, hidrocarburos, electricidad o transporte y comunicaciones, situación que siempre ha generado suspicacias sino recuerden el caso del Proyecto Camisea o la Carreteras Interoceánicas. Por ello, hubiera sido una magnífica solución, haber replicado el modelo de evaluación de impacto ambiental del sector electricidad, y exigir como requisito previo para otorgar la concesión definitiva la aprobación de impacto ambiental (certificación ambiental), evitando futuros conflictos socio ambientales, y dando cumplimiento a los principios de prevención y sostenibilidad de la Ley General del Ambiente. El estado actual de la cuestión, salvo el de electricidad, es que el EIA se hace después de otorgada la concesión, lo que está ocasionando conflictos socio ambientales.

El Decreto Legislativo N° 1078, también modifica el artículo 3º, vigente señala que “no podrá iniciarse la ejecución de proyectos ni actividades de servicios y comercio referidos en el artículo 2 y ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitir las, concederlas o habilitarlas si no cuentan previamente con la certificación ambiental contenida en la Resolución expedida por la respectiva autoridad competente.” Nótese que aunque ya no dice que entrara en vigencia a partir de la aprobación del reglamento, sigue encadenada al mismo, pues este establecerá cuáles son esas actividades económicas a las que se les exigirá certificación ambiental, de ahí la remisión al artículo 2º.

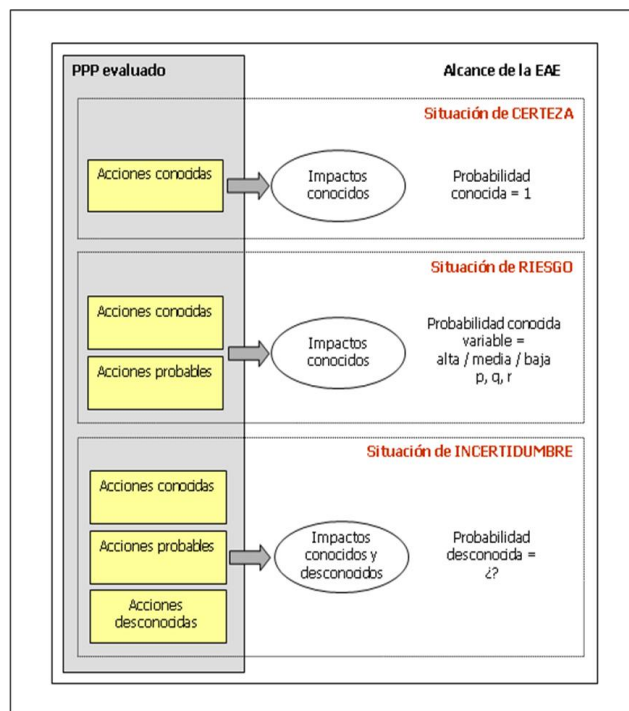
Tanto en 1997, como el 2008, e incluso a inicios del 2012, se podía corroborar la existencia de varios tipos de instrumentos de gestión ambiental, la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, al tener por propósito estandarizar y uniformizar el proceso de evaluación ambiental, consagra en su artículo 4º, la categorización de proyectos de acuerdo al riesgo ambiental, identificando a la Declaración de Impacto Ambiental (Categoría I), Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (Categoría II) y Estudio de Impacto Ambiental Detallado (Categoría III).

Originariamente, el artículo 4.2. de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental establecía, que “esta clasificación deberá efectuarse siguiendo los criterios de protección ambiental establecidos por la autoridad competente.” Lo cual resultaba a todas luces deficiente pues los criterios de protección deberían ser transversales y comunes a

todas las entidades con competencias ambientales. De ahí que acertadamente, este artículo fuera modificado por el Decreto Legislativo N° 1078, quedando de la siguiente forma: "4.2. Esta clasificación deberá efectuarse siguiendo los criterios de protección ambiental establecidos en el artículo 5 de la presente ley. La autoridad competente podrá establecer criterios complementarios adicionales." De esta manera, inteligentemente se establecía criterios de protección rectores, y se daba opción a que cada sector tuviere en potencia criterios complementarios propios de las características de la actividad regulada.



Una de las más interesantes novedades, de los cambios producidos en el 2008, a la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, fue la incorporación de la Evaluación Ambiental Estratégica – EAE, que en el proyecto de Ley del SEIA de los 90 fue suprimida, y actualmente es aplicable al caso de las “propuestas de Política, Planes o Programas de desarrollo sectorial, regional y local susceptibles de originar implicaciones ambientales significativas.” La condición sine qua non para aprobar un EAE es que cuente con un Informe Ambiental por el MINAM que orientará la adecuada toma de decisiones que prevenga daños al ambiente. La relevancia del EAE es que permite medir los impactos socio ambientales de varias actividades productivas, y permite visualizar la efectividad de varios estudios de impacto ambiental en una zona geográfica, y de esta forma medir el impacto global de las diversas actividades que impactan en el ecosistema y la población local, y de esta manera tomar las medidas de prevención, mitigación y compensación más idóneas que correspondan, teniendo en cuenta la probabilidad de ocurrencia de impactos ambientales negativos significativos, evaluando los tres escenarios posibles como son el de certeza, de riesgo y de incertidumbre.



El artículo 5º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental consagraría los criterios de protección ambiental rectores de todos los sectores, aplicables en la clasificación de los proyectos de inversión que queden comprendidos dentro del SEIA, conforme pasamos a detallar:

Criterio 1.- La protección de la salud de las personas; evidentemente el primer objetivo que se debe asegurar cuando se realice un proyecto de inversión es que el mismo no afecte gravemente la salud de la población local, y se mitigue, compense o remedie cualquier posible afectación a la salud de las personas. Ergo, si el proyecto no puede garantizar el goce de la salud de las personas entonces no podrá otorgarse la certificación ambiental solicitada, salvo que corrija dicha deficiencia. Pensemos en el caso las antenas de telefonía altamente pobladas, que deben estar homologadas por la autoridad del sector y adicionalmente distantes de zonas urbanas para efectos de evitar daños a la salud de las personas.

Criterio 2.- La protección de la calidad ambiental, tanto del aire, del agua, del suelo, como la incidencia que puedan producir el ruido y los residuos sólidos, líquidos y emisiones gaseosas y radiactivas; evidentemente ello asegurara un desarrollo de la vida humana y animal dentro de los estándares sociales y ambientales tolerables, e irán de la mano con el respeto de los límites máximos permisibles.

Criterio 3.- La protección de los recursos naturales, especialmente las aguas, el suelo, la flora y la fauna; independientemente de la afectación de la vida humana, tenemos la obligación de preservar las propiedades básicas de los recursos naturales para el sostenimiento del ecosistema y valores asociados al mismo. En ese sentido, la autoridad sectorial que lleva el proceso de evaluación de impacto ambiental, deberá solicitar opinión favorable de las Autoridades Nacionales en Recursos Hídricos, Forestales y en Biodiversidad, todas pertenecientes actualmente al Ministerio de Agricultura.

Criterio 4.- La protección de las áreas naturales protegidas; sean de uso directo o indirecto (intangibles), o nacionales o regionales, deberá asegurarse que las actividades productivas no afecten los objetos de conservación de las mismas, y respeten sus documentos de planificación, para lo cual se deberá contar con opinión técnica favorable del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas, conforme lo establece el artículo 28° de la Ley de Áreas Naturales Protegidas. Un caso emblemático al respecto es el Área de Conservación de Cordillera Escalera (STC N.° 03343-2007-PA/TC), en donde la actividad de hidrocarburos, se suspendió hasta que se apruebe su plan maestro, y solo podría ser autorizada si el mismo señalaba que era compatible con las actividades de conservación, y no afectaba sus objetos de conservación.

La inclusión en el Anexo V del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM del criterio de protección de las áreas naturales protegidas, bajo el nombre de Criterio 4. En ese sentido, se tomaría en cuenta el uso directo o indirecto (intangibles) de las mismas, también deberían asegurarse que las actividades productivas no afecten los objetos de conservación de las mismas, y respeten sus documentos de planificación, para lo cual se deberá contar con opinión técnica favorable del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas, conforme lo establece el artículo 28 de la Ley de Áreas Naturales Protegidas

El Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, establece también los sub criterios que deberán tomarse en cuenta para verificar si se afecta negativamente un espacio protegido, así tenemos que:

- a) **La afectación, intervención o explotación de recursos naturales que se encuentran en áreas naturales protegidas**, recordemos que solamente se puede explotar recursos naturales en espacios protegidos si sus documentos de planificación lo permiten y no se atentan contra los objetos de creación y conservación de las mismas.
- b) **La generación de nuevas áreas naturales protegidas**, efectivamente si la actividad productiva se encuentra en una zona prioritaria para la conservación, áreas de conservación regional o una zona reservada, este hecho resulta relevante para la elaboración del estudio de impacto ambiental, como ocurrió en el caso del Área de Conservación Cordillera Escalera y el Lote de Hidrocarburos 103.
- c) **La modificación en la demarcación de las áreas naturales protegidas**, resultara determinante para la elaboración del estudio de impacto ambiental, si es que se tiene pensado ampliar el espacio protegido, por razones de conectividad con los ecosistemas asociados contiguos.
- d) **La pérdida de ambientes representativos y protegidos**, la actividad productiva propuesta no puede afectar los objetos de conservación de los especies protegidos, para ello tendrá que observarse la norma de creación de la misma, y los documentos de planificación respectivos.
- e) **La afectación, intervención o explotación de territorios con valor paisajístico y/o turístico**, este criterio protege a las reservas paisajísticas, donde el valor más

importante a cuidar es el paisaje, y no una muestra representativa de la biodiversidad.

- f) **La obstrucción de la visibilidad de zonas de valor paisajístico**, definitivamente no se puede alterar el paisaje natural de un espacio protegido al punto de estropear la belleza paisajística, ni menos obstruir con el proyecto la posibilidad de disfrutar del mismo, como ocurre con las construcciones ilegales (casas de playa) edificadas en la Reserva Nacional de Paracas.
- g) **La modificación de la composición del paisaje natural**, la actividad productiva propuesta no puede cambiar dramáticamente el paisaje natural de un espacio protegido, como lo hace la actividad minera artesanal legal, es muy importante respetar la belleza paisajística del espacio protegido.

Criterio 5.- Protección de la diversidad biológica y sus componentes: ecosistemas, especies y genes; así como los bienes y servicios ambientales y bellezas escénicas, áreas que son centros de origen y diversificación genética por su importancia para la vida natural." Este criterio de protección desarrollado con detalle por el D.S. 019-2009-MINAM, es sumamente virtuoso pues obliga al titular del proyecto a que adopte medidas para proteger ecosistemas, pero al punto que garantice que la actividad productiva no podrá en riesgo especies y genes propios del mismo. Y como se observa va más allá, al reclamar la protección de servicios ambientales, dentro de los que podemos considerar la captación de carbono, el aprovisionamiento de agua, peces, etc. Además exalta la belleza escénica, y como pocas normas exige se respete la misma, dejando claro que el proyecto de inversión, no puede desnaturalizar radicalmente un paisaje. El criterio también rescata el valor de los centros de origen y diversidad genética por su importancia para la vida natural, y también para el futuro de la especie humana.

Criterio 6.- La protección de los sistemas y estilos de vida de las comunidades; cuestión fundamental en un país pluricultural como el nuestro, en donde existen comunidades andinas, amazónicas y afroperuanas. Lamentablemente tanto en la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental como en su reglamento, no se hace notar la importancia en este criterio del Convenio 169 de la OIT (1995), ni la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), especialmente relevante para el tema de la Consulta Previa y el respeto a los territorios indígenas. Pese a ello podemos rescatar los siguientes criterios, consagrados en el Anexo V del D.S. 019-2009-MINAM:

- a) **La inducción a las comunidades que se encuentren en el área de influencia, a reasentarse o reubicarse, temporal o permanentemente.** ¿Y el derecho a la consulta previa de las poblaciones indígenas? ¿Y el consentimiento, libre e informado de la población a reubicar? Clamorosa omisión, no puede ser casualidad, y es una prueba palpable de la insensibilidad de algunas autoridades a los derechos indígenas. Inversión sí, pero respetando los derechos indígenas y los estándares socio ambientales mínimos.
- b) **La afectación a los grupos humanos protegidos por disposiciones especiales.** Se llaman poblaciones indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, y la norma debió hacer mención de la misma de manera expresa, y citando su legislación especial más importante.

- c) **La transformación de las actividades económicas, sociales y culturales con base ambiental del grupo o comunidad local.** Se debe proteger las actividades tradicionales, y evitar que la irrupción del proyecto de inversión, transforme dramáticamente la conducta de la comunidad y sus miembros. Lamentablemente, la presencia de la actividad minera, ha ocasionado la aparición de la prostitución y el alcoholismo, entre las comunidades indígenas afectadas.
- d) **Obstrucción del acceso a recursos naturales que le sirvan de base para alguna actividad económica o de subsistencia de comunidades.** Los pueblos indígenas u originarios, preexistieron a la formación del Estado Peruano, y esta es una de las razones por las cuales se les reconoce el acceso gratuito a los recursos naturales que le sirven de sustento.
- e) **La generación de procesos de ruptura de redes o alianzas sociales y culturales.** Las actividades productivas no deben provocar ruptura de los patrones sociales ni culturales existentes en las poblaciones locales, de ahí que los campamentos mineros se recomienda estén lejanos a poblaciones nativas, para efectos de que se evite una alteración en su cultura.
- f) **Los cambios en la estructura demográfica local.** El despoblamiento de zonas rurales es una de los efectos adversos de las actividades productivas, por lo que se debe tenerse especial cuidado a fin de prevenir estos desplazamientos poblacionales.
- g) **La alteración de los sistemas de vida de grupos étnicos con alto valor cultural.** Los cambios abruptos económicos debido a las actividades productivas pueden cambiar dramáticamente los valores sociales y sistema de vida de las comunidades nativas, incluso alterando las relaciones internas de poder. En ese sentido, el titular de la obligación debe garantizar que estos efectos perversos sean neutralizados y evitados.
- h) **La generación de nuevas condiciones de vida para los grupos o comunidades.** Estos cambios deben ser sometidos a consulta previa a la población nativa, mediante un diálogo intercultural, y deben ser consentidos por la población indígena, contando como garantes a las autoridades estatales protectoras de pueblos indígenas (INDEPA- Viceministro de Interculturalidad).
- i) **La alteración o desaparición de sus estilos de vida coherentes con la conservación de la diversidad biológica y que involucran conocimientos tradicionales asociados a ellas.** Definitivamente, las actividades productivas deben tomar todas las medidas preventivas que haga falta para evitar alterar los estilos de vida de las poblaciones indígenas, y coadyuvar al rescate de los conocimientos tradicionales o ancestrales, como parte de la responsabilidad social empresarial.

Criterio 7.- La protección de los espacios urbanos. Se refiere básicamente a conservar los espacios funcionales de una ciudad, y respetar la cultura arquitectónica de la misma, ello tendrá en cuenta: la modificación de la composición del paisaje o cultural, la reubicación de las ciudades, desarrollo de actividades del proyecto cuya área de influencia comprenda espacios urbanos, el uso de las facilidades e infraestructura

urbanas para los fines del proyecto, el aislamiento de las ciudades por causa del proyecto, y la localización del proyecto.

Criterio 8.- La protección del patrimonio arqueológico, histórico, arquitectónicos y monumentos nacionales. Lo que implicara tener especial cuidado con la afectación, modificación y deterioro de algún monumento histórico, arquitectónico, monumento público, arqueológico, zona típica o santuario natural; la extracción de elementos de zonas donde existan piezas o construcciones de valor histórico, arquitectónico o arqueológico en cualquiera de sus formas, y la afectación de recursos arqueológicos en cualquiera de sus formas. En ese sentido, la actividad turística por ejemplo no puede afectar la sostenibilidad del Santuario Histórico de Machupicchu o el Santuario Histórico Bosque de Pomac.

El Procedimiento para la certificación ambiental está compuesto por cinco etapas, las cuatro primeras se darán ante la entidad que concede la actividad productiva, y la quinta, aunque actualmente la mayoría de entidades con competencias ambientales las ejercen, a mediana plazo, estas labores serán transferidas al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, y esta ejercerá dicha función.

La oportunidad en que se realiza la evaluación de impacto ambiental no se menciona de manera expresa, pero lo lógico es que sea antes de otorgar la concesión definitiva, como ocurre en el artículo 25º numeral h de la Ley de Concesiones Eléctricas, sin embargo, como ya dijimos, ocurre luego de entregada la concesión.

El procedimiento administrativo se inicia con la presentación de la solicitud por parte del proponente o titular del proyecto de inversión, que contiene cuanto menos la siguiente información:

- a) Una evaluación preliminar con la siguiente información:
 - a.1 Las características de la acción que se proyecta ejecutar;
 - a.2 Los antecedentes de los aspectos ambientales que conforman el área de influencia de la misma;
 - a.3 Los posibles impactos ambientales que pudieran producirse; y,
 - a.4 Las medidas de prevención, mitigación o corrección previstas.
- b) Una propuesta de clasificación de conformidad con las categorías.
- c) Una propuesta de términos de referencia para el estudio de impacto ambiental correspondiente, si fuera el caso. Aunque está claro que lo ideal es que la autoridad ambiental debería haber aprobado dichos términos de referencia con anticipación.

El artículo 7 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental exige que la información contenida en la solicitud este suscrita por el proponente o titular, se entiende en todas sus páginas, pues la misma tendrá carácter de declaración jurada, y en caso ser falsa la información contenida en la misma acarreará responsabilidad penal.

La evaluación preliminar, tiene un contenido mínimo que se encuentra regulado en el Anexo VI del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, y está compuesto por una descripción breve del proyecto de inversión, una descripción de los posibles impactos sociales y ambientales del mismo, ello será fundamental para su clasificación; las medidas de prevención, mitigación o corrección de los impactos ambientales, que se

implementaran para neutralizar y/o minimizar los impactos negativos del proyecto; un plan de seguimiento y control de dichas medidas, para asegurar que efectivamente el instrumento de gestión ambiental este cumpliendo su finalidad preventiva; un plan de participación ciudadana, que entrañara una audiencia pública obligatoria, entre otros mecanismos de participación como los talleres informativos, buzones de sugerencia, mesas de diálogo, etc; y finalmente un Plan de Cierre o Abandono de la actividad; ello último será un procedimiento administrativo que implicará la entrega de garantías financieras, y la ejecución progresiva de medidas de remediación. A ello habría que añadir que con la aprobación de la Décima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley de Reglamento 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), aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC, se deberá incorporar a esa evaluación preliminar información sobre los pueblos indígenas que se podrían ver afectados.



Teniendo en cuenta que los criterios de protección ambiental comentados la autoridad competente deberá ratificar o modificar la propuesta de clasificación realizada con la presentación de la solicitud, en un plazo no menor de 45 (cuarenta y cinco) días calendario. Además, el artículo 8 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, señala que la resolución de la clasificación según sea el caso debe:

- a) Expedir la correspondiente certificación ambiental, para el caso de la categoría I.
- b) Para las restantes categorías, **aprobar los términos de referencia propuestos** para la elaboración del estudio de impacto ambiental correspondiente.

El artículo 9 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, corrige las suspicacias que puede generar que sea el propio proponente de la actividad quien elabore los términos de referencia y señala que **“la autoridad competente podrá establecer los mecanismos para la clasificación y definición de los términos de**

referencia de los estudios de impacto ambiental de actividades comunes en el sector (...), procediendo el proponente o titular con la elaboración del estudio de impacto ambiental de acuerdo con los términos de referencia correspondientes.” Ello se traduce en el Anexo III y IV del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, que contiene los términos de referencia para Estudios de Impacto Ambiental Semidetallados y Detallados, poniendo un piso técnico mínimo para la elaboración de estos estudios.

Ciertamente, ya el artículo 10º de la Ley del Sistema Nacional de Impacto Ambiental, había establecido el contenido de los Estudios de Impacto Ambiental y otros documentos de gestión ambiental serían:

- a) Una descripción de la acción propuesta y los antecedentes de su área de influencia;
- b) La identificación y caracterización de las implicaciones y los impactos ambientales negativos, según corresponda, en todas las fases y durante todo el período de duración del proyecto. Para tal efecto, se deberá tener en cuenta el ciclo de vida del producto o actividad, así como el riesgo ambiental, en los casos aplicables y otros instrumentos de gestión ambiental conexos;
- c) La estrategia de manejo ambiental o la definición de metas ambientales incluyendo, según el caso, el plan de manejo, el plan de contingencias, el plan de compensación y el plan de abandono o cierre;
- d) El plan de participación ciudadana de parte del mismo proponente;
- e) Los planes de seguimiento, vigilancia y control;
- f) La valorización económica del impacto ambiental;
- g) Un resumen ejecutivo de fácil comprensión; y,
- h) Otros que determine la autoridad competente.

Una de las virtudes más notables de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y su reglamento, es la consagración de la valoración económica del impacto ambiental. Sin embargo, para ello hacerlo posible se requiere que el Ministerio del Ambiente debe aprobar los términos de referencia para realizar el mismo, y establecer la metodología que acogería para dicho propósito.

Uno de los errores más visible de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental se encuentra en el artículo 10.2 que señala “el estudio de impacto ambiental deberá ser elaborado por entidades autorizadas que cuenten con equipos de profesionales de diferentes especialidades con experiencia en aspectos de manejo ambiental, cuya elección es de exclusiva responsabilidad del titular o proponente de la acción, quien asumirá el costo de su elaboración y tramitación.” Craso fallo del sistema, no puede ser que la consultora esta subordinada al titular del proyecto pues de esa forma pierde imparcialidad como la experiencia lo viene demostrando. Lo ideal, es que el titular del proyecto pague una tasa (cuyo costo dependerá de la magnitud del proyecto) en el Ministerio del Ambiente, y que por sorteo se elija entre las consultaras registradas, y que las mismas rindan cuentas al MINAM, no al titular del proyecto, quien solamente coordinara con la consultora. Recordemos que el numeral 4 del artículo 10.4 señala que el Ministerio del Ambiente tendrá la facultad de fiscalizar y sancionar las irregularidades y faltas que comentan las consultoras, mediante amonestación, multa suspensión o cancelación.

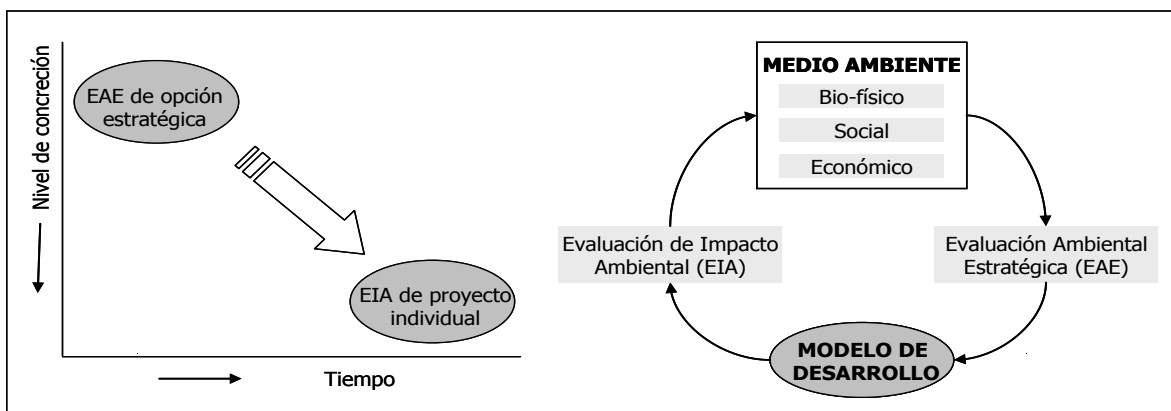
El numeral 1 del artículo 12 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental establece que “culminada la evaluación de los instrumentos de gestión ambiental, se elaborará un informe técnico-legal que sustente la evaluación que haga la

autoridad indicando las consideraciones que apoyan la decisión, así como las obligaciones adicionales surgidas de dicha evaluación si las hubiera. Dicho informe será público. Con base en tal informe, la autoridad competente, expedirá la Resolución motivada, correspondiente.” En el caso de evaluaciones ambientales estratégicas corresponde al sector presentar dicha evaluación al Ministerio del Ambiente contando para ello con las opiniones técnicas de las entidades involucradas. Para el caso de la revisión de los Estudios de Impacto Ambiental detallados (EIA-d), correspondientes a proyectos clasificados en la categoría III, la autoridad competente podrá establecer un mecanismo de revisión que incluya a las autoridades sectoriales, regionales o locales involucradas conforme lo establece el numeral 2 del artículo 11 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

En otros términos, toda resolución de certificación ambiental, debe estar sustentada y acompañada de un informe técnico-legal, el que puede recomendar la inclusión de obligaciones adicionales, que no hayan estado contempladas en el estudio de impacto ambiental original, pero que a partir de la expedición de la resolución, serán de naturaleza tan obligatorias como los compromisos que voluntariamente asumió el titular del proyecto de inversión. Ciertamente, si el administrado no está de acuerdo con estas obligaciones podría impugnar la resolución en dicho extremo, y quedaría en *suspense*, el otorgamiento de su certificación ambiental hasta que se resuelva la apelación o reconsideración según sea el caso. Ello en razón a que la certificación ambiental se otorga solo si se implementaban las medidas adicionales impuestas por la autoridad.

Habría que recordar que los EIA se deben actualizar cada cinco años, puesto que son instrumentos dinámicos, flexibles y evidentemente conforme pase el tiempo, y se den las actividades productivas pueden desactualizarse ciertos componentes del mismo, razón por la cual la autoridad debe exigir la actualización de los mismos, o el propio titular del proyecto solicitar una nueva evaluación del componente desactualizado conforme lo establece el artículo 30º del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM. Este sería el caso del EIA del “Aeropuerto Internacional Jorge Chávez”, que tiene más de 10 años de aprobado.

Como sabemos la Resolución que aprueba el instrumento de gestión ambiental constituirá la certificación ambiental, quedando así autorizada la ejecución de la acción o proyecto propuesto, y en el sector eléctrico, se queda expedito para solicitar recién la concesión definitiva, ejemplo que debería seguirse en los otros sectores. Para caso de una evaluación ambiental estratégica, el MINAM emitirá un Informe Ambiental que lo pondrá a consideración del proponente para que éste, de ser el caso, realice los ajustes correspondientes de manera previa a su adopción definitiva.



Advirtamos, la importancia de la Evaluación Ambiental Estratégica, que va más allá de mirar un proyecto específico, o sea mirar el árbol, y analiza todos los proyectos de distintos sectores productivos en un determinado espacio geográfico, esto es el bosque, para efectos de determinar los impactos totales de los mismos, y tomar decisiones de gestión ambiental, que hagan sostenible todas las actividades productivas que se desarrollan en una determinada ciudad o región, con la participación de las autoridades locales, regionales, y nacionales involucradas, y la población local afectada por las mismas. En ese contexto, la zonificación económica ambiental vendría hacer una consecuencia de una evaluación ambiental estratégica donde la participación ciudadana será fundamental para legitimar el proceso de validación del instrumento de gestión ambiental, tan importante, y desdeñado por años, y cuya ausencia viene ocasionando conflictos socioambientales por superposición de actividades productivas o por daños ambientales generados por los impactos ambientales totales de los distintos proyectos de inversión productivos.

CUADRO COMPARATIVO DE ENFOQUES DEL EIA Y EAE	
Estudio de Impacto Ambiental	Estudio Ambiental Estratégico
1. Mide impactos de proyecto de inversión específico, y la toma de decisión sólo afecta al titular y la población local afectada.	1. Mide los impactos de diversos proyectos de inversión, y la toma de decisión implica la participación de varios actores sociales.
2. Tiene un enfoque limitado al proyecto específico que esta propuesto realizarse, y por ello es reactivo.	2. Tiene un enfoque sistémico y planificador, basado en planes, programas y proyectos predeterminados que tienen por objeto promover el desarrollo sostenible de varias actividades productivas que impacta en una zona geográfica específica.
3. Tiene alternativas limitadas de prevención, mitigación y remediación basados en un proyecto específico y su financiamiento.	3. Tiene un amplio margen de posibilidades para la adopción de medidas de prevención, mitigación y remediación que aseguren los objetivos ambientales establecidos en el instrumento de gestión ambiental.
4. Revisión limitada de impactos acumulativos y sinérgicos.	4. Prevé impactos acumulativos y sinérgicos.
5. Prevé medidas correctivas para mitigar impactos ambientales negativos detallados en un proyecto de inversión.	5. Impactos ambientales globales, aunque no de una manera detallada

Fuente: Elaboración propia

La Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental se pronuncia tímidamente en temas de participación ciudadana, así tenemos el artículo 13.a, el cual establece “la participación de la comunidad en el proceso de tramitación de las solicitudes y de los correspondientes estudios de impacto ambiental.” En otras palabras, el EIA y su resumen ejecutivo, deberá estar al alcance de cualquier ciudadano, siendo imposible alegar confidencialidad por razones comerciales o económicas, pues estos documentos tienen la naturaleza de públicos y de interés general.

El Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental contempla para la participación de la comunidad, lo siguiente:

- a) Que la autoridad competente, durante la etapa de clasificación, tiene la facultad de solicitar a la comunidad o representantes o informantes calificados, los antecedentes o las observaciones sobre la acción propuesta. Usualmente, uno consultora ambiental realiza el estudio de impacto ambiental, y recibe las observaciones a las mismas.

Empero, lo ideal sería que las observaciones realizadas por la sociedad civil sean también remitida en copia a la autoridad que aprobara el EIA.

- b) Que el proponente y su equipo técnico presente un **plan de participación ciudadana** y su ejecución. Todo EIA, debe velar por la implementación del derecho a la participación ciudadana, de manera transparente, honesta y efectiva.
- c) Que la autoridad competente efectúe la consulta formal durante la etapa de revisión, sólo en los casos de los estudios de impacto ambiental detallados y semidetallados. Estos estudios se pondrán a disposición del público, para observaciones y comentarios, en la sede regional del sector respectivo. La convocatoria se hará por los medios de prensa de mayor difusión cuyo costo será asumido por el proponente. Asimismo, la difusión se realizará por medios electrónicos de comunicación.

Normalmente, cuando se realiza un taller de participación ciudadana la población, no se encuentra satisfecha con la presencia solamente con la presencia de la consultora ambiental, y el titular del proyecto, y exigen la presencia del sector del Estado que promueve la actividad productiva a fin de que absuelva sus dudas e inquietudes. En ese sentido, es un acierto que la Ley del Sistema Nacional de Impacto Ambiental, haya previsto la presencia del sector que promueve la actividad productiva y que a la vez aprobara el EIA, pues podrá considerar de primera mano, los posibles conflictos sociales que podrían generarse como consecuencia del proyecto de inversión, y también las alternativas para solucionar los mismos.

- d) La audiencia pública, como parte de la revisión del estudio de impacto ambiental detallado, se deberá realizar a más tardar 5 (cinco) días antes del vencimiento del período de consulta formal. La autoridad competente podrá disponer la presentación en audiencia pública de los estudios de impacto ambiental semidetallados. Parece muy apresurado e irresponsable que faltando 5 días para que termine el periodo formal de consulta ciudadana, se realice la audiencia pública, debería ser no menos de 15 días antes, para tener tiempo de absolver dudas, y recibir las últimas observaciones, así como explicar cómo se están levantando las mismas. El proceso de participación ciudadana debe ser flexible y durar todo lo que haga falta, en busca de la transparencia, participación, y consenso con la población local.

Ciertamente, tanto en el taller de participación ciudadana como la audiencia pública final, la consultora tendrá que identificar previamente antes de realizar las mismas, cuales son las posiciones de los actores sociales, y su intensidad, estos es determinar quiénes son opositores, colaboradores y neutrales, y ello se puede deducir fácilmente deduciendo quienes se benefician y quienes se perjudican con la ejecución del proyecto. La forma de obtener dicha información podría ser aplicando encuestas y realizando entrevistas a los principales líderes locales, tanto del sector público como privado.

También resulta fundamental que el facilitador del taller de participación ciudadana, propicie el dialogo, y de ninguna manera fuerce acuerdos, sino tiene que dejar que naturalmente estos caigan por su propio peso. Adicionalmente, la realización de los talleres debe hacerse consultando previamente la disponibilidad de las autoridades locales y líderes comunales. Nunca se debe apurar un taller porque se vence los plazos arbitrariamente impuestos, o hacerlos de manera inopinada, o sin contar con autorización, de lo contrario como le ocurrió a los consultores de la empresa EGASUR, en el proyecto de la hidroeléctrica de Inambari (diciembre 2010), sufrirán represarías de parte de la

población, y ocasionaran convulsión social. Siempre es prudente respetar los tiempos de las colectividades, más vale demorarse uno o dos meses más de lo previsto que perder el proyecto por oposición de la población, debido a la falta de tacto al hacer los talleres de participación ciudadana. Advirtamos que lo que distingue a una Audiencia Pública de un taller informativo, es que la primera es mucho más participativa, y permite que se efectúen aportes, y críticas de fondo, las que deberían ser levantadas en el Estudio de Impacto Ambiental, a diferencia del rol del taller informativo, cuyo objeto es informar sobre el desarrollo del proyecto de inversión, y en el mismo no se reciben aún aportes ni sugerencias, pues su propósito es difundir las implicancias e impactos del proyecto de inversión entre la población afectada en el área de influencia.

Ahora bien recordemos que en los casos que existan desplazamiento de población indígena deberá atenderse lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT, y requerir el consentimiento libre e informado de los pueblos originarios afectados. En el supuesto que sean poblaciones locales no indígenas deberá aplicarse la Ley de Desplazamiento Interno, según la cual la reubicación debe ser la última alternativa, y se debe contar con el consentimiento de la población e indemnizarlas conforme ley. En ambos casos, la categoría del instrumento de gestión ambiental será III, esto es será un EIA detallado.

El seguimiento y control del instrumento de gestión ambiental en principio corresponde a la autoridad que aprobó el mismo, sin embargo, a mediano plazo, esta será una labor que deberá asumir el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) pudiendo aplicar las sanciones administrativas cuando corresponda, tal y como se desprende del artículo 15º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental

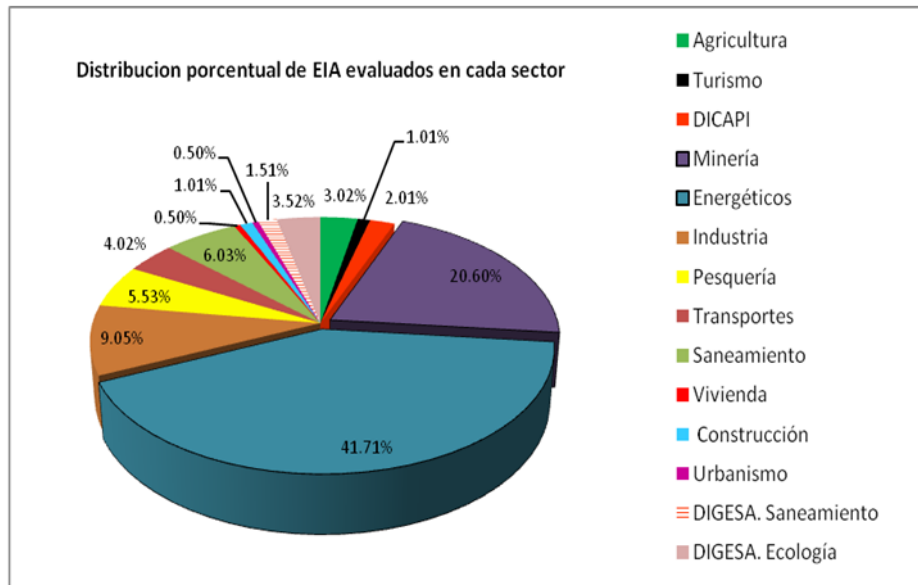
El artículo 16º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, señala que el Ministerio del Ambiente es el encargado de dirigir y administrar el SEIA, sin embargo, para que ello sea realmente así, debería poder aprobar EIAs, o dejarlos sin efecto cuando descubra irregularidades en la aprobación de los mismos. A penas tiene la posibilidad de revisarlos aleatoriamente esta es una cuestión que a futuro se debe corregir en pro de un SEIA más fuerte y eficiente.

El artículo 17º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental establece que corresponde al Ministerio del Ambiente:

- a) Revisar, de manera aleatoria, los Estudios de Impacto Ambiental aprobados por las autoridades competentes, con la finalidad de coadyuvar al fortalecimiento y transparencia del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. ¿Cómo puede hacer ello el MINAM sin tener la facultad de dejarlos sin efecto en caso de encontrar irregularidades? Lo coherente es que no sólo tenga la facultad de revisar sino de corregir los errores, e incluso dejar sin efecto los instrumentos de gestión irregularmente aprobados, independientemente las responsabilidades civiles, penales o administrativas que le toquen a los funcionarios responsables de los mismos.

Gestión del SEIA

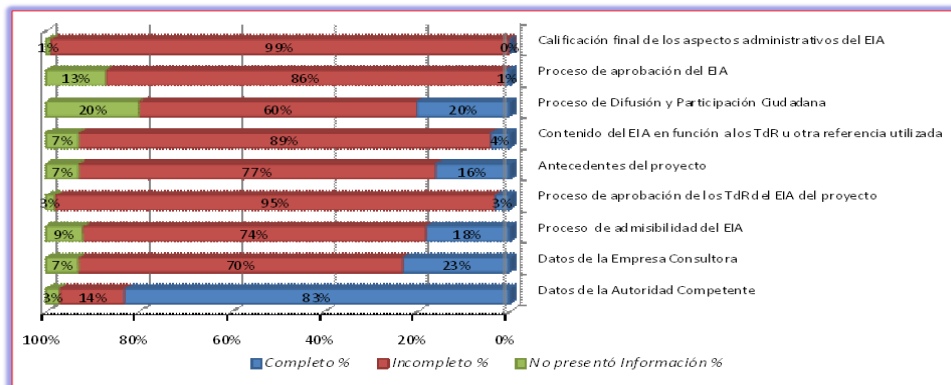
Revisión Aleatoria: EIA revisados (Fase 1) (Total = 205 seleccionados)



Nota: Entre Enero 2001-Noviembre 2010 se aprobaron 2 359 Estudios de Impacto Ambiental - EIA en los diferentes Sectores.

Gestión del SEIA

Principales resultados Revisión Aleatoria de 205 EIA aprobados



Resultados de la revisión aleatoria de EIA aprobados por los sectores (Fase 01: Aspectos procedimentales).

- b) Aprobar las Evaluaciones Ambientales Estratégicas de políticas, planes y programas.
- c) Emitir opinión previa favorable y coordinar con las autoridades competentes, el o los proyectos de reglamentos relacionados a los procesos de evaluación de impacto ambiental -EIA y sus modificaciones; esto es lo que actualmente viene haciendo con relación a la adecuación de todos los sectores al Decreto Supremo N° 019-2009-

MINAM, Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

- d) Coordinar con las autoridades competentes la adecuación de los regímenes de evaluación del impacto ambiental existentes a lo dispuesto en la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y asegurar su cumplimiento. La redacción de esta función es absolutamente infeliz, y se anula a sí misma, ¿se necesita ser ministerio para coordinar? Pareciera que el “complejo de CONAM” persigue al MINAM, y le impide imponerse con la autoridad que corresponde en la gestión ambiental. Lo correcto es que debe velar por el cumplimiento de la Ley del Sistema Nacional de Impacto Ambiental y su reglamento, no haberlo dejado así de claro, ha ocasionado que vencido el plazo de adecuación el 25 de marzo del 2010, ningún sector se haya adecuado a febrero 2011.
- e) Llevar un Registro administrativo de carácter público y actualizado de las certificaciones ambientales concedidas o denegadas por los organismos correspondientes. Dicho registro indicará además la categoría asignada al proyecto, obra o actividad. Lo ideal sería que al mismo se pueda acceder desde la propia página de internet o una web observatorio.
- f) Controlar y supervisar la aplicación de la Ley del Sistema Nacional de Impacto Ambiental y su Reglamento, así como resolver en segunda instancia administrativa los recursos impugnativos que se le formulen por infracciones a esta norma. Lamentablemente, a cerca de cumplirse un año de vencido el plazo de adecuación establecido por las mencionadas normas, ningún sector se adecuó, y el MINAM no sancionó a nadie por dicha infracción, lo que es un indicio de lo mucho que le falta por hacer como autoridad.

Resulta interesante haber establecido que las impugnaciones por infracciones a la Ley del Sistema Nacional de Impacto Ambiental y su reglamento, las resolverá el MINAM, se entiende a través de su Tribunal de Fiscalización Ambiental de la OEFA. Así, si un ciudadano impugna la aprobación de un EIA por infringir la mencionada ley o su reglamento, el asunto sería resuelto por el mencionado tribunal. Todo un acierto, teniendo en cuenta en que algunos sectores en la práctica no tenían con propiedad segunda instancia tal es el caso de pesquería o industria, y se solía confirmar la resolución directoral de primera instancia o simplemente no resolverla, pues no existía una segunda oficina experta en asuntos ambientales que pueda revisar técnicamente la primera resolución, y la Oficina de Asesoría Jurídica sin sustento técnico poco o nada podía hacer.

El numeral 1 del artículo 18 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental establece que corresponde a las autoridades sectoriales emitir la certificación ambiental de los proyectos o actividades de alcance nacional o multiregional, en el ámbito de sus respectivas competencias. Corresponde a las autoridades regionales y locales, emitir la certificación ambiental de los proyectos que dentro del marco del proceso de descentralización resulten de su competencia.

No resulta tan feliz el numeral 2 del artículo 18 de la mencionada ley, la cual establece que: “salvo que la ley disponga algo distinto, la autoridad competente a la que se deberá solicitar la certificación ambiental será aquella del sector correspondiente a la actividad del titular por la que éste obtiene sus mayores ingresos brutos anuales.” Este es perverso no

sólo porque quien decide es la autoridad que mayor interés tiene en promoverla, existiendo claramente intereses en conflicto. Lo técnicamente adecuado sería que la autoridad que otorgue la certificación ambiental sea la que genere mayores impactos negativos al ambiente, lo que no necesariamente coincide con los ingresos brutos anuales.

Un paliativo para solucionar este mal congénito de la norma, es que se solicitara opinión técnica al resto de sectores involucrados. La mencionada norma, también señala que “si el proyecto o actividad cuya certificación ambiental se solicita corresponda a otro sector, la autoridad receptora de la solicitud deberá requerir la opinión del sector competente. Dicho trámite deberá realizarse dentro del plazo establecido para la expedición de la certificación y no podrá generar pago adicional alguno al solicitante. El reglamento especificará el procedimiento intersectorial aplicable.” Si existiere conflicto de competencia positivo o negativo entre las entidades tendrán que recurrir al Tribunal de Solución de Controversias Ambientales previsto en el Decreto Legislativo N° 1013.

Finalmente, advertimos que actualmente (2012), la adecuación al Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental ha quedado absolutamente a discreción y a la arbitrariedad de los sectores que se van adecuar, en tanto, que el MINAM no aprobado un nuevo cronograma. Así, lo real es que existe el incumplimiento de plazos de adecuación y eso debió generar responsabilidad administrativa. Hoy, la ausencia de apercibimientos o sanciones a las entidades que deben adecuarse ha dado como resultado que transcurrido más de un año desde que se debieron adecuar, ocho sectores ni siquiera cuentan con un reglamento de protección ambiental aprobado, y menos con opinión previa favorable del MINAM, lo que resulta vergonzoso, y debilita la institucionalidad ambiental del país.

4.3. LA OPINIÓN TÉCNICA VINCULANTE DEL SERNANP EN AREAS NATURALES PROTEGIDAS

Las opiniones técnicas favorables obligatorias en el ámbito del desarrollo de proyectos de inversión y su respectivo Estudio de Impacto Ambiental tienen por objeto evitar la superposición de derechos de aprovechamiento de recursos naturales entre los administrados, y proteger el interés general de conservar el ambiente, y promover el desarrollo sostenible de las actividades económicas. Así, es que bajo esta lógica sea establecido que se requerirá en la etapa de evaluación de un estudio de impacto ambiental la opinión del ANA, cuando existan recursos hídricos que puedan ser afectados; lo propio ocurrirá cuando estén involucrados recursos forestales, recursos culturales, recursos turísticos o espacios protegidos, donde se requerirá opinión previa del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR), Ministerio de Cultura (MINCU), el Ministerio de Agricultura (MINAG), y el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SERNANP).

El Estado está obligado a promover el desarrollo sostenible,¹⁶⁶ y a realizar por tanto, conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar y promover, con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo.¹⁶⁷ Así, al ser los recursos naturales, *in totum*, patrimonio de la Nación, su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad

¹⁶⁶ Fundamento 8 de la STC N.º 03343-2007-PA/TC

¹⁶⁷ Fundamento 9 de la STC N.º 03343-2007-PA/TC

patrimonial reconocida para los peruanos de las generaciones presentes y futuras. En segundo lugar, los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscribe su exclusivo y particular goce.¹⁶⁸ Y este es justamente la lógica que debe primar para compatibilizar actividades extractivas con estrategias de conservación, y cuando ello no sea posible priorizar la conservación del ambiente sobre el aprovechamiento no renovable de recursos naturales. El quid de la solución a la problemática de la superposición de lotes de hidrocarburos, concesiones mineras y forestales con territorios indígenas y áreas naturales protegidas se encuentra en tener presente el desarrollo sostenible y además nuestra identidad como nación pluricultural.

OPINIONES TÉCNICAS FAVORABLES OBLIGATORIAS



Una perspectiva que no debe ser soslayada es la relativa a la consideración de los servicios ambientales que prestan las áreas naturales protegidas a la Nación. Recursos que, en algunos casos, benefician no sólo al país, sino también a la región e inclusive a todo el planeta; por ejemplo, la captura de carbono realizada por la selva amazónica. Por ello, la relevancia de que el Estado asuma la protección de esta riqueza mediante la exhaustiva fiscalización de la explotación de las riquezas ubicada en estas zonas. Una de las formas de proteger estas riquezas, que además suelen ser ecosistemas frágiles, es la implantación de áreas especialmente protegidas. Con ello se deberá evitar la afectación o disminución de la calidad de los servicios ambientales, como puede ser el caso captación y almacenamiento de agua.¹⁶⁹

Legalmente en las áreas naturales protegidas de uso indirecto como parques nacionales, santuarios nacionales y santuarios históricos, de ordinario no sería posible la explotación de hidrocarburos o el desarrollo de actividades mineras debido al carácter intangible de

¹⁶⁸ Fundamento 11 de la STC N.º 03343-2007-PA/TC

¹⁶⁹ Fundamento 12 de la STC N.º 03343-2007-PA/TC

las mismas,¹⁷⁰ característica legal, doctrinaria e histórica de estos espacios protegidos. El caso de la apertura de los Parques Nacionales en Ecuador y Venezuela son casos excepcionales y no la regla general. Las operaciones of shore en las cuales se hace una perforación en el yacimiento hidrocarburíferos sin impactar el entorno natural aún no son técnicas seguras ni eficientes y no permiten garantizar que ecosistemas frágiles y especies endémicas no se vean afectados por la actividad gasífera o petrolera.

Así, se hace evidente que la explotación de hidrocarburos no es una actividad alentada en áreas naturales protegidas, sin embargo, si su plan maestro y zonificación lo permite, si se puede desarrollar esta actividad extractiva como se observa en el caso de la Reserva Nacional de Pacaya Samiria, la Zona de Amortiguamiento de la Reserva Nacional de Paracas, la Reserva Comunal de Mashiguenga, Zona Reservada de Purús, Reserva Comunal de Amarakaeri, Reserva Comunal de Yanasha, Bosque de Protección San Matías San Carlos, entre otros.

Recordemos que en las áreas naturales protegidas de uso directo bajo determinadas condiciones y de manera excepcional se puede permitir el aprovechamiento de hidrocarburos debe considerarse que la autorización para el desarrollo de actividades en ningún caso puede implicar el uso de ámbitos donde el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SERNANP) haya establecido medidas precautorias de protección a:¹⁷¹ a) Grupos humanos en aislamiento voluntario o de contacto inicial o esporádico; y, b) Especies de flora o fauna silvestre en vías de extinción. Así sólo de manera excepcional, será técnica y legalmente posible el aprovechamiento de recursos naturales no renovables en Áreas Naturales Protegidas, como los hidrocarburos, cuando resulte compatible con la categoría, la zonificación, y el Plan Maestro del área. En ningún caso el aprovechamiento de recursos no debe perjudicar el cumplimiento de los fines para los cuales se ha establecido el espacio protegido según se desprende del artículo 5º de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, Ley N° 26834.

Uno de los mayores conflictos que se generan en un área natural protegida es el ejercicio del derecho de propiedad y demás derechos reales, adquiridos con anterioridad al establecimiento de un Área Natural Protegida. El artículo 5º de la Ley Áreas Naturales Protegidas¹⁷² establece que dichos derechos deben ejercerse en armonía con los objetos de conservación del área natural protegida, ello significara restricciones y limitaciones inevitables. Ahora la pregunta de rigor es la siguiente: ¿Desde cuándo tienen derechos reales adquiridos los concesionarios de actividades de hidrocarburos en áreas naturales protegidas?

El artículo 10º de la Ley Orgánica que Norma las Actividades de Hidrocarburos en el Territorio Nacional, Ley N° 26221, establece claramente que la exploración y explotación de hidrocarburos puede realizarse bajo las formas contractuales siguientes:

- a.) El contrato de licencia, que autoriza a explorar y/o explotar, los cuales transfieren finalmente el derecho de propiedad de los hidrocarburos extraídos al contratista, quien debe pagar una regalía al Estado.

¹⁷⁰ Artículo 21º de la Ley de Áreas Naturales Protegidas

¹⁷¹ Artículo 91º del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas

¹⁷² Artículo 46.1 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, Decreto Supremo N° 038-2001-AG

- b.) Contrato de servicios, el cual permite al concesionario llevar a cabo actividades de exploración y explotación o explotación de hidrocarburos en el área del contrato, recibiendo el contratista una retribución en función a la producción fiscalizada de hidrocarburos.

Los derechos reales adquiridos en términos legales sólo nacen en estricto en el momento de la explotación de hidrocarburos puesto que es en dicho momento que adquieren en propiedad el hidrocarburo extraído. Imaginemos el hipotético caso que se esté establezca una área natural protegida sobre una concesión de hidrocarburos y se requiere determinar si los inversionistas cuentan con derechos adquiridos. Revisemos caso por caso:

- a.) Si se suscribió el contrato de licencia de exploración y/o explotación sin haber iniciado actividades hidrocarburíferas, no contarían con derechos reales adquiridos, pues solo habrían nacido una obligación contractual del Estado, no habiendo nacido el derecho real alguno. El concesionario en este caso tiene un derecho expectatio de derechos reales sobre los hidrocarburos que se extraerán. En otros términos al no haber ejercido realmente el derecho posesión sobre hidrocarburos efectivamente extraídos sería inexistente algún derecho real adquirido de propiedad sobre estos recursos ubicados en el subsuelo de un área natural protegida.
- b.) Si inicio la etapa de exploración sin extraer hidrocarburos. En este caso, tampoco tendría derechos reales adquiridos, pues el derecho real nace con su ejercicio efectivo y no de manera contractual u obligacional. Recordemos que el objeto del contrato de licencia es que nazcan derechos a explorar o explotar, pero per se, no otorgan derecho de reales sobre hidrocarburos no extraídos. Asimismo tengamos en cuenta que en la fase de exploración el objeto del contrato, no es ejercer propiedad sobre hidrocarburos sino descubrir la ubicación de pozos de estos recursos naturales.
- c.) Si inicio la fase de explotación de hidrocarburos, antes de establecida el área natural protegida, si tendrán derechos adquiridos, pues estarán efectivamente ejerciendo derechos reales. Pese a ello, dicha actividad no deberá afectar los objetos de conservación del área natural protegida conforme lo señala el artículo 5º de la Ley de Áreas Naturales Protegidas y podría ser eventualmente suspendida, y cancelada por afectar el orden público ambiental, y desde luego el Estado tendría que indemnizar al concesionario por los perjuicios que ello implique al concesionario salvo que en el contrato de concesión se haya establecido una clausula de exoneración para dicho supuesto en concreto.

DERECHOS REALES ADQUIRIDOS PARA EXPLOTAR HIDROCARBUROS EN ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

	DELIMITACIÓN DEL LOTE	NEGOCIACIÓN DE CONTRATOS DE ACTIVIDADES DE HIDROCARBUROS	SUSCRIPCIÓN DE CONTRATO DE LICENCIA PARA EXPLORACIÓN O EXPLOTACIÓN	ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN	ACTIVIDADES DE EXPLOTACIÓN	CIERRE DE ACTIVIDAD HIDROCARBUROS
OPINIÓN PREVIA DE SERNANP	Se debería requerir opinión técnica del SERNANP	Se debería requerir opinión técnica del SERNANP	Es obligatoria la opinión de compatibilidad del SERNANP	La aprobación de los documentos de gestión ambiental (EIA) requiere opinión técnica favorable del SERNANP	La aprobación de los documentos de gestión ambiental (EIA) requiere opinión favorable del SERNANP	Se debe solicitar opinión técnica previa favorable del SERNANP

DERECHOS ADQUIRIDOS EN ANPs	No existen derechos reales adquiridos en el ANP	No existen derechos reales adquiridos en el ANP	No existen derechos reales adquiridos en el ANP Existen derechos obligacionales Existen derechos expectaticios	No existen derechos reales adquiridos en el ANP Existen derechos obligacionales Existen derechos expectaticios	Existen derechos reales adquiridos a partir de la explotación de hidrocarburos Se deben respetar los objetos de creación y conservación del ANP	El titular de la operación debe sanear los pasivos ambientales generados de manera definitiva. El Estado recupera la propiedad de los hidrocarburos concesionarios
------------------------------------	---	---	--	--	--	---

FUENTE: Elaboración propia basado en el artículo 116º del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, el artículo 2º del Decreto Supremo N° 004-2010-MINAM, y la interpretación por analogía.

4.4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LA OPINIÓN PREVIA FAVORABLE DEL SERNANP EN AREAS NATURALES PROTEGIDAS Y SUS ZONAS DE AMORTIGUAMIENTO

La opinión técnica previa favorable en el devenir de la última década ha sido sujeta a intensos debates, especialmente porque el artículo 28º de la Ley de Áreas Naturales Protegidas no se refería de manera expresa el momento exacto en que se solicitaba, ni los supuestos, y menos aún, si se aplicaba a las áreas de conservación regional. El artículo 116º del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas hacía muy poco para clarificar estas incertidumbres jurídicas, y requería una urgente modificatoria para que responda a cabalidad estas interrogantes. Felizmente, estas demandas serían escuchadas, y a través del Decreto Supremo N° 003-2011-MINAM, que aprueba la modificación del artículo 116º del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, aprobado por Decreto Supremo N° 038-2001-AG.

Ahora se regularía *“la emisión de la Compatibilidad y de la Opinión Técnica Previa Favorable por parte del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - SERNANP, solicitada por la entidad de nivel nacional, regional o local que resulte competente, de forma previa al otorgamiento de derechos orientados al aprovechamiento de recursos naturales y/o a la habilitación de infraestructura en las Áreas Naturales Protegidas de administración nacional y/o en sus Zonas de Amortiguamiento, y en las Áreas de Conservación Regional.”*¹⁷³ Ello implicaría que antes del otorgamiento de cualquier derecho administrativo a un concesionario sea vía administrativa o judicial se debería solicitar la opinión técnica previa favorable del SERNANP, lo que aplica para concesiones del sector energía y minas, pesquería, industria, transporte y comunicaciones, turismo y comercio exterior, vivienda, construcción y saneamiento, defensa, entre otros.

Advirtamos que el nuevo texto del artículo 116.1 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, establece que: *“la emisión de Compatibilidad es aquella Opinión Técnica Previa Vinculante que consiste en una evaluación a través de la cual se analiza la posibilidad de concurrencia de una propuesta de actividad, con respecto a la conservación del Área Natural Protegida de administración nacional, o del Área de Conservación Regional, en función a la categoría, zonificación, Plan Maestro y objetivos de creación del área en cuestión.”* El nuevo texto, resuelve varios problemas de plano, y el primero es que: también para la realización de actividades económicas en áreas de conservación regional se requiere opinión técnica favorable del SERNANP. El segundo tema no menos

¹⁷³ Artículo 1º del Decreto Supremo N° 003-2011-MINAM

relevante que resuelve es en que se basaran las consideraciones técnicas para la emisión de la opinión, y la respuesta es que será en base a la categoría de las misma, y los documentos de gestión del espacio protegido, y allí brillara con luz propia la norma de creación del área, donde se establecen los objetos de conservación, el Plan Maestro, y otros documentos de planificación menores, que a su vez dan contenido a la zonificación del espacio protegido.

El artículo 116.1 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, aborda sin tabúes, otro asunto de constante preocupación de los concesionarios, la opinión de compatibilidad en zonas de amortiguamiento, y aquí señala: *“la compatibilidad que verse sobre la Zona de Amortiguamiento de un Área Natural Protegida de administración nacional, será emitida en función al Área Natural Protegida en cuestión.”* En ese sentido, se determinara la compatibilidad de una actividad en una zona de amortiguamiento teniendo en cuenta que esta mantenga sus propiedades de contener las amenazas de actividades que puedan afectar al área natural protegida, puesto de ello depende la sostenibilidad de los ecosistemas protegidos.

Adviértase, que la emisión de la compatibilidad debe incluir los lineamientos generales para poder desarrollar las actividades económicas autorizadas en el área natural protegida y en su zona de amortiguamiento, bajo determinadas condiciones legales y técnicas, de conformidad con el artículo 116.1 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas. Esto es sólo se podrá realizar la actividad económica si se cumplen las obligaciones socio ambientales que se encuentran pre-establecidas en la opinión técnica favorable del SERNANP.

Una de las virtudes del artículo 116.1 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas es señalar que: *“las entidades competentes para suscribir contratos de licencia u otras modalidades contractuales, de otorgar autorizaciones, permisos y concesiones, solicitarán al SERNANP la **emisión de Compatibilidad previamente al otorgamiento de derechos orientados al aprovechamiento de recursos naturales**, y/o a la habilitación de infraestructura en las Áreas Naturales Protegidas de administración nacional, y/o sus Zonas de Amortiguamiento, o en las Áreas de Conservación Regional.”* En breve, antes de suscribir un contrato de licencia u otorgar un permiso se debe solicitar la emisión de compatibilidad del SERNANP, esto es antes de suscribir un contrato de licencia de hidrocarburos se deberá solicitar la citada opinión como condición previa para su suscripción, y ello de manera independiente, a que posteriormente cuando se realice el Estudio de Impacto Ambiental se requiera la opinión técnica previa favorable del SERNANP.

No resulta tan feliz, lo establecido por el artículo 116.1 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas cuando señala que: *“no cabe la emisión de compatibilidad respecto de aquellas actividades complementarias a una actividad que ya cuente con un pronunciamiento de compatibilidad favorable por parte del SERNANP, siempre que se encuentre dentro de la misma área geográfica”*, ya que nada obsta que una actividad complementaria pueda impactar gravemente los objetos de conservación de un espacio protegido, en nuestra opinión cualquier modificatoria sustantiva del proyecto merece para ser autorizada contar con opinión previa del SERNANP.

El procedimiento administrativo para emitir la opinión técnica de parte del SERNANP, no debe ser mayor a 30 días, contados a partir de la recepción de la solicitud de la autoridad

competente según el artículo 162.1 del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, empero si transcurrido dicho tiempo esta no se ha emitido, y siendo un tema referido a un asunto medio ambiental se considerara negativa la opinión del SERNANP en aplicación del artículo 34.1.1 de la Ley N° 27444.

LOS CINCO MOMENTOS EN QUE SE SOLICITA OPINIÓN TÉCNICA AL SERNANP

MOMENTO EN QUE SE EMITE OPINIÓN DEL SERNANP EN AREAS NATURALES PROTEGIDAS, ZONAS DE AMORTIGUAMIENTO, Y AREAS DE CONSERVACIÓN REGIONAL	OPINIÓN DE COMPATIBILIDAD	OPINIÓN TECNICA	OPINIÓN TECNICA PREVIA FAVORABLE
1. ANTES DE SUSCRIBIR CONTRATOS, U OTORGAR LICENCIAS, AUTORIZACIONES O PERMISOS	SE REQUIERE		
2. EN LA ELABORACIÓN DE LOS TERMINOS DE REFERENCIA DEL EIA		SE REQUIERE	
3. REVISIÓN Y ELABORACIÓN DEL ESTUDIO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL (EIA)			SE REQUIERE
• REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS A LAS APROBADAS EN EL ESTUDIO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL (EIA)			NO SE REQUIERE
4. ACTUALIZACIÓN DEL ESTUDIO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL (EIA) CADA CINCO (05) AÑOS			SI SE REQUIERE
5. RENOVACIONES DE LA CONCESIÓN, AUTORIZACIÓN O LICENCIA	SI SE REQUIERE		

Fuente: Elaboración propia basado en el artículo 116° del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, el artículo 2° del Decreto Supremo N° 004-2010-MINAM, y la interpretación por analogía.

Advirtamos que la Opinión Técnica Previa Favorable “es aquella Opinión Técnica Previa Vinculante que consiste en una evaluación del contenido del instrumento de gestión ambiental correspondiente a una actividad, obra o proyecto específico a realizarse al interior de un Área Natural Protegida de administración nacional y/o de su Zona de Amortiguamiento, o de un Área de Conservación Regional, a fin de pronunciarse sobre su viabilidad ambiental, en virtud a los aspectos técnicos y legales correspondientes a la gestión del Área Natural Protegida” de conformidad con el artículo 116.2 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas. En ese sentido, la opinión técnica previa favorable se realiza respecto al Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental, y salvo en el caso de electricidad, en todos los demás casos después de haberse otorgado el derecho, permiso, concesión o autorización respectiva, y tiene como eje central el pronunciarse sobre la viabilidad ambiental del proyecto en un espacio protegido o su zona de amortiguamiento, esto es será viable si es que no afecta los objetos de creación del área natural protegida, y es compatible con las actividades establecidas en los documentos de planificación, la categoría del área, y la zonificación de la misma.

Es importante señalar que “el Instrumento de Gestión Ambiental exigido por la legislación respectiva, sólo podrá ser aprobado por la autoridad competente si cuenta con la Opinión Técnica Previa Favorable del SERNANP.” Esto significa que no se podrá otorgar derecho alguno para realizar una actividad en un espacio protegido, si no se cuenta con la opinión

técnica previa favorable: a) sea porque no se solicitó, b) o habiéndose solicitado la misma esta aún no se ha emitido, o c) habiéndose emitido esta es desfavorable. En caso de otorgarse la concesión, autorización, licencia, permiso o derecho en esas condiciones la misma podrá ser anulada, por omitir un requisito de validez en el acto administrativo, como bien lo establece el artículo 2º del Decreto Supremo N° 004-2010-MINAM.

El mismo artículo 116.2 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas establece que el *“SERNANP emitirá dicha opinión en un plazo no mayor a 30 días, contados a partir de la solicitud efectuada por la autoridad competente, pudiendo ésta resultar favorable o desfavorable”*, lo que implica dos cosas que existe la obligación de pronunciarse en el plazo establecido, sea favorable o desfavorablemente, bajo responsabilidad administrativa, pero además que no podrán existir opiniones intermedias, como parcialmente favorable o desfavorable. Adicionalmente, anotemos que *“previamente a la elaboración del Instrumento de Gestión Ambiental correspondiente, (...) la autoridad competente solicitará al SERNANP la Opinión Técnica sobre los Términos de Referencia para la elaboración del Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental. El SERNANP emitirá dicha opinión en un plazo no mayor a 15 días, contados a partir de la solicitud efectuada por la autoridad competente”* de conformidad con el artículo 116.2 del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas. En breve, ello querrá decir que el SERNANP, eventualmente podría emitir tres tipos de opiniones: a) en el instante previo a la asignación o concesión de un derecho, que será la opinión de compatibilidad; b) en el momento en que se elaboran los términos de referencia del estudio de evaluación de impacto ambiental por parte de la autoridad competente, que será la opinión técnica; y c) finalmente, en el momento, en que se realiza la evaluación del estudio de impacto ambiental propiamente dicha; que será la opinión técnica previa favorable.

Cabe precisar que la Opinión Técnica Previa del SERNANP, en los puntos 4 y 5, se pueden deducir de una interpretación sistemática de la normatividad sobre el sistema nacional de evaluación de impacto ambiental, y no se deduce de manera expresa de la normatividad de espacios protegidos, pero tiene la misma lógica que las opiniones expresamente previstas de los puntos 1, 2, y 3. Pensamos que es necesaria la opinión previa técnica favorable en la etapa de actualización del Estudio de Impacto Ambiental, punto 4 del cuadro, pues al haber transcurrido ya cinco (05) años desde que se emitió la primera opinión del instrumento de gestión ambiental, y este a su vez es necesario que sea actualizado, y se van implementar nuevas medidas de prevención, mitigación y compensación, y hasta se van evaluar impactos negativos no evaluados y que con el desarrollo del proyecto han generado conflictos socio ambientales, entonces se justifica la emisión de una nueva opinión previa técnica favorable del SERNANP, especialmente en los casos en que se amplían los proyectos de inversión por que ello puede traer impactos no previstos sobre el espacio protegido o su zona de amortiguamiento. Por otra parte, con relación al punto 5 del cuadro, esto es con relación a las renovaciones de concesiones o licencias, nos parece en aplicación del principio de prevención que debería solicitarse opinión de compatibilidad, para garantizar que después de transcurrido un tiempo importante las condiciones del proyecto de inversión son las necesarias para resguardar los objetivos de creación de los espacios protegidos.

Advirtamos que el Decreto Supremo N° 003-2011-MINAM, clarifica el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental de una manera extraordinaria, y sin precedentes, pues distingue dos momentos por separado, primero el instante previo al otorgamiento de la concesión o autorización, en el cual se debe solicitar al SERNANP una opinión técnica de compatibilidad, y un segundo momento, al revisar el Estudio de Impacto Ambiental del

titular del proyecto de inversión, el cual sólo avanzara, si cuenta con una opinión técnica favorable y vinculante del SERNANP. En otras palabras, no basta con contar con la opinión técnica de compatibilidad a favor para que se inicie la actividad (indispensable si, para poder otorgar la concesión o permiso), sino también se deberá posteriormente contar con la opinión técnica favorable del SERNANP para aprobar el Estudio de Impacto Ambiental, y poder llevar a adelante la actividad productiva.

Ahora bien nosotros sostenemos que para determinar la compatibilidad de las actividades hidrocarburíferas en un área natural protegida de uso directo deberán tomarse en cuenta los siguientes criterios:

- **Singularidad y transilencia del ecosistema:** Se refiere a la protección de los ecosistemas únicos, excepcionales o endémicos así como la capacidad de estos ecosistemas a soportar la magnitud e intensidad de los efectos negativos ocasionados por las actividades de hidrocarburos. Evidentemente las ANPs cuenta con áreas frágiles y especies endémicas situaciones que deberá considerarse para determinarse la factibilidad de actividades de hidrocarburos.
- **Valor Social del patrimonio natural (intergeneracional y transgeneracional):** Tiene en cuenta a los ecosistemas de especial interés por los servicios ambientales que brindan no sólo a las generaciones presentes sino también a las futuras. También se debe tener en cuenta el valor sociocultural que se atribuye a determinados espacios naturales que son asociados a la cultura, costumbres, tradiciones y espiritualidad, este es el caso de los lugares místicos o sagrados. Las comunidades indígenas que alberga el ANP deben ser consultadas para determinar si la mencionada actividad de hidrocarburos los afectan, si están de acuerdo con la misma,¹⁷⁴ y de ser el caso establecer las compensaciones sociales, ambientales y económicas que correspondan.
175
- **Factibilidad de asegurar el manejo sostenible del área natural protegida;** ello implica determinar si la gestión ambiental del ANP cumplirá sus objetivos de conservación pese a la s actividades extractivas que se realicen en la misma.
- **Viabilidad de actividades económicas sostenibles preexistentes:** Se deberá tomar en cuenta, si las actividades de hidrocarburos interfieren de manera negativa sobre actividades económicas sostenibles promovidas en el ANP y las políticas de desarrollo sostenible del país. Los conflictos socio ambientales entre mineros y agricultores (Tambo Grande), y el de los pescadores artesanales y los concesionarios de hidrocarburos en la costa norte del país, o el turismo y la minería artesanal en Madre de Dios, revelan la importancia de este criterio.

Las ANP intrínsecamente tienen una visión de largo plazo, contrapuesta al aprovechamiento inmediato de los recursos naturales no renovables como la actividad minera e hidrocarburos. En ese sentido, las políticas energéticas del país deben ser conciliadas y armonizadas con las estrategias de conservación in situ de la biodiversidad para alcanzar un verdadero desarrollo sostenible.

¹⁷⁴ Carhuatocto Sandoval, Henry. El aprovechamiento de recursos naturales en áreas naturales protegidas y territorios indígenas según el Tribunal Constitucional. En: Gaceta Constitucional Tomo 15. Gaceta Jurídica. Lima- Perú. 2009. p.139; Carhuatocto Sandoval, Henry. Implicancias del derecho a la consulta previa, en las futuras sentencias del Tribunal Constitucional. En: Gaceta Constitucional Tomo 18. Gaceta Jurídica. Lima- Perú. 2009. p.121.

¹⁷⁵ La película "Avatar" de James Cameron, es una metáfora muy bien elaborada justamente de la importancia social del patrimonio natural para determinadas culturas.

OBLIGACIONES ADICIONALES

- a) Los derechos otorgados por las entidades competentes sobre las actividades propias de la operación, deberán ser comunicados y coordinados previamente con las Jefaturas de las Áreas Naturales Protegidas.
- b) Las actividades propias de la operación, tales como el ingreso de personal, y el transporte de sustancias peligrosas, explosivos, entre otras que se realicen al interior de un Área Natural Protegida de administración nacional, y/o de su Zona de Amortiguamiento, o al interior de un Área de Conservación Regional, deberán ser previamente comunicadas y coordinadas con las Jefaturas de las Áreas Naturales Protegidas, o con la Dirección de Gestión de las Áreas Naturales Protegidas - DGANP, según corresponda, a fin de tomar las medidas que el caso amerite.
- c) Los informes de las actividades inherentes a la fiscalización y control, realizadas por las entidades competentes, deberán ser remitidos por las mismas en copia al SERNANP.

Fuente: Artículo 116.3º del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas

Ciertamente, tenemos el problema de las áreas naturales protegidas sin planes maestros, y peor aún, que ni siquiera hayan sido categorizada (zonas reservadas), felizmente la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final del Decreto Supremo N° 003-2011-MINAM, soluciona esa encrucijada de la siguiente forma: *“para el caso que un Área Natural Protegida de administración nacional o regional no cuente con Plan Maestro, el SERNANP emitirá Opinión Técnica Previa Vinculante en base a la categoría, a los objetivos de creación del Área y al expediente técnico que sustenta su establecimiento. Este último constituye para todos los efectos el Plan Maestro Preliminar, a que se refiere el segundo párrafo del numeral 2.2.2 del “Componente Orientador para la Gestión” del Plan Director, aprobado por Decreto Supremo N° 016-2009-MINAM.”* En otras palabras, el expediente técnico que sustenta el establecimiento del espacio protegido hará las veces de plan maestro preliminar, y aún sin categoría otorgada, como el caso de las zonas reservadas, este expediente permitirá aplicar el principio de prevención y precautorio, teniendo en consideración la futura categorización de la misma, sus objetos de conservación y los objetivos de su norma de creación.

Ahora sin duda en una opinión técnica del SERNANP, la zonificación del espacio protegido establecido en el plan maestro es importantísimo, por lo que en ausencia del citado documento de planificación, deberá recurrirse al expediente técnico que sustenta el establecimiento del espacio protegido, el que necesariamente debe contener una zonificación provisional, la cual será tomada en consideración de manera obligatoria, hasta que se apruebe el plan maestro, de conformidad con la Segunda Disposición Transitoria, Complementaria y Final del Decreto Supremo N° 003-2011-MINAM. Adicionalmente, se añade de manera inteligente, y conociendo la mecánica de la burocracia estatal, que mientras no se apruebe un nuevo plan maestro se mantiene vigente el anterior, aunque su periodo de vigencia se encuentre vencido, al menos para efectos de la opinión técnica del SERNANP, salomónica solución.¹⁷⁶

Es un verdadero engaño muchachos, la Cuarta Disposición Transitoria, Complementaria y Final del Decreto Supremo N° 003-2011-MINAM, que señala: *“el ejercicio de los derechos de aquellos titulares que puedan acreditar su prelación a la aprobación del Plan Maestro, serán respetados y deberán ser ejercidos en armonía con los objetivos y fines para los cuales el Área Natural Protegida ha sido creada, la Ley N° 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 038-2001-AG, el Decreto Legislativo N° 1079 y demás normas complementarias.”* A ver, si en principio el artículo 5º de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, ya decía que los derechos adquiridos

¹⁷⁶ Tercera Disposición Transitoria, Complementaria y Final del Decreto Supremo N° 003-2011-MINAM

previamente al establecimiento del espacio protegido deben ser respetados, en tanto, sean ejercidos de manera armónica con los objetivos de creación del espacio protegido, lo establecido en esta disposición parece reducir dicha protección, pues el plan maestro es posterior a la ley de creación que contiene los objetos de conservación que no se pueden contravenir. Sin embargo, un análisis sistemático de las normas, nos permite concluir que sólo se está haciendo énfasis en los detalles de la protección que se establecen en el Plan Maestro, y que en ningún caso, un derecho adquirido puede superponerse a los intereses de conservación del espacio protegido establecidos en su norma de creación.

4.5. LA NULIDAD DE LAS CONCESIONES, AUTORIZACIONES, LICENCIAS Y PERMISOS OTORGADOS SIN CONTAR CON OPINIÓN PREVIA FAVORABLE DEL SERNANP EN ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

Las solicitudes para aprovechar recursos naturales no renovables, como los hidrocarburos, al interior de las Áreas Naturales Protegidas del SINANPE y de las Áreas de Conservación Regionales, requieren de la opinión previa favorable del SERNANP de conformidad con el artículo 28º de la Ley de Áreas Naturales Protegidas. Así, el aprovechamiento de recursos naturales no renovables al interior de las Áreas Naturales Protegidas de uso directo se permite sólo cuando lo contemple su Plan Maestro aprobado, estando sujeto a las normas de protección ambiental y a las limitaciones y restricciones previstas en los objetivos de creación del Área Natural Protegida, su zonificación y categorización.¹⁷⁷ El aprovechamiento de recursos naturales no renovables es incompatible con las Áreas Naturales Protegidas de uso indirecto.

Si ello es así, nace la interrogante que ocurrirá con los actos administrativos que requerían contar con la opinión técnica favorable del SERNANP, y fueron aprobados sin la misma, un problema que durante la última década había sido una constante, y cuyo uno de sus indicadores más importantes fue la superposición de actividades económicas con estrategias de conservación. Las respuestas a esta problemática en plano judicial fue la interposición de acciones de amparo, u acciones contenciosas administrativas, independientemente de las denuncias penales del caso, y en el plano interinstitucional la suscripción del Convenios de Cooperación Interinstitucional siendo uno de los más importantes el Convenio tripartito entre INRENA, Ministerio de Energía y Minas, y PERUPETRO.

Sin embargo, la institucionalidad de la opinión técnica del SERNANP, llega a un nivel sin precedentes con el Decreto Supremo Nº 004-2010-MINAM que establece la obligación de solicitar opinión técnica previa vinculante en defensa del patrimonio natural de las Áreas Naturales Protegidas, y consagra la consecuencia de su omisión: la nulidad. Así se indica que *“de conformidad con la legislación que regula las Áreas Naturales Protegidas, las entidades de nivel nacional, regional y local tienen la obligación de solicitar opinión técnica previa vinculante al Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - SERNANP, en las actividades orientadas al aprovechamiento de recursos naturales o a la habilitación de infraestructura que se realicen al interior de las Áreas Naturales Protegidas.”*¹⁷⁸ Nótese que se exige a las entidades de los tres niveles del gobierno que antes de autorizar una actividad económica en un espacio protegido deben solicitar la opinión técnica favorable del SERNANP, lo cual implica que incluye a los organismos

¹⁷⁷ Artículo 115º del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas

¹⁷⁸ Artículo 1.1. del Decreto Supremo Nº 004-2010-MINAM

públicos como PERUPERTRO, INGEMMET, PROINVERSIÓN o la Autoridad Nacional Portuaria, los ministerios, gobiernos regionales y municipalidades.

Ahora, uno de los temas más destacado viene en el artículo 1.2 del Decreto Supremo N° 004-2010-MINAM, que señala: *“el incumplimiento de la obligación prevista en el numeral anterior constituye falta administrativa prevista en el numeral 9) del artículo 239 de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444”* que a la letra señala: *“las autoridades y personal al servicio de las entidades, independientemente de su régimen laboral o contractual, incurren en falta administrativa en el trámite de los procedimientos administrativos a su cargo y, por ende, son susceptibles de ser sancionados administrativamente con amonestación, suspensión, cese o destitución atendiendo a la gravedad de la falta, la reincidencia, el daño causado y la intencionalidad con que hayan actuado, en caso de incurrir en ilegalidad manifiesta.”* Esto es que siendo el sector competente, a través de sus funcionarios públicos, y no el administrado, el obligado a solicitar la opinión técnica previa al SERNANP, será el mismo quien asumirá responsabilidad administrativa, civil y penal del caso, con lo cual se crea un incentivo para que los funcionarios asuman sus labores con la mayor responsabilidad y celo posible.

Sin duda, lo más celebrado ha sido el artículo 2º del Decreto Supremo N° 004-2010-MINAM, que señala: *“la autorización, licencia, concesión, permiso u otro derecho habilitante, así como sus renovaciones que se hayan otorgado en favor de actividades de aprovechamiento de recursos naturales o a la habilitación de infraestructura que se realicen al interior de las Áreas Naturales Protegidas; serán nulas de pleno derecho, si no cuenten con la opinión técnica previa vinculante del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - SERNANP.”* En ese sentido, si la concesión, autorización, licencia o permiso, carecía al momento de su otorgamiento de una opinión técnica de compatibilidad del SERNANP, será nula. El mismo destino correrá, la aprobación del estudio de evaluación de impacto ambiental que se aprobó sin contar con la opinión técnica previa favorable del SERNANP, y siendo una nulidad de pleno derecho, nunca se habrán generado derechos a favor del administrado, y por los daños generados por dicho acto ilegal deberá responder el sector y los funcionarios que otorgaron el derecho administrativo omitiendo uno de los requisitos de validez del mismo.

La deuda pendiente del Decreto Supremo N° 004-2010-MINAM para muchos es que se limita a declarar la nulidad de pleno derecho, sobre los actos administrativos encaminados al aprovechamiento de recursos naturales en espacios protegidos (concesiones y permisos), o la instalación de infraestructura (casas, ductos, caminos, puentes, aeropuertos, puertos, etc.) en el interior de áreas naturales protegidas de índole nacional, haciendo mutis, respecto a las áreas de conservación regional, y las zonas de amortiguamiento. Empero, una interpretación sistemática de la Ley de Áreas Naturales Protegidas y su reglamento, así como la Ley del Procedimiento Administrativo General, nos llevara a deducir que dichos actos serán también posibles de declarar nulos de pleno derecho, puesto que tenían un vicio sustancial en su formación, y al atentar contra el orden público ambiental, carecían de uno de los requisitos de valides de todo acto administrativo, previsto en el numeral 1º del artículo 10º de la Ley N° 27444, que implica no contravenir las leyes ni las normas reglamentarias. Ciertamente, no hubiera hecho daño que el Decreto Supremo N° 004-2010-MINAM hubiera señalado lo antes expresado, pero suponemos que por presiones internas y exógenas, el texto no lo contemplo, demerito formal, que es fácilmente superable mediante una interpretación sistemática.

Pensamos que existen todavía temas pendientes por resolver, este es el caso de criterios de compatibilidad más claros aún, no tan genéricos, y la posibilidad de impugnar una opinión técnica favorable del SERNANP por parte la sociedad civil, cuando discrepen de dicho acto administrativo, por ahora, al no existir un procedimiento administrativo claro, la única opción es acudir al Poder Judicial.

4.6. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN MATERIA AMBIENTAL REGIMEN GENERAL

El Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales, aprobado por el Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM, tiene por finalidad establecer las disposiciones sobre acceso a la información pública con contenido ambiental, para facilitar el acceso ciudadano a la misma así como regular los mecanismos y procesos de participación y consulta ciudadana en los temas de contenido ambiental. También establece las disposiciones correspondientes para la actuación del MINAM como punto focal en los convenios comerciales internacionales con contenidos ambientales, y la consulta intersectorial en caso de reclamaciones de contenido ambiental presentadas por autoridades o personas extranjeras.

Asimismo, el artículo 2° del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM establece que las disposiciones establecidas en la mencionada norma son de aplicación obligatoria para el MINAM y sus organismos adscritos tales como el OEFA, y el SERNANP; y será de aplicación para las demás entidades y órganos que forman parte del Sistema Nacional de Gestión Ambiental o desempeñan funciones ambientales en todos sus niveles nacional, regional y local, siempre que no tengan normas vigentes sobre las materias reguladas en la citada norma como sería el caso del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Salud, entre otros. La norma comete un error, al no establecer este reglamento con el mínimo indispensable que deben cumplir los diferentes sectores especialmente porque la mayoría de sectores tienen reglamentos de participación ciudadana escasamente participativos, pero quizás esto sea un síntoma de la escasa autoridad que en la realidad tiene el MINAM, cuestión que tiene la obligación de revertir los próximos años.

El artículo 4 del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM establece que toda persona tiene el derecho de acceder a la información que poseen el MINAM o las entidades con competencias ambientales, con relación al ambiente, sus componentes y sus implicaciones en la salud; así como sobre las políticas, normas, obras y actividades realizadas y/o conocidas por dichas entidades, que pudieran afectarlo en forma directa o indirecta, sin necesidad de invocar justificación de ninguna clase. Este derecho de acceso se extiende respecto de la información que posean las personas jurídicas sujetas al régimen privado que presten servicios públicos. Todas las entidades públicas y las privadas que prestan servicios públicos deben facilitar el acceso a la información ambiental a quien lo solicite, sin distinción de ninguna índole, con sujeción exclusivamente a lo dispuesto en la legislación vigente.

Es muy importante ser conscientes, que la información ambiental que las entidades con competencias ambientales, posean, produzcan o tengan disponible como resultado del ejercicio de sus funciones, tiene carácter público y está sujeta a los mecanismos de acceso a la información pública. Dicha información debe proporcionarse cuando ésta sea solicitada por cualquier persona natural o jurídica, en ejercicio del derecho de acceso a la

información pública, reconocido en el inciso 5) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú y en el artículo 5 del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM. También es pública toda información generada u obtenida referente al ambiente o de actividades o medidas que lo afecten o que pudieran afectarlo, que se encuentre en poder o control por una entidad del Sistema Nacional de Gestión Ambiental.

Las entidades con competencias ambientales tienen la obligación de proporcionar la información que les sea requerida, que esté contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, y siempre que haya sido creada u obtenida por ella, o que se encuentre en su posesión o bajo su control como resultado del ejercicio de sus funciones. En el caso del MINAM y de manera enunciativa, es también pública la información siguiente: a) La relacionada con las facultades constitucionales a cargo de la entidad; b) La relacionada con los aspectos administrativos, financieros y presupuestarios; y c) Los casos previstos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA.

El artículo 7° del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM establece las obligaciones en materia de acceso a la información ambiental de las entidades públicas involucradas:

- a) Administrar la información ambiental en el marco de las orientaciones del Sistema Nacional de Información Ambiental. Establecer mecanismos para la generación, organización y sistematización de la información ambiental relativa a los sectores, áreas o actividades a su cargo.
- b) Facilitar el acceso del público a la información ambiental que se les requiera y que se encuentre en el ámbito de su competencia, sin perjuicio de adoptar las medidas necesarias para cautelar el normal desarrollo de sus actividades. Esto incluye la obligación de colocar la información ambiental disponible, en el portal de transparencia de la entidad.
- c) Atender las solicitudes de información que reciban dentro del plazo establecido.
- d) Establecer criterios o medidas para validar o asegurar la calidad e idoneidad de la información ambiental que poseen, en el marco del Sistema Nacional de Información Ambiental.
- e) Difundir gratuitamente información sobre las funciones y actividades de su entidad vinculadas al ambiente, en particular, la relativa a su organización, funciones, fines, competencias, organigrama, dependencias, horarios de atención y procedimientos administrativos a su cargo.
- f) Eliminar las exigencias, cobros indebidos y requisitos de forma que obstaculicen, limiten o impidan el eficaz acceso a la información ambiental.
- g) Rendir cuenta acerca de las solicitudes de acceso a la información ambiental recibidas y de la atención brindada.
- h) Informar periódicamente sobre el estado del ambiente en su respectivo ámbito de competencia o sector.
- i) Elaborar mecanismos de difusión de la información sobre el desempeño ambiental de las personas naturales y jurídicas que realizan actividades bajo su competencia, en especial las infracciones a la legislación ambiental. También deben destacar a aquellos que tengan desempeños ambientales de excelencia.
- j) **Entregar al MINAM la información que éste solicite, por considerarla necesaria para la gestión ambiental.** La solicitud será remitida por escrito y deberá ser respondida en un plazo no mayor a siete (7) días, pudiendo el MINAM ampliar dicho plazo de oficio o a solicitud de parte hasta por veinte (20) días adicionales. El

incumplimiento de esta disposición será comunicado a la entidad competente del Sistema Nacional de Control.

La información pública que se solicite a la entidad será entregada al solicitante a través de medios escritos u otros medios físicos, así como por medios electrónicos o magnéticos, de acuerdo a lo solicitado y a la capacidad de la institución, conforme al procedimiento establecido en el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA; asimismo, salvo los casos que estén previstos en normas expresas, el solicitante deberá pagar la tasa administrativa establecida en el TUPA. El ejercicio del derecho de acceso a la información difundida en el Portal, se tendrá por satisfecho con la comunicación por escrito al interesado del vínculo o Portal que la contiene, sin perjuicio de solicitar las copias que se requiera.

El artículo 10º del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM establece que las entidades públicas deberán contar con instrumentos en materia de acceso a la información pública ambiental de acuerdo con lo siguiente:

- a) Aplicación de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
- b) Organización de información ambiental que facilite el conocimiento de las materias ambientales a cargo de la entidad, incluyendo los instrumentos legales, de política, así como los estudios, consultorías, y demás documentos que se hubieran generado en la materia señalada
- c) Establecer mecanismos de difusión de la información ambiental, incluyendo medios electrónicos incluyendo mecanismos de acceso vía Internet, así como también sistemas de atención al público basados en teléfono y fax.
- d) Facilitar el intercambio de información ambiental con otras entidades públicas o privadas, a través del Sistema Nacional de Información Ambiental.
- e) Priorizar o apoyar, dentro de sus respectivas funciones, programas o proyectos orientados a la generación, sistematización y difusión de la información ambiental.
- f) Contar con una persona u oficina responsable del manejo de la información ambiental en la entidad y de proporcionar la información a suministrarse al SINIA.

El artículo 11º del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM establece que la solicitud de acceso a la información pública ambiental puede ser presentada a través del Portal de Transparencia del MINAM o directamente ante la unidad de recepción documentaria de la entidad encargada de proporcionarla, mediante el formato contenido en el anexo del Decreto Supremo N° 072-2003-PCM o a través de escrito que contenga la siguiente información:

ESCRITO DE TRANSPARENCIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

- a) Nombre, documento de identidad y domicilio; razón social, domicilio y número de Registro Único de Contribuyentes así como el nombre y documento de identidad del representante legal, en caso de personas jurídicas. Tratándose de menores de edad no será necesaria la presentación del documento de identidad;
- b) De ser el caso, número de teléfono y/o correo electrónico;
- c) Firma del solicitante o huella digital de no saber firmar o estar impedido de hacerlo;
- d) Expresión concreta y precisa del pedido de información; y,
- e) En caso de que el solicitante conozca la unidad orgánica de la entidad que posea la información deberá indicarlo en la solicitud.

Fuente: Artículo 11 del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM

Si la solicitud presentada no cumple con los requisitos señalados en los literales a), c) y d) que anteceden, el funcionario encargado del trámite documentario informará

inmediatamente al solicitante para que proceda a la subsanación dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, en caso contrario se tendrá por no presentada disponiéndose su devolución al interesado. Asimismo, la unidad de recepción documentaria deberá canalizar la solicitud al funcionario responsable si el solicitante no hubiere incluido el nombre del funcionario o lo hubiera hecho incorrectamente.

El artículo 12º del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM establece que la solicitud de información deberá ser atendida a la brevedad posible si es de fácil acceso y, en todo caso, el plazo máximo será de siete (7) días hábiles, este plazo puede ser prorrogado excepcionalmente por cinco (5) días hábiles adicionales siempre que el volumen y complejidad de la información solicitada amerita la prórroga o exista una circunstancia que así lo justifique, debiendo comunicarse por escrito al interesado hasta el sexto (6) día de presentada la solicitud. El plazo se empezará a computar a partir de la recepción de la solicitud en la unidad de recepción documentaria o de ser el caso a partir de la subsanación del defecto u omisión. Si no se posee la información solicitada, se deberá comunicar este hecho al administrado, indicándole u orientándole sobre su ubicación o destino, si es que ello es conocido por la institución.

El artículo 13º del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM establece que los servidores que incumplan con las disposiciones sobre acceso a la información pública a que se refiere el presente Reglamento, serán sancionados de acuerdo con las normas laborales vigentes y sin perjuicio de la denuncia penal a que hubiere lugar.

El artículo 16 del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM, establece que el MINAM difundirá a través de su portal de transparencia al menos la siguiente información:

1. Los datos generales del MINAM, tales como las disposiciones y comunicados emitidos, su organización, organigrama, guías u orientaciones de los procesos operativos del órgano de línea, el marco legal a que está sujeta y el Texto Único Ordenado de Procedimientos Administrativos.
2. La información sobre las finanzas públicas del MINAM.
3. Presupuesto del Ministerio: especificando los ingresos, gastos, financiamiento, y resultados operativos de conformidad con los clasificadores presupuestales vigentes.
4. Proyectos de inversión pública del Ministerio en ejecución: especificando el presupuesto total del proyecto, el presupuesto del período correspondiente y su nivel de ejecución y el presupuesto acumulado.
5. Información de su personal: especificando personal activo, número de funcionarios, directivos, profesionales, técnicos, auxiliares, sean éstos nombrados o contratados por un período mayor a tres (3) meses en el plazo de un año, indistintamente del régimen laboral al que se encuentren sujetos, o la denominación del presupuesto o cargo que desempeñen; rango salarial por categoría y el total del gasto de remuneraciones, bonificaciones, y cualquier otro concepto de índole remunerativo, sea pensionable o no.
6. Información contenida en el registro de procesos de selección de contrataciones y adquisiciones: precisando los valores referenciales, nombres de contratistas, monto de los contratos, penalidades y sanciones, costo final de ser el caso, así como la cantidad y calidad de los bienes y servicios adquiridos.
7. Progresos realizados en los indicadores de desempeño: establecidos en los planes estratégicos institucionales o en los indicadores que le serán aplicados, en el caso que se haya suscrito Convenio de Gestión.

La información a publicar debe ser precisa, coherente, clara y ágil en su lectura, estará sustentada por información oficial pertinente.

Las entidades con competencias ambientales tienen la obligación de brindar la información ambiental de conformidad con el artículo 20º del Decreto Supremo No 02-2009-MINAM, además deben incluir en sus portales de transparencia la siguiente información:

1. Las denuncias y solicitudes presentadas y resoluciones emitidas que han dado lugar a procedimientos administrativos vinculados a casos de contenido ambiental y la indicación de la fecha de recepción de dicha solicitud, del trámite asignado y del número de expediente y su localización.
2. El expediente se pondrá a disposición del público para su revisión, salvo en sus partes confidenciales o reservadas.
3. Las listas o registros de evaluadores inspectores y fiscalizadores ambientales, poniendo a disposición del público sus hojas de vida documentadas cuando sean requeridos.
4. La fecha de inicio y término de los procedimientos de evaluación y de verificación ambiental y la indicación del número y localización de los estudios e informes ambientales resultantes de dichas evaluaciones o verificaciones.

Tengamos en cuenta que las entidades públicas deben remitir al MINAM información sobre el ejercicio de funciones ambientales, así como informes y documentos resultantes de las actividades científicas, técnicas y de monitoreo de la calidad del ambiente y de sus componentes. Asimismo, las entidades públicas deben enviar anualmente al MINAM un listado de las denuncias recibidas y las soluciones alcanzadas para su publicación en su portal de transparencia.

La participación ciudadana ambiental es el proceso mediante el cual los ciudadanos participan responsablemente, de buena fe y con transparencia y veracidad, en forma individual o colectiva, en la definición y aplicación de las políticas relativas al ambiente y sus componentes, que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno, y en el proceso de toma de decisiones públicas sobre materias ambientales, así como en su ejecución y fiscalización tal y como lo señala el artículo 21º del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM. Indudablemente, toda persona tiene derecho a participar responsablemente en los procesos de participación ciudadana así como en su ejecución, seguimiento y control, mediante la presentación de opiniones fundamentadas escritas o verbales.

Las entidades públicas deben armonizar sus políticas, normas, procedimientos, herramientas e información, de manera tal que sea posible la participación, efectiva e integrada, de los actores públicos y privados, en la toma de decisiones, manejo de conflictos y construcción de consensos, sobre la base de responsabilidades claramente definidas, seguridad jurídica y transparencia.

Las entidades públicas con competencias ambientales, de conformidad con el artículo 27º del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM, procurarán desarrollar sus mecanismos de participación ciudadana y acceso a la información en base a los siguientes lineamientos:

1. Suministrar información adecuada, oportuna y suficiente a fin que el público y en particular los potenciales afectados por la medida o la decisión puedan formular una opinión fundamentada.

2. Asegurar que la participación se realice por lo menos en la etapa previa a la toma de la decisión o ejecución de la medida.
3. Eliminar las exigencias y requisitos de forma que obstaculicen, limiten o impidan la eficaz participación de las personas naturales o jurídicas en la gestión ambiental.
4. Llevar registro de los procesos de participación ciudadana, y de sus resultados, así como de las solicitudes recibidas y las respuestas suministradas
5. Desarrollar, de acuerdo a sus disponibilidades presupuestales, programas de información al público, educación, y de generación de capacidades sobre los alcances y beneficios de la participación.

La participación ciudadana se verificará al menos en los siguientes procesos:

- a) Elaboración y difusión de información ambiental.
- b) Diseño y aplicación de políticas, normas e instrumentos de la gestión ambiental así como planes, programas y agendas ambientales.
- c) Evaluación y ejecución de proyectos de inversión pública y privada así como de proyectos de manejo de los recursos naturales, en el marco del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.
- d) Seguimiento, control y monitoreo ambiental, incluyendo las denuncias por infracciones a la legislación ambiental o por amenazas o violación a los derechos ambientales y la vigilancia ciudadana.

El artículo 29º del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM establece que los Mecanismos de consulta en materias con contenido ambiental los siguientes: a) Audiencias públicas; b) Talleres participativos; c) Encuestas de Opinión; d) Buzones de Sugerencias; e) Comisiones Ambientales Regionales y Locales; f) Grupos Técnicos; g) Comités de Gestión; y, los mecanismos de consulta se llevarán a cabo en idioma español y en el idioma o lengua predominante en la zona de influencia del respectivo proyecto o de realización de la audiencia o taller.

El artículo 30º del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM, establece los lineamientos de las Consultas, señalando que las entidades con competencias ambientales deben convocar a la población de la zona de influencia para el examen y/o revisión de propuestas normativas, proyectos, obras u otras decisiones con contenido ambiental que pudieran afectarla, con el objeto de recibir sus aportes y sugerencias. Dichos aportes y sugerencias tendrán propósito informativo para la entidad convocante y carácter no vinculante. Las consultas se realizarán bajo la supervisión de la autoridad ambiental del sector y, cuando sea pertinente, con la participación de los Gobiernos Regionales y Locales respectivos.

Cabe resaltar que la entidad o el caso de proyectos de inversión el administrado sujeto a la aprobación de la entidad, elaborará su plan de consulta pública, en cada ocasión que se vaya a realizar una consulta. Se entenderá que el Plan de Participación Ciudadana que se elabora a la luz de lo previsto en la Ley del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, constituye un plan de consulta pública. Dicho plan deberá cumplir al menos con lo siguiente:

- a) Identificación de los actores o interesados principales por su relación con el objeto de consulta o su lugar de ejecución.
- b) Identificación de la finalidad o meta de la consulta.
- c) Determinación del ámbito del proceso de consulta.

- d) Cronograma de ejecución.
- e) Designación del equipo encargado de conducir la consulta y de llevar registro de la misma.
- f) Determinación del punto de contacto de la entidad encargado de recibir y responder las solicitudes que se presenten a la misma y de informar sobre el proceso de consulta.
- g) Detalle de los mecanismos de información a utilizar, durante todo el proceso de consulta.
- h) El registro de los aportes recibidos y de los resultados de la consulta
- i) Otros que sean necesarios de acuerdo al caso y sean determinados por los sectores respectivos.

El plan deberá considerar, en los casos en los que corresponda, la estrategia de manejo de las relaciones comunitarias.

La convocatoria se efectuará al menos mediante aviso publicado en el portal de transparencia de la entidad en el medio de comunicación de mayor audiencia o tiraje de la zona de influencia de la consulta. Tratándose de planes, proyectos, agendas, normas o proyectos de alcance nacional, se utilizará un medio de comunicación masivo de alcance nacional. La entidad podrá disponer la publicación en otros lugares o medios que permitan divulgar mejor la convocatoria.

La concertación tiene por objeto buscar la confluencia de opiniones entre diferentes actores involucrados en una situación de interés o efecto ambiental. Son mecanismos de concertación los siguientes: a) Comisiones Ambientales Regionales y Locales; b) Comités de Gestión; y, c) Mesas de diálogo.

El artículo 32º del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM, establece que en los procedimientos para la elaboración y aprobación de Estudios de Impacto Ambiental, en adelante EsIA, que establezca el sector competente en coordinación con el MINAM, se deberá especificar en qué casos es obligatorio realizar talleres participativos anteriores a las audiencias públicas, para lo cual se deberá tener en cuenta el tamaño de los proyectos y la magnitud de sus impactos ambientales potenciales. Debe asegurarse la participación de las otras autoridades públicas de nivel nacional, regional y local que pudieran estar relacionadas con los impactos previsibles de los proyectos.

El artículo 33º del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM, establece que las audiencias públicas son abiertas a la participación de todos los ciudadanos, quienes deberán identificarse previamente con el respectivo documento de identidad, y observar los procedimientos establecidos para su correcto desarrollo.

El artículo 34º del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM establece que las audiencias públicas son obligatorias como parte de la etapa de revisión del EsIA detallado; En el caso de los EsIA semidetallados, la Autoridad de Administración y Ejecución podrá disponer audiencias públicas en la Resolución de clasificación del proyecto o cuando el Plan de Participación Ciudadana del proponente así lo considere. Por lo menos una audiencia pública debe realizarse en el área de la población más cercana a la zona de influencia del proyecto; el lugar de la audiencia será determinado por la Autoridad de Administración y Ejecución.

El numeral 3 del artículo 34º del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM, establece que a menos que la normativa sectorial expresamente disponga un plazo distinto en el marco de

lo que dispone la regulación sobre impacto ambiental, la Autoridad de Administración y Ejecución debe efectuar la convocatoria a una audiencia pública dentro de los treinta (30) días calendario desde la fecha de recepción del EsIA, debiendo reiterarse la convocatoria a los siete (7) días calendario previos a su realización, bajo responsabilidad.

El numeral 4 del artículo 34° del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM, señala que la convocatoria debe realizarse mediante fijación de carteles en la sede Municipal o de la autoridad local, así como a través de la publicación de avisos, por lo menos una (01) vez, en un diario de circulación nacional así como en el de mayor circulación de la zona en donde se ejecutaría el proyecto, debiendo indicarse el lugar, día y hora de la audiencia. Asimismo, los avisos deben señalar las sedes en las que estarán a disposición de los interesados el EsIA sometido a consulta y su respectivo resumen ejecutivo, así como el lugar en el que se recibirán los aportes, sugerencias u observaciones de la comunidad, los que se recibirán hasta treinta (30) días posteriores a la finalización de la audiencia. La Autoridad de Administración y Ejecución publicará, en simultáneo, el aviso de convocatoria a la audiencia pública en su portal de transparencia.

El numeral 6 del artículo 34° del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM, señala que en la audiencia pública, el Proponente del proyecto o su(s) representante(s), efectuarán una exposición detallada del proyecto propuesto y del EsIA correspondiente, abarcando como mínimo la descripción del proyecto respecto a su ubicación y lo que representará en términos de infraestructura, tiempo, espacio y cantidad de personas que podría involucrar. Asimismo, deben detallarse las características de la zona donde se desarrollará y los impactos identificados, tanto directos como indirectos; además, de las medidas previstas en la estrategia de manejo ambiental para prevenir, mitigar o compensar los impactos negativos. El jefe del equipo de consultores que hubiere elaborado el EsIA debe estar presente durante la realización de la audiencia. Concluida la sustentación, los participantes serán invitados a formular preguntas, las que deberán ser absueltas en el mismo acto. La audiencia podrá realizarse en una sola sesión o en sesiones continuadas.

El numeral 8 del artículo 34° del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM establece que la transcripción de las preguntas y respuestas formuladas así como los documentos que pudieran presentar los interesados hasta la finalización de la audiencia, los mismos que estarán referidos a sustentar su aprobación o desaprobación para la ejecución del proyecto, se adjuntarán al expediente del EsIA y serán tomados en cuenta para la evaluación correspondiente. Evidentemente, todo lo actuado en la audiencia pública debe ser registrado en un acta, para lo cual la autoridad competente abrirá el libro respectivo.

Asimismo, dentro de los treinta (30) días naturales posteriores a la audiencia pública, los interesados pueden entregar a la Autoridad de Administración y Ejecución los documentos relacionados con los proyectos y su evaluación de impacto ambiental que sustenten su aprobación o desaprobación a los mismos. Finalmente, el numeral 12 del artículo 34° del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM establece que la ocurrencia de hechos fortuitos o de fuerza mayor, determinará la reprogramación de la audiencia pública, previa solicitud debidamente sustentada del Proponente, pudiendo presentar ésto información adicional y/o complementaria hasta la fecha de realización de la audiencia.

El artículo 35 del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM establece que la participación en la fiscalización ambiental se lleva a cabo mediante mecanismos tales como:

- a) Comités de Vigilancia Ciudadana, debidamente registrados ante la autoridad competente
- b) Seguimiento de los indicadores de cumplimiento de la normativa ambiental
- c) Denuncia de infracciones o de amenazas de infracciones a la normativa ambiental
- d) Publicación de Proyectos de Normas
- e) Participación en otras actividades de gestión a cargo de las autoridades competentes que éstas definan, incluyendo opinión sobre documentos o instrumentos.
- f) Otros mecanismos debidamente sustentados.

Para el desarrollo de estas acciones, el acceso oportuno y adecuado a la información ambiental se considera un presupuesto de la participación en la fiscalización ambiental. La participación ciudadana en la fiscalización se realiza sin perjuicio del ejercicio de otras acciones establecidas en la legislación, como los procesos constitucionales y las acciones civiles o penales.

El artículo 36° del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM establece que las autoridades competentes promueven la participación ciudadana responsable en la fiscalización ambiental mediante acciones de vigilancia, con el fin de contribuir al mejor desempeño en el ejercicio de sus funciones. La vigilancia ciudadana podrá verificarse a través de Comités de Vigilancia Ciudadana que son agrupaciones de personas naturales o jurídicas que tienen como objetivo contribuir en las tareas de fiscalización a cargo de la autoridad competente. Asimismo, pueden constituirse dichos Comités fines de monitoreo y supervisión de obras que puedan causar impactos ambientales significativos. Los Comités de Vigilancia desarrollan sus actividades bajo los principios de responsabilidad y buena fe.

El artículo 37° del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM señala que el MINAM establecerá indicadores de cumplimiento de la normativa y de gestión ambiental, a fin de evaluar el desempeño general de la gestión ambiental pública y privada. La población tendrá acceso a la información sobre el seguimiento de los indicadores de cumplimiento de la normativa y la gestión ambiental. Conforme a las reglas establecidas, podrá colaborar en la recolección de la información necesaria para que la autoridad competente pueda elaborar los indicadores.

El artículo 38° del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM señala que cualquier persona puede denunciar ante las instancias correspondientes el incumplimiento de alguna norma ambiental, acompañando los elementos probatorios del caso.

El artículo 39° del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM establece que los proyectos de normas que regulen asuntos ambientales generales o que tengan efectos ambientales, serán puestos en conocimiento del público para recibir opiniones y sugerencias de los interesados. El aviso de publicación del proyecto deberá publicarse en el Diario Oficial El Peruano y el cuerpo completo del proyecto en el portal de transparencia de la entidad, por un período mínimo de diez (10) días útiles.

El artículo 40° del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM establece que el MINAM es la entidad competente para recibir las consultas y reclamaciones por infracciones de la legislación ambiental en el marco de los convenios internacionales de carácter ambiental o de los convenios comerciales con contenido ambiental suscritos por el Perú. Este sería el caso de infracciones al Capítulo XVIII de Medio Ambiente del Tratado de Libre Comercio con EEUU y el Perú. El MINAM llevará un registro público de las solicitudes y consultas recibidas al amparo del presente artículo y de las respuestas emitidas.

El numeral 1 del artículo 41° del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM establece que recibida la consulta o reclamación, el MINAM la analizará y procederá a su respuesta en un plazo no mayor de noventa (90) días útiles contados desde su recepción. Dicho plazo podrá prorrogarse por treinta (30) días útiles adicionales si la complejidad del asunto y la naturaleza de la investigación lo requieran.

Recordemos que el numeral 2 del artículo 41 del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM establece que el MINAM está facultado a requerir a cualquier persona o entidad pública o privada, la información necesaria para formular una opinión informada sobre el tema consultado o reclamado. A tal efecto, podrá remitir cuestionarios, solicitar la elaboración de informes, realizar las inspecciones, acudir a la opinión de peritos o solicitar el suministro de las pruebas y documentación de apoyo pertinentes, entre otros.

Asimismo, el numeral 3 del artículo 41 del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM establece que el requerido deberá suministrar la información solicitada en un plazo no mayor de quince (15) días útiles, pudiendo prorrogarse dicho plazo a pedido de parte en función de la complejidad de la información y por un plazo no superior a cuarenta (40) días útiles adicionales. El MINAM podrá recibir las opiniones o contribuciones de cualquier persona a dicha investigación hasta los treinta (30) días previos a la emisión de su informe. Las contribuciones recibidas posteriormente podrán no ser consideradas. El requerido deberá colaborar con la investigación que efectúe el MINAM bajo apercibimiento de tenerse por ciertos los hechos denunciados, siempre que el omiso a entregar la información sea la persona denunciada.

No debemos olvidar que la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM, establece que las entidades públicas con competencias ambientales deberán adecuar sus regulaciones y prácticas a lo dispuesto en el citada norma. Asimismo, podrán emitir disposiciones específicas a su sector que complementen o desarrollen lo dispuesto en este Reglamento. El MINAM conduce el proceso de adecuación en coordinación con las entidades competentes, en el marco de la Estrategia Nacional de Ciudadanía Ambiental.

4.7. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA CONSULTA PREVIA, LA POSESIÓN ANCESTRAL, Y LA PROPIEDAD COMUNAL Y SU IMPACTO EN EL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Recientemente (2011), el Tribunal Constitucional resolvió el Expediente N° 00024-2009-PI, en donde 6,226 ciudadanos interponen un proceso de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 994, que tiene como objeto de controversia determinar si la mencionada medida legislativa, se aprobó, sin considerar el derecho a la consulta previa que asiste a los pueblos indígenas, cuyas propiedades comunales, pudieran ser afectadas directamente por los alcances de esta norma. Así, el TC, tuvo entre manos la obligación de verificar, y de ser el caso proteger el derecho a la propiedad comunal, y hacer respetar el derecho a la consulta previa, si es que se determina la afectación de los mismos, veamos a continuación, si el TC cumplió con su deber de salvaguardar la constitucionalidad de los dispositivos emitidos por el Poder Ejecutivo, o se quedó a medio camino de cumplir el encargo.

Con fecha 17 de julio de 2009 se interpone demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 994, mediante el cual se promueve la inversión privada en

proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola, publicado el 13 de marzo de 2008 en el diario oficial *El Peruano*. Se sustentan las objeciones de inconstitucionalidad en lo siguiente:

- a) **La norma cuestionada fue expedida sin realizarse ninguna consulta previa e informada a los pueblos indígenas**, tal como lo exigen el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) y los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante DNUDPI). Por tanto se ha incumplido lo dispuesto en el artículo 118, inciso 1, de la Constitución Política que declara como obligación del Presidente de la República el cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.
- b) El referido decreto promociona proyectos de irrigación en las tierras eriazas, con excepción de aquellas que tengan títulos de propiedad privada o comunal. De este modo, **se desprotege a las comunidades que no cuenten con títulos de propiedad, las que aún con antecedentes de posesión ancestrales en dichas tierras, pueden ser desplazadas por los citados proyectos de irrigación que se promueven al amparo de la norma cuestionada**. Manifiesta que la sola posesión histórica de las comunidades de dichos espacios territoriales, les otorga propiedad que el Estado debe reconocer, tal y como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana, Corte o Corte IDH) lo ha reconocido en diversos casos que involucraban a comunidades indígenas.

En la **Contestación de la demanda** el Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros contesta la demanda, solicitando que la misma se declare infundada, y vergonzosamente argumenta lo siguiente que “el Convenio 169 de la OIT es inaplicable en el Perú, que tiene una población predominantemente mestiza; gran parte de las comunidades campesinas que en su origen fueron ancestrales, indígenas, con el desarrollo de la civilización ahora son mestizas. Resulta arbitrario considerar a todas las comunidades campesinas y nativas como pueblos indígenas.” Indigna, la forma como se pretende desconocer los derechos de los pueblos indígenas, y el Convenio 169 de la OIT.

Más adelante, bajo el acápite “**3. El Tribunal Constitucional y el derecho a la consulta de los pueblos indígenas**”, el colegiado ve en perspectiva su jurisprudencia, y hace una especie de remembranza, donde la autocrítica a la sistemática de su jurisprudencia brilla por su ausencia, señala que “en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, especialmente en casos motivados por la **conflictividad social** generada a partir del año 2009, se ha buscado afianzar el valor constitucional del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, lo cual atraviesa por afirmar el conjunto de garantías que exige su condición de derecho fundamental específico, derivado de su reconocimiento en un tratado con rango constitucional, como el Convenio 169 de la OIT [STC 6316-2008-PA/TC y STC 5427-2009-PC/TC]. Este rol de concretización le correspondió asumir a este Colegiado frente a la omisión legislativa de desarrollo, que ha posibilitado institucionalizar el debate sobre la problemática indígena en **desmedro de posturas antisistémicas**.”¹⁷⁹ Ciertamente, el TC está dejando constancia su juicio de valor sobre determinados grupos de presión, abandonando en estricto el análisis jurídico constitucional, y ello no siempre ha conducido al colegiado a una interpretación constitucional acertada.

¹⁷⁹ Fundamento 4 de la STC N° 00024-2009-PI

En ese sentido, manifiesta el TC que “como todo derecho constitucional, el derecho a la consulta tiene un ámbito protegido. Este se encuentra constituido por una serie de posiciones iusfundamentales, entre las cuales el Tribunal Constitucional ha identificado [STC 0022-2009-PI/TC, Fund. Jur. N° 37]:¹⁸⁰

- (a) **el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales.** En particular, los que estén vinculados con su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo colectivo;
- (b) **el derecho a que la consulta se realice de manera previa y bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad;** y
- (c) **el derecho a que se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta,** encontrándose excluido de este programa normativo del derecho a la consulta lo que coloquialmente se ha venido en denominar “derecho al veto”.

El TC así nos recuerda el núcleo esencial del derecho a la consulta previa como derecho colectivo reconocido por la Constitución, ahora llama la atención que resalte como **criterios a tener en cuenta para efectuar la consulta previa, la existencia física de una población indígena, su identidad cultural, su calidad de vida o su desarrollo colectivo**, y extrañamente, evita mencionar de manera frontal la afectación directa al medio ambiente, vida, salud, o la propiedad comunal. Pero aún más, llama la atención, la omisión de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, cuyo régimen especial, de intangibilidad, requerían un pronunciamiento expreso del TC, como criterio orientador para su protección, además de ser excluidos de la consulta previa por obvias razones, como ocurre en Colombia.

Estos criterios han sido recogidos por el artículo 2° de la 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), Ley N° 29785, que señala que “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**. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos.”

El TC, reconoce que el derecho a que la consulta se debe realizar “de manera previa y bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad;” sin embargo, no establece la clave para lograr ello, y que implicaba el fortalecimiento de la autoridad nacional indígena que se haga cargo de dicho proceso, naturalmente debía ser el Organismo Público del INDEPA. La ausencia de fortalecimiento de la autoridad rectora de pueblos indígenas, ha posibilitado que la misma, no sólo desaparezca literalmente del organigrama de la entidad pública que la absorbió, Ministerio de Cultura, y no evito que se tomara el camino equivocado que significa darle a los sectores la posibilidad de ejecutar la consulta previa.

¹⁸⁰ Fundamento 5 de la STC N° 00024-2009-PI

Ahora, el TC, también acierta cuando señala que **el derecho a la consulta previa, implica que “se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta,”** pero al contrario de aclarar crea polémica y confusión cuando señala que “encontrándose excluido de este programa normativo del derecho a la consulta lo que coloquialmente se ha venido en denominar “derecho al veto”. Siendo que los acuerdos si resultan vinculantes si se llega a un acuerdo, y que el consentimiento de las poblaciones indígenas como factor decisivo para poder ejecutar un proyecto de inversión que implica reubicación de las mismas. El ingreso al tema de un derecho a veto a que no se refiere el Convenio 169 de la OIT, y el que no han reclamado nunca las poblaciones indígenas, resulta por lo menos infeliz, sobre todo cuando el TC, omite trazar líneas directrices de casos donde resulta obligatorio el contar con el consentimiento de una población indígena como son los casos de la reubicación como si lo hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El TC señala que **“el derecho a la consulta no es un derecho individual. Es un derecho colectivo** que se reconoce a los pueblos especificados en el artículo 1.1 del Convenio 169 de la OIT. Por ello requiere de procedimientos apropiados a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, siendo constitucionalmente obligatorio cada vez que el Estado prevea medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

En ese sentido, el TC establece con lucidez que es posible distinguir cuando menos tres modos que medidas estatales (administrativas o legislativas) pueden menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas tales como:¹⁸¹

- (a) medidas dirigidas a regular aspectos que conciernen en forma exclusiva a los pueblos indígenas;**
- (b) normas de alcance general que podrían implicar una afectación “indirecta” a los pueblos indígenas; y,**
- (c) medidas específicas relacionadas con pueblos indígenas dentro de normas de alcance general [STC 0022-2009-PI/TC, Fund. Jur. N° 21].**

Determinaciones que corresponderán ser realizadas en los procesos constitucionales que la jurisdicción constitucional prevé, ya sea a través del control abstracto de inconstitucionalidad de una norma, o del control concreto del amparo que otorga la tutela reparadora en los supuestos de vulneración del derecho de consulta.¹⁸²

Llama la atención que el TC, no hace la diferencia entre participación ciudadana y consulta previa, y entiende que a los pueblos indígenas siempre que les afecte una medida estatal, sea de manera directa o indirecta, les asiste el derecho a la consulta previa, y ello puede generar dificultades en normas de alcance general, pero resulta valido establecer una protección mayor sobre los pueblos indígenas al ser poblaciones altamente vulnerables. Ahora, la diferencia entre la participación ciudadana y la consulta previa más importante, es que la finalidad de la primera es participar de una decisión estatal de una manera más tenue, sea mediante información, aportes o sugerencias, a diferencia de la consulta previa, cuya finalidad es alcanzar un acuerdo o consentimiento de la población indígena. Recordemos sino, el artículo 3° de la consulta de la Ley del

¹⁸¹ Fundamento 6 de la STC N° 00024-2009-PI

¹⁸² Fundamento 6 de la STC N° 00024-2009-PI

derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, 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.

Para nosotros, resulta sumamente saludable que el TC, en un acto pocas veces presenciado, rectifique posiciones equivocadas sentadas por su jurisprudencia, o como le gustaría que nos expresemos, “clarifique” el sentido de sus criterios interpretativos, de la siguiente forma:¹⁸³

“Respecto a la exigibilidad del derecho a la consulta se encuentra vinculada a la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT, esto es, el 2 de febrero de 1995. Tal regla no ha sido desconocida por nuestra jurisprudencia. No podría haberlo hecho pues la responsabilidad derivada de las obligaciones internacionales contraídas tras la ratificación de un tratado internacional se determinan a partir de las reglas del Derecho Internacional Público, que se integran a los actos normativos que se dicten y a las decisiones de los tribunales internos. En ese sentido, la RTC 6316-2008-PA/TC sólo se limitó a establecer que desde que se expidió la STC 0022-2009-PI/TC existen criterios jurisprudenciales para resolver casos que involucren al derecho a la consulta [STC 0025-2009-PI/TC, Fund. Jur. N° 24].”

Celebramos con algarabía la “aclaración”, más que pertinente, que devuelve a su curso natural las aguas del derecho indígena y derecho internacional público, y la confianza en nuestro máximo intérprete de la constitución. Las consecuencias de reconocer esta verdad innegable, antes increíblemente dejada en el limbo por el TC, son de consecuencias épicas, pues permitirá que las concesiones otorgadas desde el 2 de febrero hasta la fecha que no hayan sido consultada puedan serlas, ya sea por iniciativa del propio Estado, mediante un proceso de adecuación, es lo natural, o mediante los forces jurídicos establecidos por nuestro ordenamiento: los procesos constitucionales. En estricto, jurídicamente las concesiones otorgadas sin consulta previa son nulas, pues no cumplían con un requisito esencial para su celebración, y por contravenir el orden público, sin embargo una solución ponderada, nos lleva a un proceso de adecuación que esperemos sea iniciado por el propio Estado.

Más adelante, el TC, manifiesta que “de esta forma queda establecido el iter de reglamentación de la consulta indígena principalmente jurisprudencial ante el supuesto configurado de inconstitucionalidad por omisión del legislador. No obstante cabe destacar que por mandato derivado de la STC 5427-2009-PC/TC con fecha el 12 de mayo de 2011 se ha publicado en el Diario Oficial El Peruano el *Decreto Supremo N.º 023-2011-EM, Aprueban Reglamento del Procedimiento para la Aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas*. De esta forma el Ministerio de Energía y Minas asume la responsabilidad constitucional que le correspondía en la materia, máxime si es en este sector donde se producen la mayor cantidad de medidas que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas (como las actividades relacionadas a explotación minera e hidrocarburífera) y que, por lo mismo,

¹⁸³ Fundamento 7 de la STC N° 00024-2009-PI

según el Convenio N° 169, deben ser consultadas. Desde luego, esta afirmación no supone realizar un control sobre si dicha normativa contraviene, en la forma o en el fondo, la Constitución, por no ser materia del petitorio de la presente demanda de inconstitucionalidad.”¹⁸⁴

Lo expresado por el TC, no tiene pierda para el análisis, pues sin querer deja ver lo inconsecuente que puede llegar a ser, a veces (queremos pensar) sin proponérselo, sino **¿Cómo es eso que no pueden realizar un control constitucional sobre el Decreto Supremo N° 023-2011-EM, que se da en el marco del cumplimiento de la STC 5427-2009-PC/TC?** Ahí, el TC, si bien acierta cuando reconoce lo obvio, que en el caso de la acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 994 no lo puede hacer, omite dramáticamente decir que en el marco del proceso de cumplimiento bajo el cual se dictó el reglamento de consulta previa del sector de energía y minas si lo puede hacer, como parte del control que puede realizar sobre el cumplimiento de sus mandatos. Sin duda, ese comportamiento del TC es surrealista, extraño y hasta esquizoide, pues sin que nadie se lo pida, se pone la tarea de control de constitucional sobre una norma que se emitió como consecuencia de una de sus sentencias, y luego cuando parece que irá a la carga para revisar la constitucionalidad de la misma, entre en pánico, se arrepienta, y se niegue a cabalgar por el análisis constitucional que irrefrenablemente lo arrastra, pero al que se niega a sucumbir, y al resistirse contraria su naturaleza, como si al interior del TC, existiera una disociación de la personalidad, que lo conduce, a una extraña inconsecuencia en su argumentación jurídica, que ciertamente como muchos imaginan no es casual, y es una de las consecuencias de la forma de elección de los magistrados. Pero además el TC, muchas veces se olvida, que es un intérprete de la Constitución, y que su argumentación debe ser estrictamente jurídica, y basada en un soporte de información técnica, cuando, otra vez, sin que nadie se lo pida, se lanza con un discurso a la nación, como buen político curtido, sino escuchémoslo en la tribuna:¹⁸⁵

*“Finalmente se debe tener presente que el Tribunal Constitucional, conforme a su función pacificadora, en su condición de supremo órgano de control de la constitucionalidad, valiéndose únicamente de la Norma Fundamental y del modelo de sociedad que ella tiene consagrado detrás del reconocimiento de derechos y libertades, ha venido fortaleciendo su jurisprudencia en torno al derecho de consulta como una tema de especial relevancia en la cuestión de los pueblos originarios. Hoy, frente al recrudecimiento de la convulsión social y la urgente necesidad de impulsar el desarrollo económico y la superación de la pobreza sobre la base de un principio de coparticipación de la riqueza, la sociedad debe unir esfuerzos en torno al fortalecimiento del Estado constitucional de Derecho, intrínsecamente capaz de cumplir objetivos con pleno respeto de los derechos fundamentales. **Conflicto inmanente a la maduración democrática de nuestro país, que exige un compromiso de los distintos agentes sociales.**”*

Ya entrando a cuestiones más de índole jurídica, y a su trabajo real, el TC, reitera “que el Convenio 169 de la OIT forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, siendo obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales (STC 3343-2007-PA/TC y STC 00022-2009-PI/TC). No sólo forma parte de nuestro ordenamiento interno, sino que además ostenta el máximo rango, pues como hemos precisado, los “tratados internacionales

¹⁸⁴ Fundamento 8 de la STC N° 00024-2009-PI

¹⁸⁵ Fundamento 9 de la STC N° 00024-2009-PI

sobre derechos humanos (...) detentan rango constitucional” (STC N.º 00025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, F.J. 26). En ese sentido, en aplicación del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los tratados sobre derechos humanos en general, y el Convenio 169 de la OIT en particular, tienen la función de complementar -normativa e interpretativamente- las disposiciones constitucionales sobre pueblos indígenas y, en particular, las referidas a sus derechos fundamentales y las garantías institucionales con las que tengan relación.”¹⁸⁶ Este fundamento, tantas veces sostenido, ha sido consecuencia, de una ardua batalla legal de las organizaciones indígenas, especialmente AIDSEP, que ahora se ha convertido, en la base fundamental de la estrategia para la defensa de sus derechos. Como Descartes diría, a veces lo evidente, no lo es para todos, y tuvo que esperarse que el TC, lo consagre y lo reitere, para que todos empiecen a visibilizar, lo que antes no querían reconocer.

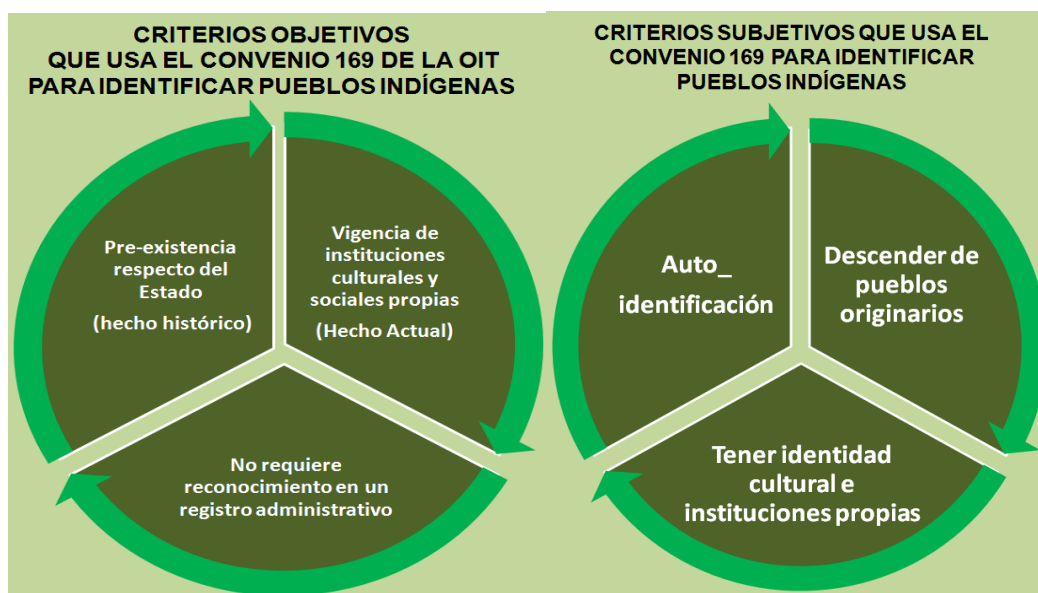
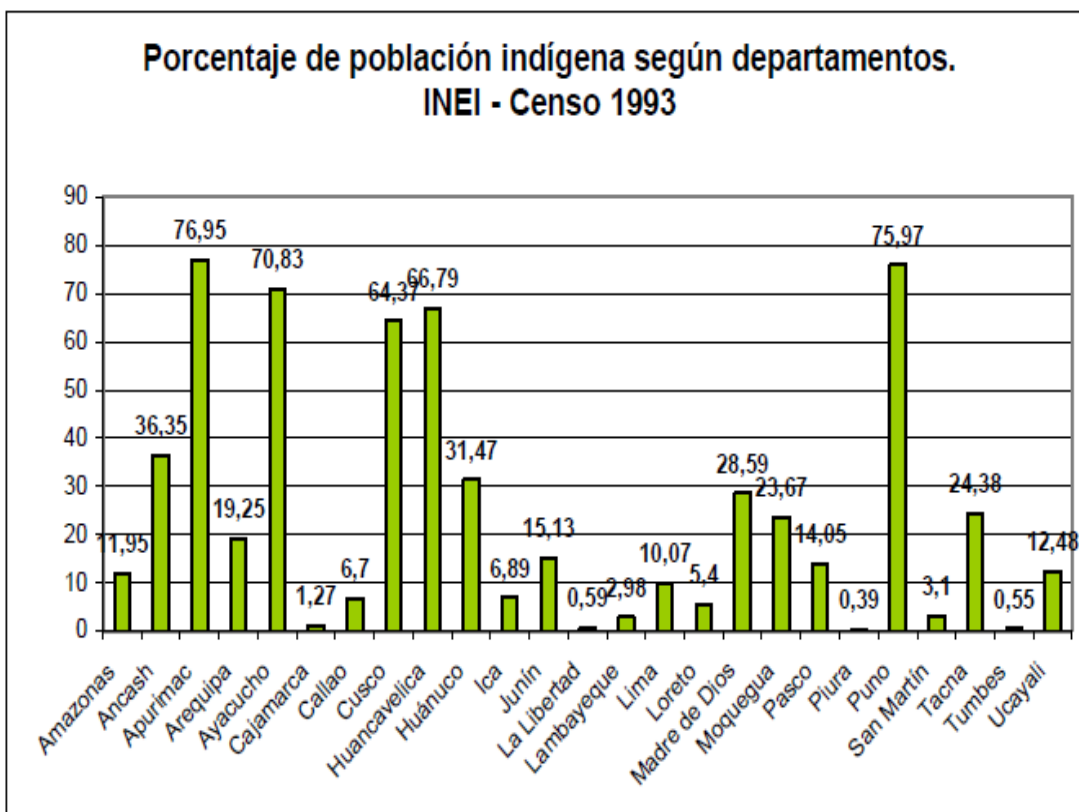
La interpretación del Convenio 169 de la OIT, es una tarea en la que el TC, no siempre ha sido valiente, contundente y decidido, y a veces, como en este caso, ha sido timorato, sin duda pudo hacerlo mejor, sino corroborémoslo:¹⁸⁷

*“Por ello, en relación al argumento vertido por el Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros, en el sentido de que el Convenio N.º 169 no es aplicable en tanto la mayoría de la población peruana es mestiza y no indígena, **este Tribunal considera que no debe confundirse el reconocimiento de cierto sector de la sociedad como pueblo indígena con lo relacionado con la vigencia del referido Convenio 169 y las obligaciones contraídas como consecuencia de su ratificación e incorporación en el derecho interno.** Como antes se ha expuesto, el Convenio 169 entró en vigencia en el año 1995 y desde ese momento forma parte del ordenamiento jurídico nacional y su cumplimiento es obligatorio [Cf. STC 00022-2009-PI/TC]. Su aplicación, como expresa el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, **se aplica a los pueblos que detentan las características que allí se señala, independientemente de si éstos son de población nacional mayoritaria (o no).**”*

Aquí, el TC, debió ser más contundente para enmendar la plana al Procurador de la PCM, pues son inaceptables los argumentos argüidos por el mismo, pues el mestizaje que alega, voluntario o forzado por la conquista, o evento históricos conocidos, en ninguna manera afecta la aplicación del Convenio 169 de la OIT, pues para ser considerado pueblo indígena, existen otros criterios, tales como el conservar una parte de su organización social, cultural o política, y en razón a ello, auto identificarse como pueblo indígena. Pero eso no es lo peor, sino que el Instituto Nacional de Estadística e Información (INEI) cuenta con la data necesaria para demostrar la real existencia de pueblos indígenas en el Perú, producto de los censos que realiza. Recordemos que nuestro país, cuenta con 1,786 comunidades indígenas en 11 departamentos, fueron identificadas geográfica y cartográficamente en los censos nacionales 2007: XI de Población y II de Comunidades Indígenas, según el INEI, y que incluso en el Censo de 1993, llegó a determinarse porcentajes de población indígena por departamento.

¹⁸⁶ Fundamento 12 de la STC N° 00024-2009-PI

¹⁸⁷ Fundamento 13 de la STC N° 00024-2009-PI



Ahora bien, el TC, debió aprovechar para desarrollar, el famoso artículo 1º del Convenio 169 de la OIT, que señala: “a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos **total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial**; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de **descender de poblaciones que habitaban en el país** o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época

de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.” Y el Convenio, remata, en el punto 1.2. **“la conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio 169.”**

En ese sentido, nuestras comunidades campesinas, de nuestra costa y sierra, reconocidas por el Estado Peruano, califican como pueblos indígenas, en razón a que conservan total o sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas y sobre todo por “la conciencia de su identidad como pueblo indígena”, que es el criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplica el Convenio 169 de la OIT. Lo propio, debemos decir de los pueblos indígenas amazónicos, que al haber tenido menor contacto con los conquistadores y colonizadores, pudieron conservar mejor su cultura, e incluso evitaron en gran medida, el sincretismo cultural propio de estos procesos históricos como lo muestran los casos de pueblos indígenas en contacto inicial y en aislamiento voluntario.

El TC reitera que considera a la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, que lo considera como un instrumento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos conlleva una fuerza moral, *soft law*, “esto es, una guía de principios generales que carecen de fuerza vinculante y, por lo mismo, respecto de los cuales los Estados no tienen ninguna obligación jurídica, pero que se considera que deberían observar a modo de criterios persuasivos.”¹⁸⁸ El TC, efectúa un análisis limitadísimo de las fuentes del derecho internacional público, y especialmente el relacionado con los derechos humanos, donde la costumbre, el *ius cogens* y los principios, son fuentes vinculantes, sino recordemos los juicios de Nuremberg, y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, cuya vigencia fue reconocida incluso en ausencia de convención o tratado, y ratificado en múltiples ocasiones por las cortes internacionales.

Mal hace, el TC, al decir, que uno de los instrumentos más importantes a nivel internacional sobre derechos colectivos indígenas, y que otorga mayores derechos a los a los pueblos indígenas y tribales que el propio Convenio 169 de la OIT, carece de fuerza vinculante, y solamente lo encuentre útil como criterio persuasivo, desconociendo la realidad ineludible de la Declaración de Naciones Unidas comentada, que no es otra, que hoy, constituye ya parte del orden público internacional (*ius cogens*), que vincula obligatoriamente a los Estados, de la misma forma como lo hace normas consuetudinarias, más conocidas como la imprescriptibilidad de delitos de lesa humanidad, la reciprocidad en la extradición, la prohibición de la tortura y la desaparición forzada, o simplemente el respeto irrestricto de derechos humanos, aún en los casos, de países que no hayan suscrito tratados específicos al respecto. El TC, se muestra conservador, y renuncia a su espíritu progresista cuando con se venda los ojos con un positivismo extremo, y olvida que el Derecho Internacional Público, tiene como su fuente principal la costumbre y el *ius cogens*, y los tratados no han hecho más que recoger las mismas, no deviniendo su obligatoriedad del solamente del propio tratado, sino de la conciencia de obligatoriedad de la comunidad internacional de las mismas, aún antes de la vigencia del Tratado que las consagra.

¹⁸⁸ Fundamento 14 de la STC N° 00024-2009-PI

Un acierto del TC, es reconocer la **Propiedad comunal de los pueblos indígenas** cuando señala “que los pueblos indígenas reivindican derechos individuales y colectivos. Sus reivindicaciones sobre sus tierras son canalizadas, particularmente, desde la perspectiva de la propiedad comunal y la titularidad colectiva de este derecho. En palabras del actual Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, “[s]uperando la dicotomía de derechos y deberes de Estados e individuos, los pueblos indígenas han demandado y articulado sus derechos humanos en términos de derechos colectivos”.¹⁸⁹ En ese sentido, el artículo 14 del Convenio N° 169 de la OIT prescribe el deber estatal de proteger **los derechos de propiedad y posesión** a través de la adopción de las medidas necesarias que permitan determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente. En este mismo sentido, la DNUDPI consagra, en su artículo 26, que **el reconocimiento de estas tierras importará el respeto de las costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas**. Estos derechos de los pueblos indígenas no son ajenos a nuestra Constitución, cuyo artículo 88 precisa que el Estado garantiza “el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa”. De similar forma, el artículo 89 de la misma Ley Fundamental establece que “[l]as Comunidades Campesinas y las Nativas [...] [s]on autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras [...]. La propiedad de sus tierras es imprescriptible”.¹⁹⁰

El TC, de esta manera, reconoce la propiedad comunal de los territorios de los pueblos indígenas, no solamente desde una óptica de propiedad privada en el sentido más clásico civilista, sino en la propiedad desde una óptica de comunidad, y que incluye, no sólo los territorios titulados formalmente, sino aquellos espacios no titulados, como los bosques, las cochas, lagos o extensiones no reclamadas en propiedad, donde se ejercen derechos ancestrales de posesión y uso, tanto de manera exclusiva como compartida por varios pueblos indígenas como tradicionalmente ocurre en la sierra en agricultura, o pastoreo, o en la selva con territorios dedicados a recolección, caza o pesca. Lucidamente, el TC, aquí siguiendo tácitamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala que:

*“El Tribunal recuerda que la propiedad comunal de los pueblos indígenas no puede fundamentarse en el enfoque clásico de “propiedad” sobre el que se basa el Derecho Civil. **Para los pueblos indígenas la tierra no constituye un mero bien económico, sino un elemento fundamental con componentes de carácter espiritual, cultural, social, etc. En sus tierras los pueblos indígenas desarrollan sus conocimientos, prácticas de sustento, creencias, formas de vida tradicionales que transmiten de generación en generación. El Tribunal valora la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras y pone de relieve la acentuada interrelación del derecho a la propiedad comunal con otros derechos, tales como la vida, integridad, identidad cultural, libertad de religión.**”*¹⁹¹

Aunque, ya en los casos del Pueblo de **Awás Tingni Vs. Paraguay**, y el Pueblo **Saramaka vs. Surinam**, la Corte Interamericana, había establecido la relación espiritual y existencial que existe entre un pueblo indígena y su territorio, nosotros queremos recordar que ello, era un asunto aceptado de larga data, como lo muestra a principios del siglo XX,

¹⁸⁹ Fundamento 16 de la STC N° 00024-2009-PI

¹⁹⁰ Fundamento 17 de la STC N° 00024-2009-PI

¹⁹¹ Fundamento 18 de la STC N° 00024-2009-PI

Mariátegui cuando señala que *“la tierra ha sido siempre toda la alegría del indio. El indio ha desposado la tierra. Siente que “la vida viene de la tierra” y vuelve a la tierra. Por ende, el indio puede ser indiferente a todo, menos a la posesión de la tierra que sus manos y su aliento labran y fecundan religiosamente,”*¹⁹² así el amauta nos enseña, casi poéticamente, la trascendencia social, económica, religiosa y cultural de la tierra para un pueblo indígena, cuya existencia misma depende de ella. Pensemos sino en los Apus, representados en montañas, uno último muy famoso, ubicado en el Cerro la Capilla en la Región de Puno, dio lugar a una convulsión social, a fines de junio del 2011, y desencadenó la expedición de una serie de decretos supremos del Ministerio de Energía y Minas, que suspendían por tres años las solicitudes de peticiones de concesiones mineras, y adecuaban a las concesiones existentes al derecho a la consulta previa, por citar, solo un ejemplo de lo relevante que es el territorio para un pueblo indígena en el Altiplano.

El TC, es consciente de ello, y por eso manifiesta que **“el Estado deberá respetar la importancia especial que para los pueblos reviste su relación con las tierras o territorios.** Esta relación especial también ha sido resaltada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que además ha destacado que **la protección de la propiedad comunal permite preservar el legado cultural de los pueblos indígenas y, de este modo, transmitirlo a las generaciones futuras** [Cfr. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 214, párr. 86]. La referida relación importa la existencia de diversas dimensiones y responsabilidades, donde debe resaltarse la **dimensión colectiva y el aspecto intergeneracional**, el cual es imprescindible para preservar la identidad y propio desarrollo de estos pueblos.”¹⁹³ Ciertamente, a nivel regional, llegamos muy tarde, tanto Ecuador, Colombia como Bolivia, habían reconocido esta relación espiritual de los pueblos indígenas con su territorio, y sus avances alcanzan desde las modificaciones constitucionales para el reconocimiento de derechos indígenas (Ecuador y Bolivia), la creación de una autoridad indígena fuerte (Colombia), hasta la creación de un Tribunal Constitucional Intercultural (Bolivia), claro nada de eso, ha garantizado aún el pleno respeto de los derechos de los pueblos indígenas, pero se está camino a ello, y eso es lo importante, si se mira al futuro.

Es importante la llamada de atención que hace el TC, sobre nuestro régimen de derechos reales, bastante decimonónico, y desfasado de los procesos socio históricos de un país multinacional como el nuestro, así es como: “Desde luego, el carácter especial y, al mismo tiempo, relacional del derecho a la propiedad comunal, acarrea determinadas consecuencias. En ese sentido, como ha indicado la Corte Interamericana, **la posesión tradicional resulta equivalente al título de pleno dominio otorgado por el Estado**, por lo que los indígenas tienen el derecho a exigir el reconocimiento oficial de su propiedad y su registro. [Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 146, párr. 128].”¹⁹⁴ Todo ello permite afirmar, que la **propiedad comunal** comprende dos derechos: a) el reconocimiento del **derecho de propiedad** en sentido clásico, sobre tierras donde se reclame dicho derecho, y b) el **derecho de posesión** sobre territorios, donde por usos ancestrales corresponda ese derecho, que no necesariamente será exclusivo, sino podría ser compartido, entre pueblos indígenas, así como población local, conforme a los usos y costumbres que han venido imperando ancestralmente. Ello implicará, una modificación

¹⁹² Mariátegui, José Carlos. 7 ensayos de la realidad nacional. El Comercio. 1928. Lima- Perú. p.48

¹⁹³ Fundamento 19 de la STC N° 00024-2009-PI

¹⁹⁴ Fundamento 20 de la STC N° 00024-2009-PI

en el diseño de nuestros registros públicos de propiedad, que deberá crear un registro especial para registrar los derechos ancestrales de las poblaciones indígenas, a fin de hacerlos oponibles a terceros, y evitar futuras controversias al respecto.

Entrando al fondo del asunto, el TC, señala que “en el caso del Decreto Legislativo 994, los recurrentes han alegado que su expedición afecta a los pueblos indígenas al **desproteger a aquellos que no tienen títulos de propiedad**, desconociendo su posesión ancestral y fomentando su eventual desplazamiento para implementar los proyectos de irrigación que se promueven con el Decreto Legislativo 994 cuestionado.”¹⁹⁵ Y agrega: “En el caso del Decreto Legislativo 994 el TC observa que su original artículo 3.2 establecía, entre las tierras eriazas comprendidas dentro de los alcances de la norma, que: “3.1. Son tierras eriazas con aptitud agrícola, las no explotadas por falta o exceso de agua. 3.2. Para los fines de esta norma, las tierras eriazas con aptitud agrícola son de dominio del Estado, salvo aquellas sobre las que exista título de propiedad privada o comunal inscrito en los Registros Públicos (...).” Igualmente observa que posteriormente, mediante la Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1064, publicado el 28 de junio de 2008, se modificó dicha disposición, estableciéndose que: “3.2. Para los fines de esta norma, **las tierras eriazas con aptitud agrícola son de dominio del Estado, salvo aquellas sobre las que exista título de propiedad privada o comunal**”. Y, finalmente, que esta última disposición fue derogada por el artículo 1° de la Ley N.º 29382, publicada el 19 de junio de 2009.”¹⁹⁶

El TC, sin embargo, no advierte, que todo nuestro ordenamiento jurídico está diseñado para reconocer formalmente sólo a la propiedad en su sentido clásico, y no para identificar y proteger, en un sentido intercultural como “la propiedad comunal”, que comprende derechos ancestrales de posesión, cuya naturaleza inalienable, imprescriptible y inembargable, derivada de su condición de ser un elemento del modo de vida colectiva, y cultura de un pueblo indígena, hacen imposible que ingrese al mercado como lo haría los derechos patrimoniales contenidos en un contrato de usufructo, comodato, franquicia o know How. Así, el ejercicio de un derecho ancestral sólo puede ser ejercido por un pueblo indígena como colectividad, de ahí, que no se pueda hipotecar la posesión ancestral, puesto que el remate sería imposible, al ser el titular de dicho derecho el único autorizado a ejercerlo, en otras palabras, es un derecho real intransferible a terceros ajenos al pueblo indígena, pero posible de heredar entre las generaciones del pueblo indígena que históricamente lo ha ejercido.

Si ya es difícil para muchos entender esta realidad social compleja, lo es más el imaginar que nuestras autoridades estén preparadas para reconocer, en cada supuesto, y momento, un caso de propiedad comunal, y más fácil, que el funcionario, le dé un valor supremo a los derechos reales formalmente reconocidos en registros públicos, sin indagar sobre las poblaciones indígenas que viven en el mismo. De esta forma, cuando el TC, comete un error, cuando señala que “es de la opinión que **el actual artículo 3 del Decreto Legislativo N° 994 no contiene, directa ni indirectamente, una regulación que afecte la propiedad comunal de los pueblos indígenas**. En ese sentido, llama la atención que si bien el artículo 3.3. del Decreto Legislativo N° 994 establece las tierras que “no se consideran tierras eriazas con aptitud agrícola”, y allí no se hace alusión directa a las tierras de las comunidades campesinas y nativas, sin embargo, en opinión del Tribunal esta omisión es sólo aparente, pues considera que sus alcances han de

¹⁹⁵ Fundamento 21 de la STC N° 00024-2009-PI

¹⁹⁶ Fundamento 22 de la STC N° 00024-2009-PI

determinarse necesariamente a partir del artículo 2 del mismo Decreto Legislativo N.º 994, que prescribe: “La presente norma regula el régimen especial para promover **la inversión privada en proyectos de irrigación de tierras eriazas con aptitud agrícola de propiedad del Estado**”.¹⁹⁷

El problema le quedo grande al TC, que no se atrevió a levantar el velo de la formalidad verdaderamente, sino recordemos que los bosques, y las riveras de los ríos y lagos (fajas marginales), además del agua, en cualquiera de sus formas, lagos, ríos, etc, son de propiedad del Estado, y el ejercicio de los derechos de posesión ancestral de las poblaciones indígenas, ha sido históricamente desplazado, cuando estos espacios son objetos de concesión o interés nacional, obligando a los pueblos indígenas a desplazarse a otros lugares que les ofrezcan los mismos servicios ambientales, y donde puedan desarrollar sus prácticas tradicionales. En el caso específico, de tierras eriazas con aptitud agrícola de propiedad del Estado, objeto de esta norma, es que muchas de ellas pueden estar potencialmente siendo parte de procesos de titulación de propiedades comunales, pues estos territorios no solamente pueden ser utilizados con fines agrícolas, sino otros tales como religiosos, culturales o sociales. Además, el decreto legislativo al no contener una memoria descriptiva que pueda determinar los lugares específicos que serán afectados por la norma, es absolutamente posible, que territorios de propiedad del Estado, eriazos, no reclamados por ningún pueblo indígena, sea por desconocimiento, o por compartir su posesión en diferentes temporadas, con diversos pueblos indígenas, sean afectados directamente por esta disposición, por lo que resultaba de suyo objeto de consulta previa.

Y se equivoca de cabo a rabo, el TC, cuando señala que “de esta manera, puesto que actualmente las tierras de los pueblos indígenas no se encuentran comprendidas en los alcances del Decreto Legislativo N.º 994, el Tribunal considera que la inconstitucionalidad originaria de su artículo 3.2, derivada de la no realización del proceso de consulta pese a tratarse de una disposición que afectaba directamente a los pueblos indígenas, ha desaparecido. Y con ella la competencia para declarar su invalidez por este Tribunal”¹⁹⁸ por las siguientes razones:

- a) Si el TC, ha constatado de manera palmaria, que la norma original cuestionada, debió ser objeto de consulta, debió llamar la atención a la PCM, y exhortar a las autoridades determinen responsabilidades civiles, penales y administrativas del caso, y tomar las medidas administrativas para que no vuelva a ocurrir. Recordemos que se ha afectado un derecho fundamental colectivo (derecho a la consulta), y eso no puede quedar sin por lo menos un exhortación conducente a corregir situaciones similares en el futuro.
- b) La inconstitucionalidad de la norma no ha desaparecido, porque eventualmente, la modificación del Decreto Legislativo N.º 994, que afectaba directamente a los pueblos indígenas no lo fue, y eso deja un mal precedente, pues ante circunstancias similares de manera inconsulta, la administración pública, puede así, adoptar en caso de cuestionamientos medidas legislativas que afectan a los pueblos indígenas, modificatorias a las mismas, irónicamente sin incluirlos en el proceso, en el marco de un proceso de consulta.

¹⁹⁷ Fundamento 24 de la STC N.º 00024-2009-PI

¹⁹⁸ Fundamento 25 de la STC N.º 00024-2009-PI

- c) Lo más grave, es que el TC, piensa que como el Decreto Legislativo N.º 994 prescribe: que “la presente norma regula el régimen especial para promover **la inversión privada en proyectos de irrigación de tierras eriazas con aptitud agrícola de propiedad del Estado**” el problema se soluciona, obviando que el proceso de titulación de tierras de propiedad comunal de pueblos indígenas es un tema aún pendiente en la agenda nacional, y que aquellas tierras que eventualmente debieran ser reconocida a las mismas, son actualmente de propiedad del Estado Peruano. Otra sería, la historia, si el TC, tuviera un escenario nacional con todas los pueblos indígenas con sus territorios saneados y debidamente titulados, así se autoengaña, el TC, cuando se cree la fabula de que “si son tierras de propiedad del Estado, ergo, no son de propiedad comunal,” eso solo lo soporta plácidamente el papel, pero no la realidad social. En resumen, se parte de una premisa que no se puede validar en todos los supuestos, y que va afectar directamente a los pueblos indígenas más pobres, alejados y vulnerables, que por eso mismo, no pudieron titular sus territorios.

No sorprende que bajo la premisa de que “si el objeto de la norma son territorios de propiedad del Estado, entonces no se afecta directamente a la propiedad comunal”, se haya declarado improcedente la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 994, y ello a pesar de que se apostille, semejante despropósito, con incluir en el fallo que se declara “que los alcances del Decreto Legislativo N.º 994 deben determinarse de conformidad con los fundamentos 14, 18 y 19 de la presente sentencia”, esto es, teniendo en cuenta la especial naturaleza de la propiedad comunal, y sin embargo de que vale, consagrar ello, si en estricto, en este caso, no se ha hecho respetar, al haberse abrazado el concepto tradicional de propiedad para determinarse que no hubo afectación a la propiedad comunal, y por tanto, decir que no a la consulta previa. Así, la sentencia, será recordada, por sus aportes dogmáticos al reconocimiento de la propiedad comunal y su relación con el derecho a la consulta, más no, por haber dado una protección efectiva al mismo, o siquiera haber hecho una exhortación al Poder Ejecutivo, para que se adopten las medidas correctivas del caso, cuestión que ominosamente se omitió.

El TC, ha venido construyendo una doctrina sobre el derecho de consulta previa, y reiterado en múltiples ocasiones el rango constitucional del Convenio 169 de la OIT, sin embargo, es de reciente data, que el mismo acoja, la doctrina de la propiedad comunal, ampliamente desarrollada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y países de la región, pero de un inusitado escaso reconocimiento en nuestra legislación interna, que tímidamente la reconoce, a través del concepto de derechos o usos ancestrales, pero no bajo la categoría de propiedad comunal. Baste decir, que nuestro Código Civil de 1984, ni siquiera desarrolla, esta forma de derechos reales, que implica una mixtura de derecho propiedad, y derecho de posesión, esta última no exclusiva, y que puede ser compartida con otros grupos étnicos. Sin duda, lo que caracteriza, a este tipo de propiedad a diferencia de la que conocemos en sentido tradicional, es que es ejercida por un sujeto colectivo (pueblo indígena), y no por un particular o individuo, y la otra característica distintiva, es el vínculo indisoluble espiritual y cultural, que existe entre la propiedad comunal, y el pueblo indígena que la detenta. En ese sentido, se debe agradecer que el TC, haya abordado, sin temor, el tema de la propiedad comunal, apoyándose en la jurisprudencia internacional, y reconozca la protección constitucional a la misma.

Ciertamente, existen grandes sombras, deudas y sin sabores, que nos deja la STC N° 00024-2009-PI, ya expresadas en nuestro análisis, por lo que reservamos este espacio

conclusivo para resaltar sus aportes más notables, y sin duda, el fundamento 7, brilla con luz propia, al haber dejado claro, que la exigibilidad del Convenio 169 de la OIT, se da a partir del 02 de febrero del 1995, está expresamente diciendo que todas las medidas legislativas y administrativas que afecten directamente a los pueblos indígenas que no hayan sido consultadas, en tanto sea posible hacerlo, pueden ser revisadas, y casuísticamente determinar la nulidad de estas, en casos graves, y la adecuación de otros, en aplicación del principio de ponderación. Nosotros, somos partidarios de un proceso de adecuación a la consulta previa de las medidas legislativas y administrativas (concesiones), que omitieron cumplir con el mencionado derecho, como una consecuencia de los ideales propios de una democracia inclusiva, que se basa en el respeto de derechos humanos y las normas vigentes. Y es que tenemos la obligación de heredar a nuestras generaciones venideras una cultura más tolerante, democrática, participativa, intercultural, y que base su convivencia social, en el respeto irrestricto de los derechos fundamentales, de todos sus miembros, sin discriminación ni exclusión, y sin olvidar, que ningún desarrollo económico nacional puede justificar una grave afectación de nuestros pueblos indígenas.

4.8. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMATIVIDAD DE SERVIDUMBRES SOBRE TERRITORIOS INDÍGENAS

La Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, Ley N° 26505, del 17 de julio de 1995, establece los principios generales para promover la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas. Sin embargo, ni la misma ni su reglamento, ni sus diversas modificaciones de años posteriores, como la Ley N° 29376, fueron objeto de consulta previa al afectar a pueblos indígenas de manera directa, no obstante que ya se encontraba vigente el Convenio 169 de la OIT desde el 2 de febrero de 1995, por tanto, resulta inconstitucional esta ley, y un juez constitucional puede ejercer control difuso sobre la misma e inaplicarla para un caso concreto.¹⁹⁹

El concepto de "tierras" que se maneja en el régimen agrario, comprende a todo predio susceptible de tener uso agrario. Entre otras, están comprendidas las tierras de uso agrícola, de pastoreo, las tierras con recursos forestales y de fauna, las tierras eriazas, así como, las riberas y márgenes de álveos y cauces de ríos, y en general, cualquier otra denominación legal que reciba el suelo del territorio peruano. El régimen jurídico de las tierras agrícolas se rige por el Código Civil y la Ley N° 26505.²⁰⁰ Advirtamos que “el derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio” de conformidad con el artículo 70° de la Constitución Política. En ese sentido, si como ocurre en la práctica que una servidumbre impide el ejercicio efectivo de los atributos de la propiedad, entonces nos encontraremos ante una expropiación disfrazada, conocida en la doctrina como expropiación indirecta, por lo que puede impugnarse a nivel judicial. Lo

¹⁹⁹ Artículo 1° de la Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, Ley N° 26505.

²⁰⁰ Artículo 2° de la Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, Ley N° 26505.

correcto en los casos de imposiciones de servidumbres sobre propiedad privada o comunal es que se realice ante una autoridad independiente e imparcial, y no ante la misma autoridad que otorgo la concesión, y en el caso, de territorios indígenas debería transitarse antes por un procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas afectados.

Es lamentable que nuestra Constitución Política, tenga una visión muy limitada de la función social de la propiedad comunal, y lo perciba desde una visión de la actividad agraria, de ahí, el artículo 88° señala 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.” En ese sentido, nuestra carta magna, privilegia el desarrollo agrario en territorios indígenas sobre otras actividades económicas, por lo que en caso de superposición de actividades productivas, o la imposición de servidumbres o expropiaciones mineras o hidrocarburíferas, deberá ponderarse que la actividad agraria ancestral de los pueblos indígenas debe ser privilegiada sobre el resto. Adviértase que “no procede el establecimiento de servidumbre sobre tierras de uso agrícola o ganadero para el desarrollo de actividades mineras no metálicas”²⁰¹

Adviértase que el artículo 3° de la Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, Ley N° 26505, señala que “las áreas naturales protegidas por la Ley Forestal y de Fauna Silvestre mantienen su intangibilidad. Se mantienen igualmente vigentes las normas referidas a la protección del patrimonio inmobiliario de carácter histórico y arqueológico del país.” Otra vez se observa una desigualdad de trato con relación a la protección que se ofrece a los territorios indígenas en comparación con las medidas preventivas que se toman para resguardar los espacios protegidos y el patrimonio arqueológico.

La Ley N° 26505, tiene la vocación de atraer inversionistas, pero omitiendo subrayar la importancia de la consulta previa en territorios indígenas, así se señala que “el Estado garantiza a toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera el libre acceso a la propiedad de las tierras, cumpliendo con las normas del derecho sustantivo que las regula.”²⁰² Precisemos que el artículo 88 segundo párrafo de la Constitución señala que “las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.” Empero, el abandono de tierras sólo se refiere a las tierras adjudicadas en concesión por el Estado, en los casos de incumplimiento de los términos y condiciones de aquella otorgada a favor de un pueblo indígena. La tara congénita de la norma es que la misma está manejando un concepto de propiedad formal, y no está contemplando la protección del derecho de posesión ancestral que gozan y comparten los pueblos indígenas en su gran mayoría al estar proscrita por ejemplo el derecho de propiedad sobre bosques o lagos.

“La utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre. En el caso de servidumbre minera o de hidrocarburos, el propietario de la tierra será previamente indemnizado en efectivo por el titular de actividad minera o de

²⁰¹ Artículo 6° del Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por el Decreto Supremo N° 015-2003-AG; Séptima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 653 y Artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería

²⁰² Artículo 4° de la Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, Ley N° 26505.

hidrocarburos, según valoración que incluya compensación por el eventual perjuicio, lo que se determinará por Resolución Suprema refrendada por los Ministros de Agricultura y de Energía y Minas (MEM)".²⁰³ El problema de la norma es que la propia autoridad interesada en promover la concesión (MEM) interviene en la valoración económica de la servidumbre, y adicionalmente esta el tema de que el valor del predio que se toma como referencia es el de un predio con fines agrícolas, sin tomar en consideración el valor social de las tierras comprometidas, ni las dimensiones y objeto del proyecto de inversión, siendo el valor económico que se establece por la vía administrativa ridículo e insignificante al no tener en cuenta las consideraciones antes expuestas. Así, conocida esta realidad los propietarios se ven forzados a cerrar tratos inequitativos con el titular del proyecto de inversión en razón a que vía administrativa recibirán un monto aún menor, y a su vez esto es aprovechado por muchas empresas para realizar indemnizaciones inequitativas.



El Reglamento del artículo 7º de la Ley N° 26505, sustituido por la Ley N° 26570, referido a las servidumbres sobre tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por el Decreto Supremo N° 015-2003-AG, señala que “la utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos, así como para el transporte de hidrocarburos y minerales por ductos, requiere acuerdo previo con el propietario de las tierras o la culminación del procedimiento de servidumbre”.²⁰⁴ La formula se repite, y se resume, “o se ponen de acuerdo, o el Estado decide por ustedes”, con valores económicos del mercado agrario, uno de los más bajos de la economía local, siendo el más perjudicado con ello el propietario, y no tomando en cuenta la especial relación que existe entre los pueblos indígenas y su territorio.

La etapa de trato directo entre las partes se inicia mediante carta notarial, en la cual el solicitante de la servidumbre propone al propietario del predio el trato directo. De no producirse el acuerdo entre las partes en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles, el solicitante de la servidumbre se dirigirá a la Dirección General de Minería poniendo en conocimiento el agotamiento de la etapa de trato directo, acompañando la constancia de recepción de la carta notarial por el propietario del predio. En tal virtud, la Dirección General de Minería llamará a las partes y les invocará a conciliar con la participación de un Centro de Conciliación, designado de común acuerdo en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles; en caso de no producirse este acuerdo, la Dirección General de Minería

²⁰³ Artículo 7º de la Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, Ley N° 26505.

²⁰⁴ Artículo 1º del Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por el Decreto Supremo N° 015-2003-AG

solicitará a la Dirección Regional Agraria de la jurisdicción una terna, de la cual elegirá al Centro de Conciliación para que, en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles, procure el acuerdo respecto de la servidumbre. La Conciliación se regulará conforme a la Ley de Conciliación y su Reglamento, y será sufragada por el solicitante de la servidumbre, a través de la Dirección General de Minería.²⁰⁵

La Dirección General de Minería deberá instruir al propietario del terreno superficial sobre la legislación minera y de servidumbre legal minera, así como sobre los derechos que le asisten, previamente a la invocación a conciliar. Simultáneamente a la invocación a conciliar, la Dirección General de Minería designará un perito minero de la nómina oficial para que se pronuncie sobre la necesidad y magnitud de la servidumbre a efectos de la actividad minera planeada y solicitará al Consejo Nacional de Tasaciones - CONATA para que designe un perito profesional agronómico el que procederá a la tasación del área solicitada, elaborando adicionalmente un informe técnico debidamente sustentado que analice si la servidumbre es posible sin enervar el derecho de propiedad, es decir sin perjudicar al resto del predio sirviente de tal modo que lo haga inútil o lo afecte de manera sustantiva respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado. El plazo máximo para ambas pericias es de quince días (15) hábiles y serán remitidas al Centro de Conciliación y a la Dirección General de Minería para que sirvan de referencia o base en sus respectivos procedimientos.²⁰⁶

El acuerdo al que lleguen las partes o la ausencia del mismo será objeto de certificación por parte del Centro de Conciliación, notificándose a la Dirección General de Minería. Culminada la etapa de conciliación sin que se hubiera producido el acuerdo entre las partes, podrá solicitarse a la Dirección General de Minería el inicio del procedimiento administrativo de servidumbre legal adjuntando la carta notarial inicial, incorporándose entonces al expediente los respectivos informes periciales.²⁰⁷ Asimismo, el acuerdo entre las partes deberá constar en documento extendido ante Notario Público o Juez de Paz, el que deberá ser puesto en conocimiento del órgano competente del Ministerio de Energía y Minas.²⁰⁸

El Director General de Minería, y el Director General de Promoción Agraria del Ministerio de Agricultura, dentro del plazo de treinta (30) días útiles de recibidas las pericias, emitirán cada uno su opinión técnica pronunciándose respecto al cumplimiento del procedimiento indicado en la Ley General de Minería y en las disposiciones reglamentarias vigentes, señalando en forma expresa si la servidumbre es posible sin enervar el derecho de propiedad, teniendo para ello en cuenta los dictámenes periciales, salvo que a su juicio las pericias contengan vicios o defectos, en cuyo caso la Dirección General de Minería ordenará se subsanen, debiendo los peritos entregar la información a dicho órgano en un plazo máximo de quince (15) días hábiles.²⁰⁹

En el caso que la servidumbre sea posible sin enervar el derecho de propiedad, el Director General de Minería preparará el proyecto de Resolución Suprema que fije la indemnización, conjuntamente con la minuta de establecimiento de la servidumbre, elevando todos los actuados dentro del plazo señalado en el párrafo precedente para la

²⁰⁵ Artículo 3º del Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por el Decreto Supremo N° 015-2003-AG

²⁰⁶ Artículo 3º del Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por el Decreto Supremo N° 015-2003-AG

²⁰⁷ Artículo 3º del Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por el Decreto Supremo N° 015-2003-AG

²⁰⁸ Artículo 2º del Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por el Decreto Supremo N° 015-2003-AG

²⁰⁹ Artículo 4º del Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por el Decreto Supremo N° 015-2003-AG

expedición de la Resolución Suprema que impondrá la servidumbre, la que será refrendada por los Ministros de Energía y Minas y de Agricultura.²¹⁰

Expedida la Resolución Suprema, el solicitante consignará en el Banco de la Nación a la orden de la Dirección General de Minería el monto de la indemnización en el plazo máximo de diez (10) días hábiles de notificado con la Resolución, bajo pena de declararse abandonada la solicitud. Efectuada la consignación, la Dirección General de Minería ordenará la suscripción de la escritura pública dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de notificadas las partes. La Resolución Suprema que otorgue la servidumbre sólo podrá contradecirse ante el poder judicial respecto al monto de la indemnización fijada.²¹¹ Esta disposición resulta inconstitucional pues un derecho fundamental no puede ser reemplazado por una mera indemnización económica, principalmente cuando lo que sea plantea es una acción de amparo, donde lo que corresponde, en tanto sea posible, es salvaguardar un derecho constitucional como el de propiedad especialmente cuando el mismo involucra el derecho a la identidad étnica y cultural debido a la relación espiritual que puede existir entre un pueblo indígena, o su inevitable desplazamiento por los impactos negativos del proyecto.

La entrega de la indemnización al propietario de la tierra se efectuará contra la firma de la escritura pública. Si transcurridos los diez (10) días hábiles el propietario no firmase la escritura pública, ésta será firmada en rebeldía por el Director General de Minería, instruyendo al Banco de la Nación para entregar el monto consignado al propietario.²¹²

En caso que la servidumbre enerve el derecho de propiedad, conforme a la opinión técnica de la Dirección General de Minería o de la Dirección General de Promoción Agraria del Ministerio de Agricultura, se denegará el pedido del concesionario minero mediante Resolución Ministerial expedida por el Ministro de Energía y Minas.²¹³ El problema es que dicha opinión técnica no considera la función social del territorio implicado, ni de las funciones ambientales y sociales que está cumpliendo para una comunidad local, especialmente en el caso de poblaciones indígenas, supuesto en el cual debería opinar la entidad estatal rectora de la protección de pueblos indígenas.

El artículo 5º del Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por el Decreto Supremo N° 015-2003-AG, establece que “cuando el conductor no acredite su derecho de propiedad sobre la tierra objeto de servidumbre, el solicitante depositará el monto indemnizatorio en una cuenta en el Banco de la Nación de la localidad en calidad de consignación, para ser entregado a quien acredite fehacientemente su derecho de propiedad sobre la tierra, procediendo el Director General de Minería a la firma de la escritura de establecimiento de servidumbre.” La limitación que revela esta norma es que no existe regulación de servidumbre aplicable a los casos donde la población local que sólo puede acreditar posesión pacífica de buena fe, o posesión ancestral del ser un pueblo indígena, salvo que pueda transformar la posesión en propiedad formal vía un proceso de prescripción adquisitiva, lo cual no siempre es posible.

²¹⁰ Artículo 4º del Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por el Decreto Supremo N° 015-2003-AG

²¹¹ Artículo 4º del Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por el Decreto Supremo N° 015-2003-AG

²¹² Artículo 4º del Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por el Decreto Supremo N° 015-2003-AG

²¹³ Artículo 4º del Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por el Decreto Supremo N° 015-2003-AG

La servidumbre se extinguirá en cualquiera de los casos siguientes: a) Destinar la servidumbre, sin autorización previa, a fin distinto para el cual se estableció; o, b) Conclusión de la finalidad para la cual se constituyó la servidumbre.²¹⁴

El valor de la indemnización por el establecimiento de la servidumbre se obtendrá en virtud de la pericia que será efectuada por profesional de la especialidad agronómica del Consejo Nacional de Tasaciones. **El monto indemnizatorio comprende:**²¹⁵

- a) **El valor del área de las tierras que vayan a sufrir desmedro**, que en ningún caso será inferior al **doble del arancel de tierras** aprobado por el Ministerio de Agricultura.
- b) **Una compensación monetaria por el eventual lucro cesante** durante el horizonte de tiempo de la afectación, calculado en función a la actividad agropecuaria más rentable que pueda desarrollarse en el predio.
- c) **El valor de reposición de las obras civiles y edificaciones** afectadas por la servidumbre minera. Los honorarios por el peritaje serán abonados por el solicitante de la servidumbre.”

El vicio congénito de esta valorización es que no contempla el valor económico total de que tiene el terreno impactado por el proyecto de inversión, tampoco tiene en cuenta una valoración económica ambiental, por los servicios y bienes ambientales que se perderán, y menos se contempla criterios de valoración social del mismo, criterio especialmente importante en el caso de los pueblos indígenas.

El artículo 10º del Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por el Decreto Supremo N° 015-2003-AG, sin duda debió ser objeto de consulta previa pues impactaba directamente en la organización de los pueblos indígenas, al establecer tratándose de la regularización del derecho de propiedad tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa, se registró por las siguientes normas:

- a) Para la adquisición en propiedad por parte de poseionarios comuneros sobre la tierra que poseen por más de un año, el acuerdo de Asamblea General de la Comunidad **requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los comuneros poseionarios con más de un año**. Para los efectos de la adquisición por el actual poseionario, la entrega de las parcelas se acredita con el documento extendido por la Comunidad a su favor.
- b) Para la adquisición en propiedad por parte de miembros de la comunidad no poseionarios o de terceros así como para gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre las tierras comunales de la Costa **se requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los miembros asistentes a la Asamblea instalada con el quórum correspondiente**.

Sin embargo, extrañamente “para disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto sobre las tierras comunales de la Sierra o Selva, se requerirá del Acuerdo de la Asamblea General con el voto conforme de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la Comunidad”,²¹⁶ sin explicar porque se hace la diferencia de tratamiento para supuestos

²¹⁴ Artículo 8º del Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por el Decreto Supremo N° 015-2003-AG

²¹⁵ Artículo 9º del Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por el Decreto Supremo N° 015-2003-AG

²¹⁶ Artículo 11º del Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por el Decreto Supremo N° 015-2003-AG

similares, independientemente que ello debió ser objeto de un proceso de consulta previa con las poblaciones afectadas con estas normas.

Posteriormente, el Reglamento de la Ley N° 26505, referida a la inversión privada en el desarrollo de actividades económicas en tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, aprobado por el Decreto Supremo N° 011-97-AG, modificado por el Decreto Supremo N° 033-99-AG, establece en su artículo 2° que el citado reglamento es aplicable a las tierras de uso agrícola y de pastoreo, a las tierras eriazas con aptitud agropecuaria y en general a todo predio susceptible de tener uso agropecuario, en tanto, las tierras con aptitud forestal y de fauna se rigen por sus propias normas. Así, las tierras que pueden ser otorgadas a la inversión privada son solamente todas aquellas susceptibles de tener aprovechamiento agropecuario.²¹⁷

Adviértase que son consideradas tierras eriazas con aptitud agropecuaria, las no explotadas por falta o exceso de agua.²¹⁸ No se consideran tierras eriazas con aptitud agropecuaria.²¹⁹

- a) Las tierras de protección, entendiéndose por tales las que no reúnen las condiciones ecológicas mínimas requeridas para cultivo, pastoreo o producción forestal.
- b) Las que constituyen patrimonio arqueológico de la nación y aquellas destinadas a la defensa o seguridad nacional.
- c) Las eriazas que se encuentren dentro de los planos aprobados para fines de expansión urbana y las incluidas en el inventario de tierras con fines de vivienda.
- d) Las tierras ribereñas al mar que se rigen con arreglo a su normatividad; y,
- e) Los cauces, riberas y fajas marginales de los ríos, arroyos, lagos, lagunas y vasos de almacenamiento.

Las tierras eriazas con aptitud agropecuaria son de dominio del Estado, salvo aquellas sobre las que exista título de propiedad privada o comunal.²²⁰ Las zonas de protección ecológica en la Amazonía, son aquellas áreas geográficas con especiales características ambientales de suelos, aguas, diversidad biológica, valores escénicos, culturales, científicos y recreativos, sujetas exclusivamente al uso sostenible compatible con su naturaleza. Dichas zonas comprenden las siguientes áreas:²²¹

- a) Las áreas naturales protegidas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas por el Estado (SINANPE), creado por Decreto Supremo N° 010-90-AG, las zonas reservadas y las áreas naturales protegidas establecidas por los Gobiernos Regionales, ubicadas en la Amazonía, regidas por las normas legales de la materia.
- b) Las tierras de protección en laderas, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Clasificación de Tierras.
- c) Las áreas de pantanos, aguajales y cochas determinadas en el Mapa Forestal del Perú.
- d) Las áreas adyacentes a los cauces de los ríos, según la delimitación establecida por la Autoridad de Aguas.

²¹⁷ Artículo 4° del Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por el Decreto Supremo N° 015-2003-AG

²¹⁸ Artículo 7° del Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por el Decreto Supremo N° 015-2003-AG

²¹⁹ Artículo 8° del Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por el Decreto Supremo N° 015-2003-AG

²²⁰ Artículo 9° del Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por el Decreto Supremo N° 015-2003-AG

²²¹ Artículo 19° del Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por el Decreto Supremo N° 015-2003-AG

Adviértase que “el Estado debe garantizar la integridad de la propiedad territorial de las Comunidades Nativas”,²²² y ello debe implicar el respeto del derecho a la consulta previa y el consentimiento libre e informado. La propiedad de las tierras de las Comunidades Nativas es imprescriptible.²²³



Por otra parte, el Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, aprobado por el Decreto Supremo N° 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo N° 007-2012-EM, establece que “el concesionario tiene derecho a gestionar permisos, derechos de uso y servidumbre sobre predios de propiedad privada o estatal, así como la correspondiente expropiación de predios de propiedad privada o la adjudicación directa de predios cuya titularidad es del Estado. Asimismo, está facultado a usar a título gratuito el suelo, subsuelo y aires de caminos públicos, calles, plazas y demás bienes de dominio público, así como establecer vías de paso en el cruce de ríos, puentes, vías férreas, líneas eléctricas y de comunicaciones.”²²⁴ Es evidente que si los ductos cruzan territorios indígenas la servidumbre no podrá ser aprobada ni autorizada si es que no se ha realizado una consulta previa, y no se ha obtenido el consentimiento de las poblaciones indígenas afectadas, especialmente en los casos de reubicación de la población, o de afectación de lugares místicos o caminos ancestrales. En el caso de poblaciones locales también deberá tomarse en consideración que la comunidad no sea fragmentada debido a la servidumbre, o que la misma no afecte derechos fundamentales como la libertad de tránsito, el desarrollo de comunidad o el ejercicio del derecho de propiedad.

“La clasificación de la Localización de Área, que considera el uso al momento de la aprobación del Manual de Diseño y el uso previsto, determinará el diseño del Ducto de Gas Natural, lo que a su vez limitará la construcción en el Derecho de Vía y sus alrededores. Queda prohibido construir sobre el ducto y en área de 200 metros a cada lado del eje del mismo un mayor número de edificaciones que cambien la Localización de Área; tampoco se podrá realizar en el área, actividades que puedan perjudicar la seguridad del Ducto o de las personas que lleven a cabo dichas actividades. El Derecho de Vía para el Ducto para Transporte de Hidrocarburos Líquidos o Gas Natural debe ser 12.5 metros a cada lado del eje de la tubería.”²²⁵ El derecho de vía también puede afectar el derecho de propiedad comunal, y en general de propiedad de la población local, y derecho asociados a los mismos, como el desarrollo de las actividades culturales y sociales locales, la estructura arquitectónica de una localidad, así como la belleza

²²² Artículo 24° del Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por el Decreto Supremo N° 015-2003-AG

²²³ Artículo 24° del Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por el Decreto Supremo N° 015-2003-AG

²²⁴ Artículo 94° del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo N° 007-2012-EM

²²⁵ Artículo 94° del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo N° 007-2012-EM

paisajística, independientemente del derecho a identidad interétnica y cultural, así como el derecho de residencia que también pueden ser afectados. En el caso de las poblaciones indígenas la autorización del ejercicio del derecho de vía, implica necesariamente la realización anticipada de un procedimiento de consulta previa, y de las poblaciones locales un intenso procedimiento de participación ciudadana, que pueda dar lugar a espacio de diálogo y negociación.



“El derecho de servidumbre confiere al concesionario el derecho de tender Ductos a través de propiedades de terceros, y el de ocupar los terrenos de los mismos que se requieran para construir las estaciones de bombeo, compresión o reguladoras y otras instalaciones que sean necesarias para la habilitación, operación y mantenimiento de estas obras, sobre o bajo la superficie del suelo, y a mantener la propiedad de tales instalaciones separada de la propiedad del suelo, previa indemnización o compensación a que hubiere lugar.”²²⁶ Adviértase que tanto el derecho de servidumbre como el derecho de vía están incluidos en el desarrollo del Estudio de Impacto Ambiental, y el mismo debe prever las medidas que mitiguen los impactos negativos que generen las mismas en la localidad afectada, especialmente cuando se trata de pueblos indígenas, que deben incluir medidas de prevención, mitigación, compensación e indemnización según corresponda.

La servidumbre sobre bienes públicos y privados, podrá ser:²²⁷

- a) De ocupación de bienes públicos o privados indispensables para la instalación del Ducto.
- b) De paso para construir vías de acceso; y,
- c) De tránsito para custodia, conservación y reparación del Ducto.

El derecho de servidumbre que se constituyan para los Ductos comprenderá la ocupación de la superficie del suelo y subsuelo que sean necesarios. La incompatibilidad entre la servidumbre solicitada y cualquier otro derecho minero energético impuesto sobre el predio, será resuelta por el MINEM.²²⁸

“Es atribución del MINEM constituir con carácter forzoso servidumbres, así como modificar las establecidas y en la Resolución Suprema mediante la cual se constituya o

²²⁶ Artículo 95° del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo N° 007-2012-EM

²²⁷ Artículo 96° del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo N° 007-2012-EM

²²⁸ Artículo 96° del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo N° 007-2012-EM

modifique el derecho de servidumbre, se señalarán las medidas que deberán adoptarse para evitar los peligros e inconvenientes de las instalaciones que ella comprenda.”²²⁹ No resulta conveniente que sea el propio MINEM quien resuelva la imposición de servidumbres forzosas, pues tiene directo interés en el desarrollo de concesiones, que el mismo ha otorgado, lo idóneo es que sea una autoridad que no tenga intereses en conflicto sea quien resuelva la imposición de servidumbres forzosas como por ejemplo el Ministerio del Ambiente (MINAM) o el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

La constitución del derecho de servidumbre obliga al concesionario a indemnizar el perjuicio que ella cause y a pagar una compensación por el uso del bien gravado. Esta indemnización y compensación será fijada por acuerdo de partes; en caso contrario, la fijará el MINEM. Además, la servidumbre otorga al concesionario el derecho de acceso al área necesaria de dicho predio con fines de vigilancia y conservación de las instalaciones que hayan motivado la servidumbre, debiendo adoptar las medidas necesarias para evitar daños y perjuicios, quedando sujeto a la responsabilidad civil o penal correspondiente.”²³⁰ El problema es que no existe una metodología para la valorización económica de los perjuicios que ocasiona una servidumbre a comunidades locales ni poblaciones indígenas, y sin ello, el asunto queda en primera instancia al trato directo, que es arbitrario y donde la empresa tiene un mayor poder de negociación. Lo idóneo sería crear un fideicomiso con las tasas de las empresas del sector, o financiado por la empresa interesada, y que una autoridad estatal autónoma como la Defensoría del Pueblo, medie entre la empresa y la población afectada, en base a una metodología consensuada, en base a la cual se establezca un monto base a partir del cual negociar. Ahora independientemente de ello, si en el desarrollo de la servidumbre se desencadena un daño como por ejemplo la ruptura del ducto y se contamina un río, el titular del proyecto responderá por los daños ocasionados.

Adviértase, que la Defensoría del Pueblo, puede proporcionar a la Dirección General de Hidrocarburos los criterios de asistencia que a su juicio sean necesarios para el apoyo que requieran las poblaciones, organizaciones comunitarias y personas que hayan sido afectadas.²³¹ Empero, insistimos que su participación como mediador, en un rol similar al que desarrolla la Defensoría del Proyecto Camisea sería lo idóneo para garantizar compensaciones e indemnizaciones más justas para la población local e indígena afectada por la servidumbre de un proyecto de inversión.

El MINEM podrá constituir a favor del concesionario y a solicitud de éste, servidumbre de ocupación temporal sobre terrenos cuya titularidad corresponde al Estado y sobre terrenos de propiedad de particulares, con el objeto de utilizarlo para almacenes, depósitos de materiales, colocación de tuberías o cualquier otro servicio que sea necesario para la construcción de las obras. La servidumbre de ocupación temporal otorga el derecho al propietario del predio sirviente a percibir la indemnización y la compensación durante el tiempo necesario para la ejecución de las obras. Este tipo de servidumbre se extingue con la conclusión de las obras para la que fue autorizada.”²³² Incluso para esta servidumbre temporal, debe realizarse un procedimiento de consulta previa con las poblaciones indígenas en cuyos territorios se desarrolla la misma, y lo propio debe ocurrir en el caso de poblaciones locales a las que se realizara un

²²⁹ Artículo 97° del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo N° 007-2012-EM

²³⁰ Artículo 98° del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo N° 007-2012-EM

²³¹ Artículo 156° del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo N° 007-2012-EM

²³² Artículo 100° del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo N° 007-2012-EM

procedimiento de participación ciudadana, en ambos casos para garantizar sus derechos a la residencia, ambiente sano y equilibrado, derecho a la paz y la tranquilidad, así como el derecho a la identidad étnica y cultural según corresponda.

La servidumbre sobre predios de propiedad de particulares se constituye por acuerdo entre el concesionario y el propietario del predio y, a falta de acuerdo, mediante el procedimiento establecido por el MINEM. El concesionario deberá solicitar por escrito al propietario del predio la adopción del acuerdo para la constitución del derecho de servidumbre. El acuerdo entre las partes deberá constar en documento extendido ante Notario Público o Juez de Paz, y deberá ser puesto en conocimiento de la Dirección General de Hidrocarburos e inscrito en los Registros Públicos. Transcurridos treinta (30) días calendario desde la comunicación cursada por el concesionario al propietario del predio sin que las partes hayan llegado a un acuerdo, quedará expedito el derecho del Concesionario a presentar ante la Dirección General de Hidrocarburos la solicitud para la constitución del derecho de servidumbre debiendo acompañar la constancia de recepción de la referida comunicación por el propietario del predio.²³³

Cuando el propietario del predio a gravarse con la servidumbre no sea conocido o fuese incierto, o se ignore su domicilio, o en cualquier otra situación análoga que impida conocer, determinar o localizar al propietario, el concesionario solicitará a la Dirección General de Hidrocarburos un modelo de aviso, para publicarlo a su cargo dentro del plazo de diez (10) días calendario siguientes. La publicación se efectuará por dos (2) días consecutivos en el Diario Oficial El Peruano y en uno de los diarios de mayor circulación donde se encuentre ubicado el predio afectado o la mayor parte de éste. Asimismo, se publicará por dos días consecutivos un aviso en la Municipalidad respectiva y en el Juzgado de Paz de la zona. En el caso de la publicación, el propietario del predio a gravarse tendrá el plazo de diez (10) días calendario para absolver el traslado, plazo que se contará desde la fecha de la última publicación del mismo. Vencido dicho plazo, el Concesionario podrá presentar la solicitud para la constitución del derecho de servidumbre a que se refiere el artículo siguiente.²³⁴

Para tal efecto, el Concesionario deberá adjuntar a la solicitud una declaración jurada de no haber podido establecer la identidad y el domicilio del propietario del predio. Si el concesionario procede con la construcción u operación de sus instalaciones sin haber obtenido el derecho de servidumbre, el OEFA deberá disponer la paralización de las labores de construcción u operación. La construcción u operación no podrá reiniciarse mientras no se obtenga del derecho de servidumbre; y en caso sea denegada la servidumbre, el concesionario deberá demoler lo construido y restituir el área afectada, e indemnizar al propietario por los perjuicios que haya causado.²³⁵

Una vez admitida la solicitud, la Dirección General de Hidrocarburos (DGH) correrá traslado al propietario del predio sirviente. El propietario deberá absolver el traslado dentro del plazo máximo de quince (15) días calendario de notificado. Si el derecho de servidumbre recae sobre predios cuya titularidad corresponde al Estado, la DGH procederá a solicitar el informe correspondiente a la entidad a la cual se encuentre adscrito el terreno materia de la servidumbre. El informe deberá indicar si el predio a ser gravado está incorporado al momento de la solicitud, a algún proceso económico o fin útil. Si dentro del plazo de quince (15) días calendario de notificada la referida entidad no

²³³ Artículo 101º del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo N° 007-2012-EM

²³⁴ Artículo 101º del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo N° 007-2012-EM

²³⁵ Artículo 101º del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo N° 007-2012-EM

remite el informe requerido, se entenderá que no tienen observaciones a la solicitud de constitución del derecho de servidumbre, debiendo la DGH proceder a preparar un informe y el proyecto de Resolución Suprema correspondiente.²³⁶



La oposición del propietario a la constitución del derecho de servidumbre deberá ser debidamente fundamentada. El propietario o poseedor con derecho sobre el predio, podrá solicitar apoyo a la asesoría que la Defensoría del Pueblo o que cualquier otra entidad competente establezca para estos efectos, la que deberá proporcionar la ayuda necesaria para la defensa de los derechos dentro de los plazos que se establecen en el presente Reglamento. Para ello la Defensoría del Pueblo o la entidad competente, establecerá en los lugares por donde se instalará el ducto, los canales necesarios para que los propietarios o poseedores puedan acceder rápidamente a su apoyo.²³⁷ En ese sentido, tanto los propietarios como los poseedores, y los pueblos indígenas afectados, por una servidumbre pueden oponerse a su constitución en caso afecten sus derechos constitucionales, pudiendo ser apoyadas en ese propósito a la Defensoría del Pueblo, o recurrir a entidades administrativas u organizaciones sociales como por ejemplo similares a lo que fue la desactivada Defensoría del Proyecto Camisea, Colegios Profesionales organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro, frentes de defensa, asociaciones, comités, fundaciones, etc.

Si el concesionario se allanara a la oposición del propietario del predio, el derecho de servidumbre se constituirá con las modificaciones aceptadas por el concesionario. En caso que, como consecuencia de la oposición del propietario del predio a la valorización presentada por el Concesionario, las partes llegaran a un acuerdo sobre el monto de la indemnización y de la compensación que corresponda, la Resolución Suprema que constituye el derecho de servidumbre establecerá como indemnización y compensación el monto acordado por las partes, situación en la cual no se recurrirá a la valorización pericial del MINEM.²³⁸ Esto es que no obstante, haberse iniciado el procedimiento de servidumbre forzosa ante el MINEM, se puede llegar a un acuerdo, mediante una transacción o conciliación extrajudicial, y adviértase, que el mismo, puede versar sobre dos conceptos claramente distinguidos por la normatividad de servidumbres: a) la indemnización por los daños patrimoniales y extra patrimoniales causados; y b) la compensación que corresponda por los bienes y servicios ambientales que se afectan por

²³⁶ Artículo 104° del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo N° 007-2012-EM

²³⁷ Artículo 105° del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo N° 007-2012-EM

²³⁸ Artículo 106° del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo N° 007-2012-EM

la servidumbre, y que deben ser compensados in natura o en su defecto de monetariamente que puede traducirse en una renta mensual o un pago único.

En un plazo máximo de cinco (5) días útiles luego de vencido el plazo para que el propietario del predio absuelva el traslado sin haberlo hecho, la Dirección General de Hidrocarburos preparará el informe correspondiente y el proyecto de Resolución Suprema que decidirá la constitución de servidumbre, así como el pago por concepto de indemnización y compensación que corresponda, y elevará dentro del mismo plazo los actuados para su expedición. La Resolución Suprema será expedida dentro de los diez (10) días calendarios siguientes, y será refrendada por los Ministros de Energía y Minas y de Agricultura.²³⁹

La Resolución Suprema que imponga o modifique una servidumbre únicamente podrá ser impugnada en la vía administrativa mediante el recurso de reconsideración, el cual será resuelto mediante Resolución Suprema. El plazo para interponer el recurso de reconsideración es de quince (15) Días hábiles de notificada la resolución y será resuelto en un plazo máximo de treinta (30) Días hábiles de interpuesto el recurso, transcurrido el cual, el recurrente podrá acogerse al silencio administrativo negativo, de conformidad con lo establecido por la Ley N° 27444. La acción contencioso-administrativa a que se refiere la Ley N° 27584, sólo procederá en lo referente al monto fijado como compensación y/o indemnización. La impugnación judicial de la resolución suprema que imponga o modifique una servidumbre no suspenderá su ejecución.²⁴⁰ Resulta evidente como la servidumbre del sector de energía y minas desde su origen tiene notorios vicios de inconstitucionalidad, al establecer que no es revisable vía judicial la imposición de una servidumbre forzosa, y que lo único que se discutirá será sobre la compensación e indemnización, lo que resulta grave pues que no sólo se puede estar afectando el derecho de propiedad privada o comunal, sino el derecho a la residencia, derecho a la identidad étnica y cultural, derecho a la salud, la paz, y el ambiente, entre otros. Nos queda claro que el artículo 108° del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo N° 007-2012-EM, que establece la imposibilidad de revisar la imposición de una servidumbre forzosa, o la imposibilidad de suspenderla, pueden ser inaplicadas en razón de sus inconstitucionalidad por impedir el acceso al Poder Judicial y a la tutela jurisdiccional efectiva, además de afectar la protección de los derechos constitucionales antes citados, y se podría dictar una medida cautelar dentro del proceso para resguardar los mismos.

Adviértase que administrativamente cuando no haya acuerdo de partes la indemnización y la compensación serán determinadas mediante la valorización pericial que efectúe un profesional de la especialidad correspondiente a la actividad desarrollada en el área del predio a ser gravado por la servidumbre, designado por el Cuerpo Técnico de Tasaciones, el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento o el colegio de profesional que corresponda, a criterio de la Dirección General de Hidrocarburos del MINEM. El problema insistimos es la falta de independencia de quienes designan a los tasadores que es la propia autoridad que promueve la concesión, y la imposibilidad de ofrecer al afectado su propia pericia a fin de que sea también tomada en consideración, lo idóneo sería que los afectados por la servidumbre participen en la designación del perito, y mejor aún se designen consultoras ambientales independientes que realicen una valoración económica ambiental de los impactos de la servidumbre.

²³⁹ Artículo 107° del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo N° 007-2012-EM

²⁴⁰ Artículo 108° del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo N° 007-2012-EM

La valorización, en el caso que corresponda, será solicitada por la Dirección General de Hidrocarburos una vez recibida la solicitud para la constitución del derecho de servidumbre, y será emitida dentro de los diez (10) días calendario de efectuado el requerimiento de la DGH, bajo responsabilidad del perito. La valorización incluirá:²⁴¹

- a) **Una compensación por el uso de las tierras** que serán gravadas por la servidumbre, que en ningún caso será inferior al valor del arancel de las tierras aprobado por el Ministerio de Agricultura. La crítica que surge de ello es que sólo se fija como criterio el valor agrario del terreno, se calla sobre los servicios ambientales que brinda el mismo, y menos se alienta una valoración económica ambiental del mismo, ni se toma en consideración el alza del valor del terreno por el proyecto de inversión en marcha, y tampoco se establece la posibilidad del pago de una renta en función de la utilidad de la empresa extractiva, o la entrega en compensación, mientras dura la servidumbre, de un predio de similares condiciones ambientales, y socio económicas.
- b) **Una indemnización por el perjuicio causado** que incluye el concepto de daño emergente y el concepto por el eventual lucro cesante durante el horizonte de tiempo de la servidumbre, calculado en función a la actividad habitual del propietario o poseedor en el predio. El problema que trae ello es que se limita la indemnización económica solamente ha determinados daños patrimoniales, y no tiene en cuenta, los daños extra patrimoniales como los daños morales que puede ocasionar la imposición de una servidumbre, tales como el impacto de la misma en la cultura de los pueblos indígenas, la belleza paisajística o la conservación de la biodiversidad.

La valorización pericial considerará el valor económico total del predio a ser gravado. La indemnización y compensación corresponde al propietario del predio, excepto en el caso que exista un poseedor legítimo, distinto al propietario, en cuyo caso la compensación corresponderá al propietario y la indemnización al poseedor, a menos que exista un acuerdo entre éstos.²⁴² Si bien es un acierto que la norma prevea un tratamiento tanto para el propietario como para el poseedor, es un error, que otorgue indemnización al primero, y compensación al segundo, sin dar mayor explicación al respecto, cuando a los dos les correspondían ambos conceptos, especialmente cuando se trata de pueblos indígenas. Ahora si bien es un acierto, que el monto de los honorarios correspondientes a la entidad tasadora, será de cargo del concesionario²⁴³, sin embargo entre ambos no debería haber una relación contractual pues ello genera un evidente conflicto de intereses.

El monto de la indemnización y compensación fijada por la Resolución Suprema será abonado por el concesionario dentro de los diez (10) días calendarios siguientes al vencimiento del plazo para interponer el recurso de reconsideración, siempre que éste no haya sido interpuesto. En caso de haberse interpuesto el recurso de reconsideración, dicho plazo se contará a partir de efectuada la notificación de la resolución que resuelva el recurso, o a partir de que el recurrente haga valer el silencio administrativo negativo, interponiendo la acción judicial correspondiente.²⁴⁴

²⁴¹ Artículo 109º del Decreto Supremo Nº 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo Nº 007-2012-EM

²⁴² Artículo 109º del Decreto Supremo Nº 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo Nº 007-2012-EM

²⁴³ Artículo 109º del Decreto Supremo Nº 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo Nº 007-2012-EM

²⁴⁴ Artículo 110º del Decreto Supremo Nº 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo Nº 007-2012-EM

La indemnización será abonada directamente al propietario o al poseedor con derecho sobre el predio según corresponda, salvo que los dos o cualquiera de ellos se nieguen a recibir el pago o que no hayan acreditado fehacientemente su derecho, o cuando el propietario del predio gravado no sea conocido o fuese incierto, o se ignore su domicilio, o en caso la titularidad del predio gravado esté en litigio, o en cualquier otra situación análoga que impida conocer, determinar o localizar al propietario, o cuando la indemnización corresponda a daños y perjuicios a terceros distintos al propietario que conduzcan o estén en posesión del predio, por cualquier título, según el informe del perito.²⁴⁵ En tales casos el concesionario solicitará ofrecer judicialmente cumplir con el pago de la indemnización y compensación, y que se le autorice a consignarla judicialmente con tal propósito.²⁴⁶

Una vez efectuado el pago o el ofrecimiento judicial de pago de la indemnización y de la compensación, el concesionario podrá ingresar y tomar posesión de la parte del predio sobre el cual ha sido constituida la servidumbre a efectos de dar cumplimiento al propósito para el cual ésta se constituye. La contradicción a la solicitud de ofrecimiento judicial de pago de la indemnización y de la compensación no suspenderá en ningún caso el ejercicio del derecho de servidumbre, en virtud de la Resolución Suprema que agotó la vía administrativa o la aplicación del silencio administrativo negativo.²⁴⁷ Insistimos que esta norma resulta inconstitucional y es posible de inaplicarla vía control difuso, y mediante una medida cautelar resguardar los derechos constitucionales afectados por una servidumbre, y estarse a lo dispuesto de lo que se decida en la resolución final del proceso judicial correspondiente.

En caso de oposición por parte del propietario o conductor del predio sirviente al ingreso del concesionario para el ejercicio de la servidumbre, éste tendrá derecho a que la Dirección General de Hidrocarburos solicite que la autoridad competente disponga el ingreso y toma de posesión de la parte del predio sirviente con el auxilio de la fuerza pública, sin perjuicio de iniciar las acciones legales a que hubiera lugar. Igual derecho tendrá el concesionario tratándose de las servidumbres establecidas por acuerdo de partes o convencionales.²⁴⁸

El MINEM, a pedido de parte o de oficio, declarará la extinción de las servidumbres establecidas cuando:²⁴⁹

- a) Sin autorización previa, el concesionario destine la servidumbre a fin distinto para el cual se solicitó;
- b) Se dé término a la finalidad para la cual se constituyó la servidumbre.
- c) No se cumpla con el pago de la compensación o indemnización.

Adviértase que el Operador deberá evitar en lo posible se vean afectadas las comunidades nativas y campesinas, para ello se incluirán en los Estudios de Impacto Ambiental respectivos, las medidas necesarias para prevenir, minimizar o eliminar los impactos negativos sociales, culturales, económicos y de salud.²⁵⁰

DERRAMES DE HIDROCARBUROS DEL PROYECTO CAMISEA EN EL PERIODO 2004-2005

²⁴⁵ Artículo 110° del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo N° 007-2012-EM

²⁴⁶ Artículo 110° del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo N° 007-2012-EM

²⁴⁷ Artículo 110° del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo N° 007-2012-EM

²⁴⁸ Artículo 110° del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo N° 007-2012-EM

²⁴⁹ Artículo 111° del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo N° 007-2012-EM

²⁵⁰ Artículo 154° del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo N° 007-2012-EM



Fuente: La República

Los daños ambientales y sociales ocasionados por accidentes en los ductos o sus instalaciones asociadas serán objeto de compensaciones o indemnizaciones por parte del concesionario u operador, según sea el caso. La restauración de los daños producidos y sus efectos debe ser efectuada por el concesionario u operador, según sea el caso, en forma directa e inmediata. El Ministerio de Salud debe realizar un monitoreo continuo de la fuentes de agua que hayan sido afectadas hasta que se declare que estas se encuentran libres de contaminación,²⁵¹ lo propio debe realizar la Autoridad Nacional del Agua (ANA), y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. En otras palabras, independiente, del otorgamiento de una servidumbre, el concesionario deberá responder por los daños al ambiente o a la población local genere el ejercicio de la misma, como por ejemplo la contaminación por un relave minero, o la ruptura de un ducto de gas, supuesto que se dio en el caso de los derrames del Proyecto Camisea en el periodo 2004-2005.

4.9. EXPROPIACIONES Y PROPIEDAD COMUNAL

La Ley General de Expropiaciones, Ley N° 27117, establece en su artículo 1º, que regulará la expropiación a que se refiere el artículo 70º de la Constitución Política, el Artículo 928 del Código Civil y los artículos 519 a 532 del Código Procesal Civil, sin embargo, la misma resulta inconstitucional en muchos casos cuando afecta el derecho al ambiente sano y equilibrado, la paz y tranquilidad, el derecho a la identidad étnica y cultural, o el derecho de residencia. Asimismo, el artículo 2º, de la referida Ley establece que la expropiación **consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo**

²⁵¹ Artículo 155º del Decreto Supremo N° 081-2007-EM, modificado por Decreto Supremo N° 007-2012-EM

de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. El único beneficiario de una expropiación es el Estado. El error de la norma consiste en que sólo contempla una indemnización, más no una compensación, lo que en ese extremo resulta inconstitucional, pues si bien es cierto, se puede limitar derechos constitucionales, ello debe realizarse de una manera ponderada sin vaciar de contenido por ejemplo al derecho a la vida, la integridad física, la salud, la residencia, al derecho al territorio ancestral, a la identidad étnica o cultural o la propiedad comunal o el mantenimiento de los lazos familiares.

En la ley que se expida en cada caso deberá señalarse la razón de necesidad pública o seguridad nacional que justifica la expropiación, así como también el uso o destino que se dará al bien o bienes a expropiarse de conformidad con el artículo 4º de la Ley General de Expropiaciones, sin embargo, en ningún caso se podrá afectar derechos fundamentales tales como el derecho a la integridad cultural cuando por ejemplo una expropiación de un territorio indígena implica la división de una comunidad nativa, o la reubicación de un pueblo indígena sin haber obtenido previamente su consentimiento libre e informado. En ese sentido, la expropiación debe ser improcedente no sólo cuando se funda en causales distintas a las previstas en la Ley, o cuando tiene por objeto el incremento de las rentas públicas o cuando responde a la necesidad de ejercitar derechos reales temporales sobre el bien, así lo establece el artículo 5º de la Ley General de Expropiaciones.

EJECUCIÓN DE LA EXPROPIACIÓN

La ejecución de la expropiación autorizada por el Congreso de la República, se efectúa mediante la norma legal correspondiente, la misma que deberá ser publicada en un plazo no mayor a 60 (sesenta) días contados a partir de la vigencia de la ley autoritativa de la expropiación. Dicha norma será en el caso del Poder Ejecutivo, una Resolución Suprema con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; en el caso de los Gobiernos Regionales, la norma correspondiente de acuerdo a la legislación de la materia; y, en el caso de los Gobiernos Locales, un Acuerdo de Concejo.

EXPROPIACIÓN PARA OBRAS DE GRAN ENVERGADURA

Excepcionalmente y sólo en razón de la envergadura de la obra de infraestructura de servicios públicos a la que esté destinado el bien a expropiar se podrá hacer uso del siguiente procedimiento:

- a) La ley de expropiación emitida por el Congreso de la República autorizará al sujeto activo para que, mediante la dación de múltiples resoluciones, realice la ejecución de la expropiación del bien, de tal modo que en un plazo de 2 (dos) años, contados desde la promulgación de dicha ley, se hayan iniciado todos los procesos de expropiación necesarios.
- b) A fin de determinar el bien materia de la expropiación, el sujeto activo emitirá, en el plazo de 30 (treinta) días contados desde la promulgación de la ley una resolución provisional señalando la identificación precisa del bien a expropiar, de acuerdo a coordenadas UTM de validez universal.
- c) En los casos a los que se refiere el inciso b, **el sujeto activo debe indemnizar al sujeto pasivo de la expropiación con un monto adicional al justiprecio**, equivalente a los intereses correspondientes a los meses en que, dentro del plazo de 2 (dos) años a que se refiere el inciso a) precedente, se retrase la expedición de la resolución para la ejecución de la expropiación. La tasa de interés será la Tasa Activa en Moneda Nacional (TAN).
- d) Si en el plazo a que se refiere el inciso a) el sujeto activo no dicta las resoluciones correspondientes a alguno de los inmuebles comprendidos en el área señalada en la resolución provisional, su propietario puede exigir, adicionalmente a lo establecido en el inciso c), el pago de un monto equivalente al 10% (diez por ciento) del valor comercial del inmueble.

Todos los procesos de expropiación que se dispongan, al amparo de lo dispuesto en el presente artículo deben ajustarse a lo establecido en la presente Ley.

Fuente: Artículos 6º y 7º de la Ley General de Expropiaciones

TRATO DIRECTO

Procede el trato directo sólo cuando, de acuerdo al informe registral correspondiente, no existan duplicidades registrales o proceso judicial en que se discuta la propiedad del inmueble. En estos casos, en un plazo de 5 (cinco) días útiles, contados a partir de la publicación de la resolución a que se refiere el artículo precedente, el sujeto activo de la expropiación formulará al sujeto pasivo, mediante carta notarial, una oferta igual al monto del valor comercial actualizado del inmueble a expropiarse más un porcentaje equivalente al 5% (cinco por ciento) de dicho valor por concepto de indemnización justipreciada.

El sujeto pasivo, podrá, en un plazo de 15 (quince) días útiles de recibida la comunicación de la oferta, presentar al sujeto activo una aceptación a la oferta, sin plazo ni condición. En este caso, con el pago del monto aceptado por el sujeto pasivo, culmina el proceso expropiatorio sin que éste pueda interponer acción alguna por concepto de la expropiación. El plazo para que el sujeto activo de la expropiación cancele el íntegro de su oferta es de 45 (cuarenta y cinco) días contados a partir de la fecha de recibida la carta notarial que contiene la aceptación de la oferta. En caso de acreditarse que el bien a adquirirse esté afecto a gravámenes, embargos u otras medidas judiciales o extrajudiciales, se consignará el monto necesario para asegurar el pago de dichas cargas, con conocimiento del interesado. Si el sujeto activo incumple con el pago de su oferta procederá únicamente la vía judicial o arbitral. Si el sujeto pasivo incumple con la suscripción de la escritura pública correspondiente ésta será otorgada por el Poder Judicial, consignándose el pago.

Si el sujeto pasivo opta por no aceptar el trato directo el sujeto pasivo deberá presentar al sujeto activo una justificación debidamente documentada de la compensación de los perjuicios que hubiere, de acuerdo al Artículo 70 de la Constitución, en el plazo de 20 (veinte) días contados desde la publicación de la resolución a que se refiere el artículo precedente. En el mismo plazo el sujeto pasivo podrá comunicar al sujeto activo su decisión de acudir a la vía arbitral; de no hacerlo, el sujeto activo acude a la vía judicial. Si en el plazo antes citado el sujeto pasivo de la expropiación no acepta la oferta del sujeto activo ni presenta su justificación de la compensación debidamente documentada, el sujeto activo únicamente deberá consignar el valor comercial actualizado, sin perjuicio del derecho del sujeto pasivo a solicitar dicha compensación en la etapa procesal judicial o arbitral correspondiente. Finalmente, el sujeto activo de la expropiación podrá oponerse o cuestionar el monto de la compensación dentro del proceso expropiatorio. El sujeto pasivo de la expropiación también podrá oponerse a la tasación comercial actualizada presentada por el sujeto activo dentro de dicho proceso.

Fuente: Artículo 9º de la Ley General de Expropiaciones

SUJETO ACTIVO DE LA EXPROPIACIÓN

Se considera como sujeto activo de la expropiación a la dependencia administrativa que tendrá a su cargo la tramitación del proceso de expropiación.

Es obligatorio individualizar al beneficiario de la expropiación, que podrá ser el mismo sujeto activo de la expropiación o persona distinta, siempre y cuando sea una dependencia del Estado.

Es nula la expropiación a favor de persona natural o jurídica de derecho privado. Dicha nulidad se declara sin perjuicio de las acciones civiles y penales que en defensa de su derecho tiene expedito de ejercer el afectado.

SUJETO PASIVO DE LA EXPROPIACIÓN

Se considera sujeto pasivo de la expropiación al propietario contra quien se dirige el proceso de expropiación. Asimismo al poseedor con más de 10 (diez) años de antigüedad que tenga título inscrito, o cuya posesión se haya originado en mérito a resolución judicial o administrativa, o que haya sido calificado como tal por autoridades competentes, según las leyes especializadas. Asimismo, cuando el bien se encuentre inscrito a nombre de único titular del derecho de propiedad, el proceso de expropiación se entenderá con éste, salvo la existencia de poseedor que adquirió por prescripción

En los casos en que exista duplicidad registral, se entenderá como sujeto pasivo de la expropiación a aquel que tenga inscrito su dominio con anterioridad; o exista proceso judicial o arbitral que discuta la propiedad del bien a expropiarse, que conste en el registro respectivo, se retiene el pago del monto de la indemnización justipreciada que incluye compensación, hasta que por proceso arbitral o judicial, debidamente consentido y ejecutoriado, se determine el mejor derecho de propiedad.

Cuando el bien no esté inscrito, el sujeto activo de la expropiación publicará un aviso una vez en un diario de circulación nacional y dos veces en un diario de mayor circulación del lugar en donde se encuentra ubicado el predio objeto de expropiación, con un intervalo de 3 (tres) días. El afectado o su representante legal deberá presentar documento público o privado de fecha cierta que pruebe su titularidad. En caso de presentarse dos o más afectados, el proceso se entenderá con aquel que presente documento público de fecha más antigua. Asimismo, cuando no se presente ningún afectado se indemnizará a los poseedores, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 912 del Código Civil. Finalmente, cuando no exista poseedor se presume que el bien es del Estado, sin perjuicio del derecho de reivindicación al justiprecio que podrá ejercer el propietario.

Fuente: Artículos 10º y 11º de la Ley General de Expropiaciones

Adviértase que pueden ser materia de expropiación el subsuelo y el sobresuelo, independientemente del suelo. Salvo que por el hecho de la expropiación del subsuelo o del sobresuelo, la propiedad del bien no pueda ser usada o explotada parcial o totalmente, o que el valor comercial de la propiedad del suelo se deprecie significativamente. En estos casos el Estado podrá optar entre expropiar todo el predio o pactar derecho de superficie.²⁵² Asimismo, el sujeto pasivo de la expropiación podrá solicitar la expropiación total, cuando la fracción del bien que no es afectado por el acto

²⁵² Artículo 13º de la Ley General de Expropiaciones

expropiatorio sufre una real desvalorización o resultare inútil para los fines a que estaba destinado con anterioridad a la expropiación parcial.²⁵³

La indemnización justipreciada comprende el valor de tasación comercial debidamente actualizado del bien que se expropia y la compensación que el sujeto activo de la expropiación debe abonar en caso de acreditarse fehacientemente daños y perjuicios para el sujeto pasivo originados inmediata, directa y exclusivamente por la naturaleza forzosa de la transferencia.²⁵⁴ Resulta importante distinguir que una cuestión es la indemnización justipreciada, que viene a constituir el precio o el valor del inmueble, y otra la compensación por los daños y perjuicios que genera la expropiación, esta última podría no sólo monetaria sino in natura, como ocurre en el caso de la reubicación, que se puede traducir en el otorgamiento de un bien de inmueble similares características, y condiciones socio económicas. Sin embargo, cuando la expropiación afecte derechos constitucionales como el derecho a la identidad étnica o cultural, el derecho a un ambiente sano y equilibrado, el derecho a la salud, el derecho a la integridad física o psicológica podrá ser considerada inconstitucional dicha expropiación, y dejada sin efecto vía un proceso de amparo puesto que ningún interés nacional ni público podría dejar sin contenido derechos fundamentales tan esenciales como los mencionados, siendo una excepción a dicha regla el derecho de residencia cuyo uno de sus límites es la expropiación.

En caso que el sujeto activo de la expropiación observe la pretensión de compensación del sujeto pasivo ésta será fijada por el Poder Judicial o Tribunal Arbitral, sobre la base de las pruebas que se actúen, de los fundamentos que expresen las partes y de las reglas de la crítica. Además deberá estimarse de acuerdo a la finalidad a que estaba destinado el bien al disponer la expropiación y de acuerdo a proyectos documentados antes de la fecha de publicación de la ley autoritativa de la expropiación.²⁵⁵

4.10. REUBICACIÓN DE POBLACIONES Y DESPLAZAMIENTO FORZOSO POR UN PROYECTO DE INVERSIÓN

El numeral 11 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, señala que “toda persona tiene derecho a elegir su lugar de residencia”, en otras palabras, nadie puede ser desalojado sin causa justa del lugar que ha elegido que sea su hogar. En ese sentido, la Ley sobre los Desplazamientos Internos, Ley N° 28223, tiene por objeto **definir los derechos y garantías pertinentes para la protección de las personas contra el desplazamiento forzado**, la asistencia durante el desplazamiento y durante el retorno o el reasentamiento e integración, adecuando a la realidad y a la legislación nacional. El artículo 2° de la mencionada ley define que “los desplazados internos son las personas o grupo de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.” En ese sentido, se distinguen dos clases de desplazamiento: **a) desplazamiento forzado por violencia de conflicto interno o internacional** o acción de grupos alzados en armas, es espontáneo e impredecible; **b) desplazamiento o evacuación**, ocasionada por acción violenta por agentes imprevistos. En ese caso el desplazamiento sería organizado y conducido. Aquí se encontrarían los desplazamientos por proyectos de inversión tales el caso de la minería, hidrocarburos o electricidad.

²⁵³ Artículo 14° de la Ley General de Expropiaciones

²⁵⁴ Numeral 1 del artículo 15° de la Ley General de Expropiaciones

²⁵⁵ Artículo 17° de la Ley General de Expropiaciones

Todo ser humano tiene derecho a la protección contra desplazamientos arbitrarios que le alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual. Asimismo establece que **están prohibidos los desplazamientos arbitrarios**, dentro de los que **se incluye los casos de proyectos de desarrollo en gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial** de conformidad con el artículo 7 numeral 2 inciso a) de la Ley sobre Desplazamientos Internos. El problema con esta norma es que su principal fortaleza contra los desplazamientos arbitrarios, parece diluirse tras la consideración de la justificación de un interés público o primordial, sin embargo para evitar ello tiene que analizarse el caso en concreto bajo la lupa del principio de razonabilidad y proporcionalidad.

Por otra parte, el numeral 1 del artículo 8º de la Ley sobre Desplazamientos Internos, establece que **antes de decidir el desplazamiento de personas**, las autoridades competentes **se asegurarán que se han estudiado todas las alternativas viables para evitarlo**. Cuando no quede ninguna alternativa, se tomarán todas las medidas necesarias para minimizar el desplazamiento y sus efectos adversos.

Recordemos que las autoridades responsables del desplazamiento **se asegurarán en la medida de lo posible de que se ubique adecuadamente a las personas desplazadas**, que el desplazamiento se realice en condiciones satisfactorias de seguridad, alimentación, salud e higiene y que no se separe a los miembros de una misma familia de conformidad con el numeral 2 del artículo 8º de la Ley sobre Desplazamientos Internos.

En los casos de desplazamiento por proyectos de inversión es aplicable el numeral 3 del 8 de la Ley sobre Desplazamientos Internos, que establece se respeten las garantías siguientes:

- a) La autoridad estatal facultada por la ley para ordenar tales medidas adopta una decisión específica;
- b) Se adoptan medidas adecuadas para facilitar a los futuros desplazados información completa sobre las razones y procedimientos de su desplazamiento y, en su caso, sobre la indemnización y el reasentamiento;
- c) **Se recaba el consentimiento libre e informado de los futuros desplazados;**
- d) Las autoridades competentes tratan de involucrar a las personas afectadas, en particular las mujeres, en la planificación y gestión de su reasentamiento;
- e) **Se respeta el derecho a un recurso eficaz, incluida la revisión de las decisiones por las autoridades judiciales competentes.**

El artículo 9º de la Ley sobre Desplazamientos Internos establece que “el Estado tiene la obligación de tomar **medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas andinos, nativos de etnias en la Amazonía, minorías campesinas** y otros grupos que tengan una dependencia especial con su tierra o un apego particular a la misma”, sin embargo peca por omisión, al no establecer una conexión con el Convenio 169 de la OIT, que desarrolla los principales derechos indígenas. Ello se corrige muy tímidamente en el artículo 8º del Reglamento de la Ley N° 28223, Ley sobre los Desplazamientos Internos, Decreto Supremo N° 004-2005-MIMDES, el cual señala que “los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, minorías y otros grupos étnicos que hayan sido afectados por el desplazamiento interno, recibirán todas las medidas de protección y beneficios a los que se refiere la Ley y el Reglamento, así como las previstas en el Artículo 16 del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y

Tribales en Países Independiente, aprobado por Resolución Legislativa N° 26253 del 26 de diciembre de 1993, poniendo especial atención al respeto de su identidad, su cultura, el derecho consuetudinario, la dependencia especial y apego particular a su tierra.”

Recordemos que el Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT establece lo siguiente:

1. **Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente.** Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
2. **En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo,** o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, **los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.** Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Asimismo, el Artículo 16° del Convenio 169 de la OIT, establece “que los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.” Lamentablemente a reglón seguido debilita sustantivamente este derecho al señalar que “cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa.” Ciertamente, aunque golpeado este derecho, aún era lo suficientemente fuerte como para ser operativo en el resguardo de los territorios indígenas ancestrales, sin embargo dicho espíritu se diluiría detrás de la siguiente párrafo: “Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.” En breve, aún en contra de la voluntad de los pueblos indígenas afectados estos podrán ser reubicados por la fuerza.

Igual que los desplazados internos, los pueblos indígenas “deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir la causa que motivaron su traslado y reubicación” tal como reza el numeral 3 del artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, aunque claro está el daño ya puede ya haber sido irreparable socialmente. Por eso es que se establece que “cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización con las garantías apropiadas” conforme lo consagra el numeral 4 del artículo 16 del Convenio 169 de la OIT.

Aunque, el ser desterrado de sus tierras ancestrales, es un hecho económicamente invaluable por los vínculos culturales que los pueblos indígenas tienen con estas, es un consuelo que el numeral 5 del artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, el cual señala que:

“deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan como consecuencia de su desplazamiento.” Más acertado en este tema ha resultado el artículo 10º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el cual establece que “los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

Recordemos que el artículo 5º de la Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial señala que tienen carácter intangible las reservas indígenas para los pueblos indígenas en situación de aislamiento o de contacto inicial. En ellas:

- a) No podrán establecerse asentamientos poblacionales distintos a los de los pueblos indígenas que habitan en su interior;
- b) Se prohíbe la realización de cualquier actividad distinta a la de los usos y costumbres ancestrales de los habitantes indígenas;
- c) No se otorgarán derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales, salvo el que con fines de subsistencia realicen los pueblos que las habiten y aquellos que permitan su aprovechamiento mediante métodos que no afecten los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, y siempre que lo permita el correspondiente estudio ambiental. En caso de ubicarse un recurso natural susceptible de aprovechamiento cuya explotación resulte de necesidad pública para el Estado, se procederá de acuerdo a ley.

Asimismo, el artículo 32º del Reglamento de la Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, señala que la prohibición de ingreso a la reserva indígena es para cualquier persona que no pertenezca a los pueblos beneficiados así como a los habitantes de otros pueblos indígenas o comunidades nativas. Ello traerá como consecuencia que está prohibida la reubicación de los pueblos indígenas en aislamiento voluntarios o contacto inicial pues sobre el interés soberano del Estado de aprovechar recursos naturales se encuentra el derecho a autodeterminación, derecho a la identidad étnica cultural, la vida y salud de estas poblaciones. En caso que el sujeto activo de la expropiación observe la pretensión de compensación del sujeto pasivo ésta será fijada por el Poder Judicial o Tribunal Arbitral, sobre la base de las pruebas que se actúen, de los fundamentos que expresen las partes y de las reglas de la crítica. Además deberá estimarse de acuerdo a la finalidad a que estaba destinado el bien al disponer la expropiación y de acuerdo a proyectos documentados antes de la fecha de publicación de la ley autoritativa de la expropiación.²⁵⁶

3.11. LA ZONIFICACIÓN ECONOMICA Y ECOLOGICA COMO ACTOS ADMINISTRATIVOS OBJETOS DE CONSULTA PREVIA COMO ANTECEDENTE DE LAS CONCESIONES

La Zonificación Ecológica Económica (ZEE) y el Ordenamiento Territorial (OT), son instrumentos fundamental en la política de Estado sobre el Desarrollo Sostenible y en la

²⁵⁶ Artículo 17º de la Ley General de Expropiaciones

conservación de la biodiversidad y se le suele definir como el Proceso Técnico Político que involucra la toma de decisiones concertadas con los actores sociales, económicos, políticos y técnicos, para la ocupación ordenada y uso sostenible del territorio nacional para el desarrollo de asentamientos humanos y actividades socioeconómicas. En ese sentido, la ZEE en la medida que afecten territorios de poblaciones indígenas deben ser objeto de consulta previa por parte de las autoridades municipales y regionales competentes, cuestión que hasta la fecha no ha venido ocurriendo.

Adviértase que la necesidad de establecer los lineamientos de una política de Ordenamiento Territorial Ambiental en el país es fundamentalmente en dos aspectos: a) solucionar los problemas derivados de la ocupación y usos desordenados del territorio en perjuicio del desarrollo sostenible; y b) articular los diversos ordenamientos territoriales de los diferentes niveles de gobierno, esto es a nivel local, regional y nacional. Precisemos que el artículo 20º de la Ley General del Ambiente, dada por Ley 28611, acertadamente señala que la planificación y el ordenamiento territorial tienen por finalidad complementar la planificación económica, social y ambiental con la dimensión territorial, racionalizar las intervenciones sobre el territorio y orientar su conservación y aprovechamiento sostenible. Recordemos, que en cumplimiento del Principio de Gobernanza Ambiental, los gobiernos regionales y locales coordinan sus políticas de ordenamiento territorial, entre sí y con el gobierno nacional, considerando las propuestas que al respecto formule la sociedad civil de conformidad con el numeral 3 del artículo 22º de la Ley General del Ambiente.

Asimismo, los principios que guiarán el proceso de Ordenamiento Territorial y Ambiental son los siguientes:²⁵⁷

- La sostenibilidad en el uso de los recursos naturales y la ocupación ordenada del territorio en armonía con las condiciones del ambiente y de seguridad física, como base del desarrollo.
- La problemática del territorio se afronta en todas sus dimensiones biofísicas, económicas, socioculturales y político-administrativo, en perspectiva de largo plazo, reconociendo que cada territorio tiene sus propias particularidades.
- La articulación y direccionalidad de las políticas sectoriales y ambientales en todos los niveles territoriales, bajo los principios de complementariedad, concurrencia y subsidiaridad.
- La reducción de los desequilibrios territoriales, el desarrollo de la competitividad territorial; y la mejora del acceso de la población a los servicios sociales básicos y oportunidades de empleo.
- La prevención de todo tipo de amenazas, internas o externas, sean éstas de origen natural o antrópico.
- La recuperación de ecosistemas y recursos degradados mediante áreas de conservación ambiental.
- La gobernabilidad territorial debe estar orientada a armonizar políticas en la búsqueda de consensos en la problemática territorial ambiental.
- La congruencia de la sostenibilidad con la política de Desarrollo Económico y Nacional.

Es indudable que las estrategias de lucha contra la pobreza, tiene en la ZEE un aliado fundamental pues les permitirá ordenar la expansión urbana, abastecer de servicios básicos a los más necesitados y reubicar a poblaciones ubicadas en lugares no aptos para el desarrollo de la vida humana, y además resguardar mejor territorios indígenas en

²⁵⁷ Cfr, Principios del Ordenamiento Territorial postulados por el Subcomité de Ordenamiento Territorial de GTZ

aras a su conservación. Así, la implementación a nivel local, regional y nacional de la ZEE, bajo una metodología idónea, contribuye al desarrollo sostenible del país pues permite que se ordenen las actividades socioeconómicas y se proteja el patrimonio natural y cultural en beneficio de las poblaciones actuales y futuras. Sólo el orden y la planificación, en el uso y aprovechamiento de nuestros recursos naturales, la implementación de la consulta previa en resguardo de la propiedad comunal, y demás derechos indígenas, nos traerá paz, progreso y desarrollo sostenible en el país.

Precisemos que el artículo 9º del Reglamento de Zonificación Ecológica y Económica (ZEE), aprobado por Decreto Supremo N° 087-2004-PCM, señala que las categorías de uso a utilizar en el proceso de ZEE serán las siguientes:

- a) **Zonas productivas**, que según la naturaleza del territorio, incluye zonas que tienen mayor aptitud para uso: agropecuario, forestal, industrial, pesquero, acuícola, minero, turístico, entre otras;
- b) **Zonas de protección y conservación ecológica**, que incluye las Áreas Naturales Protegidas en concordancia con la legislación vigente, las tierras de protección en laderas; las áreas de humedales (pantanos, aguajales y cochas). También se incluyen las cabeceras de cuenca y zonas de colina que por su disección son consideradas como de protección de acuerdo al reglamento de clasificación de tierras y las áreas adyacentes a los cauces de los ríos según la delimitación establecida por la autoridad de aguas;
- c) **Zonas de tratamiento especial**, que incluyen áreas arqueológicas, histórico culturales, y aquellas que por su naturaleza biofísica, socioeconómica, culturas diferenciadas y geopolíticas, requieren de una estrategia especial para la asignación de uso: (zonas de indígenas con aislamiento voluntario, zonas para la seguridad nacional, etc.);
- d) **Zonas de recuperación**, que incluye áreas que requieren de una estrategia especial para la recuperación de los ecosistemas degradados o contaminados; y
- e) **Zonas urbanas o industriales**, que incluye las zonas urbanas e industriales actuales, las de posible expansión, o el desarrollo de nuevos asentamientos urbanos o industriales.

En resumen, una correcta aplicación de la Zonificación Económica y Ecológica puede asegurar no sólo las estrategias de conservación in situ (espacios protegidos), sino la sostenibilidad y protección de la propiedad comunal de nuestras poblaciones indígenas, y un mecanismo de resguardo adicional a los lugares poblados por indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial que no se encuentran aún reconocidos como reservas territoriales indígenas sino estén solamente a nivel de propuestas.

CAPÍTULO V

INCONSTITUCIONALIDADES DE LA NORMATIVIDAD SOBRE DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y DE LA INSTITUCIONALIDAD INDÍGENA VIGENTE

*“Dioses funcionarios y falaces, nos traspapelan para siempre un documento, y con él nuestra fortuna, o nos cierran el acceso a una oficina que era la única en la cual podíamos redimirnos de alguna falta. Los designios de estos diosecillos burocráticos son tan impenetrables como los de los dioses antiguos y, como éstos, distribuyen la dicha y el dolor sin apelación. (...) En sus ventanillas enrejadas están como en altares de pacotilla, esperando que les rindamos adoración.”*²⁵⁸

Julio Ramón Ribeyro. Prosas Apátridas

El Convenio 169 de la OIT, es un instrumento internacional auto aplicativo que entro en vigencia en el Perú, el 02 de febrero de 1995, y podía ser exigido su cumplimiento desde entonces, sin necesidad de una Ley especial o reglamentación. Sin embargo, durante más de 15 años, los diversos sectores del Poder Ejecutivo, se negaron abiertamente a darle cumplimiento, pretextando que mientras no se reglamente el citado convenio no es exigible, como lo manifestó en su momento el Ministerio de Energía y Minas. Ello llevo a que las organizaciones indígenas, y organizaciones no gubernamentales, librarán un proceso de sensibilización de nuestras autoridades para efectos de que sea posible la implementación del mencionado Convenio, proceso al que posteriormente se sumo la Defensoría del Pueblo. Por otra parte, las acciones legales iniciadas por organizaciones indígenas, permitieron que el Tribunal Constitucional (TC) se pronuncie, y ratifique el rango constitucional del Convenio 169 de la OIT, su vigencia desde 1995, y la necesidad de una legislación especial para implementarla. Sin embargo, el punto de inflexión, que determino que el derecho a la consulta previa sea un tema de interés nacional, fueron los lamentables sucesos de Bagua, en junio del 2009, y los cuestionamientos a la legislación forestal y de fauna silvestre, que finalmente fue derogada. Tuvo que transcurrir dos años más de ese lamentable incidente, para que el Congreso aprobara en forma definitiva la

²⁵⁸ Ribeyro, Julio Ramón. Prosas Apátridas (completas). Planeta. Lima. 2009.p. 18.

Ley de Consulta Previa, y promulgada por el Presidente de la República el 06.09.2011, en la ciudad de Bagua.²⁵⁹

5.1. RESPECTO A LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA

Un año (01) después de la promulgación y publicación de la Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, Ley N° 29785, conviene reflexionar sobre si esta norma realmente garantizara la implementación de manera objetiva e independiente de este derecho indígena instrumental, si la misma fortaleció la institucionalidad indígena, y sobre todo si todas sus disposiciones superan el filtro de la convencionalidad y constitucionalidad que toda norma debe transitar, especialmente cuando las organizaciones indígenas peruanas están cuestionando duramente esta norma, y piensan interponer una acción de inconstitucionalidad contra la citada ley. Nosotros sostenemos que la citada ley, si bien resultó un avance importante al constituirse en la primera ley que regula el tema, no es menos cierto que tiene serias deficiencias estructurales que pueden impedir que se desarrolle un procedimiento de consulta previa auténtica, y con todas las garantías del caso, como a continuación explicaremos con detalle.

5.1.1. CONCEPTOS PREVIOS: EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ

El reconocimiento del Derecho a la Consulta Previa, ha tenido su propia historia en la jurisprudencia del TC, que luego de una prolongada guerra de interpretaciones del propio colegiado, ha terminado, por aceptar lo que era inevitable: “respecto a la exigibilidad del derecho a la consulta se encuentra vinculada a la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT, esto es, el 2 de febrero de 1995. Tal regla no ha sido desconocida por nuestra jurisprudencia. No podría haberlo hecho pues la responsabilidad derivada de las obligaciones internacionales contraídas tras la ratificación de un tratado internacional se determinan a partir de las reglas del Derecho Internacional Público, que se integran a los actos normativos que se dictan y a las decisiones de los tribunales internos. En ese sentido, la RTC 6316-2008-PA/TC sólo se limitó a establecer que desde que se expidió la STC 0022-2009-PI/TC existen criterios jurisprudenciales para resolver casos que involucren al derecho a la consulta [STC 0025-2009-PI/TC, Fund. Jur. N° 24].”²⁶⁰ Terminada esta batalla legal lo que se nos viene será un proceso de adecuación al derecho a la consulta previa, en el cual la Ley de Consulta Previa jugará un papel fundamental aunque “clausulas taras” tendrán que ser neutralizadas mediante una revisión de la convencionalidad y constitucionalidad de la misma.

Celebramos la “aclaración”, más que pertinente, que devuelve a su curso natural las aguas del derecho indígena y Derecho Internacional Público, y la confianza en nuestro máximo intérprete de la Constitución. Las consecuencias de reconocer esta verdad innegable, antes increíblemente dejada en el limbo por el TC, son de consecuencias propias de un suceso cataclísmico, pues permitirá que las concesiones otorgadas desde el 2 de febrero de 1995 hasta el 2011 que no hayan sido consultada puedan adecuarse, ya sea por iniciativa del propio Estado, mediante un proceso de adecuación, que es lo natural, o mediante los fórceps jurídicos establecidos por nuestro ordenamiento como los procesos constitucionales. En estricto, jurídicamente las concesiones otorgadas y normas emitidas sin consulta previa son nulas, pues no cumplían con un requisito esencial de validez, y por contravenir el orden público, sin embargo una solución ponderada, que

²⁵⁹ Aunque recién se publica en el Diario Oficial el Peruano al día siguiente

²⁶⁰ **Fundamento 7 de la STC N° 00024-2009-PI**

apoyamos es la de transitar por un proceso de revisión que nos lleve en unos casos a la adecuación y en otros a la nulidad según cada caso, tarea que esperemos sea iniciado por el propio Estado.

Advirtamos que la Ley de Consulta Previa dada en el Perú, tiene el dudoso honor, de ser la única en toda la región, y que a la vez formalmente contradice la naturaleza autoaplicativa del Convenio 169 de la OIT, reconocida en todos los países en que han implementado el mencionado instrumento, que directamente fueron a reglamentar la consulta previa en los diferentes sectores productivos. Por ello es válido hacernos la pregunta ¿necesitábamos una Ley de Consulta Previa, para implementar este derecho indígena derivado de un tratado autoaplicativo? La respuesta jurídica es que no, pero políticamente si la necesitábamos, pues existía una resistencia muy grande de parte de inversionistas, organismos públicos del Poder Ejecutivo, y un sector importante de las fuerzas políticas del Parlamento. Ciertamente, la resistencia a la implementación de la Ley de Consulta Previa en el sector empresarial minero ha sido por largo tiempo furtiva, sin embargo hace poco la confrontación se hizo abierta cuando el empresario Roque Benavides, Presidente Ejecutivo de la compañía Buenaventura, en septiembre del 2011, reabrió la polémica sobre la consulta previa a las comunidades campesinas, para quien los comuneros no son dueños de las tierras ni de los recursos que existen en ellas, en una abierta intensión de desconocer la propiedad comunal y los procesos históricos del país manifestó que: “Acá se da por hecho que las comunidades han existido toda la vida, pero las comunidades son hechas en el gobierno de Velasco, no existían las comunidades, no existían. Digamos las cosas con la verdad, yo sé que puedo sonar confrontacional, pero no digo mentiras, esa es una realidad”, señaló ante los asistentes de la 30ª Convención Minera, Perumin.

Así, la Ley de Consulta Previa se hacía necesaria para forzar el cumplimiento de este derecho y despejar los perjuicios, temores, miedos y desconfianza que sentían determinados sectores de nuestra sociedad. Sin embargo, en la propia Ley pugnan dos fuerzas, dos sentimientos encontrados, la que siente que el Convenio 169 de la OIT, estuvo vigente desde el 02 de febrero de 1995, y la que piensa que este derecho formalmente nace a partir de la vigencia de esta Ley (2011), lamentablemente en esta pugna vence la última posición, que impide la previsiones de adecuaciones y revisiones de medidas, y hace de cuenta que el derecho de consulta previa, corre a partir de la vigencia de esta nueva ley. Pese a todo, esta norma tiene la virtud, de haber sido una de esas pocas normas, que se aprueban por unanimidad en el Pleno del Congreso, pero este consenso, ha tenido un alto costo, pues la norma presenta importantes limitaciones, que impiden en principio garantizar un proceso de consulta previa auténtico, genuino y de avanzada, como veremos más adelante, lo que no es casual, y seguro ha sido producto de soluciones negociadas entre los portavoces de las diferentes bancadas, sino recordemos que hasta antes de la votación del día 22 de agosto del 2011, se contaba con cuatro (04) proyectos de ley al respecto, lo que suponía iba comprometer un intenso debate, que no se produjo, no sólo por la presión de grupos de interés, sino por las concesiones efectuadas en la norma en los pasillos del Congreso. Recordemos además que la tardía remisión de la autógrafa al Poder Ejecutivo, dos semanas y media después, para la promulgación del caso, el 07 de septiembre del 2011, no ha sido mera casualidad, sino suponemos cálculo político.

5.1.2. OBJETO DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA

La Ley de Consulta Previa se aplica a todas las medidas legislativas o administrativas “susceptibles” de afectarles directamente a los pueblos indígenas. Advertamos que susceptible, significa capaz de recibir modificación o impresión, en el caso concreto, implica que pueden ser objeto de consulta, las medidas que pueden afectarles directamente a los pueblos indígenas, y no solamente a las que se tiene certeza que las pueden afectar directamente. Lamentablemente, la Ley de Derecho de Consulta Previa, solo enfatiza las que pueden afectarles directamente, peor aún, enfatiza que el tipo de afectaciones: derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo, distinguiendo, y limitando la consulta a estos tópicos. El Convenio 169 de la OIT, es mucho más amplio y protector, pues no establece dichos criterios, y posibilita la consulta en general a todas aquellas que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, y ello no es solamente, derechos colectivos en estricto, sino derechos individuales de sus miembros, tales como sus derechos civiles, sociales o económicos que le atañen a los miembros de las poblaciones indígenas.

La Ley de Consulta Previa, acierta, cuando señala que “también corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos” sin embargo, los criterios antes mencionados serán una limitación en su aplicación desde el punto de vista formal, tan querido por los funcionarios públicos, regidos por el principio de legalidad. Por otra parte, que la Ley, señale de manera expresa que es obligación del Estado realizar la consulta previa, despeja cualquier duda, o mala interpretación, con relación a de quien es la obligación de realizar la citada consulta. Recordemos que el Tribunal Constitucional ha manifestado que “el derecho a la consulta tiene un ámbito protegido. Este se encuentra constituido por una serie de posiciones iusfundamentales, entre las cuales el Tribunal Constitucional ha identificado [STC 0022-2009-PI/TC, Fund. Jur. N° 37]: ²⁶¹

- (a) el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales. En particular, los que estén vinculados con su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo colectivo;
- (b) el derecho a que la consulta se realice de manera previa y bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad; y
- (c) el derecho a que se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta, encontrándose excluido de este programa normativo del derecho a la consulta lo que coloquialmente se ha venido en denominar “derecho al veto”.

El TC establece con lucidez que es posible distinguir cuando menos tres modos que medidas estatales (administrativas o legislativas) pueden menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas tales como: ²⁶²

- (a) medidas dirigidas a regular aspectos que conciernen en forma exclusiva a los pueblos indígenas;

²⁶¹ Fundamento 5 de la STC N° 00024-2009-PI

²⁶² Fundamento 6 de la STC N° 00024-2009-PI

- (b) normas de alcance general que podrían implicar una afectación “indirecta” a los pueblos indígenas; y,
- (c) medidas específicas relacionadas con pueblos indígenas dentro de normas de alcance general [STC 0022-2009-PI/TC, Fund. Jur. N° 21].

El TC así nos precisa el núcleo esencial del derecho a la consulta previa como derecho colectivo reconocido por la Constitución derivado del derecho a la identidad étnica y cultural, ahora llama la atención que la Ley resalte como **criterios a tener en cuenta para efectuar la consulta previa, la existencia física de una población indígena, su identidad cultural, su calidad de vida o su desarrollo colectivo**, y extrañamente, evita mencionar de manera frontal la afectación directa al medio ambiente, vida, salud, o la propiedad comunal. Pero aún más, llama la atención, la omisión de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, cuyo régimen especial, de intangibilidad, requerían un pronunciamiento expreso del TC, como criterio orientador para su protección, además de ser excluidos de la consulta previa por obvias razones, como ocurre en Colombia y protegidos por Ecuador en su propia Constitución.

El TC, reconoce que el derecho a que la consulta se debe realizar “de manera previa y bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad;” sin embargo, no fortalece a la autoridad nacional indígena, dándole el encargo de llevar adelante dicho proceso, y todo lo contrario desconoce al Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano, en adelante INDEPA, un organismo técnico permutándolo por uno político como el Viceministerio de Interculturalidad.

5.1.3. LOS PRINCIPIOS DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA

Los principios tienen son guía que inspiran el ordenamiento jurídico, y tienen básicamente tres objetivos bien definidos informar, es el fundamento y fuente de donde el operador deberá partir al momento de aplicar la ley. Asimismo, actúa como fuente supletoria, en los casos en que no hay una previsión legal expresa (método de integración del derecho), y en última instancia permite que a través de ellos se interprete la ley, y oriente a los operadores en la implementación de un procedimiento administrativo. En última instancia, los principios son postulados que buscan asegurar la efectividad de una institución jurídica y respetar el contenido e implicancias de un derecho constitucional. En ese sentido, la consagración de los principios de la consulta previa son un acierto de esta norma, pues establecen como guías para aplicar la consulta son:

- a) Oportunidad.** *El proceso de consulta se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales.*

Ciertamente, la consulta previa es un proceso dinámico, que se realiza previamente a la aprobación de las medidas legislativas o administrativas, sin embargo, también durante la ejecución de sus diversas fases o etapas, que por ejemplo en el caso de concesiones implica la suscripción de un contrato, la fase de exploración, explotación y cierre (remediación de pasivos). Advertimos que el análisis del artículo 6° del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, que reglamenta el artículo 15° del Convenio 169 referido a la consulta previa en el caso de aprovechamiento de recursos naturales,

deja un sin sabor cuando se señala que “es obligación del Estado Peruano consultar al o los pueblos indígenas que podrían ver afectados directamente sus derechos colectivos, determinando en qué grado, antes de aprobar la medida administrativa (...) **que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican el o los pueblos indígenas**, conforme a las exigencias legales que correspondan en cada caso.” Lo que dice el Reglamento se aparta del principio de oportunidad, pues deja la puerta abierta para que no necesariamente se consulte el otorgamiento de la concesión sino solamente el acto administrativo que autoriza el inicio de las actividades de exploración o explotación, que no necesariamente es la certificación ambiental, sino la autorización posterior que otorga la administración para que inicie operaciones el titular del proyecto, lo cual evidentemente desnaturaliza la esencia de la consulta previa y su oportunidad, pues el objeto sustancial de consulta anticipada es la entrega de la concesión, y sólo por añadidura, los será el Estudio de Impacto Ambiental, y eventualmente el acto administrativo de inicio de operaciones de la empresa, un acto administrativo residual.

b) Interculturalidad. *El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas.* Ello implica desarrollar estudios para mayor conocimiento de nuestros pueblos indígenas, que deben ser promovidos no sólo por la autoridad rectora sino desde las universidades e institutos que operan en zonas donde habitan poblaciones indígenas. También supone la elaboración de guías y metodologías consensuadas que permitan llevar a la realidad un verdadero diálogo intercultural respetuoso de las culturas originarias o nativas.

c) Buena fe. *Las entidades estatales analizan y valoran la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. El Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios **tienen el deber de actuar de buena fe**, estando prohibidos de todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas.* Recordemos, lo manifestado por la OIT, en el **Informe 2011 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones**, señalo, “en el caso del Ecuador, el Comité tripartito, en su informe aprobado por el Consejo de Administración en 2001, se refirió a los trabajos preparatorios del Convenio y declaró que consideraba que el **«concepto de las consultas a las comunidades indígenas [...] comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre las partes caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común»**. El Comité tripartito indicó que no se puede considerar que una simple reunión informativa cumpla con las disposiciones del Convenio y que las consultas deberían realizarse antes, lo cual implica que las comunidades afectadas deberían participar lo antes posible en el proceso, incluso en la preparación de los estudios de impacto medioambiental.”

El proceso de consulta previa, como el de la participación ciudadana, está regido por el principio de buena fe, con una diferencia, en este caso, ella implicara la honesta y leal intención de querer arribar a un acuerdo ambas parte, y en última instancia, a obtener el consentimiento del pueblo indígena de manera regular, y sin utilizar mecanismos fraudulentos, o convertir al proceso de consulta en una mera formalidad carente de vocación de diálogo. Llama la atención que la norma, enfatice que “está prohibido todo proselitismo partidario y conductas antidemocráticas” pues siendo conceptos tan

subjetivos, quedara a discreción de la autoridad cuando se presentan estos casos, que a diferencia del caso fortuito o fuerza mayor, son demasiado etéreos y genéricos, constituyendo un peligro para la continuidad del proceso de consulta. Además en última instancia la política es intrínseca a las sociedades, y los hechos que en teoría, se pueden asociar a lo antidemocrático, calzan perfectamente en supuestos de fuerza mayor, no había necesidad de explicitar un supuesto tan difuso, arbitrario, y manipulable.

d) Flexibilidad. *La consulta debe desarrollarse mediante **procedimientos apropiados** al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar, así como tomando en cuenta las circunstancias y características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados.* La naturaleza de las cosas, nos hace tratarlas teniendo en cuenta su esencia y estructura, así resulta razonable que la flexibilidad genere procesos de consulta previa adecuados a las medidas que se consultaran, teniendo en cuenta estructura socio cultural de cada pueblo indígena. De esta manera, se tendrá que desarrollar un proceso de consulta previa, teniendo en cuenta la estructura de cada pueblo indígena pero también de cada entidad estatal, así habrá una consulta previa especial para las leyes aprobadas por el Congreso de la República, otro para las medidas adoptadas por la entidades del Poder Ejecutivo, y otros más, para las medidas propuestas por el Gobierno Regional y Municipal. También la flexibilidad y el plazo razonable deberá ser puesta a prueba según la complejidad de la medida administrativa o legislativa objeto de consulta, así no será lo mismo consultar una Ley o reglamento de más de 300 artículos, que una de tres artículos, o una concesión de pequeña envergadura que un megaproyecto, la estructura del ente rector de pueblos indígenas o su extinción, ciertamente, a mayor complejidad del tema habrá mayor intensidad de debates, y se requerirá de un mayor tiempo para producir un auténtico y genuino dialogo, que pasa previamente por entender y comprender el objeto de discusión. En ese contexto, La Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Ley N° 29763, y su supuesta consulta previa, defendida por la Defensoría del Pueblo, no pareció cumplir estos cánones, al haberse efectuado una consulta previa con una parte de las organizaciones indígenas, y sin previamente establecer un procedimiento administrativo. Lo propio, podemos decir de la norma que aprueba la fusión del INDEPA con el Ministerio de Cultura, que debió ser objeto de consulta, y no lo fue, y por tanto debería ser dejado sin efecto, y dar paso a un INDEPA con mayor independencia y participación de los pueblos indígenas andinos, amazónicos y afroperuanos.

e) Plazo razonable. El proceso de consulta se lleva a cabo considerando plazos razonables que permitan a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer, **reflexionar y realizar propuestas concretas** sobre la medida legislativa o administrativa objeto de consulta. Las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas y sus representantes deben contar con un plazo razonable en consideración de la naturaleza de la medida con el fin de realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y sobre la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos, calidad de vida y desarrollo de los pueblos indígenas.²⁶³ Evidentemente, los costos de transporte, alimentación y traslado, y otros necesarios, para realizar esta etapa será asumido por la entidad proponente de conformidad con el numeral 2 del artículo 19° del Reglamento de la Ley de Consulta Previa.

²⁶³ Numeral 1 del artículo 19° del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC

- f) Ausencia de coacción o condicionamiento.** La participación de los pueblos indígenas u originarios en el proceso de consulta debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno. Es evidente que el dolo, el fraude, el engaño, el ardid, mala fe, la coacción, la extorsión, la corrupción, el chantaje, y otros vicios, dejan sin efecto la eficacia de la consulta previa, por lo que cuando se detecten será causalidad de nulidad del proceso de consulta.
- g) Información oportuna.** Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre la medida legislativa o administrativa a ser consultada. El Estado tiene la obligación de brindar esta información desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación. Una de los principales problemas en la gestión ambiental, especialmente de los megaproyectos, es la ausencia de transparencia y acceso en la información ambiental, este fue el caso de las concesiones temporales de la Centrales Hidroeléctricas de **Paquisapango e Inambari**, en cuyas áreas de influencia existen poblaciones indígenas, donde apenas se brindaban resúmenes ejecutivos, mas no los estudios ambientales completos, lo que dificulto el conocimiento de los impactos de estos proyectos sobre las poblaciones afectadas. Así, es acertado, que se consagre la exigencia no sólo de brindar información completa y suficiente para realizar el proceso de consulta previa, sino que esta sea puesta en conocimiento oportunamente, para no desnaturalizar el procedimiento, y permitir a los pueblos indígenas tomar conocimiento adecuado e idóneo de los impactos de la medida administrativa o legislativa objeto de consulta.

5.1.4. CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Los pueblos indígenas entendidos como una estructura social con su propia organización política, administrativa y cultural, con un legado histórico, constituyen per se un nuevo sujeto de derecho en el ordenamiento jurídico peruano, distinto a las personas jurídicas llamadas comunidades nativas o comunidades campesinas, o asociaciones o federaciones de organizaciones indígenas, que a diferencia de las anteriores no requieren inscripción en un Registro Público para que tengan existencia, y sí lo están es con fines meramente informativos y declarativos no constitutivos. Así, cuando el artículo 5º de la Ley de Consulta Previa, establece que “los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa”, se refieren a este nuevo sujeto de derecho. Es interesante, observar que la afectación a la que se refiere la Ley, puede ser positiva o negativa, esto es no se puede pretender solamente realizar consulta previa cuando existe una afectación negativa sino también cuando la misma producirá impactos positivos, pues los pueblos indígenas tienen derecho a ser parte activa de las decisiones estatales que repercutirán en su vida, y efectuar sus aportes, así como brindar su consentimiento, pues finalmente, ellos son los que serán los beneficiarios o perjudicados, por la medida legislativa o administrativa que se va adoptar.

Asimismo, el artículo 6º de la Ley de Consulta Previa, indica que “los pueblos indígenas u originarios participan en los procesos de consulta a través de sus instituciones y organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales.” Siguiendo, fielmente lo establecido por el Convenio 169 de la OIT, ello

permitirá que se reconozcan las organizaciones sociales de nuestros pueblos indígenas, de acuerdo a sus usos y costumbres tradicionales, rompiendo las cadenas de la formalidad que siempre los han atado a la estructura rígida creada por nuestro Código Civil (asociaciones) o la propia Ley General de Comunidades Campesinas o Nativas (y ese otro sujeto de derecho). Todo ello debería llevarnos a celebrar el reconocimiento oficial de los “pueblos indígenas” como nueva categoría de sujeto de derecho, hace mucho aceptada en el plano internacional.

La Ley de Consulta Previa, establece que para identificar a los pueblos indígenas u originarios como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos. Hasta allí todo bien. Sin embargo, los problemas vienen luego cuando se señala algunos absurdos criterios objetivos y se aligera al mínimo el criterio subjetivo, veamos:

a) Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional. La Ley extrema el tema de descendencia al exigir que sea directa, y mientras el Convenio 169 de la OIT, sólo exige descender de poblaciones originarias. Ello nos trae el inconveniente de la probanza de descendencia directa, y podría estar excluyendo a las poblaciones indígenas, que sean visto forzadas al mestizaje producto de la conquista. En todo caso, una interpretación coherente con nuestros compromisos internacionales nos llevará a reconocer a las poblaciones indígenas, tanto de descendencia directa como indirecta producto del mestizaje.

b) Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan. Estilos de vida es algo bastante cuestionable como criterio objetivo, debido a que el sincretismo cultural, y el mejoramiento de condiciones de vida, puede haber traído consigo que muchos pueblos indígenas adopten estilos de vida occidentales, sin por ello haber perdido su identidad cultural. Aquí se nos viene a la mente, la utilización de polos deportivos de parte de algunos miembros de comunidades indígenas, sin que esto importe, que reniegan de su cultura, la cual practican, por tanto, a pesar de utilizar indumentaria occidental, eso no les hace perder su condición de pueblo indígena, sino recordemos los a los pueblos indígenas que viven en zonas de la principales ciudades del país, como los Aymaras en Puno, o los Ashanincas en Lima. Por otra parte, el vínculo espiritual e histórico con el territorio, si es un acierto, pues la mayoría de pueblos indígenas en el Perú, tienen una conexión espiritual con su territorio, siendo un caso especial, el de los pueblos indígenas afrodescendientes, que el Convenio 169 de la OIT reconoce bajo el nombre de pueblos tribales, y donde se prescinde del tema de territorio, y se releva a su máxima expresión su identificación cultural.

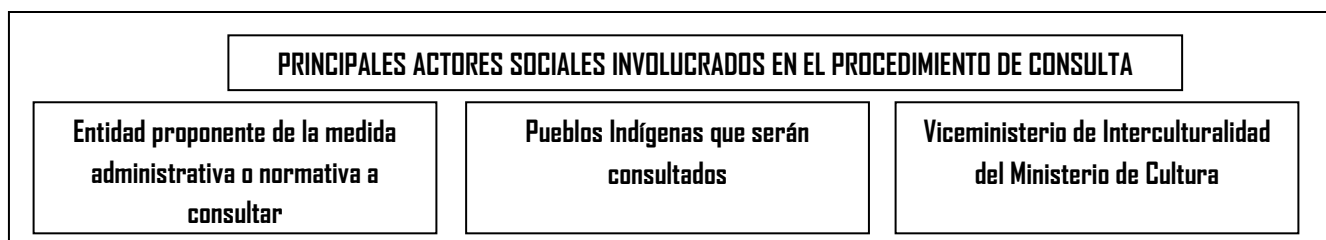
c) Instituciones sociales y costumbres propias. Aunque este criterio se desprende del propio Convenio 169 de la OIT, llama la atención de costumbres propias, en un país donde el sincretismos cultural y religioso, producto de los procesos de conquista y colonización han sido constantes, y recordando que el Convenio dice se conserve total o parcialmente la cultura del pueblo indígena, sin embargo la Ley de Consulta Previa, omite esta aclaración que es importante.

d) Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional. Entendemos que este criterio permite a los pueblos indígenas afroperuanos puedan hacer valer sus derechos colectivos, pues poseen una cultura bastante característica y se distinguen claramente del resto de la población general.

Sin duda, constituye un error lamentable que la Ley de Consulta Previa, furtivamente quiera desconocer al criterio fundamental para determinar la existencia de un pueblo indígena cuando, olvida remarcar la importancia y rol dirimente del criterio subjetivo, limitándose sólo a decir que “el criterio subjetivo se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria.” Ahora bien, la conciencia de indígena también la puede albergar un individuo, recuérdese los pueblos indígenas en extinción, o aquellos indígenas que migran a las ciudades en busca de mayores oportunidades, o representación política de sus comunidades, casos en los cuales la condición de indígena también se respetaría. Empero, si constituye un acierto que la Ley de Consulta establezca que “las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos” con un ánimo de otorgar la mayor protección posible a los pueblos indígenas, muchos de los cuales están fragmentados en varias comunidades campesinas o nativas producto de la fallida reforma agraria del siglo pasado.

5.1.5. LAS SIETE (07) ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA PREVIA

El procedimiento de consulta previa tiene por objetivo hacer posible que los pueblos indígenas puedan ser consultados acerca de las actividades estatales o privadas que puedan afectarles, y tiene por vocación procurar llegar a un acuerdo y obtener el consentimiento de las poblaciones indígenas en el marco de un Estado Constitucional Plurinacional, Pluricultural y Pluriétnico. En ese sentido, el artículo 8º de la Ley de consulta previa identifica claramente siete (07) etapas que deberán desarrollarse en el tiempo máximo de ciento veinte (120) días, todas a cargo de la entidad proponente, y dejando al básicamente Viceministerio de Interculturalidad con una labor de acompañamiento, y sólo por excepción un rol dirimente.



El procedimiento administrativo pierde objetividad e independencia, al ser conducido por la propia entidad estatal interesada o proponente, quien realiza: **Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta (primera etapa)**, Aquí Resultaría de suyo importante listar medidas que siempre deberán ser objeto de consulta previa, para crear mayor predictibilidad, y restringir la excesiva discrecionalidad, que pueden tener las entidades, allí estarán los casos de medidas que otorguen o restrinjan el ejercicio derechos de los pueblos indígenas o sus miembros, la reubicación o traslado de poblaciones indígenas, planes o programas para poblaciones originarias, titulación de tierras en zonas habitadas por pueblos indígenas, medidas que afecten los recursos naturales utilizados por pueblos indígenas, medidas que afecten sus conocimientos colectivos, caminos ancestrales, o espacios místicos, entre otros. Sin embargo, este listado, debería ser numerus apertus, y podrían ingresar otros supuestos según la naturaleza de la medida y la cultura de los pueblos indígenas.

También la entidad proponente tendrá la misión de la **Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados (segunda etapa)**. En realidad, lo primero que deberíamos hacer es identificar a todas las etnias, naciones y pueblos indígenas que habitan nuestro país, y no empezar a buscarlos para saber si les afecta una medida legislativa o administrativa. Sin embargo, el proceso se encuentra invertido, primero se planifica la medida, y luego se determina si habrán pueblos indígenas que podrían ser afectados, y de ser este el caso, se identifica los mismos para hacerles la consulta correspondiente, lo que debería implicar no solamente pedir opinión al Viceministerio de Interculturalidad, ante la captura del INDEPA, sino solicitar información a las organizaciones nacionales y regionales de los pueblos indígenas además de realizar visitas de campo a la zona, en el caso de concesiones.

La tercera etapa que llevara adelante la entidad proponente es **Publicidad de la medida legislativa o administrativa (tercera etapa)**. Las medidas legislativas o administrativas, usualmente se encuentra programadas en los planes institucionales multianuales, el CEPLAN, y otros documentos de planificación específicos de cada entidad, y sólo por excepción son coyunturales, en razón a ello, cuanto menos su publicidad se debería dar con un año de anticipación en el caso de entidades del Poder Ejecutivo, Órganos Constitucionales Autónomos como Gobiernos Regionales y Municipalidades, y en el caso del Congreso al inicio de cada legislatura. Ciertamente, tendrían que haber modificaciones al Reglamento del Procedimiento Legislativo del Congreso, para que los proyectos de ley que involucren derechos de pueblos indígenas específicamente no sean archivados una vez acabada la legislatura, sino pueda mantener su vigencia, al menos dos legislaturas más. Consideramos que una publicidad de la medida legislativa o administrativa, prudente es mínimo de un año, y su aprobación implicaría un tiempo razonable adicional. Si aspiramos promover políticas estatales de largo plazo, y normas de largo aliento, tenemos que darnos el tiempo de debatir y consensuar las mismas, especialmente ante la ausencia de un parlamento bicameral, y donde el pleno del Congreso, ha dado muestras de aprobar leyes sin el menor sustento técnico, y peor aún sin ningún amague siquiera de debate, sino recordemos las universidades creadas sin presupuesto, o los días en homenaje de platos típicos, y aún cuestiones absurdas que sean dado el lujo de crear, en vez de aprobar verdaderas normas que hagan más eficientes las funciones del Estado.

Lo propio debemos indicar de las entidades del Poder Ejecutivo, que deben planificar sus medidas administrativas y normativas, con debida anticipación, empezando con las concesiones, que deben tener coherencia con el ordenamiento territorial de la región afectada, y documentos de planificación de los diversos sectores involucrados en la actividad concesionaria de manera directa e indirecta para evitar superposiciones de actividades de económicas incompatibles, casos en los cuales una consulta previa sería imposible e incluso absurda, mientras los sectores no se pongan de acuerdo sobre la prioridad de la actividad concesionaria. Asimismo, los proyectos de dispositivos, deben ser acompañados de un proceso de difusión, que debe ir más allá, de la mera formalidad de pre publicar una norma con quince (15) días útiles de anticipación, antes de aprobar la norma. Es imperativo pueda efectuar el control ciudadano sobre la legalidad y constitucionalidad de las normas que se expiden por las diversas entidades estatales desde su elaboración, y ello se puede dar si se difunde y explica el proyecto de dispositivo, a fin de crear mayor seguridad jurídica, para la población general y especialmente para los pueblos indígenas. Enfatizamos, no basta difundir una norma con anticipación, se requiere explicarla a los sectores afectados, en este caso los pueblos indígenas, y permitir que estos puedan reflexionar sobre la misma, y puedan aportar en el

proceso de elaboración del dispositivo. Tengamos presente que no se puede aportar en lo que no se entiende ni comprende.

La cuarta etapa a cargo de la entidad proponente es referida a **la Información sobre la medida legislativa o administrativa**. La transparencia y acceso a la información pública, que tiene la calidad de todo lo referido a la medida legislativa o administrativa es fundamental, y esta información, tiene que ser idónea, suficiente, y completa para poder llegar a un acuerdo o consentimiento del pueblo indígena, y en última instancia para que puedan hacer reales aportes a las medidas objeto de consulta. En caso, que la información sea entregada de manera extemporánea o inoportuna, o esta sea entregada de manera parcial o insuficiente, ello invalidaría el proceso de consulta previa, trayendo su nulidad, al haberse inobservado uno de sus principios rectores de la consulta previa (la buena fe y oportunidad). Así, los estudios e informes técnicos y legales que obren en la base de datos de la entidad referidos a la medida objeto de consulta deben ser puestos a disposición de los pueblos indígenas y la sociedad civil en general en formatos de bajo costo y fácil difusión.

Ciertamente, la gratuidad de este tipo de información pública para los representantes de pueblos indígenas debería ser un principio, pues resultaría absurdo que se le quieran cobrar tasas a poblaciones indígenas, ubicadas dentro de los grupos más vulnerables y en extrema pobreza. Me queda claro que sería incoherente que se les quiera cobrar por conocer como la entidad estatal puede afectar su vida en comunidad, además siendo una medida, de interés del Estado, y estando el mismo en obligación de garantizar los derechos de los pueblos indígenas, debería asegurarse que los pueblos indígenas tenga no sólo fácil acceso a la información que les afecte, sino que el acceso a la misma sea gratuita, e incluso en su legua, trasladando el costo que ello implique, cuando fuera posible, a terceros (concesionarios) o detrayéndolo del tesoro público o los recursos de un fondo voluntario privado.

La quinta etapa, es **la evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas** u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente. La conquista de derechos sociales, económicos y culturales ha sido una tarea siempre complicada, y difícil, pero también lo es, el ejercicio efectivo de los mismos, más allá de las formalidades, que siempre terminan disfrazando la realidad social, a la que no quieren encorsetar con estructuras rígidas, peor aún cuando derivan del monismo jurídico queriendo regular una pluralidad de culturas, ironías del mundo jurídico. Lo mismo ocurre con los derechos indígenas, y puntualmente, el derecho consulta que tiene su columna vertebral, en la garantía de una real y auténtica evaluación interna de las organizaciones de los pueblos indígenas sobre las medidas objeto de consulta. Y eso tengámoslo claro si bien se inicia, con la identificación y acreditación de los pueblos indígenas afectados, la difusión en un plazo razonable de la medida a consultar, y entregar la información idónea, completa y suficiente, de manera oportuna, y gratuitamente, también importa que los pueblos indígenas consultados tenga el espacio y plazos razonables atendiendo a su organización para poder evaluar la medida, pero además también el fortalecimiento de sus capacidades técnicas, y sus organizaciones sociales.

Asimismo, resulta imperativo, intensificar las capacidades técnicas de los pueblos indígenas dando mayores oportunidades de educación universitaria y creando un fideicomiso que permita a los pueblos indígenas poder contar de manera independiente

con un equipo técnico que los apoye en el proceso de consulta previa para garantizar una verdadera y auténtica evaluación interna de la medida propuestas. También podría implementarse mecanismos similares a los abogados de oficio que funcionan en el ámbito penal, y permitir que el Estado cuando el pueblo indígena lo solicite le brinde técnicos especialistas en las medidas propuestas y en pueblos indígenas que los apoyen en la evaluación de la medida propuesta. Ciertamente, lo ideal sería que las organizaciones indígenas cuenten con equipos técnicos conformados por indígenas, pero a la fecha, ello todavía está en proceso, y mientras ocurra, se debe apoyar a las poblaciones indígenas para que puedan realizar una verdadera evaluación de la medida objeto de consulta, y evitar así, que la consulta previa, se convierta en una mera formalidad que cumplir, y que sea una parodia de las grandes desigualdades de información y de recursos logísticos entre los pueblos indígenas y la unidad ejecutora.

La **sexta etapa** es el **Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas** u originarios que implica un previo proceso de identificación de dichos actores sociales, de donde aparecen los siguientes: a) de parte de los pueblos indígenas, sus representantes regionales y nacionales; b) y por otra parte del Estado, encontramos: en primer lugar, al ente proponente, el Viceministerio de Interculturalidad, que usurpa las funciones del INDEPA. También se encuentran en este rubro, los representantes del OEFA cuando se trate de medidas vinculadas a posibles afectaciones al ambiente que requerirán fiscalización ambiental, y a la Defensoría del Pueblo.

El Proceso de Dialogo, implica tener a un actor neutral, que permita ser el facilitador del dialogo entre la entidad proponente, y los pueblos indígenas, en este caso, esa condición, debería recaer en el Viceministerio de Interculturalidad hasta que se restituya al INDEPA, como ente rector de los pueblos indígenas, que sería apoyado por la Defensoría del Pueblo. Entonces, el escenario sería el siguiente, la entidad proponente dialoga con los pueblos indígenas, mientras el Órgano Público Técnico Especializado, velara por que se cumplan los principios de la consulta previa, y facilitara el proceso de intercambio de ideas, en tanto, que la Defensoría será un observador, y eventualmente persuadirá a los actores sociales a mantener el diálogo y llegar acuerdos, en la medida de lo posible, en el marco de la buena fe y la transparencia, servirá como garante de que el proceso de consulta previa es regular. Ello no impide que en calidad de observadores puedan estar representantes de entidades financieras interesadas como el BID o el BM, o representantes de organismos internacionales como la OIT, la OEA o la ONU, si es que ambas partes están de acuerdo, y acepta la invitación la entidad involucrada.

La **sétima**, y última etapa, es la adopción de **la Decisión de parte de la entidad proponente**, debiendo contar para ello, con las actas derivadas del citado procedimiento, las alegaciones que hayan hecho al respecto los representantes de los pueblos indígenas, la opinión técnica del Organismo Técnico Especializado en pueblos indígenas, y los informes de los observadores del proceso, tales como la Defensoría del Pueblo, y otras instituciones que hayan participado con dicha condición. En nuestro concepto, la opinión técnica del Viceministerio de Interculturalidad, debería ser previa y vinculante, y condición sine qua non, para adoptar una medida administrativa o legislativa que puede afectar a los pueblos indígenas, no se puede dejar a la discrecionalidad de la autoridad interesada en la norma tanto poder, porque puede generar arbitrariedad.

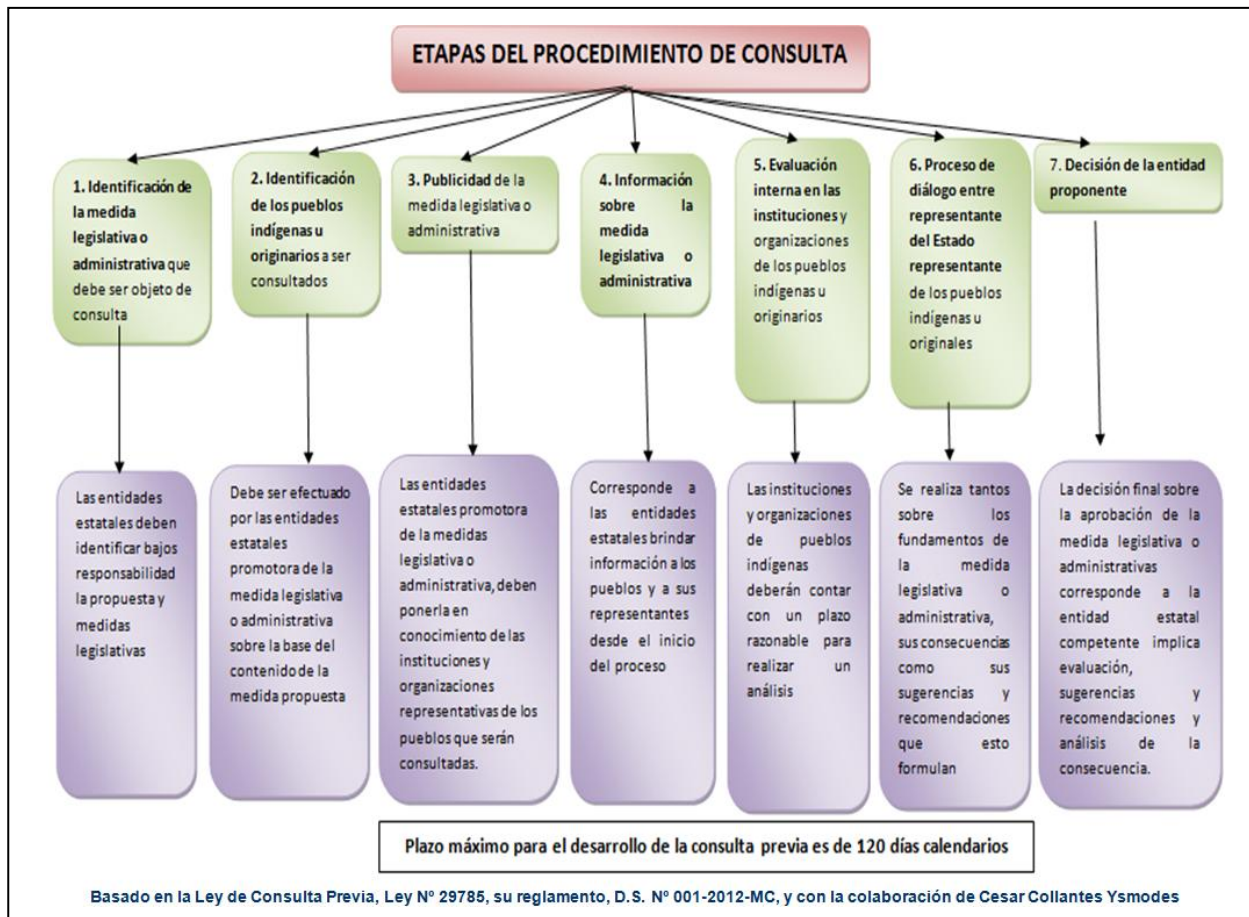
Nótese que la consulta previa, tiene genuinamente la vocación de llegar a un acuerdo, consentimiento o asentimiento de la población indígena, la visión obtusa de verla como un mero mecanismo formal previo a una medida estatal que afectará a una población indígena, y que no interesa finalmente, si se ponen de acuerdo o no, pues el Estado tiene la última palabra, debemos desterrarla, pues ello solo puede cosechar profundos resentimiento, indignación, y conflictos sociales. Sólo para entender imaginemos que te digan “que tocan tu puerta antes de ingresar a vuestra casa, pero que en última instancia, estés o no de acuerdo, podrán ingresar pateando tu puerta, intentando claro está, que no sea tan traumático y violento dicho hecho contrario a tu voluntad, y te pedirán que no seas tan dramático si ello ocurre, pues es parte del Estado de Derecho.” He ahí el problema de la Ley de consulta previa: la regulación de los casos que no se alcance un acuerdo o consentimiento, donde se dice que igual la entidad podrá ejecutar la medida adoptando “todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.” Adviértase que el derecho de consulta previa es un derecho procesal o instrumental, que está diseñado para cautelar otros derechos indígenas como el derecho de autodeterminación, derecho a la identidad étnica y cultural, derecho a un ambiente sano y equilibrado, o el derecho a la salud, y por tanto, el Estado no podrá adoptar una decisión que implique afectación a derechos indígenas sustantivos, y en caso de hacerlo, podrá ser frenado mediante una acción de amparo en resguardo del derecho afectado.

El problema se complica más aún, si se advierte, que quien decide en última instancia, decide si se adopta la medida o no, es la entidad proponente de la medida, con lo cual aparecen los fantasmas del teorema juez y parte, que hacen presa de la desconfianza a quienes serán los directamente afectados por la medida, hecho que finalmente, acabará alimentando un conflicto social, o sea se repetirá el síndrome de la evaluación ambiental a cargo del sector, que ha tenido que ser resuelta proponiendo una autoridad ambiental neutral para hacerse cargo de la misma. Eventualmente, si el Viceministerio de Intercultural, se constituye en segunda instancia para revisar dicha decisión, el peso político del Ministerio proponente o el del propio Congreso o un Gobierno Regional, podría terminar venciendo cualquier resistencia de imparcialidad, y se podría convertir esta segunda instancia, en una comparsa (decisión conversada) en perjuicio de la población indígena afectada con la decisión final. Un Organismo Técnico Especializado, como lo fue INDEPA, pero con mayor participación en su Consejo Directivo de poblaciones indígenas, e idealmente, presidida por un representante indígena, podría dar mayor independencia y neutralidad a esta entidad, y ser verdaderamente un ente que evite estos dilemas.

Sin embargo, volviendo al status quo actual, si la autoridad estatal, decide ejecutar la medida que afecta a determinados pueblos indígenas, estén o no ellos de acuerdo, en aras al “interés nacional”, la primera pregunta que ellos, le podrían hacer es: “interés nacional o bienestar general de cual de todas las naciones que alberga este país”, y es que la condición Plurinacional y Pluriétnico de nuestra país, impide que una nación se imponga de manera arbitraria sobre otra, y nos obliga a que busquemos una toda solución consensuada. La libre autodeterminación de los pueblos indígenas, lo pone en pie de igualdad, frente a nuestra nación dominante, y hace que el derecho a veto que no pueden gozar ellos como nación minoritaria, tampoco pueda ser ejercida por nuestra nación dominante, pues vulneraría el derecho a la igualdad que se reconoce a estas naciones frente a la nuestra, haciendo únicamente viable una solución consensuada, y que pasa por el consentimiento de la población indígena, no solo para casos de reubicación forzosa, medidas que pongan en riesgo su vida, su salud, su subsistencia, ambiente o

recursos naturales, sino en general para todos los casos en que se les afecte su cultura y vida.

Ciertamente, si la medida que piensa adoptar la autoridad estatal, afecta el derecho a la identidad étnica y cultural, vida, integridad, pleno desarrollo, entre otros, a los afectados nos les quedara a los pueblos indígenas, otro camino jurídico que acudir al poder judicial para que la medida estatal sea suspendida hasta que en dicha sede se determine sus impactos y pertinencia, y si están correctamente garantizados los derechos de los pueblos indígenas afectados. Normalmente, esta acción legal podría ser una acción de amparo para resguardar el derecho a la identidad étnica y cultural, y otros derechos constitucionales asociados, que podría ir acompañada de una medida cautelar, que tenga por objeto paralizar la medida estatal hasta el término del proceso. Este proceso también se podría dar si es que habiendo dado su consentimiento el pueblo indígena, la ejecución de la medida estatal afecta sus derechos constitucionales, pues como sabemos una cuestión es aceptar un proyecto en papel, y otra viéndola ejecutarse, como dice el adagio popular, “una cosa es con cajón y otra con guitarra”. También cabría plantear una acción popular, acción de cumplimiento o acción de inconstitucionalidad cuando la medida no fue consultada según el rango de la medida administrativa y la autoridad que la emitió.



5.1.5.1. IDENTIFICACIÓN DE MEDIDAS LEGISLATIVAS O ADMINISTRATIVAS POR PARTE DE LA ENTIDAD PROPONENTE

El artículo 9º de la Ley de Consulta Previa, 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.” La norma tiene por objeto crear responsabilidad funcional de las entidades estatales involucradas en el proceso de consulta previa, sin embargo, pudo ser mejor diseñada, si se establecía de manera clara quien es la entidad estatal encargada de determinar si la medida afectara a los pueblos indígenas, lo natural, sería que esta sea una labor propia del órgano técnico especializado (INDEPA) o si se quiere seguir el juego de la ley, el Viceministerio de Interculturalidad, a quien la entidad estatal proponente de la medida debe solicitar opinión técnica, cuando existan razonables indicios de un impacto a pueblos indígenas con la misma.

Acierta, la Ley de Consulta Previa, cuando señala 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.” Efectivamente, es legítimo que los pueblos indígenas puedan solicitar la consulta previa a la autoridad proponente, cuando una medida, que los afecta, se está realizando sin llevar adelante previamente el mencionado mecanismo – derecho fundamental. Ciertamente, si la entidad estatal ejecutoria considera procedente la solicitud, no habrá problema, sin embargo cuando ello no sea así, la Ley señala que el recurso impugnatorio será resuelto por el Organismo Público Técnico Especializado o sea el Viceministerio de Interculturalidad.

5.1.5.2. IDENTIFICACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A SER CONSULTADOS POR PARTE DE LA ENTIDAD PROPONENTE

El artículo 10º de la Ley de Consulta Previa, establece que “la identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa sobre la base del contenido de la medida propuesta, el grado de relación directa con el pueblo indígena y el ámbito territorial de su alcance.” No resulta muy feliz, por decirlo menos, ni digno de felicitación, que la propia entidad estatal interesada en aprobar la medida objeto de consulta sea quien identifique los pueblos indígenas afectado, especialmente teniendo en cuenta que es directamente interesada en el resultado del proceso y que no cuenta con unidades especializadas en pueblos indígenas a la fecha, pero si se quiere llevar adelante, con todo, lo dispuesto por la Ley, implicará, guste o no, la creación de una unidad de asuntos indígenas por cada entidad.

Sin duda, una memoria descriptiva de la medida propuesta y un buen catastro de los territorios indígenas ayudará a determinar los pueblos indígenas afectados por la medida propuesta, lo que implica contar con infraestructura adecuada, y emprender un proceso de titulación de propiedad comunal, que implique tanto el reconocimiento de propiedad y posesión, bajo la concepción acogida por el Convenio 169 de la OIT, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y nuestro propio Tribunal Constitucional.

Recordemos que ha sido un acierto del TC, reconocer la Propiedad comunal de los pueblos indígenas cuando señala “que los pueblos indígenas reivindican derechos individuales y colectivos. Sus reivindicaciones sobre sus tierras son canalizadas, particularmente, desde la perspectiva de la propiedad comunal y la titularidad colectiva de este derecho. En palabras del actual Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, “[s]uperando la dicotomía de derechos y deberes de Estados e individuos, los pueblos indígenas han demandado y articulado sus derechos humanos en términos de derechos colectivos”.²⁶⁴ En ese sentido, el artículo 14 del Convenio N° 169 de la OIT prescribe el deber estatal de proteger los derechos de propiedad y posesión a través de la adopción de las medidas necesarias que permitan determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente. En este mismo sentido, la DNUDPI consagra, en su artículo 26, que el reconocimiento de estas tierras importará el respeto de las costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas. Estos derechos de los pueblos indígenas no son ajenos a nuestra Constitución, cuyo artículo 88 precisa que el Estado garantiza “el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa”. De similar forma, el artículo 89 de la misma Ley Fundamental establece que “[l]as Comunidades Campesinas y las Nativas [...] [s]on autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras [...]. La propiedad de sus tierras es imprescriptible”.²⁶⁵

El TC, de esta manera, reconoce la propiedad comunal de los territorios de los pueblos indígenas, no solamente desde una óptica de propiedad privada en el sentido más clásico civilista, sino en la propiedad desde una óptica de comunidad, y que incluye, no sólo los territorios titulados formalmente, sino aquellos espacios no titulados, como los bosques, las cochas, lagos o extensiones no reclamadas en propiedad, donde se ejercen derechos ancestrales de posesión y uso, tanto de manera exclusiva como compartida por varios pueblos indígenas como tradicionalmente ocurre en la sierra en agricultura, o pastoreo, o en la selva con territorios dedicados a recolección, caza o pesca. Lucidamente, el TC, aquí siguiendo tácitamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala que: “La propiedad comunal de los pueblos indígenas no puede fundamentarse en el enfoque clásico de “propiedad” sobre el que se basa el Derecho Civil. Para los pueblos indígenas la tierra no constituye un mero bien económico, sino un elemento fundamental con componentes de carácter espiritual, cultural, social, etc. En sus tierras los pueblos indígenas desarrollan sus conocimientos, prácticas de sustento, creencias, formas de vida tradicionales que transmiten de generación en generación. El Tribunal valora la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras y pone de relieve la acentuada interrelación del derecho a la propiedad comunal con otros derechos, tales como la vida, integridad, identidad cultural, libertad de religión.”²⁶⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “hay situaciones en las que los pueblos indígenas no se encuentran ocupando o usando sus tierras tradicionales por razones de fuerza mayor, ya sea por la reubicación forzosa de dichos pueblos - incluyendo el traslado por razones de salud o crisis humanitarias o de alimentación-, o por situaciones, generalmente vinculadas a conflictos armados internos, que han obligado a los pueblos indígenas a abandonar sus tierras debido al temor fundamentado a ser víctimas de la violencia. En el caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, la Corte

²⁶⁴ Fundamento 16 de la STC N° 00024-2009-PI

²⁶⁵ Fundamento 16 de la STC N° 00024-2009-PI

²⁶⁶ Fundamento 18 de la STC N° 00024-2009-PI

afirmó que los miembros de la comunidad podían ser considerados “los dueños legítimos de sus tierras tradicionales, por lo cual tienen el derecho al uso y al goce de las mismas [a pesar] de que este derecho les haya sido negado hasta hoy como consecuencia de [la masacre] de 1986 y la conducta posterior del Estado respecto de la investigación de estos hechos”. En un caso posterior, el de Sawhoyamaxa, la Corte reafirmó su jurisprudencia anterior, precisando que el título de propiedad comunal indígena debe hacerse “posible”, en el sentido de que no se considerará extinguido cuando la comunidad no haya podido ocupar o usar sus tierras tradicionales “porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real”.

Aunque, ya en los casos del Pueblo de Awas Tingni Vs. Paraguay, y el Pueblo Saramaka vs. Surinam, la Corte Interamericana, había establecido la relación espiritual y existencial que existe entre un pueblo indígena y su territorio, nosotros queremos recordar que ello, era un asunto aceptado de larga data, como lo muestra a principios del siglo XX, Mariátegui cuando señala que “la tierra ha sido siempre toda la alegría del indio. El indio ha desposado la tierra. Siente que “la vida viene de la tierra” y vuelve a la tierra. Por ende, el indio puede ser indiferente a todo, menos a la posesión de la tierra que sus manos y su aliento labran y fecundan religiosamente,”²⁶⁷ así el amauta nos enseña, casi poéticamente, la trascendencia social, económica, religiosa y cultural de la tierra para un pueblo indígena, cuya existencia misma depende de la misma. Pensemos sino en los Apus, representados en montañas, uno último muy famoso, ubicado en el Cerro la Capilla en la Región de Puno, dio lugar a una convulsión social, a fines de junio del 2011, y desencadenó la expedición de una serie de decretos supremos del Ministerio de Energía y Minas, que suspendían por tres años las solicitudes de peticiones de concesiones mineras, y adecuaban a las concesiones existentes al derecho a la consulta previa, por citar, solo un ejemplo de lo relevante que es el territorio para un pueblo indígena en el Altiplano.

El TC, es consciente de ello, y por eso manifiesta que “el Estado deberá respetar la importancia especial que para los pueblos reviste su relación con las tierras o territorios. Esta relación especial también ha sido resaltada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que además ha destacado que la protección de la propiedad comunal permite preservar el legado cultural de los pueblos indígenas y, de este modo, transmitirlo a las generaciones futuras [Cfr. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 214, párr. 86]. La referida relación importa la existencia de diversas dimensiones y responsabilidades, donde debe resaltarse la dimensión colectiva y el aspecto intergeneracional, el cual es imprescindible para preservar la identidad y propio desarrollo de estos pueblos.”²⁶⁸ Ciertamente, a nivel regional, llegamos muy tarde, tanto Ecuador, Colombia como Bolivia, habían reconocido esta relación espiritual de los pueblos indígenas con su territorio, y sus avances alcanzan desde las modificaciones constitucionales para el reconocimiento de derechos indígenas (Ecuador y Bolivia), la creación de una autoridad indígena fuerte (Colombia), hasta la creación de un Tribunal Constitucional Intercultural (Bolivia), claro nada de eso, ha garantizado aún el pleno respeto de los derechos de los pueblos indígenas, pero se está camino a ello, y eso es lo importante, si se mira al futuro.

Es importante la llamada de atención que hace el TC, sobre nuestro régimen de derechos reales, bastante decimonónico, y desfasado de los procesos socio históricos de un país

²⁶⁷ Mariátegui, José Carlos. 7 ensayos de la realidad nacional. El Comercio. 1928. Lima- Perú. p.48

²⁶⁸ Fundamento 19 de la STC N° 00024-2009-PI

multinacional como el nuestro, así es como: “Desde luego, el carácter especial y, al mismo tiempo, relacional del derecho a la propiedad comunal, acarrea determinadas consecuencias. En ese sentido, como ha indicado la Corte Interamericana, la posesión tradicional resulta equivalente al título de pleno dominio otorgado por el Estado, por lo que los indígenas tienen el derecho a exigir el reconocimiento oficial de su propiedad y su registro. [Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No 146, párr. 128].”²⁶⁹ Todo ello permite afirmar, que la propiedad comunal comprende dos derechos: a) el reconocimiento del derecho de propiedad en sentido clásico, sobre tierras donde se reclame dicho derecho, y b) el derecho de posesión sobre territorios, donde por usos ancestrales corresponda ese derecho, que no necesariamente será exclusivo, sino podría ser compartido, entre pueblos indígenas, así como población local, conforme a los usos y costumbres que han venido imperando ancestralmente, y que comprende cochas, ríos, lagos, y bosques. Ello implicará, una modificación en el diseño de nuestros registros públicos de propiedad, que deberá crear un registro especial para los derechos ancestrales de las poblaciones indígenas, a fin de hacerlos oponibles a terceros, y evitar futuras controversias al respecto.

5.1.5.3. PUBLICIDAD DE LA MEDIDA A CONSULTAR POR PARTE DE LA ENTIDAD PROPONENTE

El artículo 11° de la Ley de Consulta Previa, establece que “las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben ponerla en conocimiento de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios que serán consultadas, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, tomando en cuenta la geografía y el ambiente en que habitan.” Los pueblos indígenas tienen organizaciones muy características y distintivas, por lo que los métodos y procedimientos que se utilicen deben respetar su organización social, económica y cultural, y los plazos para ser razonables deberán atender los tiempos que toman las organizaciones indígenas para adoptar decisiones importantes, mediante sus órganos deliberativos, y tener en cuenta, la abrupta geografía en que habitan nuestros pueblos indígenas.

5.1.5.4. OBLIGACIÓN DE LA ENTIDAD PROPONENTE DE BRINDAR DE MANERA GRATUITA INFORMACIÓN SOBRE LA MEDIDA LEGISLATIVA O ADMINISTRATIVA

Acertadamente, el artículo 12° de la Ley de Consulta Previa, establece que “corresponde a las entidades estatales brindar información a los pueblos indígenas u originarios y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta y con la debida anticipación, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa.” En ese sentido, al existir la obligación de la entidades estatales de entregar información a los pueblos indígenas de la medida propuesta, con la anticipación correspondiente, esta debería ser entregada de manera completa y suficiente, y de manera gratuita, no pudiendo cobrarse ninguna tasa, pues la obligación de informar es de las entidades, y en cumplimiento de ello deben presupuestar los recursos del caso para que se efectivice la obligación de informar a los pueblos indígenas afectados. Nótese, que no se indica poner a disposición, sino brindar, esto es entregar, y no dice bajo costo del

²⁶⁹ Fundamento 20 de la STC N° 00024-2009-PI

interesado, por lo que se presume que el costo es asumido por la entidad estatal interesada o promotora de la medida.

La gratuidad de la información sobre la medida, además de promover su fácil acceso, garantizara que los pueblos indígenas puedan conocer de manera auténtica y real los motivos de la medida, sus implicancias, impactos así como consecuencias de la misma, sin embargo, este proceso debe ir acompañado de un proceso de difusión y sustentación, en el que se aproveche la ocasión para entregar en físico la información. Estos talleres informativos, no tendrán otro objetivo que difundir la información tanto en su versión escrita como oral a través de grabaciones y exposiciones. Una visión formalista, restringida, y limitada, podría llevar al absurdo de que la autoridades proponentes ponga a disposición la información sobre la medida pero en sus oficinas sin acercarla a los pueblos indígenas, ni explicarla, y peor aún, intentando cobrar una tasa por tener copia de la misma, lo que desnaturalizaría la intención de la Ley de Consulta Previa, al inobservarse los principios de buena fe y de información.

5.1.5.5. LA EVALUACIÓN INTERNA EN LAS INSTITUCIONES Y ORGANIZACIONES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS SOBRE LA MEDIDA LEGISLATIVA O ADMINISTRATIVA QUE LES AFECTEN DIRECTAMENTE

El artículo 13° de la Ley de Consulta Previa, establece que “las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios deben contar con un plazo razonable para realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos.” El plazo razonable podría estar compuesto por un plazo mínimo estándar, que debe ser flexible y adecuarse, con los usos y costumbres del pueblo indígena, permitiendo su ampliación en consideración de los tiempos de deliberación de sus órganos de gobierno interno, y las distancias que separan a las poblaciones indígenas involucradas en la consulta. Hemos sostenido ya que un plazo razonable para el análisis de una medida administrativa o legislativa nos parece un año, tiempo que podría bastar, para que reflexione un pueblo indígena y además encuentre un equipo técnico que lo apoye, así como para que la propia entidad pueda explicar con calma y sin apuro los impactos de la medida en la vida de los pueblos indígenas afectados.

5.1.5.6. EL DIÁLOGO INTERCULTURAL ENTRE REPRESENTANTES DEL ESTADO Y REPRESENTANTES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El artículo 14° de la Ley de Consulta Previa, señala que “el diálogo intercultural se realiza tanto sobre los fundamentos de la medida legislativa o administrativa, sus posibles consecuencias respecto al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, como sobre las sugerencias y recomendaciones que estos formulan, las cuales deben ser puestas en conocimiento de los funcionarios y autoridades públicas responsables de llevar a cabo el proceso de consulta. Las opiniones expresadas en los procesos de diálogo deben quedar contenidas en un acta de consulta, la cual contiene todos los actos y ocurrencias realizados durante su desarrollo.” En ese sentido, el diálogo entre los pueblos indígenas y las entidades estatales involucradas, tendrá por objeto en primera instancia conocer y debatir los fundamentos de la medida legislativa o administrativa, y sus impactos sobre los derechos de los pueblos indígenas, y en ese contexto, se debe recoger las observaciones, sugerencias, críticas, y recomendaciones que efectúen los pueblos indígenas y también los observadores, y las mismas deberán quedar consignadas en el acta correspondiente. Aunque la norma, debió fijar que como

segundo objetivo, es la posibilidad de llegar a un acuerdo o consentimiento con el pueblo indígena, no es un diálogo estéril y cerrado con posiciones irreductibles sino apuntando al consenso, y asentimiento.

5.1.5.7. LA DECISIÓN FINAL DE LA ENTIDAD PROPONENTE Y EL RESPETO LOS DERECHOS INDÍGENAS

El artículo 15º de la Ley de Consulta Previa, establece que “la decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.” En ese sentido, toda medida legislativa o administrativa que afecte potencialmente pueblos indígenas, positiva o negativamente, deberá estar sustentado con un informe técnico legal, que recoja las observaciones y aportes efectuados por los pueblos indígenas, como sean levantado las mismas, los impactos positivos y negativos de la medida, los mecanismos previstos para mitigar los impactos negativos, recoger la opinión técnica vinculante del Viceministerio de Interculturalidad, y la opinión no vinculante de otras entidades del Estado como la Defensoría del Pueblo, OEFA, entre otros. Asimismo, el Informe deberá estar suscrito en forma conjunta por un antropólogo y un abogado, y hecho suyo por las diversas instancias de la entidad involucradas en la aprobación de la medida propuesta.

El artículo 15º de la Ley de Consulta Previa, establece además que “el acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo. Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial.” Ciertamente, el acuerdo es vinculante y obligatorio, pero debió dársele mérito ejecutivo, para que al igual que un título valor, sean visto directamente en un proceso único de ejecución, en lo referente a las obligaciones que sean ciertas, expresas y exigibles. Lamentablemente, sin ese mérito ejecutivo, los acuerdos irán a un proceso contencioso administrativo, en el que se puede discutir, la validez del propio documento, a diferencia de un proceso de ejecución, donde sólo se discute, si se cumplió o no, con la obligación asumida en el acuerdo.

La solución que podría caber para darle mérito ejecutivo al acuerdo y poder ingresar a un proceso único de ejecución, vía un título ejecutivo, sería que el acuerdo fije como una de sus cláusulas que el mismo este contenido en un acta de conciliación, o en testimonio de escritura pública, previstos en los numerales 3º y 10º del artículo 688º del Código Procesal Civil, lo que implicará eventualmente coordinar con un conciliador o un notario según sea el caso para que se brinden las facilidades del caso. Además, nada impide que una de las obligaciones del acuerdo sea que en donde no se pongan de acuerdo las entidades del Estado, y los pueblos indígenas, se resuelva en un arbitraje intercultural, para lo que deberían estar de acuerdo ambas partes, si se da ese supuesto, el laudo arbitral firme, también sería un título ejecutivo de conformidad con el numeral 2º del artículo 688º del citado Código. La otra opción, es que se dé mérito ejecutivo al acuerdo derivado de la

Consulta Previa, y esa es la apuesta que hacemos nosotros, y que cabría perfectamente en el numeral 11 del artículo 688º del mencionado Código.

5.1.6. OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ESTATALES RESPECTO AL PROCESO DE CONSULTA PREVIA

El artículo 17º de la Ley de Consulta Previa, señala que *“las entidades del Estado que van a emitir medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los derechos de los pueblos indígenas u originarios son las competentes para realizar el proceso de consulta previa.”* El problema con esta disposición es que se encarga a la entidad estatal interesada en aprobar la medida la responsabilidad de ejecutar el proceso de consulta previa, y la última palabra, en decidir si se realiza o no la medida. Lo ideal es que la autoridad rectora en pueblos indígenas sea la responsable del proceso de consulta previa para garantizar mejor los derechos de los pueblos indígenas. Empero, la consecuencia natural de la disposición comentada, es la creación de una dirección de asuntos indígenas en las entidades estatales que potencialmente pueden dictar medidas que afecten a pueblos indígenas.

OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ESTATALES RESPECTO AL PROCESO DE CONSULTA PREVIA
ENTIDAD COMPETENTE
Las entidades del Estado que van a emitir medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los derechos de los pueblos indígenas u originarios son los competentes para realizar el proceso de consulta previa, conforme a las etapas que contempla la presente ley.
RECURSOS PARA LA CONSULTA
Las entidades estatales deben garantizar los recursos que demande el proceso de consulta a fin de asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas u originarios.
FUNCIONES DEL ÓRGANO TÉCNICO ESPECIALIZADO EN MATERIA INDÍGENA
Respecto a los procesos de consulta, son funciones del órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo las siguientes: a) Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta. b) Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades estatales y los pueblos indígenas u originarios, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular. c) Mantener un registro de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios e identificar a las que deben ser consultadas respecto a una medida administrativa o legislativa. d) Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades facultadas para solicitar la consulta, sobre la calificación de las medidas legislativas o administrativas proyectadas por las entidades responsables, sobre el ámbito de la consulta y la determinación de los pueblos indígenas u originarios, a ser consultados. e) Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y a los pueblos indígenas u originarios que son consultados en la definición del ámbito y características de la misma. f) Elaborar, consolidar y actualizar la base de datos relativos a los pueblos indígenas u originarios y sus organizaciones representativas. g) Registrar los resultados de las consultas realizadas. h) Mantener y actualizar el registro de facilitadores e intérpretes idóneos de las lenguas indígenas u originarias. i) Otras contempladas en la presente Ley, otras leyes o en su reglamento.
Se considera al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura como el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.

Fuente: Artículos 17º, 18º, 19º y Primera Disposición Complementaria Final de la Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios

Una forma de controlar los daños que puede ocasionar una consulta dirigida, por el propio sector interesado, es que el organismo técnico especializado en pueblos indígenas, no sólo acompañe el proceso, sino que su opinión técnica previa a la adopción de la medida, sea vinculante, como lo es la de Servicio de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SERNANP), en el caso de actividades extractivas en espacios protegidos. Si sumamos a ello, la presencia de la Defensoría del Pueblo como observador, y la participación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), en los casos de concesiones

de recursos naturales como veedor, evidentemente se tendría mayor seguridad en que el proceso de consulta se lleve de manera más neutral y transparente.

Advirtamos que la calidad de observador de la Defensoría del Pueblo se puede sustentar en el artículo 162° de la Constitución Política del Perú, la cual indica que corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. Ello adicionalmente, se puede concordar con los numeral 3 del artículo 9° de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley N° 26520, el cual señala que son atribuciones del mencionado órgano constitucional “iniciar o participar, de oficio o a petición de parte, en cualquier procedimiento administrativo en representación de una persona o grupo de personas para la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad.” En ese sentido, sea de oficio o a petición de parte, la Defensoría del Pueblo puede participar en su calidad de observador en el procedimiento de consulta previa por ser su deber supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal que ejecuta el mencionado acto. Y no sólo ello, sino puede participar como parte, en representación de los pueblos indígenas, a petición de los mismos, para garantizar el cumplimiento de los principios que rigen la consulta previa, especialmente teniendo en cuenta que son grupos vulnerables, que carecen de recursos para tener asesoría técnica adecuada, y la Defensoría puede suplir dicha carencia, en tanto, se construyen estas capacidades. Ciertamente, el órgano técnico especializado para pueblos indígenas, también está en la obligación de apoyar con asistencia técnica a los pueblos indígenas al amparo de las funciones que le ha otorgado la Ley de Consulta Previa, en su 19°, para lo cual pudiera poner a disposición una lista de profesionales que apoyen a los pueblos indígenas en asuntos técnicos garantizando la autonomía de los mismos de la entidad estatal que los contrata, y funcionando de manera similar a los abogados de oficio, solo que en este caso serían además de otras profesiones, como biólogos, ingenieros, antropólogos, educadores, médicos, etc.

5.1.7. LA DESAPARICIÓN SIN CONSULTA PREVIA DEL INDEPA, Y LA INSTAURACIÓN DEL VICEMINISTERIO DE INTERCULTURALIDAD COMO ORGANO TECNICO ESPECIALIZADO EN ASUNTOS INDÍGENAS

Sin duda, el error más grande de la Ley de Consulta Previa, y a la vez la concesión más absurda otorgada a un sector del Congreso que se oponía a la Ley, es no haber reivindicado al Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano –INDEPA. Lo extraño, es que las fuerzas políticas que apoyaban a la Ley de Consulta Previa, no se dieron cuenta, que el contexto socio político, en que se encontraban era muy distinto, al que se dio cuando se aprobó la autógrafa original, el 19 de mayo del 2010, con 62 votos a favor, 7 en contra y 6 abstenciones. Esa autógrafa sería observada por el Poder Ejecutivo el 23 de junio del 2010, ante lo cual el Congreso, en julio del 2010, se allano, con los votos del Apra, Unidad Nacional, Fujimorismo y Alianza Nacional. Sin embargo, pese a ello, no se aprobó la Ley de Consulta en el gobierno aprista, y sería el gobierno nacionalista que lo sucedió (2011), quien tendría en la agenda legislativa dicha tarea, contando para ello con amplia mayoría en el Congreso, y un apoyo unánime de la sociedad civil para la aprobación de la Ley de Consulta Previa, lo que permitía pensar en que se obtendrían mayores avances en la redacción de la misma, o al menos no se desandaría lo avanzado. Lamentablemente, una lectura inadecuada del nuevo panorama político en el Congreso y la falta de experiencia en política, no llevo a mejorar el texto original, sino a empeorarlo gravemente, especialmente en una cuestión

fundamental, como es la restitución del rol rector del INDEPA, en asuntos indígenas, tema en el cual en el pleno claudico. También quedo en el camino una regulación más clara sobre la prohibición de los traslados forzosos o reubicaciones de pueblos indígenas, la adecuación de los actos administrativos inconsultos, y el derecho a la autodeterminación y su relación con la consulta previa.

Ahora vayamos a revisar los daños ocasionados al ente rector en asuntos indígenas, y empezaremos para ello, a leer la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley de Consulta Previa, el cual señala que “para efectos de la Ley de Consulta Previa, se considera al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura como el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.” En principio el Congreso de la República, abiertamente contraviene y desconoce la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, puesto que no es posible que un Viceministerio sea a la vez un Órgano Técnico Especializado, o se es uno o se es otro, pero es imposible tener ambos estatus. La diferencia más distintiva entre un Viceministerio y un Órgano Técnico Especializado, es que el segundo tiene personería jurídica, autonomía técnica, y cuenta obligatoriamente con un Consejo Directivo, en tanto, que un Viceministerio no cuenta con personería jurídica, tiene una menor autonomía técnica y está absolutamente subordinado al Ministro del sector. En otras palabras, ¡no son lo mismo!, la única explicación a ello, es que fue la última estratagema lanzada por una minoría parlamentaria, que se opone al derecho a la consulta previa, y funcionó bien, pues neutralizaron el más importante avance en la institucionalidad de un sistema nacional de asuntos indígenas, al desaparecer de un plumazo al INDEPA, y entregarnos una Ley de Consulta Previa, sin Órgano Técnico Especializado en materia indígena, mejor negocio, para un sector parlamentario que no cree en el derecho a consulta previa, ¡imposible!.

MINISTROS DE ESTADO
El Ministro de Estado, con arreglo a la Constitución Política del Perú, es el responsable político de la conducción de un sector o sectores del Poder Ejecutivo. Orientan, formulan, dirigen, coordinan, determinan, ejecutan, supervisan y evalúan las políticas nacionales y sectoriales a su cargo; asimismo, asumen la responsabilidad inherente a dicha gestión en el marco de la política general del gobierno.
VICEMINISTROS
El Viceministro es la autoridad inmediata al Ministro. Los Ministerios pueden tener más de un Viceministerio conforme a su Ley de Organización y Funciones.
SECRETARIA GENERAL
El Secretario General asiste y asesora al Ministro en los sistemas de administración de la entidad, pudiendo asumir por delegación expresa del Ministro las materias que correspondan a este y que no sean privativas de su función de Ministro de Estado. Está encargado de supervisar la actualización permanente del portal de transparencia de su respectivo Ministerio.

Fuente: Artículos 25°, 26° y 27° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo

ORGANISMOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS
Los Organismos Públicos son entidades desconcentradas del Poder Ejecutivo, con personería jurídica de Derecho Público. Tienen competencias de alcance nacional. Están adscritos a un Ministerio y son de dos tipos: Organismos Públicos Ejecutores, y Organismos Públicos Especializados.
Los Organismos Técnicos Especializados se crean, por excepción, cuando existe la necesidad de:
<ol style="list-style-type: none"> 1. Planificar y supervisar, o ejecutar y controlar políticas de Estado de largo plazo, de carácter multisectorial o intergubernamental que requieran un alto grado de independencia funcional. 2. Establecer instancias funcionalmente independientes que otorgan o reconocen derechos de los particulares, para el ingreso a mercados o el desarrollo de actividades económicas; que resulten oponibles a otros sujetos de los sectores Público o Privado.
Los Organismos Técnicos Especializados:
<ol style="list-style-type: none"> 1. Están dirigidos por un Consejo Directivo. 2. Se sujetan a los lineamientos técnicos del Sector correspondiente con quien coordinan sus objetivos y estrategias. 3. Su política de gasto es aprobada por el Sector al que están adscritos, en el marco de la política general de Gobierno.

Pese a esta grave limitación siempre se puede plantear una estrategia, que nos permita jalonear estas reglas de juego, con el objetivo de hacer funcionar la consulta previa, claro está, con un mayor despliegue de esfuerzo y sacrificio, cuestión que a veces no alcanza como sabemos. Así, en tanto, el INDEPA, no recupere su estatus de ente rector de los pueblos indígenas, y la propia entidad estatal interesada conduzca la consulta previa, no quedará otra, que explotar al máximo las herramientas legales que se posee, y esto implica apoyarse en la Defensoría del Pueblo, más que como observador, como parte que represente a los pueblos indígenas consultados, y en los casos, en que se trate de concesiones sobre recursos naturales, reclamar la presencia del OEFA, que debería garantizar mayores seguridades en la supervisiones al concesionarios de recursos naturales, mientras se consigue restituir el estatus original que tenía el INDEPA.

La pregunta ahora que irrumpe es: ¿Cuál es la ruta para conseguir restituir el estatus que tenía el INDEPA, y devolverle su naturaleza de ente rector en pueblos indígenas? El camino no será fácil, pues primero, tenemos que averiguar, cuando lo perdimos, para rescatarlo de la situación dramática actual. Empecemos por el principio, mediante Ley N° 28495, publicada el 15 de abril del 2005, se crea el Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano- INDEPA, como Organismo Público Descentralizado, con rango ministerial, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, en calidad de organismo rector de las políticas nacionales encargado de proponer y supervisar su cumplimiento, así como de coordinar con los Gobiernos Regionales la ejecución de proyectos y programas dirigidos a la promoción, defensa, investigación y afirmación de los derechos y desarrollo con identidad de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano, que reemplaza a un cuestionado organismo llamado CONAPA. Posteriormente, la Ley del INDEPA es reglamentada, mediante el Decreto Supremo N° O65-2005-PCM de fecha 12 de agosto de 2005.

Los problemas llegarían con el Decreto Supremo N° 001-2007-MIMDES, publicado el 23 de febrero del 2007, que fusiona al INDEPA con el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social-MIMDES, transformándolo en una Dirección de línea. Más adelante, mediante la Ley N° 29146, se dejó sin efecto el Decreto Supremo N° 001-2007-MIMDES, y se precisó que se encuentran plenamente vigente la Ley N° 28495, con lo cual el INDEPA, recupero su estatus de organismo público técnico especializado. Posteriormente, mediante Decreto Supremo N° 001-2008-MIMDES, se dispuso la adscripción del INDEPA al MIMDES aunque lo correcto hubiera sido que se quedaría en la PCM como lo señalaba su ley de creación. Lo grave vino después, se le cambio su status de técnico especializado a organismos público ejecutor, y perdió su status también de ente rector de pueblos indígenas, mediante el D.S. N° 034-2008-PCM, de fecha 6 de mayo de 2008, en que se listan los organismos públicos, se califica al INDEPA como Organismo Público Ejecutor. Posteriormente, debido a la presión de organización indígenas, se vuelve adscribir al INDEPA a la PCM, mediante Decreto Supremo No 022-2010-PCM.

ORGANISMOS PÚBLICOS EJECUTORES

Los Organismos Públicos Ejecutores ejercen funciones de ámbito nacional. Se crean cuando existen las siguientes condiciones:

1. Se requiera una entidad con administración propia, debido a que la magnitud de sus operaciones es significativa; o
2. Se requiera una entidad dedicada a la prestación de servicios específicos.

Los Organismos Públicos Ejecutores:

1. Están sujetos a los lineamientos técnicos del Sector del que dependen; y la formulación de sus objetivos y estrategias es

coordinada con estos.

2. Su política de gasto es aprobada por la entidad de la que dependen, en el marco de la política general de gobierno.
3. No tienen funciones normativas, salvo que estén previstas en su norma de creación, o le fueran delegadas expresamente por el Ministerio del cual dependen.
4. Están dirigidos por un Jefe, cuyo cargo es de confianza. Por excepción, podrán contar con un Consejo Directivo, cuando atiendan asuntos de carácter multisectorial. En estos casos, su Consejo Directivo estará integrado sólo por los Ministros o los representantes de los sectores correspondientes.

Fuente: Artículo 30° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo

Asimismo, mediante el artículo 11° de la Ley N° 29565, Ley de Creación del Ministerio de la Cultura, el 21 de julio de 2010, se establece el INDEPA quedara adscrito al Ministerio de Cultura, como órgano público ejecutor. Sin embargo, más adelante, INDEPA mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MC, del 26 de setiembre del 2010, se dispone la fusión por absorción del INDEPA al Ministerio de Cultura, proceso que culminó el 31 de diciembre del 2010, con lo cual perdía su estatus de organismo público, y se convertía, en un ente con menor jerarquía que un órgano de línea, al ser un órgano consultivo (Comisión Consultiva Nacional de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos-INDEPA), conforme el artículo 22 del ROF del MINCU, Decreto Supremo N° 001-2011, lo que constituye una especie de consuelo, ello en tanto, las funciones del INDEPA serían ejercidas por el Vice Ministerio de Interculturalidad, conforme se aprecia en el artículo 12 del ROF del MINCU, cuando era quien en realidad en última instancia, de considerarse había duplicidad de funciones debió desaparecer, y manteniéndose la existencia de INDEPA. El epitafio de esta historia, lo constituye el Decreto Supremo N° 058-2011-PCM sobre “Actualizan la calificación y relación de los Organismos Públicos”, donde ya no aparece el INDEPA como órgano público ejecutor.

CUADRO COMPARATIVO DE LAS FUNCIONES DEL ORGANISMO PÚBLICO TÉCNICO ESPECIALIZADO EN MATERIA DE PUEBLOS INDÍGENAS		
INDEPA	ORGANISMO TÉCNICO ESPECIALIZADO	VICEMINISTERIO DE INTERCULTURALIDAD
<p>a) Formular y aprobar la política, programas y proyectos de alcance nacional para el desarrollo integral de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano.</p> <p>b) Planificar, programar y coordinar con los Gobiernos Regionales y Locales las actividades de desarrollo integral de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano.</p> <p>c) Coordinar con los Gobiernos Regionales la ejecución de los programas y proyectos de alcance regional, para el desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano, en concordancia con el artículo 45 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.</p> <p>d) Concertar, articular y coordinar las acciones de apoyo, fomento, consulta popular, capacitación,</p>	<p>a) Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta.</p> <p>b) Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades estatales y los pueblos indígenas u originarios, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular.</p> <p>c) Mantener un registro de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios e identificar a las que deben ser consultadas respecto a una medida administrativa o legislativa.</p> <p>d) Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades facultadas para solicitar la consulta, sobre la calificación de la medida legislativa o administrativa proyectada por las entidades responsables, sobre el ámbito de la</p>	<p>Es la autoridad inmediata al Ministerio de Cultura en asuntos de interculturalidad, e inclusión de las poblaciones originarias, que comprende además las áreas de pluralidad étnica y cultural de la Nación. Ejerce las siguientes funciones:</p> <p>a) Promover y garantizar el sentido de la igualdad social y el respeto a los derechos de los pueblos del país de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; promoviendo su participación y representación, en coordinación con los sectores correspondientes.</p> <p>b) Formular políticas de inclusión de las diversas expresiones culturales de nuestros pueblos y generar mecanismos para difundir una práctica intercultural en el conjunto de la sociedad peruana, sustentada en una cultura de paz y solidaridad. Se recogen todos los conocimientos ancestrales en ciencia y</p>

<p>asistencia técnica, y otros, de las entidades públicas y privadas, a favor de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano.</p> <p>e) Coordinar con los Gobiernos Regionales las acciones pertinentes para la protección a la diversidad biológica peruana y los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, a la que se refiere la Ley N° 28216, Ley de Protección al Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas.</p> <p>f) Promover y asesorar a los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano en las materias de su competencia.</p> <p>g) Elaborar y mantener actualizada la estadística de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano, basándose en los Registros Públicos, y de aquellos que se encuentran en proceso de reconocimiento.</p> <p>h) Estudiar los usos y costumbres de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano como fuente de derecho buscando su reconocimiento formal.</p> <p>i) Canalizar los recursos financieros destinados para el INDEPA, con la finalidad de desarrollar los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano.</p> <p>j) Coordinar con el Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural (PTT), a efecto de culminar con el proceso de saneamiento físico legal territorial de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano.</p> <p>Art. 4º de la Ley de creación del INDEPA, Ley N° 28495</p>	<p>consulta y la determinación de los pueblos indígenas u originarios, a ser consultados.</p> <p>e) Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y a los pueblos indígenas u originarios que son consultados en la definición del ámbito y características de la consulta.</p> <p>f) Elaborar, consolidar y actualizar la base de datos relativos a los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas.</p> <p>g) Registrar los resultados de las consultas realizadas.</p> <p>h) Mantener y actualizar el registro de facilitadores e intérpretes idóneos de las lenguas indígenas u originarias.</p> <p>Art. 19º de la Ley de Consulta Previa, Ley N° 29785</p>	<p>tecnología.</p> <p>c) Promover mecanismos para evitar cualquier tipo de exclusión o discriminación de los diferentes pueblos del país, asegurando la construcción de una identidad nacional.</p> <p>d) Coordinar, orientar y supervisar las actividades que cumplen los órganos del Ministerio de Cultura, los organismos públicos y demás entidades correspondientes al sector, para promover la construcción de políticas que permitan conocernos mejor y que reconozcamos las diversas culturas que existen en nuestro país y que su respeto y valoración permitan construir una ciudadanía intercultural.</p> <p>e) Formular, ejecutar y supervisar políticas y normas que promuevan prácticas de valoración de la diversidad cultural de la nación.</p> <p>f) Contribuir en el proceso de formulación, diseño y actualización permanente del marco estratégico y las políticas nacionales en materia de cultura, incorporando los asuntos de interculturalidad e inclusión de las poblaciones originarias.</p> <p>g) Formular, dirigir, coordinar, implementar, supervisar y evaluar las políticas nacionales para la promoción, respeto y protección de los conocimientos tradicionales, y su relación con la biodiversidad de los pueblos indígenas y afroperuanos.</p> <p>h) Rescatar, poner en valor y difundir los conocimientos tradicionales en todas sus manifestaciones, así como la lengua y la cosmovisión de los pueblos, y los conocimientos ancestrales en ciencia y tecnología.</p> <p>Art. 12º del ROF del MINCU, DS N° 001-2011-MC</p>
---	--	--

Una de las primeras discusiones que se abren a continuación es si es que mediante un Decreto Supremo se puede haber cambiado el estatus del INDEPA, en la medida que la norma que lo creo era una Ley. La respuesta formal, nos la brinda, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, en su artículo 34º, que señala que “en el marco de los procesos de modernización y de descentralización del Estado, la Presidencia del Consejo de Ministros evalúa a los Organismos Públicos Ejecutores a fin de determinar la necesidad de su continuidad. El procedimiento de evaluación se establece por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.” En ese sentido, la transformación inconsulta, ilegal e inconstitucional del INDEPA, de un órgano técnico especializado a un órgano técnico ejecutor, no fue casual, sino fue mirando un futuro inmediato de como desaparecerlo, y fortalecer el Viceministerio de Interculturalidad como compensación, aunque sin que este

tenga el estatus de ente rector ni subjetividad. ¿Ahora el INDEPA como órgano ejecutor adscrito a un determinado sector, podía ser absorbido por el ente que lo tenía a su cargo (MINCU) como ocurrió con el Decreto Supremo N° 001-2010-MC? Sostenemos que si era posible, en términos puramente formales, pues contaba para ello con el refrendo de la Presidencia del Consejo de Ministros, que es finalmente, quien determina la necesidad de los órganos públicos ejecutores, pero si ahondamos en una revisión de la convencionalidad y constitucionalidad de la norma que fusiona al INDEPA con el MINCU, encontramos que esta es inconstitucional por haberse omitido el derecho de consulta previa.

Aquí nos preguntamos, si se olvidó acaso, el estatus de ente rector del INDEPA, que implica conforme el artículo 44° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que “un Ente Rector se constituye en autoridad técnico-normativa a nivel nacional del Sistema Nacional, en este caso de pueblos indígenas; dicta las normas y establece los procedimientos relacionados con su ámbito; coordina su operación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento, sus leyes especiales y disposiciones complementarias.” Si pues al transformarlo en ente ejecutor, se sepulta en gran parte esta labor rectora, que ahora se le encomienda al Viceministerio de Interculturalidad. Y parece que todos los caminos, nos llevan a la Consulta Previa, puesto que las modificaciones al INDEPA, entendido como lo establece el artículo 2° de la Ley N° 28495, esto es como “organismo rector de las políticas nacionales encargado de proponer y supervisar el cumplimiento de las políticas nacionales, así como de coordinar con los Gobiernos Regionales la ejecución de los proyectos y programas dirigidos a la promoción, defensa, investigación y afirmación de los derechos y desarrollo con identidad de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano,” son ilegales e inconstitucionales por no observarse el citado derecho colectivo. Y ello es así, porque resulta, evidente que cualquier modificación al INDEPA, su adscripción, su reorganización, su fusión, e incluso su propia existencia, al afectar intereses directos de los pueblos indígenas debió ser ineludiblemente objeto de consulta previa. En consecuencia, una revisión de las normas emitidas por el Poder Ejecutivo que modifican y extinguen al INDEPA y su estatus, debería llevarnos a dejarlos sin efecto, esto es anularlos por inconsultos, y restaurar la vigencia de la Ley de creación del INDEPA, reponiendo, por tanto, en sus funciones al citado órgano público.

El camino para devolverle el estatus de ente rector al INDEPA, puede ser sencillo, si el Poder Ejecutivo de oficio, le devuelve el estatus que le corresponde a este organismo público, mediante la expedición de normas correspondientes, o muy tortuoso, si se demanda, vía una acción de cumplimiento, la aplicación de la Ley que crea el INDEPA, y el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, que se refiere a la Consulta Previa. En la práctica, todos los decretos supremos que modifican el INDEPA, emitidos sin respetar el derecho a la consulta previa son nulos, y la Ley de creación del INDEPA, nunca dejó de estar vigente, no solo porque nunca hubo una derogación expresa, sino porque las normas que pretendían efectuar una derogación tácita era nulas de pleno derecho por inconstitucionales, al no haber efectuado la consulta previa correspondiente. También cabría plantear una acción popular, pero consideramos que una acción de cumplimiento sería muchísimo más conveniente en la medida que la potencialmente su última instancia sería el TC, que ya se ha pronunciado sobre el derecho de Consulta Previa, por lo que existe una mayor predictibilidad, en tanto, que la Corte Suprema, aún no ha tenido la oportunidad de hacerlo.

5.1.8. EL RESPETO DE LA VIGENCIA DEL CONVENIO 169 DE LA OIT EN EL PERÚ

Resulta muy lamentable, el torpe y estéril esfuerzo del Congreso de pretender dejar sin efecto un Tratado de Derechos Humanos mediante Derecho Interno, cuando consagra en la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley de Consulta Previa, que “la presente Ley no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana. Tampoco modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia.” Esto es ponemos entre paréntesis el Estado Constitucional, porque aparentemente se perjudica a determinados grupos económicos, todo sea por el respeto a la inversión privada y las oportunidades de trabajo que ella genera. Sin embargo, detrás del alegato de seguridad jurídica y derechos adquiridos, se esconde la abierta intensión de no ponerse a Derecho y legitimar situaciones ilegales desde su nacimiento. Las cosas claras, las reglas del derecho se aplican para todos, sin exclusión, pretender escaparse a ello, sólo puede revelar las profundas inequidades en nuestra sociedad.

La Segunda Disposición Complementaria de la Ley de Consulta Previa, tiene por objeto proteger las medidas legislativas y administrativas aprobadas o adoptadas desde el 02 de febrero de 1995 al 2011, que omitieron el derecho a la Consulta Previa, a pesar de estar vigente el Convenio 169 de la OIT, y convertirlos en irrevocable, todo ello en perjuicio de los pueblos indígenas afectados. En otras palabras, el derecho a la consulta previa, se hace efectivo a partir de la vigencia de la Ley de Consulta Previa, lo que resulta abiertamente inconstitucional pues es contrario a los más elementales principios del derecho internacional como son el referido a la vigencia y observancia de los tratados luego de ratificados, y a la imposibilidad de alegar Derecho Interno para incumplir obligaciones internacionales del Estado, contenidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), específicamente en la parte 2, sección tercera numeral 24, y parte 3, sección primera, numeral 27, respectivamente. Y en eso el TC, ha sido claro la obligatoriedad de la Consulta Previa, rige a partir del 02 de febrero de 1995, en que entro en vigencia el Convenio 169 de la OIT, y ello en la práctica, traerá la nulidad de determinadas medidas, y por otra parte la adecuación de determinados actos administrativos, proceso en el cual, el principio de ponderación, será fundamental para resolver la casuística al respecto.

Lo honesto y coherente, y apegado al Derecho, era que la propia norma estableciera un proceso progresivo de revisión de las medidas adoptadas omitiendo el derecho a la consulta previa, con el fin de anularlas y dejarlas sin efecto, caso de las normas que degradan y desaparecen al INDEPA, o adecuarlas, caso de las concesiones donde un proceso de adecuación, traería consigo una pacificación de los principales conflictos socio ambientales donde se reclama se efectuó el derecho a la consulta previa. Muchos se asustan, cuando se habla de un proceso de adecuación de la consulta previa, pero dicho proceso se viene dando en la Región de Puno, como consecuencia del Decreto Supremo No 033-2011-EM, titulado “Dictan disposiciones respecto a las actividades mineras o petroleras de exploración y explotación en el departamento de Puno en el marco del Convenio N° 169 de la OIT y la Ley N° 24656 - Ley de Comunidades Campesinas”, que señala: “Artículo 1º.- Disponer que los procesos, procedimientos, títulos de concesiones mineras y el otorgamiento de derechos de exploración y/o explotación de hidrocarburos existentes en el departamento de Puno no autorizan por sí mismos a realizar actividades mineras o petroleras de exploración ni explotación, ya que previamente debe efectuarse el proceso de consulta a los Pueblos Indígenas susceptibles de ser afectados, en el marco

del Convenio N° 169 de la OIT y la Ley N° 24656 - Ley de Comunidades Campesinas, según lo determine el Ministerio de Cultura.”

Claramente, el propio sector de energía y minas admite que en los casos en que se omitió consulta previa en la Región Puno, los titulares de proyectos de inversión, no podrán iniciar actividades hasta que previamente el Estado no haya realizado la consulta previa pendiente de conformidad con lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT. Bien señala, el TC que “el progreso y desarrollo que se debe alentar con este tipo de actividades -del sector de energía y minas- no pueden ser el producto de la imposición y menos de las presiones del poder que pueden ejercer las corporaciones económicas en las distintas esferas de la organización estatal o, llegado el caso, comunal. Ningún precio ni utilidad puede compensar la alteración de la armonía y la paz en las comunidades, por lo que el derecho a la consulta es el instrumento sine qua non para preservar el derecho de las comunidades; sólo así el progreso y el desarrollo serán compatibles con los mandatos constitucionales.”²⁷⁰

Así queda claro, que si ya el Ministerio de Energía y Minas (MEM) ha aceptado que las concesiones del sector minero energético deben adecuarse a lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT, específicamente en el ámbito del derecho a la Consulta Previa, en la Región Puno, esta misma razón, debe imperar para el resto del país, a fin de evitar futuros conflictos socio ambientales, y penosos sucesos, que no queremos que se repitan, y ello será posible si el MEM programa una ordenada y planificada adecuación al derecho de la consulta previa en todo el territorio nacional, para las concesiones otorgadas y en trámite, como lo ha hecho en la Región de Puno. No hacerlo, no sólo sería desconocer el mandato imperativo y vinculante del Convenio 169 de la OIT, su rango constitucional, sino además sería vulneratorio del derecho a la igualdad y respeto a la identidad étnica y cultural que asiste al resto de poblaciones indígenas del país, consagrado en los numerales 2 y 19 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú. Y si quedaban dudas, sobre la necesidad de la adecuación de las concesiones que omitieron la consulta previa, se ha pronunciado el Decreto Supremo N° 033-2011-EM, titulado “Adecuación de Petitorios Mineros y Suspensión de Admisión de Petitorios Mineros en el departamento de Puno” conforme se detalla:

“Artículo 1.- Adecuación de petitorios mineros en trámite a lo establecido por el Decreto Supremo N° 023-2011-EM

1.1 Dispóngase que los petitorios mineros en trámite en el departamento de Puno deben adecuarse a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 023-2011-EM que aprueba el “Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas” de conformidad con los principios y reglas establecidos en los numerales 1 y 2 del artículo 6 y el numeral 2 del artículo 15 del Convenio N° 169 de la OIT.

(...)

1.4 El incumplimiento de lo dispuesto en el numeral 1.2 anterior, dará lugar a la declaración del abandono del procedimiento (...) y consecuentemente la cancelación y/o fin del procedimiento administrativo del petitorio minero.

Artículo 2.- Consulta como condición previa al inicio de actividades mineras

2.1 El MEM o el Gobierno Regional de ser el caso, deberá efectuar el proceso de consulta a los pueblos indígenas ubicados en las zonas de influencia en las que ya se hubieran otorgado concesiones mineras y que se encuentren vigentes en el

²⁷⁰ Fundamento 16 de la STC EXP. N.º 06316-2008-PA/TC

departamento de Puno, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 023-2011-EM y el Convenio 169 de la OIT.

(...)

2.3 Establézcase que el procedimiento para la aplicación del derecho a la consulta (...) será aplicable en el departamento de Puno con carácter previo al otorgamiento de cualquier derecho administrativo que autorice a realizar actividades de exploración minera.

2.4 Una vez concluido el proceso de consulta, el Ministerio de Energía y Minas emitirá el acto administrativo correspondiente, el que deberá tomar en consideración el análisis del resultado del proceso de consulta y el contenido del acta de consulta, en el marco del Convenio 169 de la OIT y la Constitución Política del Perú.”

Es absolutamente claro que cuando se dispone que se efectuó el proceso de consulta previa a los pueblos indígenas ubicados en las zonas de influencia en las que ya se hubieran otorgado concesiones mineras y que se encuentren vigentes en el departamento de Puno, de acuerdo al Convenio 169 de la OIT se está implementando un proceso de adecuación, lo que saludamos. Recordemos que el TC: “considera que el derecho de consulta es un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos que se reconoce a las comunidades, porque les permite espacios para el diálogo y la inclusión en los proyectos que tendrán directa implicancia en el territorio donde se asientan. El referido Convenio 169 precisa una serie de derechos y obligaciones por parte de los Estados firmantes del Convenio, a efectos de dar la mayor cobertura posible al derecho de consulta como mecanismo de participación de las comunidades en los beneficios que genere la inversión privada en sus territorios, en procura de su propio desarrollo y pleno respeto a su identidad étnica.”²⁷¹

Por eso, llama poderosamente la atención que la Ley de Consulta Previa, haya omitido olímpicamente un proceso de adecuación, que ya se inició en la Región Puno, y todo lo contrario, haya querido hacer “borrón y cuenta nueva” en el resto del país, y querido aplicar el derecho de consulta previa desde la vigencia de la Ley de Consulta Previa (2011), y no desde la vigencia del Convenio 169 de la OIT (1995) como corresponde. Inútil esfuerzo porque un control constitucional hará prevalecer el Convenio 169 de la OIT por sobre la Ley de Consulta Previa, que en ese punto será inaplicada sin ningún atenuante, y podrá ordenarse la adecuación del caso, y excepcionalmente la nulidad de medidas administrativas o legislativas que afecten negativamente a pueblos indígenas.

5.1.9. DEROGACIÓN DEL REGLAMENTO DE CONSULTA PREVIA DEL SECTOR DE ENERGÍA Y MINAS

Una consecuencia natural de la Ley de Consulta Previa, aparece en su Tercera Disposición Complementaria Final, es que una vez vigente, se derogue el tristemente célebre experimento llamado Decreto Supremo N° 023-2011-EM, que aprueba el Reglamento del Procedimiento para la Aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas, que incumplía con varios principios del derecho a la consulta previa, y cuyos estándares de protección de derechos indígenas eran muy pobres, empezando por plazos excesivamente cortos, oportunidad, flexibilidad, entre otros fallos que aparecían en su texto.

²⁷¹ Fundamento 18 de la STC EXP. N.º 06316-2008-PA/TC

PROCESO DE CONSULTA PREVIA SEGUN EL D.S. 023-2011-EM VIGENTE HASTA 07.DIC. 2011		
PRIMERA FASE DE DIÁLOGO		PLAZOS
1	La entidad responsable remitirá información oportuna y accesible, en forma transparente, empleando métodos y procedimientos culturalmente adecuados sobre la medida a los representantes de los pueblos indígenas. Dichas instituciones tendrán un plazo de veinte (20) días hábiles para evaluar las implicancias de la medida susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas.	20 días
2	Culminado el plazo anterior, la entidad responsable del proceso de Consulta convocará a representantes de los pueblos indígenas a iniciar el proceso de diálogo sobre la medida materia de Consulta; dicho proceso tendrá un plazo máximo de duración de veinte (20) días hábiles.	20 días
Como resultado del proceso de diálogo se levantará un Acta la cual será suscrita por el representante de la entidad responsable del proceso de Consulta y los representantes de los pueblos indígenas, dándose por concluido el proceso de Consulta.		Acta de la Primera Fase de la Consulta
	En caso no se llegue a un acuerdo , la entidad responsable de llevar a cabo el proceso de Consulta dará por concluida una primera fase de diálogo.	Primer Acta debe dejar constancia de los asuntos sobre los cuales existe acuerdo y desacuerdo.
6 días después		
SEGUNDA FASE DE DIÁLOGO		
3	La entidad responsable de ejecutar el proceso de Consulta convocará, a una segunda fase de diálogo bajo los mismos plazos de la primera fase (20 días) . De igual manera, los acuerdos a los que se arribe constarán en una segunda Acta , dándose por concluido el proceso.	20 días Segunda Acta da por concluida el proceso de consulta.
Si a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza acuerdo alguno, la entidad que propone la medida, podrá dictarla o desistirse de ella.		
En caso se dictara la medida , dicho acto deberá ser motivado incluyendo el análisis del resultado del proceso de Consulta, atendiendo , en lo que sea pertinente, las peticiones y observaciones expresadas por los representantes de las instituciones representativas de los pueblos indígenas durante el proceso de Consulta.		

Fuente: Artículo 9, la Tercera Disposición Complementaria y la Primera Disposición Transitoria del D.S. 023-2011-EM

Recordemos, que la Ley de Consulta Previa cobro vigencia el **07 de diciembre del 2011**, en que se cumplen los 90 días de *vacatio legis*, establecida por su Cuarta Disposición Complementaria Final, tiempo en el cual las entidades estatales responsables de llevar a cabo procesos de consulta debieron contar ya con el presupuesto y la organización requerida para ello. Y es que una de las consecuencias naturales de la Ley de Consulta Previa, es que diseña, un Sistema Nacional de Evaluación de Asuntos Indígenas, en donde una órgano técnico especializado en asuntos indígenas, se ubique al centro, no como órgano rector sino como coordinador, y a su alrededor podrían orbitar con autonomía propia, las unidades de asuntos indígenas de los diversos sectores del Ejecutivo, Legislativo, Regiones y Municipalidades. En ese sentido, producto de la Ley de Consulta Previa deberían crearse e implementación una unidad de asuntos sociales indígenas en las entidades que vayan a consultar medidas legislativas o administrativas que puedan afectar a los pueblos indígenas. Esta visión se puede reforzar a partir del numeral 1. b del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, que señala que los Estados deben *“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 a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan.”* Y eso a la postre podría significar que tanto el INDEPA como la Direcciones de Asuntos Indígenas de las diversas entidades cuenten con una

participación efectiva de pueblos indígenas, o que dé la posibilidad que los pueblos indígenas tenga la posibilidad que sus miembros ocupen cargos de funcionarios públicos en estas direcciones, con miras, a lograr un auténtico y genuino dialogo intercultural.

5.1.10. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ASOCIACIÓN INTERETNICA DE DESARROLLO DE LA SELVA PERUANA (AIDSESP)

Un hecho importante de relevar en septiembre del 2012, es que AIDSESP está por interponer una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra la Ley de Consulta Previa, que tiene como pretensión que se declare inconstitucional el artículo 15 de la ley 29785 por violar el artículo 16.2 del Convenio 169 y la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH, al omitirse la obligación del Estado de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas. Asimismo, por violar por omisión el artículo 7.1 del Convenio 169 que reconoce el derecho de los pueblos a decidir sus propias prioridades de desarrollo y a armonizar este derecho con la concepción de desarrollo del Gobierno. De igual manera, violar por omisión el artículo 59 de la Constitución que exige el respeto de un conjunto de derechos mínimos intangibles de los pueblos indígenas. También desconoce lo establecido en la jurisprudencia de la Corte IDH en el sentido que la subsistencia de los pueblos indígenas es un límite de las industrias extractivas; asimismo, viola el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT por omisión al no regular el derecho de los pueblos indígenas a compartir beneficios; y finalmente, viola el artículo 2.22 de la Constitución y 7.4 del Convenio 169 OIT al omitirse la necesidad que la decisión del Estado respete el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado de los pueblos indígenas.

También se está solicitando que se declare inconstitucional la Segunda Disposición Complementaria Final de la ley 29785 es inconstitucional, pues convalida inconstitucionalmente normas reglamentarias que regulan la participación ciudadana en materia minera y petrolera a pesar que ellas desnaturalizan y vacían de contenido el derecho a la consulta contenido en el Convenio 169 de la OIT. Asimismo, esta medida es inconstitucional pues convalida inconstitucionalmente normas de rango legal expedidas con posterioridad al Convenio 169 de la OIT y que no fueron consultadas con los pueblos indígenas a pesar que el artículo 6 de este Convenio lo exigía, no obstante que estas afectaban directamente a los pueblos indígenas. Y por último, la 2DCF es inconstitucional pues convalida inconstitucionalmente actos administrativos posteriores a la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT y anteriores a la ley de consulta que afectan a los pueblos indígenas y que no fueron consultados con los pueblos indígenas tal como lo exige el Convenio 169 de la OIT. Además se está solicitando se declare inconstitucional el artículo 7 de la Ley 29785 al desnaturalizar el artículo 1.1.b del Convenio 169 al establecer nuevos requisitos a las colectividades para ser considerados pueblos indígenas. Asimismo, dicha norma desnaturaliza el artículo 1.1.b del Convenio 169 al obviar otros supuestos de colectividades que pueden ser consideradas pueblos indígenas. También se solicita se declare inconstitucional el artículo 19 letra d de la ley 29785 viola la garantía de la independencia e imparcialidad aplicable al campo administrativo al establecer que el mismo órgano que emitió opinión técnica en primera instancia resuelva en segunda instancia, Finalmente, se solicita también la declaración de inconstitucional del artículo 1 de la ley 29785 por omisión al desconocer las otras fuentes de derecho que han desarrollado de los pueblos indígenas y que sin vinculantes, y finalmente, el artículo 12 de la Ley 29785 es inconstitucional por omisión, al desconocer la regla jurisprudencial de la Corte IDH que exige la realización de estudios de impacto ambiental por entidades

independientes como herramienta de los pueblos indígenas para evaluar el impacto en sus territorios de la explotación de recursos naturales.

5.1.11. ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA Y LA CONSULTA PREVIA DEL ACUERDO ENERGÉTICO ENTRE PERÚ Y BRASIL

La Ley de consulta previa es aplicable fundamentalmente al Poder Ejecutivo, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales, y Órganos Constitucionales Autónomos eventualmente, sin embargo, la implementación del derecho de consulta previa a nivel del Congreso de la República, reclama que se modifique el procedimiento de aprobación de leyes, lo que hasta la fecha es un tema sobre poco o nada se ha avanzado, y es un punto que a la brevedad, se debe subsanar, de cara a que esta por debatirse en el pleno el “Acuerdo entre el gobierno de la República del Perú y el Gobierno Federativo del Brasil para el suministro de electricidad al Perú y la Exportación de Excedentes al Brasil”, Acuerdo Energético entre Perú y Brasil, cuya ejecución va afectar directamente los derechos colectivos de población indígena por lo que se deberá realizarse necesariamente una consulta previa antes de su ratificación, por lo que urge aprobar un procedimiento administrativo acorde con la naturaleza del Congreso.

A manera de conclusión, la Ley de Consulta Previa, recorta gravemente derechos de los pueblos indígenas como el derecho a la libre autodeterminación cuando se puede imponer una decisión estatal que afecta población indígena, corroe la institucionalidad indígena al no concebir una entidad independiente y objetiva que garantice sus derechos indígenas, o el mejoramiento de la existente (INDEPA), y desconoce abiertamente el propio Convenio 169 de la OIT cuando impide la adecuación de las medidas administrativas y legislativas que no fueron consultadas desde que se encontraba vigente dicho tratado, esto es desde el 02 de febrero de 1995, sin embargo, existe la esperanza que estas deficiencias puedan ser corregidas mediante mecanismos de garantía constitucional como acciones de cumplimiento, inconstitucionalidad, populares, y de amparo según sea el caso.

Se encuentra pendiente para la implementación adecuada del Derecho de Consulta Previa, la restitución del INDEPA como Organismo Público Técnico Especializado adscrito a la Presidencia de Consejo de Ministros conforme su Ley de creación, al haberse eliminado el mismo mediante normas inconsultas que por ello resulta inconstitucionales. Adicionalmente, la Ley de Consulta Previa debe ser corregida en el aspecto del responsable de la conducción del procedimiento de consulta previa que de ninguna manera puede ser la propia entidad proponente interesada, sino el Organismo Técnico Especializado, y en su ausencia, la Defensoría del Pueblo, podría realizar supletoriamente un rol de garante de los derechos colectivos de nuestros pueblos indígenas.

Para una mayor protección se debe promover normas que regulen la prohibición del desplazamiento de poblaciones indígenas, y la necesidad de regular el consentimiento de la población indígena para supuestos específicos conforme los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el artículo 10º de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derecho de los Pueblos Indígenas, que supera en protección al artículo 16º del Convenio 169 de la OIT, cuando señala que los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios, y que no se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas

interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

Es imperativo promover una regulación específica sobre el derecho a la consulta previa y su relación a la autodeterminación de los pueblos indígenas, en cuanto, las autonomías que ha consagradas en la Constitución Política, artículo 89º, y lo dispuesto por la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 4º, según el cual “los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas”, y ello implica que se destine una partida del presupuesto nacional a las comunidades o pueblos indígenas, a fin de que puedan ejercer sus funciones constitucionales como la jurisdicción indígena o su autogobierno mediante sus instituciones tradicionales o propias.

5.2. RESPECTO A LOS ASPECTOS INCONSTITUCIONALES DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONSULTA PREVIA

5.2.1. EL REGLAMENTO DE CONSULTA PREVIA DESCONOCE LA VIGENCIA DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

El Reglamento de la Ley Nº 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), aprobado por Decreto Supremo Nº 001-2012-MC, tiene serias deficiencias que han sido objeto de crítica de las organizaciones indígenas y diversos expertos, la primera y más importante es lo dispuesto por el artículo 2º del citado dispositivo legal que señala: *“el presente Decreto Supremo entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, aplicándose a las medidas administrativas o legislativas que se aprueben a partir de dicha fecha, sin perjuicio de lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 29785. Respecto a los actos administrativos, las reglas procedimentales previstas en la presente norma se aplican a las solicitudes que se presenten con posterioridad a su publicación.”* La norma desconoce abiertamente la vigencia del Convenio 169 de la OIT desde el 05 de febrero de 1995 al 7 de diciembre del 2011, lo que resulta inconstitucional pues debió establecer un proceso de adecuación a todas las disposiciones legislativas y administrativas que afectan a los pueblos indígenas que no fueron objeto de consulta previa en el citado periodo, y no hacer la de “borrón y cuenta nueva” como si el derecho indígena antes citado naciera con la Ley y el Reglamento de la Consulta Previa, desconociendo groseramente las reglas del Derecho Internacional Público.

5.2.2. LAS CRITICAS AL PROCESO DE ELABORACIÓN DEL REGLAMENTO DE CONSULTA PREVIA POR PARTE DE ORGANIZACIONES SOCIALES (GTDPI)

De ahí, que el Grupo de Trabajo sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (GTDPI) haya dicho que “la forma como los funcionarios estatales especializados en el tema manejaron los momentos siguientes a la promulgación de esta ley han sido decepcionantes y han defraudado rápidamente las esperanzas que se habían generado, provocando un incremento de la desconfianza hacia

un Estado que históricamente ha excluido y reprimido las demandas de estos pueblos.”²⁷² El CTDPI dice más: “Consideramos que en las etapas de publicidad, información y evaluación Interna, se realizó un proceso con serias deficiencias, habiéndose distribuido la información de manera tardía, se redujo la etapa de información a la entrega de documentos a representantes de las organizaciones nacionales, y no se realizaron esfuerzos para dar a conocer el borrador del Reglamento con la debida anticipación y con el debido uso de procedimientos culturalmente adecuados, tal como está establecido en la Ley de Consulta Previa (Artículos 11, 12 y 13). Asimismo, durante la etapa de diálogo se evidenció el interés de los funcionarios del Estado por acelerar esta etapa, lo que vulneró el principio de flexibilidad y plazo razonable, situación que fue señalada en su momento por las organizaciones indígenas participantes. Finalmente, el proceso de consulta del Reglamento también tuvo debilidades con respecto a la representatividad de las organizaciones indígenas nacionales y regionales; sólo dos organizaciones nacionales participaron durante todo el proceso de consulta.”²⁷³

5.2.2.1. ACUERDOS NO RESPETADOS

Recordemos que el día 5 de marzo de 2012, como conclusión de la etapa de diálogo del proceso de consulta del Reglamento, los representantes de los viceministerios, los representantes de la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP) y los representantes de la Confederación Campesina del Perú (CCP), suscribieron un acta final que recoge los puntos consensuados y las observaciones en los aspectos en los que no se lograron acuerdos. Advirtamos que el artículo 15° de la Ley de Consulta Previa, señala en su segundo párrafo que: “El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes”, sin embargo, ha sorprendido que el texto final del Reglamento -publicado el día 3 de abril de 2012-, contenga cinco artículos en los que no se han respetado los acuerdos a los que llegaron el Estado y las organizaciones indígenas, en el proceso de consulta del Reglamento.²⁷⁴

²⁷² Grupo de Trabajo sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. Análisis del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, Decreto Supremo No 001-2012-MC. p. 2. Ver enlace: www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc.../doc07062012-112934.pdf (Consultado el 03 de septiembre de 2012)

²⁷³ Ibidem. p.5-6

²⁷⁴ Ibidem. p.6

Artículos	Texto aprobado en el Reglamento	Texto consignado en el acta final de la Etapa de Diálogo
Art. 5 a)	Obligación de consultar a) Las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre las autoridades gubernamentales y el o los pueblos indígenas, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo o consentimiento; buscando que la decisión se enriquezca con los aportes de los o las representantes del o de los pueblos indígenas, formulados en el proceso de consulta y contenidos en el Acta de Consulta;	a) Las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre las autoridades gubernamentales y el o los pueblos indígenas, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo o consentimiento;
Art. 9°, 9.2	Efecto Suspensivo de la Apelación "La apelación, en cualquier supuesto, debe realizarse en cuaderno aparte y sin efecto suspensivo"	"La apelación, en cualquier supuesto, debe realizarse en cuaderno aparte y con efecto suspensivo"
Art. 20°, 20.6	Plazo Máximo Adicional para Etapa de Diálogo.- 20.6. El período máximo de esta etapa será de treinta (30) días calendario, pudiendo ser extendido, por razones debidamente justificadas y por acuerdo de las partes.	20.6. El período máximo de esta etapa será de treinta (30) días calendario, pudiendo ser extendido, por razones debidamente justificadas y por acuerdo de las partes, por un plazo máximo adicional de hasta treinta (30) días calendario.
Art. 23°	Etapa de decisión NO se ha consignado el acuerdo 23.3. del acta	23.3. Cuando exista un acuerdo parcial, la entidad promotora debe enriquecer su propuesta con los aportes de los y las representantes indígenas formulados en el proceso de consulta y contenidos en el Acta de Consulta, a fin de tomar la decisión final.
Art. 27°, 27.4	Consulta de Reglamentos sobre Leyes ya Consultadas.- 27.4. Conforme al numeral 8 del artículo 118° de la Constitución Política del Perú, las medidas reglamentarias no pueden transgredir ni desnaturalizar las leyes, por lo que no pueden cambiar la situación jurídica de los derechos colectivos de los pueblos indígenas previstos en la ley. Sin perjuicio de lo anterior, podrían utilizarse los mecanismos de participación ciudadana previstos en la legislación, distintos a la consulta, conforme lo señala el Convenio 169 de la OIT.	26.3. Las medidas reglamentarias que, conforme al artículo 118°, numeral 8 de la Constitución, no pueden cambiar derechos colectivos de los pueblos indígenas; no requerirán ser consultadas, si reglamentan o desarrollan una ley que ya fue materia de consulta, salvo en aquello que pudiera afectar directamente los derechos colectivos de dichos pueblos , sin perjuicio de utilizar los mecanismos participativos conforme lo señala el Convenio 169 de la OIT o seguirse el procedimiento previsto en el presente Reglamento por decisión de la entidad promotora.

Tal como consta en el cuadro anterior, en el artículo 5°, a) se ha introducido un texto nuevo en la parte final, texto que no fue discutido previamente con las organizaciones. Consideramos que con este agregado se recoge la redacción del artículo 23°, inciso 3, pero vaciándolo de contenido. El texto cambia el "deber" de la entidad promotora para enriquecer su propuesta con los aportes de las organizaciones indígenas, por una simple "búsqueda" de que esta decisión se enriquezca con dichos aportes. Consideramos que este cambio es sustancial, porque supone una disminución de los deberes de las entidades promotoras, respecto a considerar los aportes de los pueblos indígenas y,

además supone una falta de valoración e importancia de su opinión, aún en situaciones en las que no se consiguió un acuerdo.²⁷⁵

La modificación del artículo 9° del Reglamento pone en riesgo la participación efectiva y oportuna de los pueblos indígenas en el proceso de consulta. Regula el derecho de petición de los pueblos indígenas en el supuesto de no haber sido incluidos en el proceso de consulta y la parte final del inciso 2 de este artículo establece el efecto de la apelación en el caso en el que el pedido haya sido denegado. En el acta final, el acuerdo señalaba que la apelación tiene “efecto suspensivo”, es decir, que el proceso se suspendería hasta contar con una decisión final. De esta manera se buscaba garantizar la participación en todo el proceso del pueblo o los pueblos que solicitaran su incorporación. Sin embargo, el Reglamento cambia esta posibilidad y se cambia el acuerdo, se señala que la apelación debe realizarse “sin efecto suspensivo”. En términos prácticos, el pueblo indígena que sea incorporado al proceso, después de la decisión final obtenida por apelación, deberá aceptar el proceso de consulta en el Estado en el que se encuentre en ese momento. Si consideramos lo corto e inflexible de los plazos, con suerte llegará a incorporarse unos días antes que termine la consulta.²⁷⁶

Asimismo, en dos artículos se han realizado supresiones. En el artículo 20°.6, se trata de una mención a un límite temporal de la etapa de diálogo; en el artículo 27°.4 la supresión es más grave, se está recortando la posibilidad de realizar consultas de reglamentos de leyes ya consultadas. Este fue un punto arduamente debatido en la Etapa de Diálogo y donde las organizaciones manifestaron expresamente su preocupación y se logró un acuerdo con todos los sectores participantes en que se mantuviera la salvedad “en aquello que pudiera afectar directamente los derechos colectivos de dichos pueblos”. Esta frase ha sido eliminada, al igual que la posibilidad de que se consulten reglamentos de leyes ya consultadas, aunque la norma amenace derechos de los pueblos indígenas.²⁷⁷

Asimismo, en el artículo 23°.3 se ha eliminado el texto íntegro de un inciso que contemplaba el supuesto de la existencia de un acuerdo parcial y por lo tanto el deber de la entidad promotora de enriquecer su propuesta con los aportes de las organizaciones indígenas. De acuerdo a lo mencionado anteriormente, podemos afirmar que la falta de respeto del Estado, por no incorporar todos los acuerdos tomados en el proceso de consulta previa del reglamento, no sólo transgrede el mandato expreso de la Ley de Consulta, sino que viola derechos constitucionales.²⁷⁸

5.2.2.2 INCORPORACIÓN DE NUEVO ARTICULADO INCONSULTO EN EL REGLAMENTO DE CONSULTA PREVIA

De acuerdo a esto podemos concluir que el Decreto Supremo N° 001-2012-MC, que regula el Reglamento de la Ley de Consulta Previa, debió ser sometido a un proceso de consulta en su integridad por afectar directamente derechos colectivos indígenas. En esa línea de ideas, toda disposición que finalmente ha sido adoptada en el Reglamento, ha debido ser consultada, tomando en cuenta su naturaleza, puesto que se trata de una norma que regula íntegra y exclusivamente supuestos relacionados con los pueblos indígenas. Así, la etapa de decisión del proceso de consulta del Reglamento, debió efectuarse en función de las propuestas presentadas por las organizaciones indígenas

²⁷⁵ Ibidem. p.8

²⁷⁶ Ibidem

²⁷⁷ Ibidem

²⁷⁸ Ibidem

quienes ejercieron su derecho a la consulta previa, con o sin acuerdo con el Estado, la finalidad de la consulta previa es no afectar los derechos de los pueblos indígenas.²⁷⁹

**Incorporación de disposiciones por el Estado sin diálogo previo
con las organizaciones indígenas**

Artículos	Comentarios
1°, 1.5	Señala que el proceso de consulta no es vinculante, salvo en aquellos aspectos en que hubiere acuerdos entre las partes.
2°, 2.3	Prevé la necesidad de un informe previo y favorable del Viceministerio de Interculturalidad para los procesos de consulta de los gobiernos regionales y locales.
3°, n)	Señala la definición de representante de un Pueblo Indígena.
5°, j)	Dispone que la obligación de informar que le corresponde al Estado, se realice únicamente con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas.
10°, 10.4.	Establece el plazo para que los pueblos indígenas designen a sus representantes, su segundo párrafo no fue incluido en el proceso de consulta.
24°	Establece el plazo máximo para desarrollar el proceso de consulta.
27°, 27.3	Establece que el proceso de la consulta se realiza mediante las organizaciones representativas asentadas dentro del ámbito geográfico de la medida.
27°, 27.6	Desarrolla el supuesto de consulta indígena para los proyectos de Decretos Legislativos.
Décimo Segunda DCTF*	Establece que no se consultarán medidas administrativas complementarias.
Décimo Tercera DCTF*	Establece la coordinación de procesos de promoción de la inversión privada.
Décimo Cuarta DCTF*	Establece que no será necesaria la consulta de una medida administrativa sobre reinicio de actividad.
Décimo Quinta DCTF*	Establece que no será necesaria la consulta en casos de construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación y provisión de servicios públicos.
Décimo Sexta DCTF*	Los costos de la consulta los asumirá la entidad promotora correspondiente.

* Disposición Complementaria, Transitoria y Final

5.2.3. LA CAPACIDAD VINCULANTE DE LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS HUMANOS CONSAGRADA EN EL DECRETO SUPREMO No 001-2012-MC

Rescatemos del citado reglamento su numeral 4 del artículo 1° que hace vinculante al Estado Peruano la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas que supone una mayor protección de los derechos indígenas especialmente en cuanto a la necesidad de respetar el derecho al consentimiento de las poblaciones indígenas en supuestos de reubicación con motivo de proyectos de inversión o aplicación de programas estatales. Un aspecto negativo lo constituye el numeral 5 del artículo 1 del reglamento, que vuelve a recordarnos que el mismo trabaja bajo el concepto de que “el resultado del proceso de consulta no es vinculante, salvo en aquellos aspectos en que hubiere acuerdo entre las partes” con lo cuál la voluntad del Estado se puede imponer sin mayor trámite que la discrecionalidad de la entidad estatal de autorizar la medida administrativa o aprobar disposición legislativa que afecta a poblaciones indígenas.

²⁷⁹ Ibidem.p.9

5.2.4.LA MEDIDAS NORMATIVAS Y ADMINISTRATIVAS DEL PODER EJECUTIVO SUCEPTIBLES DE CONSULTA PREVIA

FACULTAD NORMATIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Corresponde al Presidente de la República dictar los siguientes dispositivos:

- 1. Decretos Legislativos.-** Son normas con rango y fuerza de ley que emanan de autorización expresa y facultad delegada por el Congreso. Se circunscriben a la materia específica y deben dictarse dentro del plazo determinado por la ley autoritativa respectiva. Son refrendados por el o los Ministros a cuyo ámbito de competencia corresponda.
- 2. Decretos de Urgencia.-** Son normas con rango y fuerza de ley por las que se dictan medidas extraordinarias en materia económica y financiera, salvo materia tributaria. Se expiden cuando así lo requiere el interés nacional. Se fundamentan en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles. Son aprobados por el Consejo de Ministros, rubricados por el Presidente de la República y refrendados por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Economía y Finanzas y, en los casos que corresponda, por uno o más Ministros a cuyo ámbito de competencia esté referido.
- 3. Decretos Supremos.-** Son normas de carácter general que reglamentan normas con rango de ley o regulan la actividad sectorial funcional o multisectorial funcional a nivel nacional. Pueden requerir o no el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, según lo disponga la ley. Son rubricados por el Presidente de la República y refrendados por uno o más Ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan.
- 4. Resoluciones Supremas.-** Son decisiones de carácter específico rubricadas por el Presidente de la República y refrendadas por uno o más Ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan. Son notificadas de conformidad con la Ley del Procedimiento Administrativo General y/o se publican en los casos que lo disponga la ley.

Los decretos legislativos, los decretos de urgencia y los decretos supremos sobre estados de excepción están sujetos al control político del Congreso de la República, conforme al procedimiento establecido en su Reglamento.

Fuente: Artículo 11º de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo

Las medidas legislativas o administrativas de alcance general, incluyendo los planes y programas, sólo serán consultadas en aquellos aspectos que impliquen una modificación directa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.²⁸⁰ Asimismo, cuando, de manera excepcional, el Poder Ejecutivo ejercite las facultades legislativas previstas en el artículo 104º de la Constitución Política del Perú, se consultará aquellas disposiciones del proyecto de Decreto Legislativo que impliquen una modificación directa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. El Poder Ejecutivo incluirá, en el pedido de delegación de facultades, un período adicional para el desarrollo del proceso de consulta.²⁸¹ Por otra parte, la consulta de los proyectos de Decretos Legislativos se realizará sólo respecto del artículo o artículos que pudieran implicar un cambio en la situación jurídica de un derecho colectivo reconocido a los pueblos indígenas. Estarán comprendidos en el proceso de consulta sólo los pueblos indígenas que pudieran ser afectados directamente por el artículo o artículos antes indicados, a través de sus organizaciones representativas asentadas en el ámbito geográfico de la medida.²⁸² Finalmente, la dación de Decretos de Urgencia se rige por las reglas establecidas en el numeral 19 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú.²⁸³

El numeral 1 del artículo 2º del Reglamento, señala como ámbito de aplicación del derecho a la consulta previa en todo el ámbito de la facultad normativa del Poder Ejecutivo, establecida en el artículo 11º de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, además de las medidas administrativas que aprueben planes, programas y proyectos de desarrollo. Empero ha sido un error que de manera expresa no se señale que sea sujeto de la implementación del derecho de consulta cualquier otorgamiento de licencia,

²⁸⁰ El numeral 1 del artículo 27º del Reglamento de la Ley Nº 29785, aprobado por Decreto Supremo Nº 001-2012-MC

²⁸¹ El numeral 5 del artículo 27º del Reglamento de la Ley Nº 29785, aprobado por Decreto Supremo Nº 001-2012-MC

²⁸² El numeral 6 del artículo 27º del Reglamento de la Ley Nº 29785, aprobado por Decreto Supremo Nº 001-2012-MC

²⁸³ El numeral 7 del artículo 27º del Reglamento de la Ley Nº 29785, aprobado por Decreto Supremo Nº 001-2012-MC

permiso, autorización o concesión que pueda afectar los derechos constitucionales de los pueblos indígenas, ahora, el hecho que no se halla expuesto ello de manera expresa, no obsta para que en aplicación del artículo 6º y 15º del Convenio 169 de la OIT ello sea obligatorio.

5.2.5.LA MEDIDAS NORMATIVAS Y ADMINISTRATIVAS DE LOS GOBIERNOS LOCALES Y REGIONALES SUCEPTIBLES DE CONSULTA PREVIA

El numeral 2 del artículo 2º del Reglamento señala que será aplicable a los gobiernos regionales y locales para los procesos de consulta a su cargo, y aquí hay debate, pues la autonomía de los gobiernos regionales y locales en su ámbito de competencia, daba merito para que siguiendo los lineamientos de la Ley de Consulta Previa, establezcan mediante ordenanzas sus procedimientos de consulta previa para las facultades normativas y medidas administrativas que pudieran dictar que afectando derechos constitucionales de los pueblos indígenas.

ORDENAMIENTO NORMATIVO REGIONAL	
Las normas y disposiciones del Gobierno Regional se adecuan al ordenamiento jurídico nacional, no pueden invalidar ni dejar sin efecto normas de otro Gobierno Regional ni de los otros niveles de gobierno. Las normas y disposiciones de los gobiernos regionales se rigen por los principios de exclusividad, territorialidad, legalidad y simplificación administrativa (Artículo 36º de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales)	
CONSEJO REGIONAL	PRESIDENCIA REGIONAL
Ordenanzas Regionales y Acuerdos del Consejo Regional	Decretos Regionales y Resoluciones Regionales
<p>Las Ordenanzas Regionales norman asuntos de carácter general, la organización y la administración del Gobierno Regional y reglamentan materias de su competencia. Una vez aprobadas por el Consejo Regional son remitidas a la Presidencia Regional para su promulgación en un plazo de 10 días naturales.</p> <p>Los Acuerdos del Consejo Regional expresan la decisión de este órgano sobre asuntos internos del Consejo Regional, de interés público, ciudadano o institucional o declara su voluntad de practicar un determinado acto o sujetarse a una conducta o norma institucional.</p>	<p>Los Decretos Regionales establecen normas reglamentarias para la ejecución de las Ordenanzas Regionales, sancionan los procedimientos necesarios para la Administración Regional y resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés ciudadano.</p> <p>Las Resoluciones Regionales norman asuntos de carácter administrativo. Se expiden en segunda y última instancia administrativa. Los Niveles de Resoluciones son:</p> <p>a) Ejecutiva Regional, emitida por el Presidente Regional.</p> <p>b) Gerencial General Regional, emitida por el Gerente General Regional.</p> <p>c) Gerencial Regional, emitida por los Gerentes Regionales.</p>
Las Ordenanzas y Decretos Regionales pueden impugnarse mediante los mecanismos de acción de inconstitucionalidad y acción popular , respectivamente, en la vía correspondiente.	
Las Resoluciones Regionales pueden impugnarse en vía administrativa y contencioso-administrativa, con arreglo a ley.	

Fuente: Artículos 37º, 38º, 39º, 40º, 41º y 43º de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales

NORMAS MUNICIPALES
ORDENAMIENTO JURÍDICO MUNICIPAL
El ordenamiento jurídico de las municipalidades está constituido por las normas emitidas por los órganos de gobierno y administración municipal, de acuerdo al ordenamiento jurídico nacional. Las normas y disposiciones municipales se rigen por los principios de exclusividad, territorialidad, legalidad y simplificación administrativa, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del derecho administrativo. Ninguna autoridad puede avocarse a conocer o normar las materias que la presente ley orgánica establece como competencia exclusiva de las municipalidades.
NORMAS MUNICIPALES
Los concejos municipales ejercen sus funciones de gobierno mediante la aprobación de ordenanzas y acuerdos. Los asuntos administrativos concernientes a su organización interna, los resuelven a través de resoluciones de concejo. El alcalde ejerce las funciones ejecutivas de gobierno señaladas en la presente ley mediante decretos de alcaldía. Por resoluciones de alcaldía resuelve los asuntos administrativos a su cargo.

Las gerencias resuelven los aspectos administrativos a su cargo a través de resoluciones y directivas.
ORDENANZAS
Las ordenanzas de las municipalidades provinciales y distritales, en la materia de su competencia, son las normas de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de las cuales se aprueba la organización interna, la regulación, administración y supervisión de los servicios públicos y las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa. Mediante ordenanzas se crean, modifican, suprimen o exoneran, los arbitrios, tasas, licencias, derechos y contribuciones, dentro de los límites establecidos por ley. Las ordenanzas en materia tributaria expedidas por las municipalidades distritales deben ser ratificadas por las municipalidades provinciales de su circunscripción para su vigencia.
ACUERDOS
Los acuerdos son decisiones, que toma el concejo, referidas a asuntos específicos de interés público, vecinal o institucional, que expresan la voluntad del órgano de gobierno para practicar un determinado acto o sujetarse a una conducta o norma institucional.
DECRETOS DE ALCALDÍA
Los decretos de alcaldía establecen normas reglamentarias y de aplicación de las ordenanzas, sancionan los procedimientos necesarios para la correcta y eficiente administración municipal y resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés para el vecindario, que no sean de competencia del concejo municipal.
RESOLUCIONES DE ALCALDÍA
Las resoluciones de alcaldía aprueban y resuelven los asuntos de carácter administrativo.
DISPOSICIONES DE INTERÉS PARTICULAR
Las disposiciones municipales de interés particular se notifican en forma personal o de modo que se pueda acreditar la efectiva recepción por los interesados. Las notificaciones de carácter tributario se sujetan a las normas del Código Tributario.

Fuente: Artículos 38º al 45º de la Ley Orgánica de Municipalidades

El numeral 3 del artículo 2º del Reglamento, resulta ilegal e inconstitucional cuando establece que el Viceministerio de Interculturalidad es el que se decide, mediante un informe previo favorable, cuando se realiza una consulta previa a nivel municipal y regional sobre tema de competencia de ambos gobiernos, puesto que este es un tema que incumbe a ambas autoridades, y violenta la autonomía constitucional de los gobiernos municipales y regionales. Se alega que este estatus que se mantendrá mientras no se le transfiera dicha facultad a los gobiernos antes mencionados, craso error conceptual, pues esta es una atribución inherente y propia de estas instancias estatales derivada expresamente del Convenio 169 de la OIT.

Ahora bien, resulta ilegal e inconstitucional que el Ministerio de Cultura, designe en el numeral 3 del artículo 2 del Reglamento, al Viceministerio de Interculturalidad como el rol de rectoría en todas las etapas del proceso de consulta previa de los gobiernos locales y regionales, cuando ello no se establece en la Ley de Consulta Previa, por tanto yendo más allá de la misma, desnaturalizándola, pues ni siquiera con los ministerios ni organismos públicos, el citado Viceministerio ejerce un rol rector, sino sólo de acompañamiento técnico, por lo que no se justifica que los gobiernos regionales y locales se les imponga semejante rectoría no contemplada para ningún caso en la Ley de Consulta. Ciertamente, la decisión final sobre la aplicación de la medida normativa o administrativa recaerá en el gobierno local y regional.

5.2.5.1. VULNERACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LOS GOBIERNOS LOCALES Y REGIONALES

El Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinación Nacional de Derechos Humanos (GTPI), bien sostiene que el art. 2 de la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales y el art. II del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades precisan que ambas instancias de gobierno gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. En ese sentido, los Gobiernos Locales y los Gobiernos Regionales -en atribución de sus funciones-, dictan medidas de manera permanente, de modo que algunas de estas normas podrían afectar los derechos de los pueblos indígenas de su jurisdicción y por lo tanto debieran ser consultadas a través de

procesos de consulta, impulsadas por estas instancias de gobierno. Asimismo, el proceso de descentralización tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país, la igualdad de oportunidades y la lucha contra la pobreza. Para ello se plantea -entre otros temas-, incorporar la participación de las comunidades campesinas y nativas, reconociendo la interculturalidad, y superando toda clase de exclusión y discriminación. La descentralización ha creado gobiernos regionales y locales que han asumido competencias y funciones en nuestro país en materias como salud, educación, medio ambiente, producción, etc. No considerar la participación de los pueblos indígenas en estas áreas y/o no considerar los derechos colectivos sobre estas materias -como el derecho a la consulta-, significaría una violación a las normas del Convenio 169 OIT y al art. 2, 19 de la Constitución Política.²⁸⁴

En este sentido, el artículo 2.3 del Reglamento de la Ley de Consulta, constituye un obstáculo para que el propio Estado, impide que a través de sus diferentes niveles de gobierno cumpla su rol de garante y responsable de implementar y hacer cumplir las disposiciones del Convenio 169 OIT: Artículo 2,1. “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”. Por otro lado, en el art. 2º, 2.3 del Reglamento de la Ley de Consulta se optó por lo siguiente:²⁸⁵

- “Los gobiernos regionales y locales sólo podrán promover procesos de consulta, previo informe favorable del Vice ministerio de Interculturalidad (...)”, consideramos que con este dispositivo se vulnera la autonomía de los gobiernos regionales y locales, por lo siguiente:²⁸⁶
 - a) Se violan los principios de competencia y la autonomía de los gobiernos regionales reconocidos en los artículos 191 y 192.6 de la Constitución. Las relaciones entre el Gobierno Nacional y los gobiernos regionales no son de jerarquía sino de competencia. Sin embargo, el artículo 2.3 del Reglamento, subordina una decisión de un gobierno regional, a la aprobación de un ente estatal de un Ministerio. Con esto se viola la autonomía normativa y política y el principio de competencia de los gobiernos regionales, pues una norma reglamentaria del Poder Ejecutivo está configurando competencias de un gobierno regional. Por ejemplo no sería aceptable que un gobierno regional regulara aspectos del gobierno central.
 - b) Se viola el principio constitucional de jerarquía normativa, contenido en el artículo 51 y 138 (2do párrafo) de la Constitución. Esto se da en dos momentos, primero cuando a través de una norma reglamentaria, -es decir de rango infralegal-, como es el decreto supremo se modifican normas de rango legal, como son leyes orgánicas. Nos referimos a la Ley 27867 (Ley Orgánica de Gobiernos Regionales). Este principio de jerarquía normativa, también se viola cuando se crea -a través una norma reglamentaria-, un nuevo requisito para la realización de un derecho constitucional. Es decir, a través de una norma de rango infralegal, se está modificando una norma de rango constitucional, como es el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y la Ley 29785.

²⁸⁴ IBIDEM. p. 14

²⁸⁵ IBIDEM. p. 14

²⁸⁶ IBIDEM. p. 15

- c) Se ha modificado normas del bloque de constitucionalidad a través de un decreto supremo. La Ley 27867 (Ley Orgánica de Gobiernos Regionales) estaría siendo modificada por el artículo 2.3 del Reglamento de la Ley de Consulta, que desarrolla las funciones de un gobierno regional. La Ley orgánica de gobiernos regionales, es una norma que forma parte del bloque de constitucionalidad, es decir tiene la misma fuerza que las normas constitucionales para efectos del control constitucional, de acuerdo con el artículo 79 del Código Procesal Constitucional. En consecuencia, al ser una norma de rango constitucional, no puede ser modificada por un Decreto Supremo como es el Reglamento de la Ley de Consulta (D.S. 001-2012-MC).
- d) El Gobierno ha ejercido la potestad reglamentaria de manera inconstitucional violándose el artículo 118.8 de la Constitución. Lo establecido en el artículo 2.3 del Reglamento, excede y va más allá de lo establecido en la Ley de Consulta (Ley 29785), pues esta facultad no estaba en la ley. En tal sentido se viola el artículo 118.8 de la Constitución, que establece que es atribución del Presidente de la República “Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones”. Esta modificatoria debió realizarse por ley. En todo caso, una restricción como la contenida en el artículo 2.3 del Reglamento, debió de haberse discutido y aprobado a través de la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura y no del Reglamento, conforme señala el artículo 5º de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (Ley 29158).

5.2.6. ANALISIS DE LOS CONCEPTOS CONSAGRADOS EN EL DECRETO SUPREMO No 001-2012-MC SOBRE LA CONSULTA PREVIA

El artículo 3º del Reglamento de la Ley de Consulta Previa consagra una serie de conceptos tales como:

- c) **Acta de Consulta.-** Instrumento público, con valor oficial, que contiene los acuerdos que se alcance como resultado del proceso de consulta, así como todos los actos y ocurrencias desarrollados durante el proceso de diálogo intercultural. Es suscrita por los funcionarios competentes de la entidad promotora y por los o las representantes del o de los pueblos indígenas. Los documentos sustentatorios del acuerdo forman parte del acta de consulta.
- d) **Afectación Directa.-** Se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos.
- e) **Ámbito Geográfico.-** Área en donde habitan y ejercen sus derechos colectivos el o los pueblos indígenas, sea en propiedad, en razón de otros derechos reconocidos por el Estado o que usan u ocupan tradicionalmente. Este concepto lo que está reconociendo tácitamente es la propiedad comunal o posesión ancestral cuestión desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia, así como el propio Tribunal Constitucional como hemos visto en los capítulos anteriores.
- d) **Buena Fe.-** Las entidades estatales deben analizar y valorar la posición del o los pueblos indígenas durante el proceso de consulta, en un clima de confianza,

colaboración y respeto mutuo. El Estado, los o las representantes y las organizaciones de los pueblos indígenas tienen el deber de actuar de buena fe, centrandose en el contenido de las medidas objeto de consulta, siendo inadmisibles las prácticas que buscan impedir o limitar el ejercicio de este derecho, así como la utilización de medidas violentas o coercitivas como instrumentos de presión en el proceso de consulta. El principio de buena fe, aplicable a ambas partes, comprende adicionalmente:

- i. Brindar toda la información relevante para el desarrollo del proceso de diálogo.
- ii. Evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado.
- iii. Cooperar con el desarrollo de la consulta.
- iv. Diligencia en el cumplimiento de lo acordado.
- v. Exclusión de prácticas que pretendan impedir o limitar el ejercicio del derecho a la consulta.
- vi. No realizar proselitismo político partidario en el proceso de consulta.

e) Derechos Colectivos.- Derechos que tienen por sujeto a los pueblos indígenas, reconocidos en la Constitución, en el Convenio 169 de la OIT, así como por los tratados internacionales ratificados por el Perú y la legislación nacional. Incluye, entre otros:

- e.1)** Los derechos a la identidad cultural;
- e.2)** La participación de los pueblos indígenas;
- e.3)** El derecho a la consulta previa;
- e.4)** La de elegir sus prioridades de desarrollo;
- e.5)** La de conservar sus costumbres siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos;
- e.6)** La jurisdicción especial;
- e.7)** Derecho a la tierra;
- e.8)** Derecho al territorio, es decir al uso de los recursos naturales que se encuentran en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente en el marco de la legislación vigente;
- e.9)** Derecho a la salud con enfoque intercultural;
- e.10)** Derecho a la educación intercultural.

Adviértase que la Séptima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC, establece que el Estado debe establecer garantías a la propiedad comunal y del derecho a la tierra de los pueblos indígenas, en el marco de su obligación de proteger el derecho de los pueblos indígenas a la tierra, establecido en la Parte II del Convenio 169 de la OIT, así como al uso de los recursos naturales que les corresponden conforme a Ley, adopta las siguientes medidas:

- Cuando excepcionalmente los pueblos indígenas requieran ser trasladados de las tierras que ocupan se aplicará lo establecido en el artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, así como lo dispuesto por la legislación en materia de desplazamientos internos. Esto es no podrán ser reubicados, si antes no se les informa de las razones de la reubicación, y si no se obtiene su consentimiento libre e informado, además de indemnizarlos y compensarlos por dicha medida en caso de ser reubicados de manera efectiva.

- No se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de los titulares de las mismas, debiendo asegurarse que de forma previa a tal decisión reciban la información adecuada, debiendo cumplir con lo establecido por la legislación nacional vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos.

f) Entidad promotora.- 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. Las entidades promotoras son:

i. La Presidencia del Consejo de Ministros, para el caso de Decretos Legislativos. En este supuesto, dicha entidad puede delegar la conducción del proceso de consulta en el Ministerio afín a la materia a consultar.

ii. Los Ministerios, a través de sus órganos competentes.

iii. Los Organismos Públicos, a través de sus órganos competentes.

iii. Los gobiernos regionales y locales, a través de sus órganos competentes, también se entenderán entidades promotoras.

Adviértase que la Décima Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785, establece que “en el caso de los procesos de promoción de la inversión privada, corresponderá a cada Organismo Promotor de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN) coordinar con la entidad promotora la oportunidad en que ésta deberá realizar la consulta previa, la cual debe ser anterior a la aprobación de la medida administrativa correspondiente.” Recordemos que a través de PROINVERSIÓN se pueden concesionar proyectos de inversión de gran envergadura especialmente en infraestructura vial, ferroviaria, aeroportuaria, portuaria, telecomunicaciones, energía e hidrocarburos, saneamiento e irrigación, entre otros, por lo que en corresponderá antes de entregar la concesión efectuar el correspondiente procedimiento de consulta previa. Asimismo téngase en cuenta que la implementación de la consulta previa se hace con cargo al presupuesto institucional de las entidades promotoras correspondientes conforme lo dispuesto por la Décima Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785.

g) Enfoque Intercultural.- Reconocimiento de la diversidad cultural y la existencia de diferentes perspectivas culturales, expresadas en distintas formas de organización, sistemas de relación y visiones del mundo. Implica reconocimiento y valoración del otro.

h) Medidas Administrativas.- Normas reglamentarias de alcance general, así como el **acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la Administración la suscripción de contratos con el mismo fin,** en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En normas reglamentarias de carácter general deberemos incluir todo norma que reglamento una ley sin desnaturalizarla, y otras de menor jerarquía que precisen los alcances de normas reglamentarias por lo que están comprendidos decretos supremos, resoluciones ministeriales, resoluciones directorales, entre otros. Ahora,

cuando se refiere a que también se consulta el acto administrativo que faculta el inicio de la actividad o proyecto, implica que se deberá consultar la licencia, permiso o autorización para iniciar una actividad económica, lo cual resulta un problema que puede generar conflictos socio ambientales, ya que supone en la mayoría de casos que ya se entregó la concesión, y además ya se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental, todo posiblemente sin consulta previa, que si se realiza recién entonces sería demasiado tarde cuando pues todo ya está decidido. Las críticas de parte de las organizaciones indígenas y de expertos no han cesado contra esta disposición, que apenas se disimula con aquello de **“o el que autorice a la Administración la suscripción de contratos con el mismo fin”**, donde pueden ingresar el derecho de consulta a entrega de las concesiones estrictum semsum, y en concordancia con el artículo 15º del Convenio 169 de la OIT.

En el caso de actos administrativos, el proceso de consulta a los pueblos indígenas se realiza a través de sus organizaciones representativas locales, conforme a sus usos y costumbres tradicionales, asentadas en el ámbito geográfico donde se ejecutaría el acto administrativo.

- i) Medidas Legislativas.-** Normas con rango de ley que puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En este caso, las normas que puede emitir el Poder Ejecutivo con rango de ley que pueden ser objeto de consulta serían los Decretos Legislativos, y Decretos de Urgencia, que afectan a poblaciones indígenas.
- j) Pueblo Indígena u Originario.-** Pueblo que desciende de poblaciones que habitaban en el país en la época de la colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; y que, al mismo tiempo, se auto reconozca como tal. Los criterios establecidos en el artículo 7 de la Ley deben ser interpretados en el marco de lo señalado en artículo 1 del Convenio 169 de la OIT. La población que vive organizada en comunidades campesinas y comunidades nativas podrá ser identificada como pueblos indígenas, o parte de ellos, conforme a dichos criterios. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas no alteran su naturaleza, ni sus derechos colectivos. En adelante se utilizará la expresión “pueblo indígena” para referirse a “pueblo indígena u originario”.
- k) Plan de Consulta.-** Instrumento escrito que contiene la información detallada sobre el proceso de consulta a realizarse, el que debe ser adecuado a las características de la medida administrativa o legislativa a consultarse y con un enfoque intercultural.
- l) Institución u Organización Representativa de los Pueblos Indígenas.-** Institución u organización que, conforme los usos, costumbres, normas propias y decisiones de los pueblos indígenas, constituye el mecanismo de expresión de su voluntad colectiva. Su reconocimiento se rige por la normativa especial de las autoridades competentes, dependiendo del tipo de organización y sus alcances. En el Reglamento se utilizará la expresión “organización representativa”.
- m) Representante.-** Persona natural, miembro del pueblo indígena, que pudiera ser afectada directamente por la medida a consultar y que es elegida conforme los usos y costumbres tradicionales de dichos pueblos. Cualquier mención a “representante” en el Reglamento se entenderá referida a la forma de participación a que hace referencia el artículo 6 de la Ley.

5.2.7. COMPETENCIA DE LA ENTIDAD PROPONENTE DE CONDUCIR EL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA PREVIA

Evidentemente, el artículo 4º del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, acierta cuando señala que “el contenido de la medida legislativa o administrativa que se acuerde o promulgue, sobre la cual se realiza la consulta, debe ser acorde a las competencias de la entidad promotora, respetar las normas de orden público así como los derechos fundamentales y garantías establecidos en la Constitución Política del Perú y en la legislación vigente. El contenido de la medida debe cumplir con la legislación ambiental y preservar la supervivencia de los pueblos indígenas.”

No podemos dejar de resaltar la Décima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785, que coloca en alto relieve el derecho de participación en los beneficios económicos que reportan los proyectos a que tienen las poblaciones indígenas, conforme a lo establece el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, según el cual “los pueblos indígenas deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporte el uso o aprovechamiento de los recursos naturales de su ámbito geográfico, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de las mismas, de acuerdo a los mecanismos establecidos por ley.” El problema de esta disposición es que no establece los mecanismos por los cuales los pueblos indígenas se beneficiaran de los proyectos de inversión, pero no es difícil asegurar que el principal será la constitución de un fideicomiso cuyo objeto sea la implementación de proyectos de desarrollo a favor de las poblaciones indígenas afectadas por el proyecto de inversión, además de la asunción de la seguridad social, mejoramiento de la educación y de la salud, servicios desconocidos en nuestra zonas más empobrecidas del país.

5.2.8. CARACTERÍSTICAS DE LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE REALIZAR LA CONSULTA PREVIA

El artículo 5º del Reglamento de la Ley de Consulta Previa establece que “la obligación de consultar al o los pueblos indígenas deriva del Convenio 169 de la OIT y de la Ley y constituye una responsabilidad del Estado Peruano. Dicha obligación significa que:

- a) **Las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe;** debe producirse un verdadero diálogo entre las autoridades gubernamentales y el o los pueblos indígenas, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo o consentimiento; buscando que la decisión se enriquezca con los aportes de los o las representantes del o de los pueblos indígenas, formulados en el proceso de consulta y contenidos en el Acta de Consulta;
- b) **Deben establecerse mecanismos apropiados,** realizándose las consultas de una forma adaptada a las circunstancias y a las particularidades de cada pueblo indígena consultado;
- c) **Las consultas deben realizarse a través de los o las representantes** de las organizaciones representativas del o de los pueblos indígenas directamente afectados;
- d) **Las consultas deben realizarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas administrativas o legislativas propuestas.** No obstante, el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la

consulta; esto último resulta contraproducente pues este derecho en ese contexto queda vaciado de contenido.

- e) **El derecho a la consulta implica la necesidad de que el pueblo indígena, sea informado, escuchado y haga llegar sus propuestas**, buscando por todos los medios posibles y legítimos, llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas consultadas mediante el diálogo intercultural. Si no se alcanzara el acuerdo o consentimiento sobre dichas medidas, las entidades promotoras se encuentran facultadas para dictarlas, debiendo adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo;
- f) **La consulta debe tener en cuenta los problemas de accesibilidad** que pudieran tener los miembros de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, y sus representantes, de llegar al lugar en donde se realice el proceso de consulta. Debe optarse por lugares que por su fácil acceso permitan lograr el máximo de participación;
- g) Atendiendo a la diversidad de pueblos indígenas existentes y a la diversidad de sus costumbres, **el proceso de consulta considera las diferencias según las circunstancias a efectos de llevar a cabo un verdadero diálogo intercultural**. Se presta especial interés a la situación de las mujeres, la niñez, personas con discapacidad y los adultos mayores;
- h) **El proceso de consulta debe realizarse respetando los usos y tradiciones de los pueblos indígenas**, en el marco de lo establecido por la Constitución y las leyes.
- i) **Los pueblos indígenas deben realizar los procedimientos internos de decisión o elección, en el proceso de consulta, en un marco de plena autonomía**, y sin interferencia de terceros ajenos a dichos pueblos, respetando la voluntad colectiva;
- j) La obligación del Estado de informar al pueblo indígena, así como la de apoyar la evaluación interna, se circunscribe sólo a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que participen del proceso de consulta.
- k) Las normas de carácter tributario o presupuestario no serán materia de consulta;
- l) **No requieren ser consultadas las decisiones estatales de carácter extraordinario o temporal dirigidas a atender situaciones de emergencia derivadas de catástrofes naturales o tecnológicas que requieren una intervención rápida e impostergable con el objetivo de evitar la vulneración de derechos fundamentales de las personas**. El mismo tratamiento reciben las medidas que se dictan para atender emergencias sanitarias, incluyendo la atención de epidemias, así como la persecución y control de actividades ilícitas, en el marco de lo establecido por la Constitución Política del Perú y las leyes vigentes;
- m) **Son documentos de carácter público, disponibles, entre otros medios, a través de los portales web de las entidades promotoras**: El Plan de Consulta, la propuesta de la medida administrativa o legislativa a consultar, el nombre de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas y el de sus representantes, el nombre de los representantes estatales, el Acta de Consulta y el Informe de Consulta; y

- n) **La dación de medidas administrativas o legislativas que contravengan lo establecido** en la Ley y el Reglamento de Consulta Previa, vulnerando el derecho a la consulta, pueden ser objeto de las medidas impugnatorias previstas en la legislación.

5.2.9.LA CONSULTA PREVIA EN EL APROVECHAMIENTO DE RECURSOS NATURALES EN TERRITORIOS INDÍGENAS

Un análisis del artículo 6º del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, que reglamenta el artículo 15º del Convenio 169 del OIT, referido a la consulta previa en el caso de aprovechamiento de recursos naturales, deja un sin sabor cuando se señala que “*es obligación del Estado Peruano consultar al o los pueblos indígenas que podrían ver afectados directamente sus derechos colectivos, determinando en qué grado, antes de aprobar la medida administrativa (...) que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican el o los pueblos indígenas, conforme a las exigencias legales que correspondan en cada caso.*” Esto es que no necesariamente se consultara el otorgamiento de la concesión sino el acto administrativo que autoriza el inicio de las actividades de exploración o explotación, que no necesariamente es la certificación ambiental, sino la autorización posterior que otorga la administración para que inicie operaciones el titular del proyecto, lo cual evidentemente desnaturaliza la esencia de la consulta previa, cuyo objeto en el caso del aprovechamiento de los recursos naturales, implica la consulta previa de la entrega de la concesión, y adicionalmente, la del Estudio de Impacto Ambiental, siendo el acto administrativo de inicio de operaciones de la empresa, un acto administrativo residual que ya en ese escenario pudiera consultarse dependiendo la dimensión del proyecto, o considerarse innecesaria la consulta al haberse dado dos procesos de consulta previos.

5.2.10. LA OPORTUNIDAD DE LA REALIZACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA

La Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC, es una confirmación que la concepción de la norma es que no se consulte ni la entrega de la concesión ni el estudio de impacto ambiental como actos administrativos que pueden afectar directamente a pueblos indígenas sino solamente la autorización o permiso para el inicio de la actividad del proyecto de inversión, y ello se desprende, cuando se señala que *el “contenido de los instrumentos del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental señalados en el artículo 11 del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, incluirá información sobre la posible afectación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que pudiera ser generada por el desarrollo del proyecto de inversión”* y no hace referencia a un plan de consulta previa, ni expresa en ningún momento que los instrumentos de gestión ambiental serán objeto de consulta previa.

Esta lógica es la que impera en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las demandas sociales de los pueblos indígenas, y del derogado Decreto Supremo N° 023-2011-EM, que regulo el derecho a la consulta previa en el sector de energía y minas, entre el 13 de mayo al 7 diciembre del 2011, así se aprecia que claramente se establece el proceso de consulta previa aplica al otorgamiento de concesiones mineras, sean de beneficio, labor general y de transporte minero.

PROCESO DE CONSULTA PREVIA EN EL SUB SECTOR DE MINERIA
OBJETO
El otorgamiento de concesiones mineras, concesiones de beneficio, de labor general y de transporte minero, susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas.
AUTORIDAD QUE EJECUTA
INGEMMET o el Gobierno Regional Órgano técnico de asesoramiento: Oficina General de Gestión Social del MEM
SOLICITUD DE PETITORIO INCLUYE
"Información básica del Proyecto" se puede presentar hasta después de un (1) año de presentada la solicitud de petitorio. En caso el peticionario no cumpliera con presentar la "Información básica del Proyecto", el INGEMMET o el Gobierno Regional correspondiente, declarará el abandono del procedimiento y el área peticionada como de libre denunciabilidad. Una vez recibido dicho documento, el INGEMMET o el Gobierno Regional iniciará el proceso de Consulta.
EXCEPCIONALMENTE ACUMULACIÓN
Respecto de varios petitorios mineros de uno o varios peticionarios, siempre que el pueblo indígena susceptible de ser afectado sea el mismo.
FINALIZACIÓN DEL PROCESO
Una vez concluido el proceso de Consulta, el INGEMMET o el Gobierno Regional correspondiente, emitirá el acto administrativo otorgando o denegando la(s) concesión(es) solicitada(s).
CASO DE CONCESIÓN DE BENEFICIO, DE LABOR GENERAL Y DE TRANSPORTE MINERO QUE AFECTA PUEBLOS INDIGENAS
<p>a. Antes de otorgar una concesión de beneficio, de labor general y de transporte minero que afectan pueblos indígenas</p> <p>b. Cuando la ubicación de cualquiera de las concesiones estuviera dentro de una concesión minera que no hubiera sido aprobada previo proceso de Consulta.</p> <p>c. Cuando las concesiones se vayan a desarrollar en áreas que no hayan sido materia de proceso previo de Consulta.</p> <p>Una vez concluido el proceso de Consulta, la Dirección General de Minería emitirá el acto administrativo otorgando o denegando la concesión solicitada.</p>

Fuente: Artículos 14, 15, 16 y 17 del D.S. N° 023-2011-EM

Lo propio ocurriría, con el proceso de consulta previa en el sector de electricidad, donde quedaba claramente establecido que las concesiones temporales y definitivas de generación y transmisión eléctrica así como el otorgamiento de autorización de centrales de generación termoeléctrica, obviamente etapas anteriores al inicio de operaciones o la actividad del titular del proyecto.

PROCESO DE CONSULTA PREVIA EN EL SUB SECTOR DE ELECTRICIDAD
1.OBJETO
El otorgamiento de concesiones temporales y definitivas de generación y transmisión eléctrica así como el otorgamiento de autorización de centrales de generación termoeléctrica
2. AUTORIDAD QUE EJECUTA
Dirección General de Electricidad Órgano técnico de asesoramiento: Oficina General de Gestión Social del MEM
3. OPORTUNIDAD
Proyecto de generación eléctrica
Si en el área de un proyecto se ubicaran uno o más pueblos indígenas, la persona natural y/o jurídica deberá solicitar una concesión temporal de manera previa a la concesión definitiva. En caso la concesión temporal hubiese sido materia de Consulta e incluya las mismas áreas que la concesión definitiva, el otorgamiento de esta última no requerirá proceso de Consulta.
Proyecto de transmisión eléctrica
Si en el área de un proyecto se ubicaran uno o más pueblos indígenas, el otorgamiento de la concesión estará sujeto al proceso de Consulta. En caso la concesión temporal de transmisión eléctrica hubiese sido materia de Consulta e incluya las mismas áreas que la concesión de transmisión definitiva, el otorgamiento de esta última no requerirá proceso de Consulta.
Proyecto de generación termoeléctrica
Si en el área de un proyecto se ubicaran uno o más pueblos indígenas, el otorgamiento de la autorización de generación termoeléctrica estará sujeto al proceso de Consulta.
Proyectos eléctricos que el Ministerio de Energía y Minas encargue a PROINVERSIÓN
la Dirección General de Electricidad deberá realizar el proceso de Consulta antes del otorgamiento del derecho eléctrico, para lo cual contará con la información técnica del proyecto necesaria para el proceso de Consulta
4. CONCLUSIÓN DEL PROCESO DE CONSULTA
Una vez concluido el proceso de Consulta, el Ministerio de Energía y Minas emitirá el acto administrativo otorgando o denegando la concesión solicitada. Dicho acto deberá ser motivado tomando en cuenta el resultado del proceso de Consulta.

Fuente: Artículos 18 y 19 del D.S. N° 023-2011-EM

PROCESO DE CONSULTA PREVIA EN EL SUB SECTOR DE GEOTERMIA	
1.OBJETO	El otorgamiento de autorización para exploración geotérmica y concesión de explotación geotérmica, susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas.
2. AUTORIDAD QUE EJECUTA	Dirección General de Electricidad
Organo técnico de asesoramiento:	Oficina General de Gestión Social del MEM
3. OPORTUNIDAD	Si en el área solicitada para exploración geotérmica , se ubicaran uno o más pueblos indígenas, el otorgamiento de la autorización de exploración estará sujeto al proceso de Consulta. Se llevará a cabo el proceso de Consulta previo al otorgamiento de concesiones de explotación geotérmica si existiera en el área solicitada uno o más pueblos indígenas.
4. CONCLUSIÓN	Una vez concluido el proceso de Consulta, la Dirección General de Electricidad emitirá el acto administrativo otorgando o denegando la concesión solicitada. En caso el área solicitada <u>hubiese pasado por un proceso de Consulta para la exploración geotérmica e incluya las mismas áreas que la concesión de explotación geotérmica, el requerimiento de esta última no requerirá proceso de Consulta.</u>

Fuente: Artículos 20, 21 y 22 del D.S. N° 023-2011-EM

Pero lo más interesante del derogado Decreto Supremo N° 023-2011-EM, es la regulación que se hacía del derecho de la consulta previa en el sector de hidrocarburos, donde expresamente se establece que con antelación a la suscripción del contrato de concesión debe realizarse un proceso de consulta previa con las poblaciones indígenas afectadas, esto es antes de entregar la concesión formalmente, y antes de aprobar el Estudios de Impacto Ambiental correspondiente, y mucho antes de otorgar la autorización de inicio de la actividad de exploración o explotación correspondiente. En ese sentido, podemos concluir que en cuanto el momento de realizar la consulta previa el derogado Decreto Supremo N° 023-2011-EM, era más protector y claro, que el Decreto Supremo N° 001-2012-MC cuya aplicación puede dar lugar a la aparición interpretaciones que restrinjan el derecho a la consulta previa, lo que puede generar actos administrativos inconstitucionales por haberse ceñido a una interpretación restringida de la misma, privando de este derecho colectivo a poblaciones indígenas afectadas.

PROCESO DE CONSULTA PREVIA EN EL SUB SECTOR DE HIDROCARBUROS	
1.OBJETO	El otorgamiento de concesiones para el transporte y distribución de hidrocarburos por red de ductos; y, las autorizaciones para la instalación de plantas de refinación y procesamiento de hidrocarburos, susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas.
2. AUTORIDAD QUE EJECUTA	Dirección General de Hidrocarburos
Organo técnico de asesoramiento:	Oficina General de Gestión Social del MEM
3. CON ANTELACIÓN A LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO	Con antelación a la suscripción del Contrato de Exploración y Explotación o de Explotación que corresponda, deberá llevar a cabo el proceso de Consulta, si el área materia del contrato a ser suscrito afecte directamente a uno o más pueblos indígenas. El resultado del proceso de Consulta debe ser enviado al Ministerio de Energía y Minas previo a la expedición del decreto supremo que autorice la suscripción del respectivo contrato.
3. CONCESIONES PARA EL TRANSPORTE Y DISTRIBUCIÓN DE HIDROCARBUROS POR RED DE DUCTOS	La Dirección General de Hidrocarburos, previo al otorgamiento de concesiones para el transporte y distribución de hidrocarburos por red de ductos, deberá llevar a cabo el proceso de Consulta, siempre que la medida administrativa sea susceptible de afectar directamente a pueblos indígenas. En caso que el área materia de solicitud de concesión de transporte y distribución de hidrocarburos por red de ductos, hubiese sido materia de un proceso de Consulta con antelación a dicha solicitud, el otorgamiento de concesión no requerirá proceso de Consulta.
4. DE LAS AUTORIZACIONES PARA LA INSTALACIÓN DE PLANTAS DE REFINACIÓN Y PROCESAMIENTO DE	

HIDROCARBUROS
Para efectos de lo establecido en el artículo 74 del Decreto Supremo N° 042-2005-EM, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, el OSINERGMIN previo a la emisión del Informe Técnico Favorable para la instalación de plantas de refinación y procesamiento de hidrocarburos, deberá llevar a cabo el proceso de Consulta, siempre que sea susceptible de afectar directamente a pueblos indígenas. En caso que el área materia de solicitud de autorización para la instalación de plantas de refinación y procesamiento de hidrocarburos, hubiese sido materia de un proceso de Consulta con antelación a dicha solicitud, esta última no requerirá proceso de Consulta.
5. DEL TRANSPORTE Y DISTRIBUCIÓN DE HIDROCARBUROS POR RED DE DUCTOS ENCARGADOS A PROINVERSIÓN
En el caso de proyectos de transporte y distribución de hidrocarburos por red de ductos cuyo proceso de promoción a la inversión encargue el Ministerio de Energía y Minas a PROINVERSIÓN, la Dirección General de Hidrocarburos deberá realizar el proceso de Consulta antes del otorgamiento de la concesión o autorización correspondiente, para lo cual contará con la información técnica del proyecto necesaria para el proceso de Consulta, siempre que sea susceptible de afectar directamente pueblos indígenas. En caso que el área materia de concesión de transporte y distribución de hidrocarburos por red de ductos, hubiese sido materia de un proceso de Consulta con antelación a dicha solicitud, el otorgamiento de concesión no requerirá proceso de Consulta.

Fuente: Artículos 23, 24, 25, 26 y 27 del D.S. N° 023-2011-EM

5.2.11. LA CONSULTA PREVIA DE MEDIDAS URGENTES

La Octava Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC, referida a la aprobación de medidas administrativas con carácter de urgencia, parece razonable, sino fuera porque históricamente las medidas administrativas de urgencia han sido un mecanismo para aprobar temas de interés general sin debate nacional ni participación ciudadana además de ser el campo propicio para actos de corrupción, convirtiéndose en símbolo de la arbitrariedad de cuestionados gobiernos de turno. Así, cuando la referida disposición señala que “en caso las entidades promotoras requieran adoptar una medida administrativa con carácter de urgencia, debidamente justificado, el proceso de consulta se efectuará considerando los plazos mínimos contemplados” y aquí nace la excesiva discrecionalidad que tendrá cada sector, al carecer la norma de criterios para determinar cuándo una medida será de urgencia, pudiendo darse escenarios donde no se justifique dicho tratamiento especial y se dé rienda suelta a los excesos de determinada administración estatal apresurada por implementar programas sin observar plazos razonables en la ejecución de la consulta previa.

5.2.12. LA CONSULTA PREVIA DE ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS DE ACTIVIDADES PREVIAMENTE AUTORIZADAS

Otra decisión desacertada es la Décima Segunda Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785, la cual indica que “cuando una medida administrativa ya consultada requiera, para dar inicio a las actividades autorizadas por ella, de la aprobación de otras medidas administrativas de carácter complementario, estas últimas no requerirán ser sometidas a procesos de consulta.” Adviértase que las medidas administrativas de carácter complementario pueden tener un impacto significativo en la vida de las poblaciones indígenas por lo que deben ser objeto de consulta previa, piénsese en el caso de la ampliación de una concesión, la transferencia de un derecho administrativo a un tercero con malos antecedentes, la modificación o actualización de un estudio de impacto ambiental, que evidentemente reclaman no sólo conocer la opinión, y aportes de los pueblos indígenas afectados sino en ocasiones su consentimiento.

Por otra parte, la Décimo Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785, señala que “no requerirá proceso de consulta aquella medida administrativa que apruebe el reinicio de actividad, en tanto no implique variación

de los términos originalmente autorizados.” Agregaríamos siempre y cuando no haya habido acuerdos y consentimiento de los pueblos indígenas afectados, pues sí la razón del no inicio de operaciones se debió justamente a la oposición del pueblo indígena, entonces, se justificaría retomar el proceso de consulta previa con el objeto de llegar acuerdos y consensuar puntos en acuerdo.

5.2.13. LA CONSULTA PREVIA EN LA PROVISIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS EN PUEBLOS INDÍGENAS

Asimismo, la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785, señala que “la construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos que, en coordinación con los pueblos indígenas, esté orientada a beneficiarlos, no requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta.” El artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, no hace distinción entre las medidas administrativas que serán objeto de consulta previa, y no las exonera de dicho procedimiento por el merito de ser o no beneficioso, pues ello no llevaría al maquiavélico argumento contrario en contrario que implicaría que sólo se consultarían las medidas administrativas que afectan negativamente a las poblaciones indígenas, y ese no es el espíritu del derecho a la consulta previa. En ese sentido, corresponde consultar todas las medidas administrativas que afectaran a los pueblos indígenas, incluso, u sobre todo las que se refiere a servicios básicos, donde la consulta previa estaría encaminada a maximizar el beneficio de los mismos.

5.2.14. LOS TITULARES DE LAS CONSULTA PREVIA

Los sujetos de la consulta previa, menciona el artículo 7° del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, son los titulares “el o los pueblos indígenas cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa”, aquí discrepamos de la redacción de la norma, porque existirán ocasiones en que de manera indirecta una medida estatal puede afectar los derechos indígenas de un pueblo indígena, y en ese caso, la norma orillara a los afectados a recurrir al proceso de amparo a efectos de dar cumplimiento al derecho a la consulta previa. Así, se corre el peligro que una interpretación restrictiva y literal del impacto de la medida considere que una medida cuyo objeto está dirigido a la población en general y no exclusivamente a la población indígena, no será objeto de consulta, pues el impacto será indirecto, cuando en términos reales si lo debió desarrollar el proceso de consulta previa por el impacto efectivo a las poblaciones indígenas.

La identificación de los sujetos del derecho a la consulta previa, prevista en el artículo 8° del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, repite las taras de la norma que reglamenta, pues señala que “la entidad promotora identifica al o los pueblos indígenas, que pudieran ser afectados en sus derechos colectivos por una medida administrativa o legislativa, y a sus organizaciones representativas, a través de la información contenida en la Base de Datos Oficial.” Esta no debería ser una tarea de la entidad promotora, sino natural del inconstitucionalmente desactivado INDEPA, cuyo rol ha sido usurpado por el Viceministerio de Interculturalidad, y en todo caso este sería quien debería realizar dicha labor en su calidad de ente protector de las poblaciones indígenas.

5.2.15. EL DERECHO DE PETICIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LA CONSULTA PREVIA

Felizmente, el derecho de petición que les asiste a los pueblos indígenas, regulado en el artículo 9º del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, da la posibilidad que “el o los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas, pueden solicitar su inclusión en un proceso de consulta; o la realización del mismo respecto de una medida administrativa o legislativa que consideren pueda afectar directamente sus derechos colectivos.” Ello permite reclamar a los pueblos indígenas omitidos en la consulta previa por la entidad promotora o el Viceministerio de Interculturalidad incorporarse al procedimiento, y ser incluidos en el Plan de Consulta respectivo.

Resulta interesante analizar los dos casos en que se puede ejercer el derecho de petición de los pueblos indígenas, uno es en los casos en que la medida se va consultar, y se ha publicado el Plan de Consulta respectivo, y en ese momento el pueblo indígena solicite que se le considere en el mencionado proceso; y el otro es, en el caso, la medida no será objeto de consulta previa sin embargo los pueblos indígenas afectados con la misma solicitan se realice el procedimiento de consulta respectivo. En ese sentido se establece que “el petitorio debe remitirse a la entidad promotora de la medida dentro de los quince (15) días calendario de publicado el Plan de Consulta respectivo, para el caso de inclusión en consultas que se encuentren en proceso.” El problema se presenta cuando en la realidad social se observa que las comunidades nativas y campesinas en su gran mayoría no tienen conexión a medios de comunicación masiva como internet, diarios o radio, en ese contexto, el plazo de prescripción establecido de quince (15) días calendarios desde que es publicado el Plan de Consulta, no aplica a casos en los que la comunidad no tuvo forma de enterarse o informarse, tendrán el derecho a solicitar se les aplique el derecho de consulta previa aún después de transcurrido el citado plazo.

Otra vez, el Ministerio de Cultura, parece que vive en un universo paralelo, o es ajeno a la realidad de los pueblos indígenas pues señala que “en caso el petitorio tenga como objeto solicitar el inicio de un proceso de consulta, dicho plazo correrá desde el día siguiente de la publicación de la propuesta de medida en el Diario Oficial.” Primera objeción: ¡el Diario Oficial El Peruano no llega a los lugares donde habitan la mayoría de nuestros pueblos indígenas!, la segunda, el costo del mismo, que no puede ser asumido por los afectados por la medida objeto de consulta por su condición especialmente vulnerables y en extrema pobreza, por lo que debería ser asumida por el Estado en estas zonas. Así, sostenemos que la aplicación de esta norma puede resultar inconstitucional en los casos, en que su aplicación importe privar del ejercicio del derecho de consulta previa de las poblaciones indígenas afectadas por una medida legislativa o normativa cuando se pruebe que era imposible a estas puedan acceder a un Diario El Peruano, sea porque no circula en la zona, o sea por su condición socio económica especialmente vulnerable.

Por otra parte, en los casos en que no sea haya publicado la propuesta de medida, “el derecho de petición se puede ejercer hasta antes de que se emita la medida administrativa o legislativa,” pero habría que agregar a lo dicho por el artículo 9º del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, que de no haberlo hecho en ese momento, puede solicitarse a la autoridad administrativa promotora se declare nulo de oficio la medida administrativa o se deje sin efecto la medida legislativa por no haberse observado el derecho a la consulta previo, norma de orden público, o en su defecto acudir a instancias judiciales para efectos de hacer valer su derecho, vía una acción de amparo. Finalmente, en cualquiera de los dos casos antes expuestos, el artículo 9.1. del Reglamento de la Ley de Consulta Previa establece que “la entidad promotora decidirá sobre el petitorio dentro de los siete (7) días calendario de recibido el mismo”.

Si bien la autoridad promotora se le permite identificar a los pueblos indígenas, resolver peticiones sobre pueblos indígenas que quieren ser parte del procedimiento de consulta previa, e incluso resolver el recurso de reconsideración de las mismas, se establece que las apelaciones sobre la denegatoria de peticiones para ser incluidas en el procedimiento de consulta previa, serán resueltas en el caso de las apelaciones por el Viceministerio de Interculturalidad quien resolverá en un plazo máximo de siete (07) días, quedando con ello agotada la vía administrativa como lo establece el numeral 2 del artículo 9º del Reglamento de la Ley de Consulta Previa.

Ahora bien, el numeral 3 del artículo 9 del referido reglamento establece que “en caso de que el pedido sea aceptado y el proceso de consulta ya se hubiera iniciado, se incorporará al o los pueblos indígenas, adoptando las medidas que garanticen el ejercicio del derecho a la consulta”, sin embargo, pudo haberse establecido la suspensión del procedimiento por siete (07) días en tanto se resolvía el derecho de petición de un pueblo indígena, o puede lograrse dicho mismo objeto mediante una medida cautelar solicitada en el mismo procedimiento de petición de inclusión a fin de ingresar al procedimiento de consulta en igualdad de condiciones que el resto de pueblos indígenas, y a fin de que también se tome en cuenta su posición respecto a la medida legislativa o administrativa objeto de la consulta.

El procedimiento de acreditación de representantes, es fundamental para la validez de los acuerdos que se adopten como producto de la consulta previa, por lo que acierta el artículo 10º cuando señala que “el o los pueblos indígenas participan en los procesos de consulta a través de sus representantes nombrados conforme a sus propios usos y costumbres, debiendo acreditarlos en el proceso de consulta ante la entidad promotora, alcanzando un documento formal de acreditación.” A lo que con acierto añade: “el número de representantes designados debe considerar las necesidades del proceso, con enfoque de género y facilitando el diálogo intercultural orientado a la búsqueda de acuerdos.”

Si bien es cierto que los únicos protagonistas del proceso de consulta previa son los pueblos indígenas existe la posibilidad de que quien solicite se realice la consulta previa sea un administrado como una organización de no gubernamental (ONG), asociación, experto, o un ciudadano preocupado por los pueblos indígenas, en este escenario, este administrado puede ser invitado por la entidad promotora, por pedido de cualquiera de las partes y en cualquier etapa del proceso, con el fin de brindar información, realizar aclaraciones o para evaluar la realización de cambios respecto del contenido de la indicada medida, sin que ello implique que dicho administrado se constituya en parte del proceso de consulta, lo que resulta un acierto del artículo 12º del Reglamento de la Ley de Consulta Previa.

5.2.16. LAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE CONSULTA PREVIA

Las etapas del proceso de consulta previa están reguladas en el título III del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, así se señala que el inicio del proceso se inicia con: **a) la etapa de identificación** de la medida a consultar y la identificación del o los pueblos indígenas; continua con: **b) reuniones preparatorias**, donde las entidades promotoras pueden realizar reuniones preparatorias con las organizaciones representativas del o de los pueblos indígenas, a fin de informarles la propuesta de Plan de Consulta que debe ser

entregado por la entidad promotora a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, junto con la propuesta de la medida a consultar, conteniendo al menos:²⁸⁷

- i) Identificación del o de los pueblos indígenas a ser consultados;
- ii) Las obligaciones, tareas y responsabilidades de los actores del proceso de consulta;
- iii) Los plazos y el tiempo para consultar, los que deberán adecuarse a la naturaleza de la medida objeto de consulta;
- iv) Metodología del proceso de consulta, lugar de reuniones e idiomas que se utilizarán, y las medidas que faciliten la participación de las mujeres indígenas en el proceso;
- v) Los mecanismos de publicidad, información, acceso y transparencia del proceso, así como el mecanismo para realizar consultas o aclaraciones sobre la medida objeto de consulta.

Posteriormente, se transita a una tercera fase: **c) la etapa de publicidad de la medida**; en donde las entidades promotoras de la medida administrativa o legislativa objeto de consulta deben entregarla a las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas que serán consultados, mediante métodos y procedimientos culturalmente adecuados, considerando el o los idiomas de los pueblos indígenas y sus representantes. Al mismo tiempo deben entregar el Plan de Consulta que debería tener la opinión previa del ente rector de la consulta previa, cuestión que lamentablemente no se estableció en el Reglamento de la Ley de Consulta Previa.²⁸⁸

La cuarta fase es: **d) la etapa de la información**; en la cual las entidades promotoras corresponde brindar información al o los pueblos indígenas y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa. La etapa de información dura entre treinta (30) y sesenta (60) días calendario, según establezca la autoridad promotora. En teoría la información debe darse de forma adecuada y oportuna, con el objetivo de que el o los pueblos indígenas cuenten con información suficiente sobre la materia de consulta, así como para evaluar la medida y formular sus propuestas. Se deben usar medios de comunicación cercanos a la población indígena de tal manera que puedan llegar efectivamente a sus organizaciones representativas y a sus representantes, sobre la base de un enfoque intercultural.²⁸⁹

La entidad promotora dice el Reglamento de la Ley de Consulta Previa, “alentará que el o los pueblos indígenas cuenten con la asistencia técnica que fuera necesaria para la comprensión de la medida”²⁹⁰ cuando debería señalar que financiara la misma a través de un fideicomiso creado para dicho fin, de lo contrario, en la práctica, el derecho de consulta se transformaría en una mera formalidad, carente de la posibilidad de llegar a un acuerdo puesto que mientras los pueblos indígenas no cuenten con asesoría técnica dependerían en demasía de lo que diga la entidad proponente, y eso generara la desconfianza que hasta la fecha sólo ha generado conflictos socio ambientales.

La quinta fase, es **e) la etapa de evaluación interna**, implica que las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas y sus representantes deben contar con un plazo razonable en consideración de la naturaleza de la medida con el fin de realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y sobre

²⁸⁷ Artículo 16° del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC

²⁸⁸ Artículo 17° del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC

²⁸⁹ Artículo 18° del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC

²⁹⁰ Artículo 18° del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC

la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos, calidad de vida y desarrollo de los pueblos indígenas.²⁹¹ Evidentemente, los costos de transporte, alimentación y traslado, y otros necesarios, para realizar esta etapa será asumido por la entidad proponente de conformidad con el numeral 2 del artículo 19º del Reglamento de la Ley de Consulta Previa.

Acabado el proceso de evaluación interna, y dentro del plazo de dicha etapa, los o las representantes del o de los pueblos indígenas deberán entregarle a la entidad promotora, un documento escrito y firmado, o de forma verbal, dejándose constancia en un soporte que lo haga explícito, en el cual podrán indicar su acuerdo con la medida o presentar su propuesta acerca de lo que es materia de consulta, debiendo referirse en particular a las posibles consecuencias directas respecto a las afectaciones a sus derechos colectivos. Si los o las representantes no pudieran firmarlo, pueden colocar su huella digital.²⁹² En caso los o las representantes del o de los pueblos indígenas señalen que se encuentran de acuerdo con la medida, concluye el proceso de consulta.²⁹³ Sin embargo, en caso de que los o las representantes de las organizaciones representativas del o los pueblos indígenas presenten modificaciones, aportes o propuestas, tales servirán para iniciar la sexta fase: **f) la etapa de diálogo** propiamente dicha.²⁹⁴

En caso los o las representantes del o de los pueblos indígenas no expresen su voluntad colectiva dentro del plazo previsto para la evaluación interna, la entidad promotora entenderá que existe desacuerdo con la medida y convocará a la primera reunión de la etapa de diálogo. En dicha reunión los o las representantes deberán presentar los resultados de la evaluación interna. En caso no pudieran entregarlos, por razones debidamente justificadas, la entidad promotora volverá a citarlos en dicha reunión, y dentro del plazo de la etapa de diálogo, con el fin de recibir dicha evaluación e iniciar la búsqueda de acuerdos, de ser el caso.²⁹⁵ Si a pesar de lo señalado, los o las representantes del o de los pueblos indígenas no presentaran los resultados de la evaluación interna, sean en forma oral o escrita, se entenderá abandonado el proceso de consulta y se pasará a la etapa de decisión.²⁹⁶ En estricto considerar que la inasistencia al dialogo implica un abandono del proceso de consulta no resulta una salida feliz, pues en la práctica lo que significa en la mayoría de casos es un rechazo a la medida consultada. Ciertamente, el problema se complica cuando son varios los pueblos indígenas involucrados y cada uno tiene su propio punto de vista u opinión, en este caso, estará permitido que cada una de ellos podrá emitir sus propias opiniones sobre la medida materia de consulta. Todas las partes, incluso las que señalaron su acuerdo, tienen el derecho de participar en este caso en la etapa de diálogo.²⁹⁷ Precisemos que el numeral 7 del artículo 19º del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, establece que la evaluación interna debe completarse dentro de un plazo máximo de treinta (30) días calendario.

La sexta fase del proceso de la Consulta Previa, implica **un diálogo intercultural** que se realiza respecto de aquellos aspectos en donde se presentan diferencias entre las posiciones de la propuesta de la entidad promotora y las presentadas por el o los pueblos indígenas. Esta debe guiarse por un esfuerzo constante, y de buena fe, por alcanzar

²⁹¹ Numeral 1 del artículo 19º del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC

²⁹² Numeral 3 del artículo 19º del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC

²⁹³ Numeral 4 del artículo 19º del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC

²⁹⁴ Numeral 4 del artículo 19º del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC

²⁹⁵ Numeral 5 del artículo 19º del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC

²⁹⁶ Numeral 5 del artículo 19º del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC

²⁹⁷ Numeral 6 del artículo 19º del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC

acuerdos sobre la medida objeto de consulta.²⁹⁸ Sin embargo, eso no se condice con el numeral 2 del artículo 20° del Reglamento de la Ley de Consulta Previa, que señala “en el caso de medidas legislativas o administrativas de alcance general, la etapa de diálogo se realiza en la sede de la entidad promotora, salvo que las partes elijan una sede distinta, la cual debe contar con las facilidades que permitan el adecuado desarrollo del proceso.” Se diluye la buena fe cuando se establece como primera opción que sea la sede de la entidad proponente el lugar donde se realice el diálogo, olvidándose que el derecho a la consulta previa es de los pueblos indígenas, y por tanto, es la entidad promotora quien se debe acercar a sus localidades, y no hacer que ellos se trasladen a la ciudad a la sede de la entidad promotora que usualmente son la capital de la región o del país.

Extrañamente esa lógica cambia cuando se trata de un caso de consulta de actos administrativos, la etapa de diálogo se realizará en un lugar que facilite la participación de los o las representantes del o de los pueblos indígenas, ya no se menciona expresamente la sede de la entidad promotora, o sea en la localidad del pueblo indígena o cercana a la misma conforme reza el numeral 3 del artículo 20° del Reglamento de la Ley de Consulta Previa. La pregunta que cae por su propio peso, ¿porque existen dos lógicas diferentes para elegir el local donde se realizara el diálogo intercultural?, así mientras en el caso de medidas legislativas o administrativas de alcance general, la primera opción es la sede de la entidad promotora, y en el caso actos administrativos específicos en un lugar donde se facilite la participación de los representantes de los pueblos indígenas, lo cual resulta contradictorio, lo razonable es que siempre y en cualquier caso, se realice en un lugar cercano a la localidad de los pueblos indígenas.

Adviértase que si algún pueblo indígena, que ya es parte del proceso de consulta al haber sido debidamente informado y convocado, no participara en la etapa de diálogo, y en tanto aún no se haya firmado el Acta de Consulta, puede incorporarse al proceso, previa presentación de sus aportes y aceptando el estado en el que se encuentra el proceso al momento de su incorporación, incluyendo los acuerdos que ya se hubieran adoptado.²⁹⁹ No resulta razonable condicionar la participación de un pueblo indígena en el proceso de consulta previa, fase de diálogo, a que presenten sus aportes y acepten los acuerdos adoptados previamente, puesto que ello atenta contra la buena fe y la auténtica vocación de la parte proponente de llegar a un acuerdo, deberían permitirse su ingreso a esta fase, y dejarse constancia en el acta respectiva de su posición con relación a la medida objeto de consulta, sin penalizarlo por su ingreso tardío o extemporáneo puesto que siendo un derecho colectivo cuyo titular es el pueblo indígena este debe tener la libertad de ejercerlo en la oportunidad y forma como lo consideren conveniente, especialmente teniendo en cuenta lo complejo de estas organizaciones sociales.

Una de las cuestiones más injustas del proceso de consulta previa, es la negativa de la entidad proponente de solventar los honorarios y gastos de los equipos técnicos que asesoraran a los pueblos indígenas según su libre elección, que hubiera podido funcionar bajo una lógica similar a los abogados de oficio o los curadores con lo cual se diluye la posibilidad de estar en paridad de condiciones técnico legales para poder analizar las medidas objeto de consulta, dejando a su suerte a los pueblos indígenas, que con sus escasos recursos sería muy difícil cuando no imposible puedan asumir los costos de un equipo técnico solvente, y se tendera ante esta ausencia, muchas veces ante la desinformación e ignorancia técnica, politizarse las discusiones como una forma de

²⁹⁸ Numeral 1 del artículo 20° del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC

²⁹⁹ Numeral 4 del artículo 20° del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC

defensa ante lo que se desconoce, especialmente si es una medida que afectara la vida de una población indígena.

Es un muy pobre y mezquino que se establezca que la entidad promotora cubra los costos de los traslados, alimentación y alojamiento de los o las representantes del o de los pueblos indígenas y de los miembros de organizaciones representativas indígenas necesarios para el desarrollo del proceso de consulta,³⁰⁰ y no asuma esos mismos costos del equipo técnico de los pueblos indígenas, o peor aún los honorarios del mismos, y esta tara pasara la factura en la calidad del debate, propuestas y aportes que presenten las partes del proceso de consulta previa. Por otra parte, el tiempo de duración del dialogo de sólo treinta (30) días calendario parece extremadamente corto, pues mucho de ese periodo se consumirá en viajando y transportando a los pueblos indígenas, y en las discusiones internas que tengan adicionalmente, así como la consulta a las bases de las aclaraciones y explicaciones que han recibido de la entidad promotora, por ello es un alivio que pueda ser extendido dicho plazo por razones debidamente justificadas y por acuerdo de las partes.³⁰¹

En el desarrollo de la etapa de diálogo se observarán las siguientes reglas mínimas:³⁰²

- a) El o los pueblos indígenas tienen el derecho de usar su lengua nativa o el idioma oficial. Cuando alguna de las partes desconozca el idioma del interlocutor se contará con los intérpretes respectivos.
- b) Al iniciar la etapa de diálogo, la entidad promotora de la medida legislativa o administrativa debe realizar una exposición sobre los desacuerdos subsistentes al terminar la etapa de evaluación interna sobre la base de los documentos que las partes presentaron al finalizar dicha etapa. Realizada esta presentación se inicia el proceso de búsqueda de consenso. No parece acertado empezar una exposición con las discrepancias, pues lo ideal sería empezar por los aspectos generales, impactos positivos y negativos de la medida, y como se mitigaron los mismos, y luego recién se debería pasar a discutir las observaciones que se tuvieran a la medida objeto de la consulta.

Si durante el proceso de consulta se produjeran actos o hechos ajenos a las partes que perturbaran el proceso de diálogo, la entidad promotora suspenderá el mismo hasta que se den las condiciones requeridas, sin perjuicio de que las autoridades gubernamentales competentes adopten las medidas previstas en la legislación. La decisión de suspensión se sustentará en un informe motivado sobre los actos o hechos que afectan el proceso de diálogo, no pudiendo dicha suspensión o la suma de ellas, de ser el caso, superar el plazo de quince (15) días calendario.³⁰³ Este informe que sustenta la suspensión del proceso debería contar con un informe previo favorable de la entidad rectora de la consulta previa, ahora parece exagerado que una suspensión sólo pueda ser de dos semanas y un día, cuando la experiencia derivada de los proceso de participación ciudadana, nos indica que la mayoría de ocasiones una suspensión puede superar largamente ese plazo, pues se busca el consenso y sobre todo solucionar un conflicto socio ambiental generado posiblemente por la forma en que se lleva la consulta previa, o las discrepancias que existen con la medida objeto de consulta.

³⁰⁰ Numeral 5 del artículo 20º del Reglamento de la Ley Nº 29785, aprobado por Decreto Supremo Nº 001-2012-MC

³⁰¹ Numeral 6 del artículo 20º del Reglamento de la Ley Nº 29785, aprobado por Decreto Supremo Nº 001-2012-MC

³⁰² Numeral 7 del artículo 20º del Reglamento de la Ley Nº 29785, aprobado por Decreto Supremo Nº 001-2012-MC

³⁰³ Numeral 1 del artículo 21º del Reglamento de la Ley Nº 29785, aprobado por Decreto Supremo Nº 001-2012-MC

El numeral 1 del artículo 21º del Reglamento de la Ley de Consulta Previa establece que cumplido ese plazo de quince (15) días, la entidad promotora podrá convocar al diálogo en un lugar que garantice la continuidad del proceso, en coordinación, de ser posible, con los o las representantes del o de los pueblos indígenas. En cualquier caso, la entidad promotora pondrá fin al proceso de diálogo si el incumplimiento del principio de buena fe impidiera la continuación del proceso de consulta, elaborando un informe sobre las razones que sustentan dicha decisión, sin perjuicio de que las autoridades gubernamentales competentes adopten las medidas previstas en la legislación, de ser el caso, luego de lo cual se pasará a la etapa de decisión.³⁰⁴ Otra vez, sostenemos que ese informe que sustenta la finalización de la etapa de diálogo y el ingreso a la fase de decisión debería contar con la opinión previa favorable del ente rector de la consulta previa como una garantía de protección del derecho colectivo del pueblo indígena consultado.

No resulta alentador del proceso de consulta previa que el numeral 2 del artículo 21º del Reglamento de la Ley de Consulta Previa establezca que *“el o los pueblos indígenas pueden desistirse, no continuar, o abandonar el proceso de consulta. Las entidades promotoras deben agotar todos los medios posibles (...) para generar escenarios de diálogo. Si luego (...) no es posible lograr la participación del o de los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones representativas, la entidad promotora dará el proceso por concluido, elaborando un informe que sustente la decisión adoptada, dentro del plazo de la etapa de diálogo.”* Nuevamente, sin un informe previa de una autoridad rectora de la protección de los pueblos indígenas, la cancelación de la fase de diálogo para ingresar a la etapa de decisión podría ser cuestionable e incluso arbitraria, mientras siga dependiendo de la autoridad proponente interesada en implementar la medida propuesta consultada.

En el Acta de Consulta deben constar, de ser el caso, los acuerdos adoptados, señalando expresamente si los mismos son totales o parciales. En caso de no existir acuerdo alguno, o cuando el acuerdo es parcial, debe quedar constancia de las razones del desacuerdo parcial o total. Asimismo el Acta será firmada por los o las representantes del o de los pueblos indígenas y por los funcionarios y funcionarias debidamente autorizados de la entidad promotora. De negarse a firmar el Acta, se entenderá como una manifestación de desacuerdo con la medida, y se pasará a la etapa de decisión.³⁰⁵

Finalmente, la séptima fase, es **la etapa de decisión**, que implica *“adoptar la decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad promotora. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por el o los pueblos indígenas durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias directas que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos en la Constitución Política del Perú y en los tratados ratificados por el Estado Peruano.”*³⁰⁶

Asimismo, de alcanzarse un acuerdo total o parcial entre el Estado y el o los pueblos indígenas, como resultado del proceso de consulta, dicho acuerdo es de carácter

³⁰⁴ Numeral 1 del artículo 21º del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC

³⁰⁵ El artículo 22º del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC

³⁰⁶ El numeral 1 del artículo 23º del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC

obligatorio para ambas partes.³⁰⁷ En caso de que no se alcance un acuerdo y la entidad promotora dicte la medida objeto de consulta, le corresponde a dicha entidad adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos del o de los pueblos indígenas, así como los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo, promoviendo la mejora de su calidad de vida. Los o las representantes que expresen su desacuerdo tienen el derecho de que el mismo conste en el Acta de Consulta.³⁰⁸

Constituye un grave error el establecer que “**el plazo máximo para el desarrollo de las etapas de publicidad, información, evaluación interna y diálogo es de ciento veinte (120) días calendario**; contados a partir de la entrega de la propuesta de medida administrativa o legislativa hasta la firma del Acta de Consulta”³⁰⁹ puesto que ello puede ser contrario a la forma como deliberan y toman sus decisiones los pueblos indígenas, y atentar contra el plazo razonable que debe regir el proceso de consulta previa.

Ciertamente, es un acierto que culminado el proceso de consulta, la entidad promotora debe publicar en su portal web un Informe conteniendo: a) La propuesta de medida que se puso a consulta; b) El Plan de Consulta; c) Desarrollo del proceso; d) Acta de Consulta; e) Decisión adoptada, de ser el caso. El Informe Final debe ser remitido a los o las representantes del o de los pueblos indígenas que participaron en el proceso de consulta.³¹⁰ Por otra parte, el financiamiento del proceso de consulta, serán asumidos para el caso de medidas legislativas y administrativas de alcance general, como corresponde por la entidad promotora; y, en el caso de consultas de actos administrativos, se incorporan en las tasas que cubren los costos del trámite de la indicada medida.³¹¹

FUNCIONES DEL VICEMINISTERIO DE INTERCULTURALIDAD SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA

1. Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta. Asimismo, brinda opinión previa sobre procedimientos para aplicar el derecho a la consulta.
2. Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades promotoras y a las organizaciones representativas y a sus representantes, del o de los pueblos indígenas, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular, en coordinación con las entidades promotoras.
3. Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades promotoras, sobre la calificación de las medidas legislativas o administrativas proyectadas por dichas entidades, sobre el ámbito de la consulta y la determinación del o de los pueblos indígenas a ser consultados, así como sobre el Plan de Consulta.
4. Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y al o los pueblos indígenas que son consultados en la definición del ámbito y características de la misma.
5. Elaborar, consolidar y actualizar la Base de Datos Oficial relativa a los pueblos indígenas, en donde también se registrarán sus organizaciones representativas.
6. Registrar los resultados de las consultas realizadas. Para tal fin, las entidades promotoras deben remitirle en formato electrónico, los Informes de Consulta. La información debe servir de base para el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos adoptados en los procesos de consulta.
7. Crear, mantener y actualizar un Registro de Facilitadores, así como el Registro de Intérpretes de las lenguas indígenas.
8. Dictar una Guía Metodológica para la implementación del derecho de consulta, incluyendo documentos modelo, en el marco de la Ley y el Reglamento.

Fuente: Artículo 28º del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC

Advirtamos que la Presidencia del Consejo de Ministros cuenta con una Comisión Multisectorial para el seguimiento de la aplicación del derecho a la consulta, la cual estará integrada por representantes de los sectores del Poder Ejecutivo con responsabilidades en el proceso de consulta previa. Esta Comisión emitirá informes, y podrá plantear recomendaciones para la debida implementación y mejora en la aplicación del derecho a

³⁰⁷ El numeral 2 del artículo 23º del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC

³⁰⁸ El numeral 3 del artículo 23º del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC

³⁰⁹ El artículo 24º del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC

³¹⁰ El artículo 25º del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC

³¹¹ El artículo 26º del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC

la consulta. Para tal fin, podrá convocar a expertos que colaboren en el desarrollo de sus responsabilidades.³¹²

Finalmente, llama poderosamente la atención el contrabando legislativo que significa la Novena Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-2012-MC, que regula un tema ajeno a la consulta previa, pues regula la protección de pueblos en aislamiento y en contacto inicial, que modifica el artículo 35° del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES conforme al siguiente texto: ***“Aprovechamiento de recursos por necesidad pública.- Cuando en la reserva indígena se ubique un recurso natural cuya exploración o explotación el Estado considere de necesidad pública, la autoridad sectorial competente solicitará al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura la opinión técnica previa vinculante sobre los estudios de impacto ambiental requeridos conforme a Ley. La opinión técnica, será aprobada por Resolución Vice Ministerial y deberá contener las recomendaciones u observaciones que correspondan. Corresponde al Viceministerio de Interculturalidad adoptar o coordinar las medidas necesarias con los sectores del Régimen Especial Transectorial de Protección, a fin de garantizar los derechos del pueblo en aislamiento o contacto inicial.”*** Esta norma resulta abiertamente inconstitucional pues por el sólo hecho de considerar de necesidad pública la extracción de recursos naturales en territorios indígenas de pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial se puede autorizar la exploración o explotación de los mismos, sin interesar que con ello, se afecta el carácter intangible de estos territorios, y se quebranta el principio de no contacto con estas poblaciones amenazando de manera inminente sus derechos constitucionales tales como el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, a un ambiente sano y equilibrado, a la propiedad comunal, y al derecho a la identidad étnica y cultural.

5.3. PROCESO DE CUMPLIMIENTO PARA LA ADECUACIÓN A LA CONSULTA PREVIA EN EL SECTOR DE ENERGÍA Y MINAS (EXP. N° 13849-2011-0-1801-JR-CI-01, IDLADS contra MINEM)

Si hemos manifestado que el Convenio N° 169 de la OIT, fue aprobado por el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa N° 26253, de fecha 2 de diciembre de 1993, y entro en vigencia el 02 de febrero de 1995. El citado Instrumento internacional consagra el derecho a la consulta previa, en el numeral 1 del artículo 6° del citado Convenio establece que los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, 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; 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 a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; y, establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para dicho fin.

Asimismo, el numeral 2 del artículo 6° del referido Convenio señala que las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el

³¹² Segunda Disposiciones Complementarias, Transitorias y Finales del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC

consentimiento acerca de las medidas propuestas. Lo que debe ser concordado con el numeral 2 del artículo 15 del Convenio N° 169 que señala que el Estado que tenga la propiedad de los recursos del subsuelo o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida. En ese sentido, toda concesión para la exploración o explotación de recursos naturales en territorios ancestralmente ocupado por poblaciones indígenas requiere que se realice un proceso de consulta previa con miras alcanzar llegar a un acuerdo y consenso con las mismas, y resguardar el derecho a la identidad étnica y cultural.

Lamentablemente, el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) se ha negado sistemáticamente a dar cumplimiento al derecho a la consulta previa, y esta es la razón por la que la Asociación Interétnica de la Selva Peruana (AIDSESP) demanda en el año 2007, al MINEM, a fin que adecue sus normas, reglamentos y directivas al mencionado convenio. Producto de dicho proceso constitucional se expide la Sentencia N° 05427-2009-PC/TC del Tribunal Constitucional, de fecha 30 de junio de 2010, que ordenó al MINEM que, dentro del marco de sus competencias, emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la Consulta de los pueblos indígenas, respecto de las actividades mineras y energéticas, de conformidad con los principios y reglas establecidos en los numerales 1, 2 del artículo 6 y el numeral 2 del artículo 15 del Convenio N° 169 de la OIT.

En cumplimiento de la STC N° 05427-2009-PC/TC y de la Resolución N° 15 de fecha 16 de noviembre de 2010, emitida por el Juzgado Especializado en Ejecución de Sentencias Supranacionales; y con los plazos vencidos para que dé cumplimiento a la misma, se aprueba el Decreto Supremo N° 023-2011-EM, Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas, que extrañamente no se pronuncia sobre las concesiones del sector minero energético otorgadas cuando el Convenio 169 de la OIT estaba vigente, esto es del 02 de febrero de 1995 a mayo del 2011, y que requerían ahora adecuarse al mismo al haberse reconocido el derecho a la consulta previa de las poblaciones indígenas como vigente desde hace más de diecisiete (17) años.

En ese orden de ideas, el artículo 1º del **Decreto Supremo N° 033-2011-EM**, cuya sumilla claramente establece la **“Adecuación de petitorios mineros en trámite a lo establecido por el Decreto Supremo N° 023-2011-EM”**, precisa **“que los petitorios mineros en trámite en el departamento de Puno deben adecuarse a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 023-2011-EM** que aprueba el “Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas” de conformidad con los principios y reglas establecidos en los numerales 1 y 2 del artículo 6 y el numeral 2 del artículo 15 del Convenio N° 169 de la OIT.” Adviértase que el Decreto Supremo N° 033-2011-EM, tiene por objeto iniciar un proceso de adecuación a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas en la Región de Puno, y para que no quede duda, se puede leer en su artículo 2.1, lo siguiente: “El MEM o el Gobierno Regional de ser el caso, deberá efectuar el proceso de consulta a los pueblos indígenas ubicados en las zonas de influencia **en las que ya se hubieran otorgado concesiones mineras y que se encuentren vigentes en el departamento de Puno**, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 023-2011-EM y el Convenio 169 de la OIT.”

También tenemos al **Decreto Supremo N° 034-2011-EM**, el cual señala en su artículo 1° **“que los procesos, procedimientos, títulos de concesiones mineras y el otorgamiento de derechos de exploración y/o explotación de hidrocarburos existentes en el departamento de Puno no autorizan por sí mismos a realizar actividades mineras o petroleras de exploración ni explotación, ya que previamente debe efectuarse el proceso de consulta a los Pueblos Indígenas susceptibles de ser afectados, en el marco del Convenio N° 169 de la OIT y la Ley N° 24656 - Ley de Comunidades Campesinas, según lo determine el Ministerio de Cultura.”** Así queda claro, que si ya el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) ha aceptado que las concesiones del sector minero energético deben adecuarse a lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT, específicamente en el ámbito del derecho a la Consulta Previa, en la Región Puno, esta misma razón, debe imperar para el resto del país, a fin de evitar futuros conflictos socio ambientales, y penosos sucesos, que no queremos que se repitan, y ello será posible si el MINEM programa una ordenada y planificada adecuación al derecho de la consulta previa en todo el territorio nacional, para las concesiones otorgadas y en trámite, como lo ha hecho en la Región de Puno. No hacerlo, no sólo sería desconocer el mandato imperativo y vinculante del Convenio 169 de la OIT, su rango constitucional, sino además sería vulneratorio del derecho a la igualdad y respeto a la identidad étnica y cultural que asiste al resto de poblaciones indígenas del país, consagrado en los numerales 2 y 19 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú.

Recordemos que en el famoso caso de Napo Tigre (STC N° 06316-2008-PA/TC), el TC señaló que **“resulta entonces impostergable que el Ministerio de Energía y Minas convoque a las empresas involucradas a efectos de implementar, en el marco de la legislación vigente y de la STC 0022-2009-PI/TC, mecanismos adecuados y eficaces de consulta, que permitan que las comunidades expresen sus preocupaciones y sean debidamente informadas sobre el avance de los procesos de explotación de los recursos, así como sobre el impacto que estos procesos generan en su vida.”**³¹³ En ese sentido, la adecuación de las concesiones existentes, es un hecho que ha sido promovido por el propio TC, sin que ello entrañe una pérdida de los derechos administrativos otorgados, sino su armonización con el cumplimiento de compromisos internacionales derivados del Convenio 169 de la OIT frente a los cuales no se puede alegar Derecho Interno.

Bien señala, el TC que **“el progreso y desarrollo que se debe alentar con este tipo de actividades -del sector de energía y minas- no pueden ser el producto de la imposición y menos de las presiones del poder que pueden ejercer las corporaciones económicas en las distintas esferas de la organización estatal o, llegado el caso, comunal. Ningún precio ni utilidad puede compensar la alteración de la armonía y la paz en las comunidades, por lo que el derecho a la consulta es el instrumento sine qua non para preservar el derecho de las comunidades; sólo así el progreso y el desarrollo serán compatibles con los mandatos constitucionales.”**³¹⁴ Así, el TC: **“considera que el derecho de consulta es un derecho habilitante para la garantía de los demás derechos que se reconoce a las comunidades, porque les permite espacios para el diálogo y la inclusión en los proyectos que tendrán directa implicancia en el territorio donde se asientan. El referido Convenio 169 de la OIT precisa una serie de derechos y obligaciones por parte de los Estados firmantes del Convenio, a efectos de dar la mayor cobertura posible al derecho de consulta como mecanismo de participación de las comunidades en los beneficios que**

³¹³ Fundamento 30 de la STC EXP. N.° 06316-2008-PA/TC

³¹⁴ Fundamento 16 de la STC EXP. N.° 06316-2008-PA/TC

genere la inversión privada en sus territorios, en procura de su propio desarrollo y pleno respeto a su identidad étnica.”³¹⁵

Visto ello, el Instituto IDLADS PERÚ, cuya misión es promover acciones judiciales de interés público dirigidas al fortalecimiento de la institucionalidad del país, la rendición de cuentas, el acceso a la información pública, y la protección de derechos fundamentales, especialmente en los sectores del ambiente, indígena, salud y laboral, requiere el 01 de julio del 2011 al Ministerio de Energía y Minas, que dé cumplimiento a los numerales 1 y 2 del artículo 6º, así como el numeral 2 del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, en todo el territorio nacional, no sólo en la Región de Puno (Decretos Supremos Nros 033-2011-EM y 034-2011-EM), y en ese sentido ordene que todas las concesiones mineras, hidrocarburíferas y eléctricas otorgadas sin respetar el Derecho de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas después de ratificado el Convenio 169 de la OIT, ingresen a un proceso de adecuación para que subsanen ese vicio sustantivo y, a fin de dar cumplimiento al mencionado instrumento internacional.

Lamentablemente con fecha **12 de julio del 2011**, mediante Oficio N° 1273-2011-MEM/SEG, la Secretaria General del Ministerio de Energía y Minas, responde el requerimiento mediante Informe N° 183-2011-MEM/OGAJ, suscrito por el Director General de la Oficina General de Asesoría Jurídica, en el que manifiesta lo siguiente:

- “1. *Con fecha 12 de mayo de 2011 se publicó en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto Supremo N° 023-2011, Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho a la Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas.*
2. *La Constitución Política del Perú señala en su artículo 103 que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando lo favorece al reo.*
3. *La Primera Disposición Transitoria del referido reglamento señala que los procedimientos administrativos iniciados antes de la vigencia de dicha norma se regirán por las normas de participación ciudadana vigentes en dicha oportunidad. En ese sentido, el procedimiento de aplicación del derecho de consulta para las referidas actividades es aplicable a los procedimientos administrativos iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia del referido reglamento. Cabe señalar que la finalidad de dicha disposición es brindar seguridad jurídica a los derechos adquiridos existentes con anterioridad a la entrada en vigencia del referido reglamento.*
4. *En ese sentido, el Decreto Supremo No 023-2011-EM no tiene aplicación retroactiva a los derechos otorgados ni abarca los procedimientos administrativos en trámite, iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia del referido decreto supremo.”*

Resulta manifiestamente claro que el Ministerio de Energía y Minas, está negándose a dar cumplimiento, vía adecuación, al Convenio 169 de la OIT, en el periodo del 02 de febrero del 1995 al 12 de mayo de 2011, desconociendo que este Tratado fue ratificado en 1993,

³¹⁵ Fundamento 18 de la STC EXP. N.º 06316-2008-PA/TC

y que era vinculante y obligatorio desde entonces hace más de diecisiete (17) años. Recordemos además que ya el TC ha señalado que los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional.”³¹⁶ De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio N.º 169 mediante Resolución Legislativa N.º 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, un año después de su ratificación y deposito del instrumento internacional, esto es a partir del 02 de febrero de 1995, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales, al ser un tratado auto aplicativo. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.³¹⁷

Adicionalmente, el Ministerio de Energía y Minas, al intentar aplicar la Primera Disposición Transitoria del Decreto Supremo N° 023-2011-EM, como excusa para negarse aplicar los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT, no solamente está actuando de manera inconstitucional sino está contraviniendo los más elementales principios del derecho internacional como son el referido a la vigencia y observancia de los tratados luego de ratificados, y a la imposibilidad de alegar derecho interno para incumplir obligaciones internacionales del Estado, contenidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), específicamente en la parte 2, sección tercera numeral 24, y parte 3, sección primera, numeral 27, respectivamente. Lo propio debemos decir de la Segunda Disposición Complementaria de la Ley de Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios, Ley N° 29785, que tiene por objeto proteger las medidas legislativas y administrativas aprobadas o adoptadas desde el 02 de febrero de 1995 al 2011, que omitieron el derecho a la Consulta Previa, a pesar de estar vigente el Convenio 169 de la OIT, y convertirlos en irrevocable, todo ello en perjuicio de los pueblos indígenas afectados, la cual resulta abiertamente inconstitucional y debe ser inaplicada de oficio. La misma suerte debe correr el artículo 2º del Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC, que señala: *“el presente Decreto Supremo entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, aplicándose a las medidas administrativas o legislativas que se aprueben a partir de dicha fecha, sin perjuicio de lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29785. Respecto a los actos administrativos, las reglas procedimentales previstas en la presente norma se aplican a las solicitudes que se presenten con posterioridad a su publicación.”* En breve, es evidente la inconstitucionalidad de esta norma reglamentaria ya que desconoce la vigencia del Convenio 169 de la OIT desde el 05 de febrero de 1995 al 7 de diciembre del 2011, lo que resulta inconstitucional pues debió establecer un proceso de adecuación a todas las disposiciones legislativas y administrativas que afectan a los pueblos indígenas que no fueron objeto de consulta previa en el citado periodo, y no hacer la de “borrón y cuenta nueva” como si el derecho indígena antes citado naciera con la Ley y el Reglamento de la Consulta Previa, desconociendo abiertamente las reglas del Derecho Internacional Público.

³¹⁶ Fundamento 33 de la STC N.º 0025-2005-PI/TC

³¹⁷ Fundamento 31 de la STC N.º 03343-2007-PA/TC

Nótese que para la Región de Puno el MINEM actúa de una manera completamente distinta pues en esa región, es la única, donde sí se está dando la adecuación al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, y siendo aplicado el Convenio 169 de la OIT, y el propio D.S. 023-2011-EM, conforme consta en los Decretos Supremos Nros 033-2011-EM y 034-2011-EM para los pueblos indígenas de Puno, por lo que el negarse a ordenar la adecuación del derecho a la consulta previa al resto de poblaciones indígenas del país resulta un acto no sólo inconstitucional sino manifiestamente discriminatorio, y vulneratorio del derecho a la igualdad y la identidad étnica y cultural que le asisten al resto de pueblos indígenas del Perú afectados por concesiones de dicho sector.

Penosamente, con fecha 29 de febrero del 2012, el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, emite la **Resolución N° 1**, que declara improcedente la demanda, sin atender la capacidad vinculante del Convenio 169 de la OIT, y que se encuentra vigente en el país, desde el 02 de febrero de 1995, y el mismo consagra el derecho a la consulta previa para las concesiones que afecten territorios indígenas, derecho indígena que no se ha respetado en los últimos 17 años, y que debe ser regularizada dicha situación, mediante un proceso de adecuación que dé cumplimiento al citado derecho. Esta resolución es inmediatamente apelada por el Instituto IDLADS PERÚ, subiendo en su oportunidad a la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima. Posteriormente, con fecha la **09 de abril del 2012**, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima emite la **Resolución N° 04** que confirma la resolución número uno del Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, que declara improcedente el proceso constitucional de cumplimiento interpuesto por el Instituto IDLADS PERÚ, cometiendo un error grave de interpretación al considerar que el derecho de consulta no es lo suficientemente claro para ser exigible, y que hay controversia sobre este derecho y su efectivización, en sus palabras: “ **SEXO:** (...) *la pretensión que se ordene que todas las concesiones mineras, hidrocarburíferas y eléctricas otorgadas sin respetar el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas después de ratificado el Convenio 169 de la OIT, a nivel nacional, ingresen a un proceso de adecuación; no goza de las características mínimas previstas para su exigibilidad en este proceso constitucional, (...), puesto que, estando el precitado Informe N° 183-2011-MEM/OAJ del 11 de julio del 2011, dicha pretensión deviene en controvertida, no obrando un mandato expreso como el dispuesto mediante Decreto Supremo N° 034-2011-EM, para el departamento de Puno; por tanto, la demanda interpuesta deviene en improcedente.*” La resolución impugnada y reseñada pierde de vista que el mandato de realizar la consulta previa a los pueblos indígenas en los casos de concesiones deriva de manera expresa del Convenio 169 de la OIT, que tiene rango constitucional, y que está por encima de normas derecho interno, como leyes o decretos supremos, y frente a un posible conflicto con estas normas de inferior jerarquía debe preferirse las normas constitucionales, esto es el Convenio 169 de la OIT.

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en la resolución que nos agravia, asume que la pretensión deviene en controvertida, basado en el Informe N° 183-2011-MEM/OAJ de la demandada, sin hacer un análisis propio de orden constitucional, para determinar si las aseveraciones vertidas en el mismo, no sólo se ajustan a Derecho sino si no contravienen la Constitución. Lo cierto, es que los numerales 1 y 2 del artículo 6º, así como el numeral 2 del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, contienen un mandato expreso, cierto y exigible que consiste en que se respete y se dé cumplimiento al derecho a la consulta previa de las poblaciones indígenas en todo el territorio nacional, desde que está vigente, esto es el 02 de febrero de 1995, y que implica intrínsecamente que en caso no haberse respetado, se restituya dicho derecho a través de un proceso de adecuación como el que se realizó en la Región de Puno mediante los Decretos

Supremos Nros 033-2011-EM y 034-2011-EM. Advertimos que la pretensión de IDLADS PERÚ implica ordenar al Ministerio de Energía y Minas adecue todas las concesiones mineras, hidrocarburíferas y eléctricas otorgadas sin respetar el Derecho de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas desde que se encuentra vigente el Convenio 169 de la OIT, ingresen a un proceso de adecuación para que subsanen ese vicio sustantivo y, a fin de dar cumplimiento al mencionado instrumento internacional, no se hace más que petitionar que una norma con rango constitucional que es clara, diáfana, vigente, incontrovertible, exigible, cierta y de ineludible cumplimiento, y habría que recordar que su falta de observancia es lo que justamente ha traído los más graves conflictos socio ambientales como el lamentable suceso de Bagua, y de 24 peruanos caídos, los conflictos sociales en minería de la Región de Puno del año 2011, en la Región de Cajamarca del año 2012 (Proyecto Conga), en la Región de Cusco (Proyecto Strata Tintaya), entre otros.

Es lamentable, que tanto la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima como el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima no hallan advertido la tendencia jurisprudencial del TC sobre consulta previa, y la vigencia del Convenio 169 de la OIT, por lo que debemos recordar que el citado colegiado ha manifestado que “como todo derecho constitucional, el derecho a la consulta tiene un ámbito protegido. Este se encuentra constituido por una serie de posiciones iusfundamentales, entre las cuales el Tribunal Constitucional ha identificado: ³¹⁸

- (a) **el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales.** En particular, los que estén vinculados con su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo colectivo;
- (b) **el derecho a que la consulta se realice de manera previa y bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad;** y
- (c) **el derecho a que se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta,** encontrándose excluido de este programa normativo del derecho a la consulta lo que coloquialmente se ha venido en denominar “derecho al veto”.

El TC así nos recuerda el núcleo esencial del derecho a la consulta previa como derecho colectivo reconocido por la Constitución, ahora llama la atención que resalte como **criterios a tener en cuenta para efectuar la consulta previa, la existencia física de una población indígena, su identidad cultural, su calidad de vida o su desarrollo colectivo**, y extrañamente, evita mencionar de manera frontal la afectación directa al medio ambiente, vida, salud, o la propiedad comunal. Asimismo, estos criterios han sido recogidos por el artículo 2º de la 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), Ley N° 29785, que señala que “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**. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos.”

³¹⁸ Fundamento 37 de la STC N° 0022-2009-PI/TC; y Fundamento 5 de la STC N° 00024-2009-PI

El TC establece con lucidez que es posible distinguir cuando menos tres modos que medidas estatales (administrativas o legislativas) pueden menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas tales como:³¹⁹

- (a) medidas dirigidas a regular aspectos que conciernen en forma exclusiva a los pueblos indígenas;
- (b) normas de alcance general que podrían implicar una afectación “indirecta” a los pueblos indígenas; y,
- (c) medidas específicas relacionadas con pueblos indígenas dentro de normas de alcance general.³²⁰

Determinaciones que corresponderán ser realizadas en los procesos constitucionales que la jurisdicción constitucional prevé, ya sea a través del control abstracto de inconstitucionalidad de una norma, o del control concreto del amparo que otorga la tutela reparadora en los supuestos de vulneración del derecho de consulta.³²¹ Asimismo, para nosotros, resulta sumamente saludable que el TC, “clarifique” el sentido de sus criterios interpretativos sobre la vigencia del Convenio 169 de la OIT, de la siguiente forma:³²²

“Respecto a la exigibilidad del derecho a la consulta se encuentra vinculada a la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT, esto es, el 2 de febrero de 1995. Tal regla no ha sido desconocida por nuestra jurisprudencia. No podría haberlo hecho pues la responsabilidad derivada de las obligaciones internacionales contraídas tras la ratificación de un tratado internacional se determinan a partir de las reglas del Derecho Internacional Público, que se integran a los actos normativos que se dicten y a las decisiones de los tribunales internos. En ese sentido, la RTC 6316-2008-PA/TC sólo se limitó a establecer que desde que se expidió la STC 0022-2009-PI/TC existen criterios jurisprudenciales para resolver casos que involucren al derecho a la consulta [STC 0025-2009-PI/TC, Fund. Jur. N° 24].”

Las consecuencias de reconocer esta verdad innegable son fundamentales para pacificar el país de conflictos socio ambientales, y promover el respeto de los derechos indígenas pues permitirán que las concesiones otorgadas desde el 2 de febrero de 1995 hasta el 2011, que no hayan sido consultada puedan serlas, ya sea por iniciativa del propio Estado, mediante un proceso de adecuación, es lo natural, o mediante los forces jurídicos establecidos por nuestro ordenamiento: los procesos constitucionales como una acción de cumplimiento como la descrita. En estricto, jurídicamente las concesiones otorgadas sin consulta previa son nulas, pues no cumplían con un requisito esencial para su celebración, y por contravenir el orden público, sin embargo una solución ponderada, nos lleva a un proceso de adecuación que esperemos sea iniciado por el propio Estado, y que es la pretensión ponderada que se plantea en la presente demanda de acción de

³¹⁹ Fundamento 6 de la STC N° 00024-2009-PI

³²⁰ Fundamento 21 de la STC STC 0022-2009-PI/TC

³²¹ Fundamento 6 de la STC N° 00024-2009-PI

³²² Fundamento 7 de la STC N° 00024-2009-PI

cumplimiento del derecho a la consulta previa y el Convenio 169 de la OIT, en los términos expresados en nuestro petitorio.

Con relación al plazo para interposición de la demanda debemos recordar el numeral 5 del artículo 44º del Código Procesal Constitucional el cual señala que “el plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento. (...)” Para el cómputo del plazo se observarán entre otras la siguiente regla: (...) **“si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista.”** Concordado ello con el artículo 74º del Código Procesal Constitucional el cual señala que “el procedimiento aplicable a este proceso será el mismo que el previsto por el presente Código para el proceso de amparo, en lo que sea aplicable.” En ese sentido, resulta procedente interponer una acción de cumplimiento que persiga el cumplimiento del derecho de consulta previa, vía adecuación, en razón a que el agravio consiste en una omisión de parte del Estado, que se ha resistido a dar cumplimiento a este derecho constitucional colectivo cuyo titular son las poblaciones indígenas.

CAPÍTULO VI

LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO EN LOS PROYECTOS DE HIDROCARBUROS

“El problema que yo planteo aquí no se refiere al puesto que la humanidad tiene que ocupar en la serie sucesiva de los seres –el hombre fin-, sino qué tipo humano hay que criar, hay que querer, en cuanto tipo de valor superior, más digno de vivir, más seguro del futuro.”

Friedrich Nietzsche. "El anticristo"

¿Y si la derogamos?- razonamos en el sentido de hacer uso de nuestros derechos políticos para influir en la voluntad del Estado. En fin de lograr el resultado que deseamos. Es verdad no estaríamos proponiendo nada nuevo pues el deceso de una ley es tarde o temprano, su destino fatal: sea formalmente reemplazada, o cayera en desuso, o resultara inaplicada. Pero hay un lapso entre su vigencia y su derogatoria, en el cual la regla deberá aplicarse y cumplirse.”

Francisco Ballón. ¿Y si la derogamos? Textura abierta versus el formalismo

6.1. ANTECEDENTES

El concepto de “aislamiento” dice Vincent Brackelaire es cada vez más relativo ya que la sociedad moderna esta hoy tan cerca que amenaza su supervivencia. La problemática de 1) la protección de los pueblos aislados y sin contacto y 2) la del acompañamiento de los pueblos en situación de contacto inicial son íntimamente relacionadas. Aquellos pueblos aislados que no llegan a ser correctamente protegidos por los Estados debido a la falta de políticas y programas de protección eficientes, llegan un día a no poder esconderse más y acaban, de diferentes maneras, contactando la sociedad moderna, encontrándose entonces en el dramático momento de “contacto inicial”. Brackelaire agrega que en cada

país donde existen pueblos aislados, existe también la situación del “contacto inicial”, con la necesidad de una protección especial, como son los casos de los Akuntsu y de los Zoé en Brasil, de los Nanti en Perú o de los Yuqui y Araona en Bolivia, entre muchos otros que viven situaciones de emergencia. La situación de contacto inicial de los pueblos indígenas con representantes de la sociedad moderna es extremadamente delicada para su supervivencia, y necesita un acompañamiento especializado en atención integral de salud con medidas asistenciales, preventivas y de promoción para evitar todo tipo de epidemia, así como a nivel antropológico-cultural y lingüístico.

Dice bien Mikel Berraondo López cuando señala que “los pueblos en aislamiento, pueblos ocultos o pueblos libres, hasta la fecha mantienen una lucha, a veces contra el reloj, por mantener sus formas de vida, conservar sus territorios, y no sucumbir ante el avance inexorable de la colonización y la economía de mercado. Advierte que para estos pueblos el aislamiento no ha sido una opción voluntaria sino una estrategia de supervivencia”³²³ y ello es una cruda verdad en toda la región sudamericana, especialmente en el Perú desde la era del Caucho a inicios del siglo XIX hasta la actualidad, como más adelante constataremos con el caso de la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti, y otros. En ese contexto, resulta alentador, que en países como Colombia la Corte Constitucional se haya pronunciado reconociendo la existencia de un número de 34 pueblos que se encuentran en peligro de extinción, y que reclaman urgente protección del Estado.³²⁴

Si como hemos dicho, la protección del territorio de los pueblos indígenas es clave para proteger su derecho a la identidad étnica y cultural, y demás derechos afines, en el caso de los pueblos en aislamiento voluntario la protección es todavía más determinante, y requiere una atención especial, ya que estos pueblos no saben vivir de otra forma y si se les arrebatara el territorio o si se les contamina su supervivencia física y cultural se pone en grave riesgo.³²⁵ Así, la protección y garantía de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en aislamiento se convierte en una cuestión estrechamente ligada con la supervivencia física y por tanto se le tiene que otorgar la máxima protección, estableciendo unos mecanismos de protección que condenen las entradas ilegales en sus territorios y la realización de cualquier acción que pueda suponer contacto no deseado con la población que vive en aislamiento. Por eso la invasión de sus territorios debe ser considerada como un acto relacionado con el delito de genocidio debido a las consecuencias que pueden generar, de ahí, que Ecuador haya sido el primer país en modificar su Código Penal para incluir el delito de etnocidio y genocidio contra pueblos en aislamiento, siendo los contactos forzados o la entrada ilegal en sus territorios actos constitutivos de estos delitos.³²⁶

Nótese que existe una relación muy estrecha entre el derecho de autodeterminación – esto es, el respeto y protección de la decisión de vivir en aislamiento-, los derechos territoriales, y los derechos culturales que se tienen que garantizar para proteger la integridad cultural de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario.³²⁷ En el fondo, todo ello nos lleva a justificar la intangibilidad de sus territorios de manera absoluta, esto es otorgar a los pueblos indígenas en aislamiento, la máxima protección de sus tierras, y

³²³ Berraondo López, Mikel. Pueblos indígenas en aislamiento y la protección de sus territorios en las Américas. En: TDA, DAR. Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales. Año 1 No 1. Palestra. Lima- Perú. 2011. p. 139-40

³²⁴ Cfr, Ibidem. p.142

³²⁵ Cfr, Ibidem. p.144

³²⁶ Cfr, Ibidem. p.145

³²⁷ Cfr, Ibidem. p.148

recursos naturales, con una doble finalidad, el mantener el medio ambiente de estos territorios y de evitar cualquier acción que pueda alterar o modificar las características de las tierras en que viven.³²⁸ Por otro lado, es lógico tener que hablar de tierras de amortiguamiento, haciendo el símil con los espacios protegidos, identificando las zonas que rodean las tierras de los pueblos indígenas en aislamiento, en las que se deben disponer medidas de protección para evitar contactos accidentales o intencionales, y regular las actividades económicas, investigación, culturales o religiosas que se desarrollan en las mismas teniendo en consideración la alta vulnerabilidad biológica y cultural de los pueblos en aislamiento.³²⁹

Son 6 los países de Sudamérica que cuentan en su territorio nacional con pueblos o grupos indígenas sin contacto



4 Presentación del Mapa 2007

ibi Instituto Indígena

Es irónico que todos los gobiernos con pueblos en aislamiento, hablen de protección de estos, de sus derechos humanos, y de sus culturas, pero al mismo tiempo mantienen y promueven políticas económicas, basadas en la explotación de recursos naturales en territorios indígenas de estos pueblos, contradiciendo su discurso de protección y reconocimiento de los derechos indígenas.³³⁰ Vale la pena, recordar que actualmente nos encontramos con la mayoría de pueblos que viven en aislamiento se encuentran totalmente localizados gracias a los GPS satelitales y que viven absolutamente rodeados por las actividades extractivas, la construcción de infraestructura, la deforestación descontrolada y la expansión de la colonización. Por otra parte, sus casas se encuentran plenamente localizadas a través de fotos satelitales manejadas por gran diversidad de actores con intereses contrapuestos muchas veces, y no siempre socializada en búsqueda de una mayor protección a estos pueblos vulnerables. Advirtamos, que lamentablemente, ya no tienen otras tierras donde huir porque llevan tiempo viviendo ya en las cabeceras de los ríos o en las últimas regiones boscosas de lo que anteriormente eran sus territorios.³³¹

Ciertamente, la colonización y deforestación de los territorios de estos pueblos en aislamiento se ha convertido en una de las principales amenazas, los cuales se ven

³²⁸ Cfr, Ibidem. p.150
³²⁹ Cfr, Ibidem. p.152
³³⁰ Cfr, Ibidem. p.154
³³¹ Cfr, Ibidem. p.155

obligados a aceptar forzosamente la reducción drástica de sus territorios, al carecer de capacidad de reacción, y ver desaparecer espacios de caza y pesca, fundamentales para sus supervivencia, igualmente asisten a la contaminación de sus ríos y cochas, y en ese escenario dramático, son usuales el incremento de contactos no deseados que generalmente acaban en encuentros violentos que elevan la tensión social en las regiones que habitan estos pueblos, casos emblemáticos son el Proyecto Gasífero de Camisea y los Nahua en el Perú, o la deforestación ilegal de la Reserva de la Biosfera del Yasumi en Ecuador también se encuentra entre las causas principales de la agresiones y amenazas que sufren los grupos aislados.³³²

6.1.1. LA VULNERABILIDAD DE LOS INDIGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO

Cuando nos referimos a los indígenas en aislamiento voluntario hablamos de su vulnerabilidad ante agentes patógenos para los cuales no tienen defensas inmunológicas, las cuales deberán desarrollar los pocos que sobrevivan al cuadro infeccioso adquirido, que de seguro los debilitará y limitará en sus actividades cotidianas, poniendo en serio riesgo la supervivencia individual, familiar y comunal. De la vulnerabilidad biológica podemos tratar sobre la virulencia del agente nocivo, la cantidad de inóculo, la capacidad de respuesta del hospedero y las condiciones sociales y ambientales que favorecen la presencia, multiplicación e inoculación del agente agresor. Pero, en el tema de los indígenas en aislamiento y en contacto inicial hay otras vulnerabilidades que coinciden para incrementar el riesgo en el que se hallan estos pueblos.³³³

a) Vulnerabilidad biológica.- Por no haber estado expuestos anteriormente a la serie de gérmenes, que para el común de la sociedad pueden no ser patógenos o demasiado virulentos, los indígenas en aislamiento aún no han desarrollado defensas contra ellos y estos gérmenes se convierten en armas letales cuando se suscita el contacto. Así, de lo sucedido con los nahuas en la década de los 80 a raíz de sus contacto con gente foránea durante los trabajos de exploración en la zona que actualmente se explota el gas de Camisea, lo referido a la salud se centra en la reducción de la población, se dice a la mitad, debido a las múltiples muertes ocasionadas por la transmisión en cadena de infecciones respiratorias, principalmente, diarreas y otras.³³⁴

b) Vulnerabilidad cultural, social, política y económica.- Los indígenas en aislamiento voluntario están en clara desventaja social pues son invisibilidades al no haberse integrado a la sociedad general, lo que explica que sus posibilidades de incidir en políticas públicas sean nulas, y que su situación económica de abandonar las formas tradicionales de subsistencia serían críticas. Por otra parte, el choque de nuestra cultura occidental con la nativa propia de estos grupos de indígenas puede ser perjudicial para el desarrollo de su identidad étnica y cultural

Es justamente esta alta vulnerabilidad biológica y cultural lo que justifica la intangibilidad absoluta de sus territorios, los que lamentablemente en el Perú poseen un intangibilidad relativa, esto es son intangibles pero no es tan intocable,³³⁵ si se descubre un recurso

³³² Cfr, Ibidem. p.156

³³³ Cueva Maza, Neptali, Médico Cirujano de la Dirección Regional de Salud del Cusco. La vulnerabilidad de los indígenas en aislamiento. En: DAR. Hacia una reglamentación de la Ley No 28736 Régimen Especial Transectorial de Protección a favor de los pueblos en aislamiento voluntario. DAR. Lima- Perú. 2007. p. 67

³³⁴ Ibidem. p. 68

³³⁵ Cfr, Ballón, Francisco. ¿Y si la derogamos? La textura abierta versus el formalismo. En: DAR. Hacia una reglamentación de la Ley No 28736 Régimen Especial Transectorial de Protección a favor de los pueblos en aislamiento voluntario. DAR. Lima- Perú. 2007. p. 63

natural de interés nacional, toda una paradoja, que se vio acentuada por el discurso del “síndrome del perro del hortelano” en el cual el ex presidente Alan García toma partido por las inversiones y de la explotación minera y petrolera, cuando sostiene que contra el petróleo, se ha creado la figura del nativo selvático “no contactado”; es decir, desconocido pero presumible, por lo que millones de hectáreas no deben ser exploradas, y el petróleo peruana debe quedarse bajo tierra mientras se paga el mundo US\$ 90 por cada barril.³³⁶ Así, se hace tabla raza del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, la identidad étnica y cultural que incluye la relación espiritual tierra – indígena, y derechos territoriales ancestrales, en pos de explotar un recurso natural, ha si sea con un alto costo social, lo cual es contrario a los principios de un Estado Constitucional.

6.1.2. LA SITUACIÓN DE LOS ÚLTIMOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO EN SUDAMERICA³³⁷

Presencia de pueblos indígenas aislados en América del Sur (2012)



Elaborado por Vincent Brackelaire del Instituto Brasileiro Indigenista

En los países de América del Sur existen todavía más de sesenta (60) pueblos indígenas en aislamiento con relación a otros pueblos y a la sociedad moderna, como condición de supervivencia y consiguiente opción de vida, y que son llamados también pueblos “no contactados” porque no mantienen contactos conocidos por lo menos en sus últimas generaciones, y porque no se sabe nada de ellos, fuera de las huellas que dejan. Sus

³³⁶ Aroca Medina, Javier. Ibidem. p. 193

³³⁷ Vincent Brackelaire elaboró un manuscrito para AIDSESP titulado “Situación de los últimos pueblos indígenas aislados en América latina (Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Venezuela)” con motivo del “I Seminario Internacional de Derechos Indígenas en Relación a los Derechos Humanos y al Derecho Ambiental”, organizado en Iquitos el 17 y 18 de agosto de 2007, de los cuales extraemos las citas efectuadas en este acápite.

culturas constituyen un patrimonio inmaterial de la humanidad. Viven en la región amazónica de Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador y Perú, y en la región del Chaco de Bolivia y Paraguay, y evitan mantener contactos con la sociedad nacional.

Así tenemos que en Colombia Brackelaire supone que vive sólo un pueblo aislado, y la política específica de protección de los indígenas aislados es inherente al texto de la Resolución de creación del Parque Nacional del Puré, visto que menciona que al pueblo indígena aislado que vive allí, al que se le reconoce títulos sobre sus territorios, y está previsto la posibilidad de transformar el parque en resguardo si un día es necesario. Por ahora, sólo es posible la figura de Parque, bajo la responsabilidad de la Unidad de Parques, ya que un resguardo implica un estudio socio-económico, un censo, una demarcación y la solicitud de los beneficiados que en este caso viven sin contacto. Por otra parte, la Dirección de Etnias tiene una Unidad que trabaja con las poblaciones desplazadas y comunidades en riesgo e implementar un Plan de apoyo y atención a los Nukak, pueblo indígena en contacto inicial, dentro del cual se piensa que existen grupos aislados. En 2007, existe entre estas instituciones del Gobierno colombiano y la FUNAI de Brasil un diálogo para implementar una cooperación en la frontera para la protección del territorio de los pueblos aislados.

Berraondo sostiene por su parte que la situación del pueblo Nukak en la región de San José del Guaviare en Colombia también constituye un dramático ejemplo de vulnerabilidad de un pueblo cuando pierde sus territorios y sufre un proceso de contacto forzado sin ningún control y prevención. Durante los años 70 el pueblo Nukak comenzó a ser contactado por misiones de Nuevas Tribus que con la excusa de proporcionarles salud y alimentos fueron evangelizándoles y cambiando sus formas de vida para que dejaran de ser independientes, perdiendo los conocimientos y las tradiciones que les aseguraban una supervivencia digna dentro de sus territorios. Tristemente, sus territorios debidamente titulados y reconocidos en el resguardo Nukak por el gobierno, se convirtieron en una de las principales vías de salida de la droga colombiana hacia las rutas venezolanas del narcotráfico. Esto significó que los Nukak tuvieran que huir de sus propios territorios acosados por las batallas permanentes entre todos los actores del conflicto colombiano que consideraron los territorios Nukak de gran relevancia estratégica. Todo esto ha generado que a excepción de algunos grupos Nukak que siguen viviendo ocultos o semi ocultos en el resguardo, el resto han abandonado prácticamente el nomadismo, se han convertido en dependientes y en el eslabón más pobre de la pirámide social en el Guaviare sufriendo serias enfermedades y epidemias para las que no están preparados, sufriendo seriamente de alcoholismo, y teniendo que asumir que muchas de sus mujeres se vean forzadas a ejercer la prostitución mediante engaños.³³⁸

En Ecuador, Brackelaire indica que después de haber declarado en 1999 zona de conservación especial de los grupos Huaorani las tierras de habitación y desarrollo de los grupos que permanecen sin contacto, ubicadas en el Parque Nacional Yasuní, el gobierno decretó en enero del 2007 delimitar esta zona de conservación como Zona Intangible, incluyendo el fortalecimiento y la implementación de los planes de manejo del Parque Nacional y la Reserva de Biosfera Yasuní, reforzando así su categoría de zona intangible Tagaeri y Taromenani. En abril de 2007, el Presidente de la República presentó para debate la Política Nacional de los Pueblos en Situación de Aislamiento Voluntario, que debe ser asumida como el primer paso para iniciar un amplio proceso participativo de todos los sectores del país, y para el desarrollo de un futuro Plan de Acción que viabilice

³³⁸ Cfr, *Ibidem*. p.157

sus líneas estratégicas. Inicialmente, el tema de los pueblos aislados ha sido promovido en el país por el Ministerio del Medio Ambiente, con un fuerte apoyo también, en el nuevo gobierno, del Ministerio de Energía y Minas; por otra parte, la institución que debe cuidar de los derechos indígenas en general es el Consejo de Desarrollo de las nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE).

Recordemos que el Gobierno de Rafael Correa estableció un programa para el cumplimiento de las medidas cautelares decretadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el 2006 para los pueblos Tagaeri y Taromenani. Se definió un plan para la implementación de las medidas cautelares que se viene implementando desde entonces con relativo éxito, no sin sortear innumerables dificultades, que si bien originalmente estuvo en el Ministerio del Ambiente, desde el año 2010 se encuentra bajo el mandato del Ministerio de Justicia. También advertimos que la nueva Constitución Ecuatoriana del 2008, reconoció los derechos territoriales de los pueblos en aislamiento en su artículo 57^o, y en el 2009 se decretó una ley que tipificaba el delito de etnocidio y genocidio para todos aquellos que atenten contra los pueblos en aislamiento o promuevan contactos forzados.³³⁹

En Paraguay, en la región del Gran Chaco, debido a la deforestación, prácticamente no quedan tierras donde vivir ocultos y la situación que viven se asemejaría mucho más con el juego del gato y el ratón que a unas condiciones de vida dignas. Se tienen muchas evidencias de su existencia y de sus movimientos a través del Chaco y se encuentran bastante bien localizados. Su situación resulta extremadamente urgente porque al moverse tan cerca de colonos y propietarios privados corren grandes riesgos de sufrir contactos violentos o persecuciones.³⁴⁰ Añota, Brackelaire que en Paraguay, el Ministerio Público es la principal entidad pública que implementa una política en defensa de los intereses de los grupos aislados, vigilando la aplicación de los derechos fundamentales y de las normas legales de protección existentes; por otra parte, el INDI (Instituto Paraguayo del Indígena) se encarga de la expropiación de tierras y la SEAM (Secretaría del Ambiente) promueve desde 2004 una ampliación de la Reserva de Biósfera del Chaco propuesta, con el fin de proteger los hábitats de los grupos aislados. En agosto de 2006, se crea el Grupo de Trabajo Multisectorial para la Protección del Pueblo Ayoreo que reúne a los principales actores públicos y privados y representantes de los diversos grupos de interés involucrados en la situación, con el fin de solucionar situaciones de riesgo para los grupos aislados. A pesar del compromiso por parte de varias instancias del Estado con los derechos de los pueblos aislados, existe la necesidad de que una nueva ley indígena contemple los derechos de los grupos aislados, en particular porque la mayor parte de las tierras de su hábitat está en manos de propietarios privados.

En Bolivia, indica Brackelaire, existe la consideración oficial de los pueblos en aislamiento comenzó con la firma en agosto de 2006 de la resolución de creación de la Zona de Reserva Absoluta Toromona, situada en el Parque Nacional Madidi, como primera medida explícita de protección a un pueblo indígena aislado en este país. En el mes de noviembre del mismo año, el gobierno hizo más visible el tema de los pueblos aislados en la agenda nacional co-organizando el evento internacional de Santa Cruz, a través de la Unidad de Gestión Territorial Indígena (UGTI), dependiente del Ministerio de Desarrollo Rural. Además, la voluntad política del Gobierno boliviano de trabajar por los pueblos indígenas en situación de aislamiento o de extrema vulnerabilidad, se expresa en 2007 en dos

³³⁹ Cfr, *Ibidem*. p.162-3

³⁴⁰ Cfr, *Ibidem*. p.159

nuevas instancias que deben dedicarse al tema y que dependen de manera directa del Ministerio de la Presidencia: el Componente de Transversalización/Apoyo a los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Unidad de Desarrollo Amazónico. En junio de 2007, fue organizado por primera vez en el país un Foro Amazónico para definir un plan de desarrollo sostenible de la región amazónica del país con todos los actores amazónicos; fue significativo ver el tema de la protección de los pueblos aislados en la agenda.

En Brasil, Brackelaire considera que es el país donde los pueblos aislados fueron hasta hoy mejor protegidos porque existe una política específica y una instancia especializada para su protección desde 1987 (CGII-FUNAI) y fueron legalizadas Tierras Indígenas específicamente para estos pueblos. La CGII maneja en cinco Estados amazónicos seis “Frentes de Protección Etno-ambiental” ubicados en las zonas de mayor presencia de grupos aislados y que realizan el contacto solamente en situaciones extremas, cuando representa la última oportunidad de supervivencia física para los indígenas. Los equipos de la CGII realizan el monitoreo de los límites externos de las áreas de uso de los indígenas aislados, creando condiciones de seguridad para que puedan sobrevivir, encargándose de la vigilancia y fiscalización de un área de cerca de 11.300.000 hectáreas de bosque prácticamente intactos. En 2007, la FUNAI constituyó un Comité Permanente (CP) con el fin de poder tomar decisiones para la protección de los aislados, conjuntamente con las organizaciones especializadas de la sociedad civil y organizaciones indígenas. Brasil mantiene diálogos en diferentes ámbitos con los países vecinos, como las Comisiones Mixtas con Perú y con Colombia, que pueden facilitar una cooperación transfronteriza y contribuir a la protección de los territorios de pueblos indígenas aislados.

Advierte, Brackelaire que después de Brasil, Perú es el segundo país en número de pueblos aislados. Existen 5 Reservas Territoriales para pueblos en aislamiento y cinco propuestas de reservas. Se publicó en mayo de 2006 la “Ley para las Poblaciones en Aislamiento y en Contacto Inicial” N.º 28736, la cual establece los derechos de los pueblos étnicos en aislamiento voluntario y la responsabilidad de INDEPA (hoy transformado en Dirección General de Pueblos Originarios y Afroperuanos en el Vice-Ministerio de Desarrollo Social) con relación a su protección y defensa; de esta manera se viene trabajando su reglamento que permitirá acciones en el ámbito legal. La organización indígena Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana - AIDSESP que se destaca por ejecutar en el terreno un programa para los pueblos en aislamiento, impulsa modificaciones sustanciales del texto de la Ley. INDEPA ha concentrado sus esfuerzos en el “Plan de Protección y Defensa para los Pueblos en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial de la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y Otros” (PPD-RTKNN) debido al fuerte impacto socioambiental en esta región del Proyecto Camisea. Por otra parte, el Centro Nacional de Salud Intercultural (Instituto Nacional de Salud) ha desarrollado una propuesta de norma técnica para la protección de los pueblos aislados y en contacto inicial que busca ser implementada a través de las Direcciones Regionales de Salud. El gobierno de Perú tiene con Brasil una Comisión Mixta con un diálogo incipiente para una cooperación en la frontera que podría contribuir a la protección del territorio de los pueblos aislados.

En Venezuela en Guyana y en Suriname, manifiesta Brackelaire probablemente no existen más pueblos aislados como en los países vecinos, sin embargo existen pueblos indígenas con poco contacto por su aislamiento geográfico, y cuya situación es delicada por la falta de demarcación de sus territorios y de títulos de propiedad. En Venezuela existe actualmente un proceso de “autodemarcación”, es decir de demarcación del

territorio hecha por los propios pueblos indígenas para que posteriormente sea avalada por el Estado con la entrega de sus títulos de propiedad colectiva. En 2007, fue creado el Ministerio de Poder Popular para los Pueblos Indígenas, responsable ahora de implementar una política de protección de los pueblos más vulnerables, junto al Ministerio de Salud – Coordinación de Salud Intercultural con Pueblos Indígenas que venía ejecutando programas de atención integral en salud, como el Plan de Salud Yanomami (PSY).

En resumen, Brackelaire, señala que los pueblos aislados en la región Sudamericana se encuentran en un especial y crítico estado de vulnerabilidad por las siguientes razones: (i) el avance de la frontera extractiva, en especial por las actividades hidrocarburíferas, mineras y de extracción de madera; actividades generalmente ilegales; (ii) el hecho de que estos pueblos no poseen defensas contra enfermedades contagiosas, dada la evidencia de que se han venido transmitiendo por contagios de enfermedades respiratorias y gastrointestinales de origen viral o bacteriano; (iii) el hecho de que por efecto de su aislamiento, estos pueblos no pueden representarse a sí mismos, poseyendo una especial inhabilidad de grupo de participar en la toma de las decisiones que los afectan; (iv) la ausencia hasta hoy de marcos legales y políticas públicas coherentes y efectivas en la mayoría de los países de la Amazonía y del Gran Chaco donde habitan estos pueblos, y la consecuente dificultad de adoptar medidas que garanticen su integridad física, cultural y territorial.

6.1.3. LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO EN EL PERÚ

En la Amazonía peruana también habitan una cantidad indeterminada de **Pueblos Indígenas caracterizados por no seguir un patrón de vida sedentario**. No viven en un solo lugar o asentamiento, sino que **se desplazan por el bosque amazónico** refugiándose de diversas amenazas a sus formas de vida. Entre ellos existe una gran población aún no identificada, especialmente en la zona fronteriza Perú-Brasil, que ha dado lugar –en el caso brasileño– a la creación de varias reservas indígenas de protección especial.

La Ley N° 28736,³⁴¹ para la Protección de Pueblos Indígenas en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, establece las siguientes definiciones:

- 1. “Pueblos Indígenas.-** Aquellos que se autoreconocen como tales, mantienen una cultura propia; se encuentran en posesión de un área de tierra, forman parte del Estado Peruano conforme a la Constitución. En éstos se incluye a los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial.
- 3. Aislamiento.-** Situación de un Pueblo Indígena, o parte de él, que ocurre cuando éste no ha desarrollado relaciones sociales sostenidas con los demás integrantes de la sociedad nacional o que, habiéndolo hecho han optado por discontinuarlas. (...)”

Ya antes el Reglamento de la Ley sobre Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica, aprobado por Decreto Supremo N° 068-2001-PCM, había establecido que los pueblos indígenas “son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de

³⁴¹ Ley N° 28736 “Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial”. Publicada en el diario oficial “El Peruano” el 18 de mayo del 2006.

la conquista o la colonia o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. Estos incluyen los grupos no contactados y aquellos que estando integrados no han sido aún reconocidos legalmente como comunidades nativas o campesinas.” Con estas definiciones podemos concluir que una importante diversidad de pueblos o segmentos de pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario, quienes han decidido mantenerse “aislados” de la sociedad nacional para garantizar su integridad física y cultural. Estos se ubican en las regiones de Loreto, Ucayali, Madre de Dios, Huánuco, Apurímac y Cusco.

La situación de aislamiento de estas poblaciones, dificulta tener un conocimiento preciso sobre sus características físicas, culturales y demográficas. A pesar de ello, podemos mencionar su alto grado de autonomía socio cultural, su dependencia de los territorios y recursos naturales a través de la práctica de actividades de subsistencia como la agricultura a pequeña escala, caza, recolección y/o pesca, de acuerdo a una dinámica de migraciones estacionales por amplios territorios; su rechazo al contacto sostenido con personas ajenas a sus culturas, probablemente por temor a ser agredidos; su extremada vulnerabilidad frente a enfermedades ajenas a sus culturas pero comunes entre nosotros tales como la gripe y, en la mayoría de casos, la amenaza que representa la presencia de agentes externos en sus territorios.

6.1.4. LAS RESERVAS TERRITORIALES PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN SITUACIÓN DE AISLAMIENTO VOLUNTARIO DE LA AMAZONÍA PERUANA

Las Reservas Territoriales son áreas delimitadas por el Estado a favor de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial al amparo del Decreto Ley N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, promulgado el 10 de mayo de 1978, que en su Segunda Disposición Transitoria, concordante con los incisos a) y b) del artículo 10° de la misma ley dispone que para la determinación del territorio de las comunidades nativas cuando se encuentren en situación de contacto inicial y esporádico con los demás integrantes de la comunidad nacional, se determinará un área territorial provisional de acuerdo a sus modos tradicionales de aprovechamiento de los recursos naturales, hasta que se definan su condición de establecimiento. En aplicación del mencionado dispositivo se crearon en el Perú cinco reservas territoriales, como son:

1. La Reserva Kugapakori, Nahua, Nanti y otros establecida por Decreto Supremo N° 028-2003-AG, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 25 de julio de 2003;
2. La Reserva Murunahua, establecida por Resolución Directoral Regional N° 000-189-CTARU-DRA, del 01 de abril del año 1997, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 23 de marzo de 2007.
3. La Reserva Mashco-Piro, establecida por Resolución Directoral Regional N° 000190-97-CTARU/DRA del 01 de abril del año 1997, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 23 de marzo de 2007.
4. La Reserva Ishconahua, establecida por Resolución Directoral Regional N° 00201-98 CTARU/DRA del 11 de junio del año 1998, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 23 de marzo de 2007; y
5. La Reserva para pueblos indígenas en aislamiento de Madre de Dios, establecida por Resolución Ministerial N° 427-2002-AG, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 22 de abril de 2002.

Estas Reservas Territoriales, son espacios geográficos que les permite un mínimo nivel de protección frente a las serie de amenazas que se cierne sobre ellos como son los taladores ilegales de madera fina, cazadores, entre otras amenazas.

Además de las Reservas Territoriales ya creadas, existen otras cinco propuestas de Reservas Territoriales a favor de pueblos indígenas en aislamiento voluntario ubicados en los departamentos de Loreto y Ucayali promovidas por AIDSESP. Estos trámites se iniciaron en las Direcciones Regionales de Agricultura³⁴² de los Departamentos de Loreto y Ucayali. Las reservas propuestas son:

- Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre: Ubicado en el departamento de Loreto; se inició el trámite de creación el 18 de febrero del 2003.
- Propuesta de Reserva Territorial Tapiche, Blanco y Yaquerama (Yavarí Tapiche): Ubicado en el departamento de Loreto; se inició el trámite de creación el 18 de febrero del 2003.
- Propuesta de Reserva Territorial Kapanawa (Maquía Callería): Ubicado en los departamentos de Loreto y Ucayali; se inició el trámite de creación el 18 de noviembre del 2005.
- Propuesta de Reserva Territorial Yavarí Mirim: Ubicado en el departamento de Loreto; se inició el trámite de creación el 15 de septiembre del 2003.
- Propuesta de Reserva Territorial Cashibo Cacataibo: Ubicado en los departamentos de Loreto y Ucayali; se inició el trámite de creación el 14 de octubre de 1999.

6.2. RESPECTO A LOS PUEBLOS INDIGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Habiendo revisado la situación regional de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario en Sudamérica, y que el Perú, es el segundo país después de Brasil con mayor población indígena en dicha condición, se hace indispensable estudiar toda la legislación nacional e internacional aplicable a nuestro país, en búsqueda de reconocer el nivel de protección de estos pueblos, especialmente en el caso de los que habitan la Reserva Territorial Indígena de Kugapakori, Nahua, Nanti, y otros que será nuestro caso de estudio, al haberlo estudiado más cercanamente.

6.2.1. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

El derecho a la vida a nivel del derecho internacional de derechos humanos está consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” en su artículo 4º, primer párrafo. Este derecho se ve amenazado de manera cierta e inminente cuando se realizan actividades extractivas como la hidrocarburíferas en sus territorios ancestrales como es el caso de la Reserva Territorial Indígena de Kugapakori, Nahua, Nanti, y otros, y que pueden hacer incurrir en responsabilidad internacional al Estado frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues estando obligado a proteger la vida, integridad física, y salud de estas poblaciones vulnerables, y prohibir toda actividad que pudiera afectarlos, las promueve y las aprueba, poniendo por encima de los derechos humanos intereses puramente económicos. Advirtamos, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación al Perú, concedió las medidas cautelares en protección de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario de Mashco Piro, Yora y Amahuaca el 22 de marzo del 2007 que

³⁴² Órganos descentralizados del sector de Agricultura dependientes de los Gobiernos Regionales.

estaban siendo afectados por la extracción ilegal de madera de los territorios en que habitan y los estaban poniendo en grave riesgo.

6.2.2. CONVENIO 169 DE LA OIT

El artículo 1º del Convenio compromete al Estado Peruano a aplicar este instrumento de Derechos Humanos a los pueblos indígenas cualquiera que sea su situación jurídica esto es independientemente hayan sido reconocidos formalmente por el Estado o no, pues sus derechos fundamentales no están supeditados al mismo. Asimismo, el artículo 2º del Convenio obliga al Estado Peruano a responsabilizarse en desarrollar una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de los pueblos indígenas y a garantizar el respeto de su integridad. Esta acción deberá incluir medidas: a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones.

El artículo 3º del Convenio establece que los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación y no deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas. En ese sentido, es obligación del Estado Peruano garantizar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial realizando los estudios técnicos correspondiente para identificar las zonas habitada por los mismos y proteger dicho territorio de presencia de terceros, evitando con ello contactos forzados y el desencadenamiento de eventos violentos.

El artículo 4 del Convenio obliga al Estado Peruano ha adoptar medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos indígenas. Ello en el caso de los pueblos indígenas que habitan en la Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, significa que existiendo evidencia de pueblos indígenas altamente vulnerables, esto es en aislamiento voluntario, debería como una medida de prevención respetarse la intangibilidad de estos territorios, y hacer efectivo el principio de no contacto con estas poblaciones vulnerables.

El artículo 5º del Convenio establece la obligación del Estado Peruano de proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales de los pueblos indígenas tomando en cuenta la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individuales que sufren. En ese sentido, se debe considerar la problemática de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y promover su protección, lo que implica el respeto irrestricto de la intangibilidad de sus territorios, y la asignación de personal y un presupuesto suficiente para implementar auténticas medidas de protección a favor de estas poblaciones vulnerables, cuestión que hoy no está ocurriendo.

El numeral 1 del artículo 7º del Convenio establece que los pueblos indígenas deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. En ese

aspecto, si los pueblos indígenas en aislamiento voluntario tienen como proyecto de vida colectivo desarrollar su cultura alejados de la sociedad moderna, la actividad de hidrocarburos realizada al margen de dicha voluntad, quebrantaría la obligación del Estado Peruano de velar por sus vidas, medio ambiente y culturas, así como el respeto a la libre autodeterminación de estos pueblos.

El numeral 1 del artículo 14 del Convenio compromete al Estado Peruano a reconocer a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. En ese sentido, el Estado Peruano al no respetar la intangibilidad de la Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, no respeta el derecho de propiedad y la posesión sobre tierras ancestralmente ocupadas por estos pueblos indígenas vulnerables.

El numeral 2 del artículo 14 del Convenio compromete al Estado Peruano a adoptar medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. Así, constituye una obligación del Estado Peruano respetar la naturaleza intangible de la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, pues para el caso de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, es la medida idónea para proteger las tierras que tradicionalmente ocupan, y con ello se le garantiza su derecho a la propiedad comunal.

El numeral 1 del artículo 15 del Convenio compromete al Estado Peruano a resguardar los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras. Ello se les viene negando a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario de la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, al desconocerse medidas de protección eficaces para su propia subsistencia como es la naturaleza intangible de sus territorios indígenas, forma mediante la cual ellos pueden usufructuar sus territorios sin interferencia de terceros o sucesos de contactos no queridos y violentos.³⁴³

6.2.3 DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, por sus implicancias, y reconocimiento internacional, si bien no constituye un tratado, si puede considerarse en nuestro concepto como parte del *ius cogens* del derecho internacional y de derechos humanos, que por tanto, forma parte del orden público internacional, que todos los países deben respetar, y dar cumplimiento a la misma, al constituir los derechos indígenas mínimos que un país debe reconocer a una población indígena, cuando se constata que el citado instrumento internacional se aprobó por la mayoría de países del orbe, votando en contra sólo Canadá, Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda, aunque este último país en el 2010, ya expreso su aprobación al citado documento. Ni el

³⁴³ ANDINA. Reportan muerte de persona que contactó a nativos aislados en el Manu. En: <http://www.andina.com.pe/Espanol/noticia-reportan-muerte-persona-contacto-a-nativos-aislados-el-manu-387885.aspx>, consultado el 23.11.2011

Convenio 169 de la OIT, ha tenido reconocimiento tan abrumador, pues el mismo sólo fue ratificado por veinte (20) países, incluyendo nuestro país. Aunque, sostenemos que al igual que la Declaración, el Convenio 169 de la OIT, ya constituye parte del ius cogens del derecho internacional, y ello se ve reflejado en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya acude al mismo como parte de los Tratados bajo los cuales se interpreta la Convención Americana de Derechos Humanos.

El artículo 1º de la Declaración consagra el derecho de los pueblos indígenas al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos. El Estado Peruano acorde con ello debe velar por el respeto de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, sobre todo de los más vulnerables, promoviendo su identificación y su protección, y el respeto de la intangibilidad de su territorio, y del respeto del principio de no contacto basado en la alta vulnerabilidad biológica de estos pueblos indígenas.

El artículo 5º de la Declaración establece el derecho de los pueblos indígenas a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado. En ese sentido, se consagra el derecho de **autodeterminación de los pueblos en aislamiento voluntario de vivir en dicha condición**, siendo obligación del Estado proteger el ejercicio de este derecho mediante medidas de protección a sus espacios tales como la intangibilidad y la prohibición de actividades de exploración o explotación de hidrocarburos.

El artículo 7º de la Declaración garantiza **el derecho de los pueblos indígenas a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona así como el derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no siendo sometidos a ningún acto de violencia**. La autorización de actividades de hidrocarburos en el interior de la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, es evidente que puede ocasionar un incremento del riesgo de encuentros violentos entre los trabajadores y estos pueblos, que pueden actuar en defensa de su territorio y su cultura, lo que afecta los derechos fundamentales de estos pueblos, más allá de la eventual necesidad de profundizar los estudios acerca de la forma de vida de estos colectivos, se debe priorizar la protección de la vida, salud y libertad de los mismos. Ninguna actividad económica puede estar por encima de los derechos humanos ni la dignidad de las personas.

El artículo 8º de la Declaración establece que los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura. En ese sentido, los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de:

- a) **todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos y las personas indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica**; en ese aspecto el Estado Peruano está obligado a proteger a las poblaciones indígenas en aislamiento voluntario de la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, y tomar medidas de protección idóneas para resguardar sus derechos de manera más eficiente como sería el respeto de la intangibilidad de sus territorios, y la prohibición de autorizar actividades extractivas en estos espacios por parte de terceros (concesionarios).

- b) **todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos**; evidentemente, el Ministerio de Energía y Minas al haber promovido y otorgado una concesión para actividades extractivas en territorios ocupados por poblaciones indígenas en aislamiento voluntario, y el Ministerio de Cultura al demorarse más del tiempo razonable en calificar el estudio sustentatorio de adecuación de la reserva territorial indígena, revela la existencia de una gran presión por que se allane el camino para la explotación de estos territorios por empresarios de actividades extractivas. En ese sentido, lo correcto es excluir estos territorios del lote de hidrocarburos y realizar mayores estudios antropológicos en la zona para velar por la integridad de estos pueblos.
- c) **toda forma de asimilación o integración forzadas**. En este caso de ingresar la empresa de hidrocarburos a los territorios habitados por pueblos indígenas, provocaran inevitablemente contactos forzados y violencia, al sentirse estas poblaciones invadidas en sus territorios. Incluso el proceso de asimilación o integración forzado ha quedado patente en el Estudio de Impacto Ambiental para la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la locación de San Martín Este del Lote 88, Capítulo IV, y V, cuando admite la posibilidad de tomar contacto con los mismos mediante interpretes, altavoces, diálogos preestablecidos y entrega de regalos.

El artículo 25º de la Declaración establece que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas y otros recursos que tradicionalmente ha poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras. En ese sentido, el Estado Peruano está obligado a garantizar esa relación espiritual de los pueblos indígenas con sus territorios y recursos ancestrales, y no puede apelar a obligaciones contractuales o la necesidad de extraer hidrocarburos cuando ello implica poner en riesgo la existencia y cultura de pueblos indígenas vulnerables como los que habitan la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti y otros.

El artículo 26º de la Declaración reconoce a los pueblos indígenas el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido. En ese sentido, manifiesta que los Estados asegurarán el reconocimiento y protección de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate. Al respecto, el Estado Peruano en cumplimiento con esa obligación debe velar porque los pueblos indígenas en aislamiento voluntario gocen plenamente de estos derechos, teniendo en cuenta su alta vulnerabilidad inmunológica y política, y ello no se garantiza cuando se autorizan actividades de hidrocarburos en el interior de una Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti y otros poniendo en riesgo derechos fundamentales de las poblaciones indígenas que la habitan.

El artículo 41º de la Declaración finalmente establece que los órganos y organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales contribuirán a la plena realización de las disposiciones de la Declaración mediante la movilización, entre otras cosas, de la cooperación financiera y la asistencia técnica. En ese sentido, si el Estado Peruano requiere de recursos para la protección de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y posteriores estudios de profundización de la cultura de estos pueblos pueden solicitar cooperación financiera y asistencia técnica amparada en la mencionada Declaración.

6.2.4. PROYECTO DE DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. WASHINGTON D.C., 30 DE MAYO DE 2003

En el derecho internacional, en base al principio de progresividad de los derechos humanos y el principio pro homine, se considera que los proyectos de instrumentos internacional son una fuente válida de interpretación del ius imperium imperante en la sociedad internacional, he ahí, el valor de revalorar el Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Del mismo, rescatamos el artículo IX del proyecto consagra un principio orientador, el derecho a subjetividad jurídica de los pueblos indígenas que implica el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica por los Estados. Los Estados tomarán las medidas necesarias para que dicha personalidad jurídica respete las formas de organización indígenas y permita el pleno ejercicio de sus derechos. En ese sentido, el Estado Peruano al regular y reconocer legalmente la intangibilidad de la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, está dando cumplimiento a dicho principio orientador, pues implícitamente se da a la vez, un reconocimiento como sujeto colectivo a las poblaciones indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial.

Por otra parte, el artículo XII del proyecto reconoce el derecho de los pueblos indígenas a su integridad cultural y a su patrimonio histórico y ancestral, que son importantes para su continuidad colectiva, así como para su identidad, la de sus miembros y la de sus Estados. De ahí, que el Estado Peruano debe estar atento a las amenazas de vulneraciones de la integridad cultural de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, y tomar medidas de protección idóneas, pues ya existe conciencia de la obligatoriedad de dicha conducta por parte la comunidad internacional.

Asimismo, el artículo XIII del proyecto evidencia el derecho de los pueblos indígenas a vivir en armonía con la naturaleza y a un medio ambiente sano y seguro, condiciones esenciales para el goce del derecho a la vida, a su espiritualidad y al bienestar colectivo. Los pueblos indígenas tienen derecho a asistencia de sus Estados con el propósito de proteger el medio ambiente, así como de organizaciones internacionales. De esta manera, el Estado Peruano resultaría responsable de resguardar el derecho a un ambiente sano y equilibrado, el derecho a la identidad interétnica y cultural, el derecho a la salud y a la vida de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario y contacto inicial como los que habitan en la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti y otros.

Finalmente, el artículo XXVI del proyecto establece expresamente que los pueblos indígenas en aislamiento voluntario tienen derecho a permanecer en dicha condición y de vivir libremente y de acuerdo a sus tradiciones ancestrales (autodeterminación). Asimismo los Estados adoptaran medidas adecuadas para proteger los territorios, medio ambiente y culturas de los pueblos en aislamiento voluntario, así como la integridad personal de sus miembros. Estas medidas incluirán las necesarias para evitar la intrusión en sus territorios. En ese sentido, el Estado Peruano debería tender a proteger el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y adoptar medidas de protección suficientes para resguardar su vida, salud, cultura, medio ambiente y vida.

6.2.5. LA DECLARACIÓN DE BELEM SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS AISLADOS

La alta vulnerabilidad de las poblaciones indígenas en aislamiento voluntario y la ausencia de voluntad de los Estados sudamericanos por tomar medidas de protección eficientes motivo a la sociedad civil a organizar “el Primer Encuentro Internacional sobre Pueblos

Indígenas Aislados de la Amazonía y del Gran Chaco”, realizado en Belem do Pará (Brasil) entre el 8 y 11 de noviembre de 2005, con la finalidad de constituir la Alianza Internacional para la Protección de los Pueblos Indígenas Aislados. Esta Alianza, por medio de una declaración, deseaba llamar la atención a los gobiernos de los países donde existen pueblos indígenas aislados y en contacto inicial en cuyos considerandos se deja constancia de lo siguiente:

1. Los pueblos indígenas aislados constituyen patrimonio sociocultural tangible e intangible de la humanidad.
2. La dificultad de estos pueblos de desarrollar defensas inmunológicas, a corto plazo, para combatir enfermedades foráneas y de posiblemente sufrir de desnutrición, los pone en una situación de extrema vulnerabilidad.
3. La condición de debilidad, vulnerabilidad, desprotección y asimetría de estos pueblos frente a los Estados y las sociedades nacionales amenaza y pone en riesgo sus derechos.
4. La ausencia de marcos legales, institucionalidad y políticas públicas coherentes, específicas y efectivas en los países de la Amazonía y del Gran Chaco, dificulta la adopción de medidas que garanticen la integridad física, cultural y territorial de los pueblos indígenas aislados.
5. Existen diversas amenazas externas causadas por políticas de desarrollo (proyectos y megaproyectos hidrocarburíferos, mineros, viales, hidroeléctricos, forestales, agropecuarios, de recursos hídricos, privatización de los recursos naturales – aguas, bosques, biodiversidad), actividades ilícitas (extracción forestal, narcotráfico, minería, extracción de fauna y flora), la deforestación, la colonización así como por la presencia de agentes externos (organizaciones religiosas, turísticas, científicas, empresas de cine/televisión, aventureros, otros).

En ese sentido estas organizaciones demandan y exigen entre otros temas los siguientes:

1. El reconocimiento y la protección de su decisión de vivir en aislamiento, así como de los derechos humanos, individuales, colectivos y ambientales que asisten a estos hombres y mujeres de pueblos indígenas aislados.
2. El reconocimiento legal de sus territorios originarios y tradicionales, y la condición de inalienabilidad, inviolabilidad, indivisibilidad, imprescriptibilidad de éstos, a fin de garantizar su integridad y continuidad física y cultural.
3. La adopción, aplicación y gestión eficaz, por los Estados Nacionales, de mecanismos de protección directa de la vida y de los territorios de los pueblos aislados para impedir la entrada y actividad de agentes externos que violan sus derechos.
4. La suspensión o modificación inmediata de todos los proyectos que causen daño a los pueblos indígenas aislados por medio de deforestación, colonización, actividades ilícitas o ilegales y otros que actualmente se ejecutan o se planifican a futuro en los territorios y los entornos de estos pueblos.
5. Las políticas nacionales e internacionales de conservación de la biodiversidad y de creación de áreas naturales protegidas, reconozcan el carácter preferente y prioritario de los derechos de los pueblos indígenas aislados
6. La adopción de medidas urgentes de salud pública - entre ellas el cierre de áreas y la evaluación de riesgos - siempre respetando las costumbres de estos pueblos - y ante la posibilidad de contacto inminente, con base en los riesgos anteriormente presentados, que sean tomadas medidas adecuadas por los Estados a través de sus órganos y autoridades responsables.

7. La inclusión de medidas necesarias en las políticas públicas para evitar, prohibir y sancionar toda intrusión no autorizada en los territorios de los pueblos indígenas aislados.

6.2.6. RESPECTO AL LLAMAMIENTO DEL SEMINARIO REGIONAL DE SANTA CRUZ DE LA SIERRA SOBRE LOS PIAV

En la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, del 20 al 22 de noviembre de 2006, se reunieron representantes de Estados, agencias internacionales, instituciones públicas, organizaciones indígenas y expertos para efectos de visibilizar y discutir la situación de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de América Latina y tuvo como propósito promover la puesta en práctica de políticas públicas y acuerdos internacionales que defiendan los derechos de estos pueblos.

Principios

Los participantes en este Seminario regional sobre los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la región amazónica y el Gran Chaco consideran los siguientes principios generales consideran los principios generales explicados a continuación. Teniendo en cuenta su precaria situación, es necesario tomar en consideración el factor tiempo, por lo cual deberán establecerse medidas urgentes. Estas medidas deberán ser complementadas por otras a corto, mediano y largo plazo. Todas estas medidas, para que puedan ser eficaces, deberían:

- Valorar específicamente el protagonismo de los pueblos indígenas, en especial en el desarrollo de programas de protección específicos para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial.
- Reconocer el deber y la responsabilidad del Estado de proteger y garantizar los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, y
- Afirmar la importancia de la cooperación en todos los niveles, en coordinación con las organizaciones de los pueblos indígenas que han asumido la defensa y protección de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial.

Asimismo, todas estas acciones deben tener muy presentes entre otros **el principio de no-contacto**, y el reconocimiento de que el aislamiento es el resultado del derecho a la libre determinación de estos pueblos y, en la mayoría de los casos, es la consecuencia de las agresiones sufridas.

Se consagra el derecho al No contacto, tierras y territorios:

- Los Estados deben respetar y hacer respetar el principio de no contacto y prohibir el contacto no deseado. Deberán ser los pueblos indígenas en aislamiento los que decidan de manera libre y voluntaria el establecimiento de contactos o no con miembros de la sociedad envolvente.
- Se deben establecer sanciones, incluso penales, en caso de violación del principio de no contacto.
- Es necesario delimitar y titular a favor de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial los territorios habitados y aprovechados por ellos, de conformidad con las respectivas legislaciones nacionales y la legislación internacional. La delimitación y titulación de estas tierras deberá incluir todos los territorios en los

que habitan o se desplazan estos pueblos y las zonas de amortiguamiento colindantes, implementando medidas de protección especiales y eficaces.

- Se debe establecer la intangibilidad de sus territorios, entendida como la titulación de tierras y territorios a favor de los pueblos indígenas en aislamiento y el compromiso del Estado de evitar cualquier actividad, del tipo que sea, que pueda poner en peligro su supervivencia, con todos los instrumentos legales y políticos posibles de cada país y en función de cada situación.
- Se deben prohibir y revocar inmediatamente, allí donde los haya, los contratos de concesión con fines extractivos superpuestos a los territorios de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial, y reasentar en otras zonas a las personas ajenas que se encuentren en dichos territorios.
- En general, se debe prohibir el ingreso de personas ajenas a dichos territorios.
- Se deben crear comisiones para la vigilancia y control de los territorios de los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial, con la participación de las organizaciones de los pueblos indígenas

6.2.7. LA CAPACIDAD VINCULANTE DE LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, LA DECLARACIÓN DE BELEM SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS AISLADOS Y EL LLAMAMIENTO DEL SEMINARIO REGIONAL DE SANTA CRUZ DE LA SIERRA SOBRE LOS PIAV

Una de las interrogantes más constantemente realizadas sobre estos instrumentos internacionales que protegen pueblos indígenas en aislamiento, es la siguiente: ¿Cuál es su capacidad vinculante respecto a los países que tienen presencia de pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial? En principio, la respuesta formal sería que no constituyendo tratados o convenios no vincularían a los países partes, no obstante, el derecho internacional público, ha sido desde su nacimiento un derecho consuetudinario, y basado en el principio del *ius cogens*, por lo que correspondería preguntarnos ahora: ¿Constituyen estos derechos indígenas mínimos que se le otorgan a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario parte del orden público internacional? Y la respuesta cae por su propio peso, y es que sí, pues ellos constituyen los derechos y principios mínimos bajo los cuales se garantiza su existencia y supervivencia. Empero, la interrogante más espinosa viene ahora ¿Y cuáles son las consecuencias de inobservar estas garantías mínimas a favor de los pueblos indígenas? Una de las primeras consecuencias sería la posibilidad de interponer denuncias penales por afectación al derecho a la vida, salud, y coacción contra estas poblaciones indígenas; también están las de orden internacional, que dividiremos en dos: a) la interposición de una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) amparados básicamente en la protección al derecho a la vida consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 4º, primer párrafo, como ya lo hicieron varias organizaciones indígenas nacionales; b) la interposición de una denuncia ante la Corte Penal Internacional (CPI) por delito de genocidio por omisión de funciones de autoridades estatales y particulares, y tratos crueles.

Advirtamos que la ausencia de medidas de protección efectivas de parte del Estado, a favor de poblaciones indígenas altamente vulnerables como los aislados y en contacto inicial, pueden llegar a constituir un genocidio por comisión por omisión, esto es se puede imputar responsabilidad penal a los funcionarios públicos que teniendo la obligación de proteger a estas poblaciones no tomaron las medidas de protección necesarias para ello. Recordemos que siendo altamente vulnerables las poblaciones indígenas en aislamiento

voluntario, el permitir que ingresen terceros a sus territorios con fines de explotación de recursos naturales, irrespetando el principio de intangibilidad de sus territorios, y de no contacto, puede ocasionar en la practica la muerte por enfermedades traídas por los trabajadores de indígenas en aislamiento voluntario, como ha ocurrido ya en el pasado.

Precisemos que el artículo 6º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, establece que se entiende por "genocidio" cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo. No olvidemos, el artículo 7º del mencionado estatuto, que consagra como crimen de lesa humanidad se incluye actos inhumanos que atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física de una población. Ciertamente, el otorgar una autorización para que ingrese personal de una empresa a territorio habitado por poblaciones indígenas en aislamiento voluntario con fines de aprovechamiento de recursos naturales, es un hecho que puede afectar gravemente la integridad física o la salud mental o física de esta población indígena, al provocar contactos forzados y propagación de enfermedades, puede constituirse perfectamente en un caso de genocidio por lo previsibles de las consecuencias derivadas del acto administrativo.

En este caso, si se prueba que funcionarios omitiendo sus funciones de garantes de los derechos humanos de estas poblaciones indígenas han ocasionado la destrucción total o parcial de estos grupos étnicos podrá darse por configurado el delito de genocidio, fundamentalmente basado en dos supuestos: a) el de genocidio por lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; ya que al no adoptarse medidas que garanticen el respeto del principio de no contacto, intangibilidad de sus territorios y de alta vulnerabilidad, habrá graves lesiones a la integridad física y mental de estos grupos vulnerables. También podemos encontrar un genocidio por sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; cuando se autoriza que empresas petroleras y gasíferas ingresen a sus territorios a realizar actividades de exploración o explotación de recursos naturales, exponen de manera intencional a estos grupos vulnerables a condiciones desfavorables que ponen en peligro la existencia de la población indígena, y pueden conllevar a sus destrucción parcial o total.

Finalmente, es conocida las malas prácticas de algunas empresas del sector de hidrocarburos no sólo por desconocer la existencia de pueblos indígenas en aislamiento voluntario sino adicionalmente incluir en sus "Programas de Contingencia Antropológico para Poblaciones en Contacto Inicial o en Aislamiento" la tacita búsqueda de contacto, apelando a obsequios y a diálogos con los nativos en aislamiento voluntario. Ciertamente, promueven el contacto y la asimilación de estas poblaciones indígenas con el objetivo de que la zona pierda su carácter especial e intangible, y la empresa pueda operar con menores medidas de protección y con mayores libertades. Adicionalmente, estas empresas crean un ambiente de descontento entre los indígenas en contacto inicial de las zonas aledañas a las reservas territoriales indígenas, utilizando el argumento de que mientras se mantenga en la condición de reserva indígena estas poblaciones aledañas no podrán recibir servicios públicos básicos principalmente salud y educación, lo que no es cierto, puesto que el Estado tiene la obligación de atender a estas poblaciones bajo

códigos interculturales. Ahora bien si bajo estas malas prácticas empresariales se ocasiona afectaciones a la integridad física y psicológica a las poblaciones indígenas en aislamiento voluntario, y su desaparición parcial o total, los funcionarios y trabajadores de estas empresas podrán ser llevados ante la Corte Penal Internacional para que respondan por delito de genocidio, y tratos crueles.

6.3. RESPECTO A LA NORMATIVIDAD NACIONAL SOBRE PUEBLOS INDIGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y CONTACTO INICIAL

6.3.1. CONSTITUCION POLITICA DEL PERÚ

El artículo 1° de la Constitución Política del Perú establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. En ese sentido, ante la amenaza inminente de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario que habitan el ámbito de la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti y otros no se debe autorizar actividades extractivas de hidrocarburos u otras análogas que impliquen encuentros no deseados con estas poblaciones porque inevitablemente incrementa el riesgo de afectación de sus derechos constitucionales.

El numeral 19 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú obliga al Estado a reconocer y proteger la pluralidad étnica y cultural de la Nación, en cumplimiento de dicho mandato se debe resguardar la integridad física y cultural de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario del Perú a través del respeto irrestricto de la intangibilidad y prohibición de actividades extractivas en las Reservas Territoriales Indígenas como la de los Kugapakori, Nahua, Nanti, y en otros casos, el desarrollo del derecho a la consulta previa, consagrado por el Convenio 169 de la OIT, vigente desde el 02 de febrero de 1995. Ahora bien, advertimos, que el ingreso a los territorios ancestralmente ocupados por pueblos indígenas en aislamiento voluntario, evidentemente no sólo afectará el derecho a la paz, tranquilidad y a un ambiente sano y equilibrado adecuado previsto en el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución, sino también la integridad física, la salud, y el propio derecho a la vida de estas poblaciones indígenas, producto de los contactos forzados, entre indígenas no contactados, y trabajadores o terceros, estos últimos que son considerados como invasores.

6.3.2. LEY DE COMUNIDADES NATIVAS Y DE DESARROLLO AGRARIO DE LA SELVA Y DE CEJA DE SELVA, DECRETO LEY N° 22175

Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario empezaron a ser visualizados a raíz de la titulación de los territorios indígenas, y como consecuencia directa del artículo 10° de la Ley de Comunidades Nativas el cual consagra la obligación del Estado Peruano de garantizar la integridad de la propiedad territorial de las Comunidades Nativas, levantando para ello un catastro y otorgando títulos de propiedad comunal correspondiente. En ese contexto, las Direcciones Regionales Agrarias del Ministerio del Ambiente tenían la obligación de realizar la identificación de los pueblos indígenas y sus territorios para efectos de poder hacer respetar la integridad de sus territorios, y en esa tarea se encontraron con una realidad social palpitante: la protección de los territorios de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial. Felizmente, la Segunda Disposición Transitoria de la Ley de Comunidades Nativas establece que en la demarcación del territorio de las Comunidades Nativas cuando se encuentren en situación de contacto inicial y esporádico con los demás integrantes de la comunidad

nacional, se determinará un área territorial provincial de acuerdo a sus modos tradicionales de aprovechamiento de los recursos naturales. Nuevamente se constata la obligación del Estado de llevar adelante las labores de adjudicación de territorios indígenas y la protección de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, que justamente en esta disposición encontraron la base legal de las reservas territoriales que se crearon y propusieron, y de las que se derivaría su intangibilidad por la naturaleza vulnerable de las poblaciones que las habitan.

6.3.3. REGLAMENTO DE LA LEY DE COMUNIDADES NATIVAS Y DE DESARROLLO AGRARIO DE LA SELVA Y DE CEJA DE SELVA, DECRETO SUPREMO N° 003-79-AA

El artículo 2º del Reglamento establece que la inscripción de las Comunidades Nativas en el Registro Nacional de Comunidades Nativas se realizará de oficio o a petición de parte, y está a cargo de la Dirección Regional Agraria que incluso para dicho fin levanta un censo poblacional y realizará los estudios socio-económicos que determinen que la Comunidad debe ser inscrita como tal. En base a ello la Dirección Regional Agraria expedía una Resolución pronunciándose sobre la inscripción de la Comunidad en el Registro Nacional de Comunidades Nativas. Se desprende de esta norma que el Estado tenía la obligación de identificar y proteger a los pueblos indígenas y el ámbito territorial ocupado por las mismas, para efectos de reconocerles sus derechos de propiedad, posesión ancestral, derecho a un ambiente sano y equilibrado, derecho a la autodeterminación, derecho a la identidad étnica y cultural, entre otros, y lo cual se vería plasmado en la creación de la Reserva Murunahua, establecida por Resolución Directoral Regional N° 000-189-CTARU-DRA, del 01 de abril de 1997, la Reserva Mashco-Piro, establecida por Resolución Directoral Regional N° 000190-97-CTARU/DRA del 01 de abril de 1997, la Reserva Ishconahua, establecida por Resolución Directoral Regional N° 00201-98 CTARU/DRA del 11 de junio de 1998, la Reserva para pueblos indígenas en aislamiento de Madre de Dios, establecida por Resolución Ministerial N° 427-2002-AG del 22 de abril de 2002, y la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, aprobado por Decreto Supremo N° 028-2003-AG, el 25 de julio de 2003.

Además de las Reservas Territoriales ya creadas, existen otras cinco propuestas de Reservas Territoriales a favor de pueblos indígenas en aislamiento voluntario ubicados en los departamentos de Loreto y Ucayali promovidas por AIDSESP. Estos trámites se iniciaron en las Direcciones Regionales de Agricultura³⁴⁴ de los Departamentos de Loreto y Ucayali. Las reservas propuestas son:

3. Propuesta de Reserva Territorial Napo Tigre: Ubicado en el departamento de Loreto; se inició el trámite de creación el 18 de febrero del 2003.
4. Propuesta de Reserva Territorial Tapiche, Blanco y Yaquerama (Yavarí Tapiche): Ubicado en el departamento de Loreto; se inició el trámite de creación el 18 de febrero del 2003.
5. Propuesta de Reserva Territorial Kapanawa (Maquía Callería): Ubicado en los departamentos de Loreto y Ucayali; se inició el trámite de creación el 18 de noviembre del 2005.
6. Propuesta de Reserva Territorial Yavarí Mirim: Ubicado en el departamento de Loreto; se inició el trámite de creación el 15 de septiembre del 2003.

³⁴⁴ Órganos descentralizados del sector de Agricultura dependientes de los Gobiernos Regionales.

7. Propuesta de Reserva Territorial Cashibo Cacataibo: Ubicado en los departamentos de Loreto y Ucayali; se inició el trámite de creación el 14 de octubre de 1999.

6.3.4. REGLAMENTO DE LA LEY DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS, DECRETO SUPREMO N° 038-2001-AG

El numeral 3 del artículo 43° del Reglamento establece que en caso de existir indicios razonables de la existencia de grupos humanos en aislamiento voluntario o de contacto inicial o esporádico, el dispositivo de creación del Área Natural Protegida salvaguarda sus derechos de propiedad y otros derechos adquiridos. En virtud al principio precautorio no se requiere probar la existencia de manera fehaciente de estas poblaciones indígenas altamente vulnerables para adoptar medidas de protección a su favor sino solamente dar indicios razonables de la existencia de los mismos.

El artículo 90° del Reglamento establece que en todas las Áreas Naturales Protegidas el Estado respeta los usos ancestrales vinculados a la subsistencia de las comunidades campesinas o nativas y de los grupos humanos en aislamiento voluntario o de contacto inicial o esporádico. Asimismo promueve los mecanismos a fin de compatibilizar los objetivos y fines de creación de las Áreas Naturales Protegidas con dichos usos ancestrales. En todo caso el Estado debe velar por cautelar el interés general.

El artículo 91° del reglamento establece que en la autorización para el desarrollo de actividades en ningún caso pueden implicar el uso de ámbitos donde se haya establecido medidas precautorias de protección a favor de grupos humanos en aislamiento voluntario o de contacto inicial o esporádico.

6.3.5. LEY PARA LA PROTECCIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS EN SITUACIÓN DE AISLAMIENTO Y EN SITUACIÓN DE CONTACTO INICIAL, LEY N° 28736

El artículo 1° de la Ley señala que su objeto es establecer el Régimen Especial Transectorial de Protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Peruana que se encuentren en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, garantizando en particular sus derechos a la vida y a la salud salvaguardando su existencia e integridad. Y los principios que iluminarían dicho régimen era el principio de no contacto, principio de alta vulnerabilidad de estos pueblos indígenas y la intangibilidad de los territorios de los mismos.

El artículo 2° de la Ley conceptúa a *“los pueblos indígenas en aislamiento voluntario como la situación de un pueblo indígena, o parte de él, que ocurre cuando éste no ha desarrollado relaciones sociales sostenidas con los demás integrantes de la sociedad nacional o que, habiéndolo hecho, han optado por discontinuarlas.”* También define a las Reservas indígenas como tierras delimitadas por el Estado peruano, de intangibilidad transitoria, a favor de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, y en tanto mantengan tal situación, para proteger sus derechos, su hábitat y las condiciones que aseguren su existencia e integridad como pueblos.

DEFINICIONES SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO	
Pueblos indígenas	Aquellos que se autoreconocen como tales, mantienen una cultura propia, se encuentran en posesión de un área de tierra, forman parte del Estado peruano conforme a la Constitución. En éstos se incluye a los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial.

Aislamiento	Situación de un pueblo indígena, o parte de él, que ocurre cuando éste no ha desarrollado relaciones sociales sostenidas con los demás integrantes de la sociedad nacional o que, habiéndolo hecho, han optado por discontinuarlas.
Contacto inicial	Situación de un pueblo indígena, o parte de él, que ocurre cuando éste ha comenzado un proceso de interrelación con los demás integrantes de la sociedad nacional.
Reservas indígenas.-	Tierras delimitadas por el Estado peruano, de intangibilidad transitoria, a favor de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, y en tanto mantengan tal situación, para proteger sus derechos, su hábitat y las condiciones que aseguren su existencia e integridad como pueblos.

Fuente: Artículo 2º de la Ley Nº 28736

El artículo 3º de la Ley tiene una tara congénita de inconstitucionalidad pues es atentatoria contra los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, al supeditar su protección, a su reconocimiento administrativo previo, de la siguiente forma: *“Reconoce a un grupo humano la categoría de Pueblo Indígena en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial mediante decreto supremo, el mismo que para su validez requiere de un estudio previo realizado por una Comisión Multisectorial presidida por el Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano - INDEPA e integrada por la Defensoría del Pueblo, el gobierno regional y local que corresponda, dos representantes de las Facultades de Antropología de las universidades peruanas, uno de las públicas y otro de las privadas, y por los demás que establezca el reglamento de la presente Ley.”*

Advirtamos que la condición de pueblo indígena en aislamiento voluntario es un estado social y cultural efectivo derivado del derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas que es el fundamento para el establecimiento de medidas de protección a favor de los mismos. Empero, la desidia en el Estado en la identificación y protección, no los hace desaparecer como población indígena vulnerable, tienen intactos sus derechos fundamentales y de producirse daños a la salud, vida y cultura de estas poblaciones por actividades extractivas y la ausencia de medidas de protección por parte del Estado, este tendrá responsabilidad jurídica indubitablemente al ser el llamado a protegerlos y al haber permitido su abandono y estado de indefección.

Las reservas indígenas son una forma de proteger la vida de las poblaciones indígenas en aislamiento voluntario y la biodiversidad cultural de la nación, como las áreas naturales protegidas son una forma de proteger la biodiversidad del país. Empero, la ausencia de la creación de una reserva indígena ni un área natural protegida no es impedimento para sancionar a los agentes que dañen o lesiones los derechos fundamentales de estas poblaciones ni la integridad del ambiente. Lo único revela la ausencia de estas formas de protección es el incumplimiento de sus obligaciones del Estado por resguardar derechos colectivos fundamentales de la Nación. En ese orden de idea, deben crearse mecanismos de protección para las poblaciones indígenas que viven en aislamiento voluntario y contacto inicial pero cuyos expedientes están en tramita.

CATEGORIZACIÓN DE RESERVAS TERRITORIALES INDÍGENAS	
MEDIANTE DECRETO SUPREMO	INFORME TECNICO MULTISECTORIAL SUSTENTARIO
Se reconoce a un grupo humano la categoría de Pueblo Indígena en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial mediante decreto supremo, el mismo que para su validez requiere de un estudio previo realizado por una Comisión Multisectorial presidida por el Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano - INDEPA e integrada por la Defensoría del Pueblo, el gobierno regional y local que corresponda, dos representantes de las Facultades de Antropología de las universidades peruanas, uno de las públicas y otro de las	Las reservas indígenas adquieren tal categoría por decreto supremo sustentado en un estudio el mismo que para su validez debe señalar plazo de duración renovable las veces que sea necesario, los pueblos indígenas beneficiados y las obligaciones y prerrogativas de las comunidades nativas o pueblos indígenas colindantes. Este estudio es realizado por una Comisión Multisectorial, es dirigido por el INDEPA y cuenta con la opinión del gobierno regional en cuya circunscripción se encuentre la reserva indígena. Dicho informe debe contener un análisis ambiental, jurídico y

privadas, y por los demás que establezca el reglamento de la presente Ley.

antropológico y articular las opiniones técnicas y las estrategias de intervención de los sectores: Salud, Mujer y Desarrollo Social, Agricultura, Energía y Minas, Defensa, Interior y, de ser el caso, Relaciones Exteriores.

Fuente: Artículo 3º de la Ley N° 28736

El artículo 4º de la ley tampoco es muy feliz pues al haber establecido que la categoría de “pueblo indígena en aislamiento voluntario o contacto inicial” esto es una condición “que debe ser reconocida por el Estado” condiciona el disfrute de los derechos de los pueblos en situación de aislamiento o contacto inicial “no reconocidos” (propuestas de reservas territoriales indígenas. Así solamente aquellos que hayan sido reconocidos, el Estado asumirá la obligación de:

- a) Proteger su vida y su salud desarrollando prioritariamente acciones y políticas preventivas, dada su posible vulnerabilidad frente a las enfermedades transmisibles;
- b) Respetar su decisión en torno a la forma y el proceso de su relación con el resto de la sociedad nacional y con el Estado;
- c) Proteger su cultura y sus modos tradicionales de vida, reconociendo la particular relación espiritual de estos pueblos con su hábitat, como elemento constitutivo de su identidad;
- d) Reconocer su derecho a poseer las tierras que ocupan, restringiendo el ingreso de foráneos a las mismas; la propiedad de las poblaciones sobre las tierras que poseen se garantiza cuando adopten el sedentarismo como modo de vida;
- e) Garantizar el libre acceso y uso extensivo de sus tierras y los recursos naturales para sus actividades tradicionales de subsistencia; y,
- f) Establecer reservas indígenas, las que se determinarán sobre la base de las áreas que ocupan y a las que hayan tenido acceso tradicional, hasta que decidan su titulación en forma voluntaria.

El Convenio 169 de la OIT, que tiene rango constitucional, obliga al Estado a que incluso en los casos en que no hayan sido “reconocido” los pueblos indígenas sean protegidos en merito a su artículo 2º que establece la obligación del Estado Peruano asegurarse que los miembros de los pueblos indígenas gocen, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población. También se deberá aplicar el artículo 3 del Convenio que prescribe que “los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación”. Y claro el artículo 4º del Convenio que establece la obligación del Estado de adoptar “medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos indígenas.” Desde luego, el Estado no puede alegar su derecho interno para eludir obligaciones nacidas de tratados internacionales, principio básico del Derecho Internacional Público, contenido en el artículo 27º del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

El artículo 5º de la Ley consagra la intangibilidad relativa de las reservas indígenas para los pueblos indígenas en situación de aislamiento o de contacto inicial en tanto mantengan la calidad de tales. Se prohíbe la realización de cualquier actividad distinta a la de los usos y costumbres ancestrales de los habitantes indígenas y no se otorgarán derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales. Lamentablemente, la norma claudica en su deber de proteger a las poblaciones indígenas en aislamiento voluntario, y permite que de ubicarse un recurso natural susceptible de aprovechamiento cuya explotación resulte de necesidad pública para el Estado, se intervenga los territorios

ancestrales de estas poblaciones vulnerables. Empero, el aislamiento de estos pueblos no sólo ha traído para ellos vulnerabilidad inmunológica sino política, y ello se refleja en la norma que supuestamente debe protegerlos no lo hace, y en vez de ello justifica el quebrantamiento de su derecho a no ser contactados y a su intangibilidad de la integridad cultural poniendo en peligro la vida de estas poblaciones indígenas. Otra fue la suerte de la protección de la biodiversidad y patrimonio arqueológico que cuenta con la intangibilidad absoluta de Parques Naturales, Santuarios Nacionales, Santuarios Históricos y el Patrimonio Cultural Arqueológico, sin que sea posible ni siquiera por “necesidad pública” intervenir en ellos con fines de explotación de recursos naturales.

6.3.6. REGLAMENTO DE LA LEY PARA LA PROTECCIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS EN SITUACIÓN DE AISLAMIENTO Y EN SITUACIÓN DE CONTACTO INICIAL

El artículo 4 del reglamento establece que el INDEPA-MINCU es el ente rector del Régimen Especial Transectorial de Protección de los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial. El ente rector, hoy el Viceministerio de Interculturalidad (antes el INDEPA), evalúa, planifica y supervisa las medidas y acciones destinadas a la protección de los pueblos en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, coordinando para ello, con los diversos Sectores del Ejecutivo, en especial Salud, Agricultura e Interior, y con la sociedad civil.

PROTECCIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y RESERVAS INDÍGENAS

DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN

Los pueblos en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial son titulares de los derechos subjetivos de acuerdo a su naturaleza, pudiendo aprovechar los recursos naturales existentes al interior de la reserva indígena, para sus actividades tradicionales y de subsistencia, sin interferencia de terceros, sean indígenas o no. La condición de aislamiento y contacto inicial durará en tanto el Pueblo en Aislamiento y Contacto Inicial lo decida de modo libre.



LIBRE DECISIÓN DE LOS PUEBLOS EN AISLAMIENTO Y CONTACTO INICIAL

El Estado, a través del INDEPA-MINCU, garantiza el derecho a la libre decisión de los pueblos en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial para mantener tales condiciones. Para ello, se deberá aprobar protocolos de actuación que permitan, en lo posible y sin afectar a los habitantes de dichos pueblos, mecanismos de comunicación.

Fuente: Artículos 25º y 26º del Decreto Supremo Nº 008-2007-MIMDES

El artículo 7º del Reglamento establece entre las funciones del INDEPA-Viceministerio de Interculturalidad las de: formular los planes, programas y proyectos de alcance nacional para garantizar los derechos de los pueblos en aislamiento y contacto inicial, salvaguardando su existencia e integridad; coordinar con los sectores competentes las acciones de prevención de contactos no deseados, así como establecer los protocolos de actuación correspondientes; emitir opinión técnica relacionada al componente social, dentro de los plazos de aprobación de los estudios ambientales, de acuerdo a las normas de cada Sector; vinculada a las actividades de exploración y explotación no tradicional de recursos naturales en las reservas indígenas; elaborar estudios antropológicos sobre la situación en la que se encuentran los pueblos en aislamiento y contacto inicial y los problemas que afrontan; entre otros.

El artículo 25º del Reglamento establece que los pueblos en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial son titulares de los derechos reconocidos en la Ley y la normatividad nacional y supranacional vigentes, pudiendo aprovechar los recursos naturales existentes al interior de la reserva indígena, para sus actividades tradicionales y de subsistencia, sin interferencia de terceros. La condición de aislamiento y contacto inicial durará en tanto el Pueblo en Aislamiento y Contacto Inicial lo decida de modo libre y voluntario.

El artículo 26º del Reglamento establece que el Estado, a través del Viceministerio de Interculturalidad, garantiza el derecho a la libre decisión de los pueblos en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial para mantener tales condiciones. Para ello, deberá aprobar protocolos de actuación que permitan, en lo posible y sin afectar a los habitantes de dichos pueblos, mecanismos de comunicación.

6.3.7. LA INAPLICABILIDAD DEL NUMERAL C) DEL ARTÍCULO 5º DE LA LEY Nº 28736 Y EL ARTÍCULO 35º DE SU REGLAMENTO, APROBADO POR DECRETO SUPREMO Nº 008-2007-MIMDES POR CONTRAVENIR EL DERECHO AL AMBIENTE SANO Y EQUILIBRADO, EL DERECHO A LA IDENTIDAD ÉTNICA Y CULTURAL, EL DERECHO A LA VIDA, DERECHO A LA SALUD, ENTRE OTROS

CARÁCTER INTANGIBLE DE LAS RESERVAS INDÍGENAS	
Las reservas indígenas para los pueblos indígenas en situación de aislamiento o de contacto inicial son intangibles en tanto mantengan la calidad de tales. En ellas:	
CONSECUENCIAS DE LA INTANGIBILIDAD	TEXTO INCONSTITUCIONAL SUBRAYADO
a) No podrán establecerse asentamientos poblacionales distintos a los de los pueblos indígenas que habitan en su interior; b) Se prohíbe la realización de cualquier actividad distinta a la de los usos y costumbres ancestrales de los habitantes indígenas; d) Los pueblos indígenas que las habitan son los únicos y mancomunados beneficiarios de la misma.	c) No se otorgarán derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales, salvo el que con fines de subsistencia realicen los pueblos que las habitan y aquellos que permitan su aprovechamiento mediante métodos que no afecten los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, y siempre que lo permita el correspondiente estudio ambiental. <u>En caso de ubicarse un recurso natural susceptible de aprovechamiento cuya explotación resulte de necesidad pública para el Estado, se procederá de acuerdo a ley.</u>

Fuente: Artículo 5º de la Ley Nº 28736

La intangibilidad de las reservas territoriales indígenas tiene por objeto proteger la vida, la salud, la integridad física psicológica, la identidad cultural, la posesión ancestral, la propiedad, y el derecho a un ambiente sano u equilibrado de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial. En ese sentido, resulta inconstitucional que el

inciso c) del artículo 5º de la Ley Nº 28736, Ley para la protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento Voluntario y en Situación de Contacto Inicial, por afectar los derechos constitucionales que se protegen con la intangibilidad.

Es evidente que la excepción establecida en el inciso c) del artículo 5º de la Ley Nº 28736 vacía de contenido el principio de no contacto, y anula en absoluta la condición de intangibilidad de una reserva indígena como la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti, y otros, quedando expuesta a contactos con trabajadores y actividades de concesionarios, teniendo como única justificación intereses económicos y no el respeto irrestricto de derechos constitucionales como el contenido del artículo 2º incisos 1) y 22) y el artículo 7º de la Constitución Política del Estado. En ese sentido, también resulta inconstitucional el artículo 35º del Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, Decreto Supremo Nº 008-2007-MIMDES, pues desprotege los pueblos indígenas en aislamiento voluntario cuando indica que *“cuando en la reserva indígena se ubique un recurso natural cuya exploración y explotación el Estado considere de necesidad pública, la autoridad sectorial competente, solicitará al INDEPA-MINCU la opinión técnica con ocasión de la elaboración de los estudios ambientales requeridos conforme a Ley.”*

Posteriormente la Novena Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley Nº 29785, aprobado por el Decreto Supremo Nº 001-2012-MC, modificó el citado artículo de la siguiente forma: ***“Aprovechamiento de recursos por necesidad pública.- Cuando en la reserva indígena se ubique un recurso natural cuya exploración o explotación el Estado considere de necesidad pública, la autoridad sectorial competente solicitará al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura la opinión técnica previa vinculante sobre los estudios de impacto ambiental requeridos conforme a Ley. La opinión técnica, será aprobada por Resolución Vice Ministerial y deberá contener las recomendaciones u observaciones que correspondan. Corresponde al Viceministerio de Interculturalidad adoptar o coordinar las medidas necesarias con los sectores del Régimen Especial Transectorial de Protección, a fin de garantizar los derechos del pueblo en aislamiento o contacto inicial.”*** Esta norma resulta igualmente inconstitucional pues por el sólo hecho de considerar de necesidad pública la extracción de recursos naturales en territorios indígenas de pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial se puede autorizar la exploración o explotación de los mismos, sin interesar que con ello, se afecta el carácter intangible de estos territorios, y se quebranta el principio de no contacto con estas poblaciones amenazando de manera inminente sus derechos constitucionales tales como el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, a un ambiente sano y equilibrado, a la propiedad comunal, y al derecho a la identidad étnica y cultural.

El conflicto entre derechos fundamentales de poblaciones vulnerables minoritarias y el aprovechamiento de un recurso de necesidad pública ambas normas cuestionadas, lo termina resolviendo a favor del interés económico, sin tener en cuenta la condición de intangibilidad de estos territorios indígenas ni la alta vulnerabilidad biológica y cultural de estas poblaciones. Esta misma circunstancia es imposible que ocurra en otras zonas intangibles vinculadas al Patrimonio Cultural Arqueológico conforme lo consagra el artículo 5º y 6º de la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, Ley Nº 28296; o en las áreas naturales protegidas de uso indirecto, como el Santuario Histórico de Machupicchu donde aún encontrándose recursos naturales en su subsuelo, no podrían explotarse, en ningún caso. A igual razón, igual regla del derecho, esa misma lógica se debe aplicar en los casos en que se encuentren recursos naturales en el subsuelo de una

reserva territorial indígena, cuya intangibilidad se diluye en pos de aprovechar recursos naturales. Así, la desprotección de pueblos indígenas en aislamiento voluntario, y la mayor protección de biodiversidad y patrimonio cultural arqueológico, sólo revela la arbitrariedad de un legislador que solo respeta la integridad cultural y biológica de un pueblo indígena, en tanto y cuanto, no afecte el desarrollo de actividades económicas.

AREAS NATURALES PROTEGIDAS INTANGIBLES

Son categorías del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas:

- a. **Parques Nacionales:** áreas que constituyen muestras representativas de la diversidad natural del país y de sus grandes unidades ecológicas. **En ellos se protege con carácter intangible** la integridad ecológica de uno o más ecosistemas, las asociaciones de la flora y fauna silvestre y los procesos sucesionales y evolutivos, así como otras características, paisajísticas y culturales que resulten asociadas.
- b. **Santuarios Nacionales:** áreas donde se protege con **carácter intangible** el hábitat de una especie o una comunidad de la flora y fauna, así como las formaciones naturales de interés científico y paisajístico.
- c. **Santuarios Históricos:** áreas que protegen con **carácter de intangible** espacios que contienen valores naturales relevantes y constituyen el entorno de sitios de especial significación nacional, por contener muestras del patrimonio monumental y arqueológico o por ser lugares donde se desarrollaron hechos sobresalientes de la historia del país.

Fuente: Artículo 22º de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, Ley N° 26834

En ese sentido, el inciso c) del Artículo 5º de la Ley N° 28736, y el artículo 35º del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, modificado por el Decreto Supremo N° 001-2012-MC, al dejar sin efecto la principal medida de protección de derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario como es la intangibilidad de sus territorios resultan inconstitucionales. Y es que al desconocer la intangibilidad de una reserva territorial indígena, por el sólo hecho, de que existen recursos naturales en su subsuelo, al final anulan injustificadamente la mayor protección de estos mecanismos que salvaguardan la integridad biológica y cultural de pueblos indígenas en aislamiento voluntario como los que habitan en la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti, con lo cual además de afectar los derechos a la vida, la salud, integridad cultural, la dignidad, el derecho al territorio, a la propiedad, a la posesión ancestral, derecho a un ambiente sano y equilibrado y al bienestar de estas poblaciones indígenas, previstos en el numeral numerales 1, 16, 19, y 22 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú. En ese sentido, estas normas al ser inconstitucionales pueden ser inaplicadas en un proceso constitucional de amparo, y con ello permitir el respeto absoluto de la intangibilidad de las reservas territoriales indígenas.

6.3.8. NORMAS DEL SECTOR SALUD APLICABLES A PUEBLOS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO

En el ámbito de la adopción de medidas de prevención para la protección a favor de los pueblos en aislamiento voluntario debemos considerar las siguientes guías de salud aprobadas por el Ministerio de Salud en el año 2007: a) “Guía Técnica de relaciones para casos de interacción con indígenas en aislamiento o contacto reciente”, b) “Guía Técnica: “Atención de Salud a Indígenas en Contacto Reciente y en Contacto Inicial en Riesgo de Alta Mortalidad” y c) “Norma Técnica de Salud: Prevención, Contingencia ante el Contacto

y Mitigación de Riesgos para la Salud en escenarios con presencia de Indígenas en Aislamiento y en Contacto Reciente”³⁴⁵ que han consagrado el Principio de Prevención según el cual se evita como medida de protección el contacto con estos pueblos dado que no son posibles intervenciones directas de salud en los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, estando las acciones orientadas a la preparación logística y financiera para actuar cuando sea necesario, además de evitar y denunciar cualquier intento de contacto. Además estos dispositivos señalan de manera expresa que el principio de prevención se aplica a todas las reservas territoriales indígenas creadas/reconocidas así como las que se encuentran a nivel de propuestas y aún en trámite.

La obligación de prevenir daños por contacto a los pueblos indígenas en aislamiento se ha consagrado también en las citadas normas bajo el Principio de Alta Vulnerabilidad según el cual todo “contacto significa, para los Indígenas en Aislamiento voluntario, un riesgo muy alto de enfermar y morir debido a que no han desarrollado una respuesta inmunológica adecuada para gérmenes comunes, por lo que de suceder el contacto, este constituye una EMERGENCIA y debemos estar preparados para afrontarla y mitigar sus efectos negativos en la vida y la salud de estos pueblos indígenas. En ese sentido, el Estado a través del Ministerio de Salud ha reconocido que el principio de prevención es fundamental como medida de protección para la salud y vida de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario independientemente del establecimiento formal de una reserva territorial indígena.

6.3.9. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO A FAVOR DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO

Este es el principio más difundido en la legislación ambiental nacional, y tiene por objetivo evitar que la falta de certeza absoluta sobre la ocurrencia de un grave e irreversible daño al ambiente o a la salud impida que se adopten las medidas eficaces y eficientes para proteger dichos bienes jurídicos. Ante la duda o falta de certeza de que se pueda producir un daño a la salud, vida o ambiente, se debe optar por adoptar medidas preventivas a fin de evitar definitivamente que ocurra el potencial daño a la salud, vida o ambiente. En el caso de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario de la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, se debe preferir adoptar medidas para su protección atendiendo a las Resoluciones Ministeriales N° 797-2007/MINSA, Resolución Ministerial N° 798-2007/MINSA y Resolución Ministerial N° 799-2007/MINSA que protegen a pueblos indígenas en aislamiento voluntario. Es justamente en esos casos de peligro de poblaciones indígenas en que el principio de precaución puede justificar una acción para prevenir el daño a la salud y a la vida. En nuestro caso, tal y como lo expresa el Ministerio de Salud, la medida más adecuada es no contactar a estas personas y en consecuencia evitar cualquier riesgo de contacto producida por las actividades de hidrocarburos. Todo lo cual trae como consecuencia la exclusión del lote de hidrocarburos o como mínimo la suspensión de estas actividades en los territorios indígenas habitados por estos pueblos.

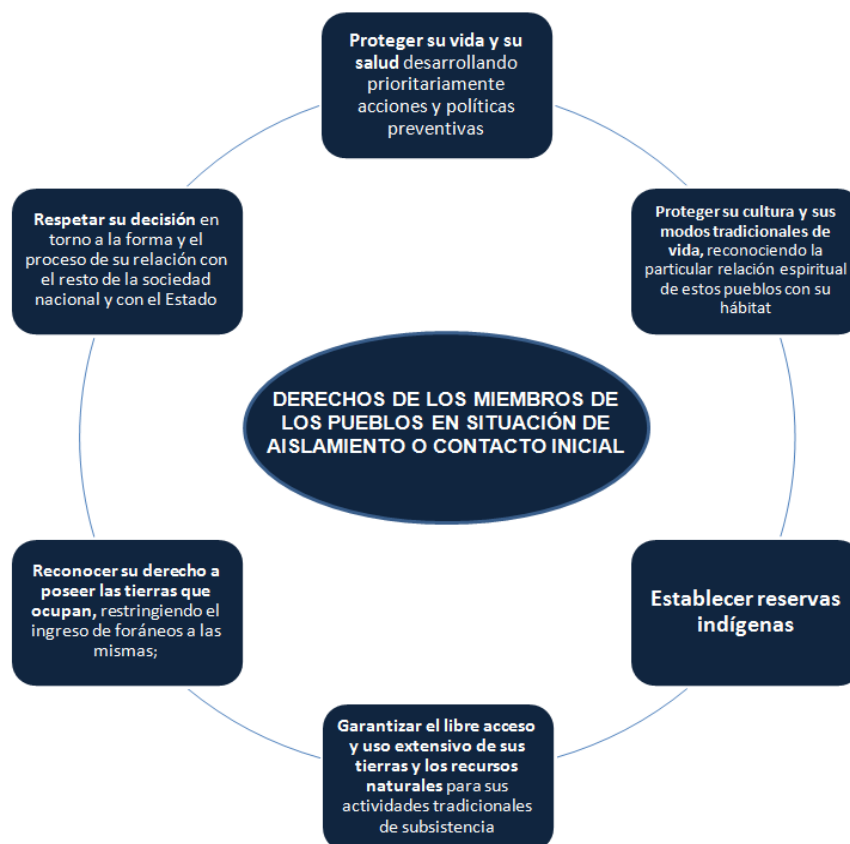
Siendo el fin supremo del Estado la defensa de la dignidad de la persona resulta necesario adoptar una medidas de prevención a favor de las personas, especialmente los

³⁴⁵ **RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 797-2007/MINSA**, QUE APRUEBA LA GUÍA TÉCNICA: “RELACIONAMIENTO PARA CASOS DE INTERACCIÓN CON INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO O CONTACTO INICIAL”.

RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 798-2007/MINSA, QUE APRUEBA LA GUÍA TÉCNICA: “ATENCIÓN DE SALUD A INDÍGENAS EN CONTACTO RECIENTE Y EN CONTACTO INICIAL EN RIESGO DE ALTA MORTALIDAD”.

RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 799-2007/MINSA, QUE APRUEBA LA NORMA TÉCNICA DE SALUD N° 059-MINSA/INS-CENSI – V.01 “NORMA TÉCNICA DE SALUD: PREVENCIÓN, CONTINGENCIA ANTE EL CONTACTO Y MITIGACIÓN DE RIESGOS PARA LA SALUD EN ESCENARIOS CON PRESENCIA DE INDÍGENAS EN AISLAMIENTO Y EN CONTACTO RECIENTE”.

pueblos indígenas en aislamiento voluntario, ya que las indemnizaciones a la vida o salud de las personas, suelen ser inútiles e inocuas, frente a daños irreversibles. El cumplimiento del deber de prevenir daños a las personas, consiste en actuar como Estado con la debida diligencia, evitando realizar actividades riesgosas en zonas donde existen poblaciones vulnerables como pueblos indígenas en aislamiento voluntario. La política de prevención de contactos con estas personas es la mejor forma de resguardar su vida y salud,³⁴⁶ lo que implica la exclusión de estos territorios indígenas de las zonas de las actividades de hidrocarburos.



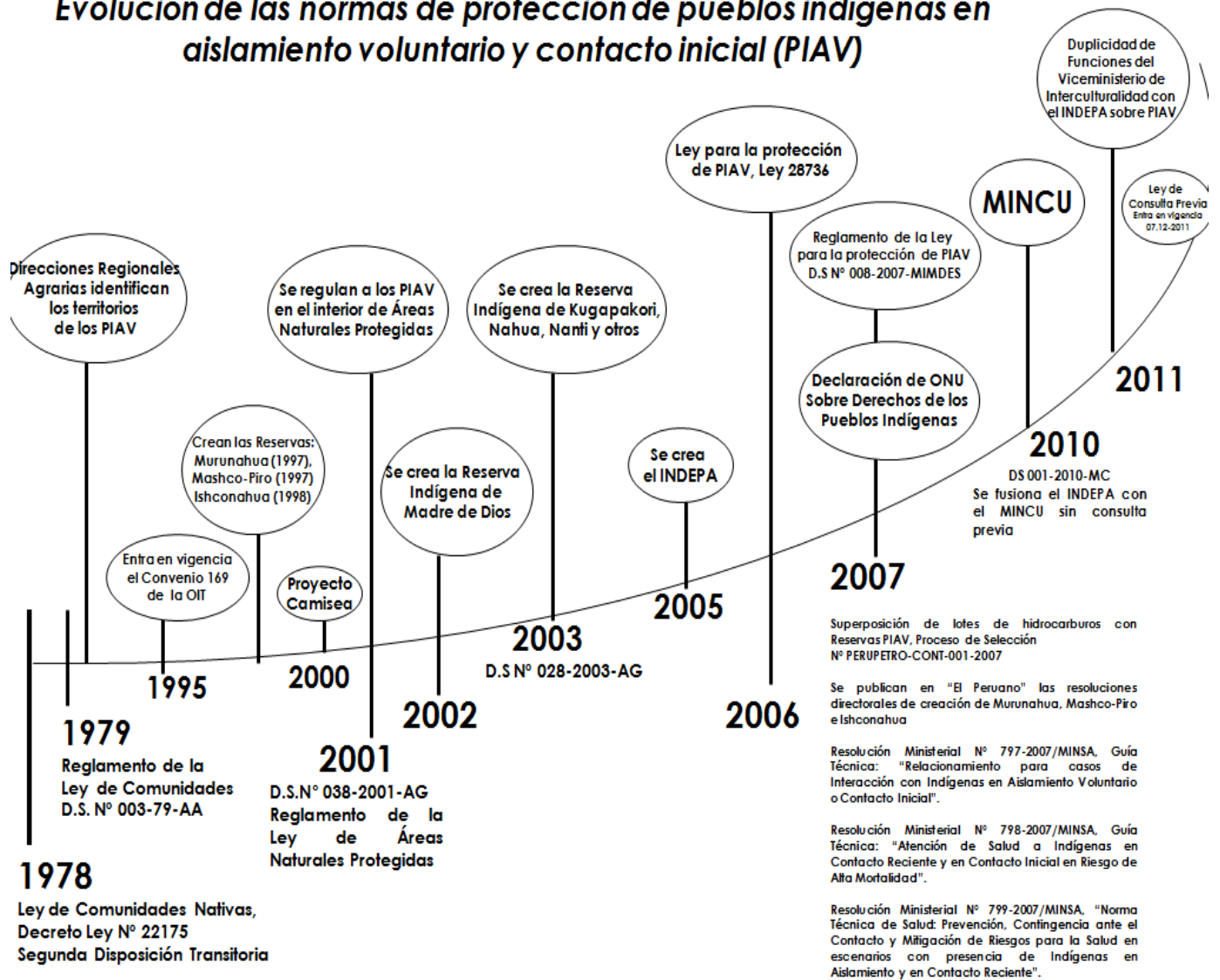
Fuente: Artículo 4º de la Ley N° 28736

En la STC N° 048-04-PI-TC, fundamento 18, ha señalado que: “el principio de prevención supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia.” Así, a través de este principio se puede proteger la conservación del ambiente para efectos de asegurar el bienestar, salud y vida de las personas, y en nuestro caso para salvaguardar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial. Recordemos que el Tribunal Constitucional, STC N° 0018-2001-AI/TC, ha consagrado el papel de prevención del Estado y teniendo así la obligación de realizar tareas de prevención a favor de la conservación del ambiente, y la salud y vida de las personas, en nuestro caso los pueblos en aislamiento voluntario. En ese sentido, consideramos que la exclusión de los territorios de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario que habitan la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, es una forma se salvaguarda de manera efectiva los derechos fundamentales a la vida, a la salud, bienestar, integridad cultural y derecho al territorio acorde con la normatividad

³⁴⁶ Cfr, Dupuy, Pierre – Marie. En: Foy, Pierre y otros. Derecho Internacional Ambiental. PUCP Fondo Editorial. Lima- Perú. 2003. p.199.

internacional y nacional vigente para estas poblaciones indígenas vulnerables y minoritarias.

Evolución de las normas de protección de pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial (PIAV)



6.4. ANALISIS DEL CUMPLIMIENTO DE LA LEY PARA LA PROTECCIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS EN SITUACIÓN DE AISLAMIENTO Y EN SITUACIÓN DE CONTACTO INICIAL, LEY N° 28736, Y SU REGLAMENTO, DECRETO SUPREMO N° 008-2007-MIMDES

La Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, Ley N° 28736, establece en su artículo 1º el régimen especial transectorial de protección de los derechos de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Peruana que se encuentren en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, garantizando en particular sus derechos a la vida y a la salud salvaguardando su existencia e integridad. Ello trae como consecuencia la intangibilidad de los espacios que habitan con la finalidad no sólo de resguardar su derecho a la autodeterminación sino especialmente su derecho a la vida y a la salud.

El artículo 3º de la Ley N° 28736, establece que el reconocimiento de Reservas Territoriales Indígenas se realiza mediante Decreto Supremo del sector, al que está adscrito/fusionado el INDEPA, hoy el Ministerio de Cultura (MINCU), o quien asuma las funciones de este Órgano Público, que sería actualmente, el Viceministerio de Interculturalidad del MINCU. Así, una primera etapa de protección de estas poblaciones vulnerables es su reconocimiento mediante Decreto Supremo del Ministerio de Cultura (MINCU) refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros, y sustentado en un estudio previo ambiental, jurídico y antropológico que recoja las opiniones de los sectores involucrados (Salud, Mujer y Desarrollo Social, Agricultura, Energía y Minas, Defensa, Interior y, de ser el caso, Relaciones Exteriores). Una segunda etapa, es la categorización de la reserva indígena, y una tercera etapa es su revisión para evaluar su continuidad.

DERECHOS DE LOS PUEBLOS EN SITUACIÓN DE AISLAMIENTO O EN SITUACIÓN DE CONTACTO INICIAL	
Los derechos aplicables a los pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, son los contenidos en la Ley N° 28736 y en la legislación nacional y supranacional sobre la materia.	
TÉRMINOS UTILIZADOS	
Estudio Previo de Reconocimiento:	Estudios de trabajo de campo previos a la categorización de un pueblo en aislamiento y contacto inicial.
Estudio Adicional de Categorización de Reserva:	Estudios de trabajo de campo para la creación de una reserva indígena.
Política Nacional de Pueblos Indígenas en Situación de Aislamiento y Pueblos en Contacto Inicial:	Lineamientos del Estado para la atención y protección de los derechos de los pueblos en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, que se encuentran contenidos en el Plan Nacional de Pueblos Indígenas en Situación de Aislamiento o Contacto Inicial.
Protocolo de actuación:	Documento aprobado por el MIMDES en coordinación con los Sectores Salud, Agricultura e Interior, que contiene reglas, procedimientos e información que sirven como una guía de tratamiento de situaciones específicas relevantes que deben ser acatadas por agentes externos a la reserva indígena en caso de avistamiento o contacto con pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial.
Pueblo Indígena en Situación de Aislamiento:	Pueblo indígena, o parte de él, que no desarrolla relaciones sociales sostenidas con los demás integrantes de la sociedad nacional o que, habiéndolo hecho, ha optado por discontinuarlas.
Pueblo Indígena en Situación de Contacto Inicial:	Pueblo indígena, o parte de él, que en base a su decisión se encuentra dentro de un proceso de interrelación con los demás integrantes de la sociedad nacional.
Régimen Especial Transectorial.-	Es un conjunto de políticas públicas articuladas por el MIMDES a través de la DGPOA, en coordinación con los Sectores Salud, Agricultura e Interior, con el propósito de que el Estado garantice la protección y sobrevivencia de los pueblos en situación de aislamiento o contacto inicial.
Reservas Indígenas:	Tierras delimitadas por el Estado, a través de un Decreto Supremo, en favor de los pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, para proteger sus derechos, su hábitat y las condiciones que aseguren su existencia e integridad como pueblos. Las reservas indígenas gozan de intangibilidad transitoria en tanto continúe la situación de aislamiento y contacto inicial.

Fuente: Artículos 2 y 3 del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES

Los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, han sido consagrados en el artículo 4º de la Ley N° 28736, empezando por su derecho a la

vida y la salud, el derecho a la autodeterminación, el derecho a la identidad étnica y cultural, el derecho a la propiedad comunal, el derecho a libre acceso a los recursos naturales, y el derecho que se establezcan reservas territoriales indígenas para protegerlos. Advertimos que cuando estas poblaciones indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial vean afectados sus derechos fundamentales puede cualquier persona interponer una acción de amparo para salvaguardar sus derechos constitucionales al amparo de lo dispuesto por el artículo 40° del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, el cual indica: *“puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos.”*

**INSTITUCIONES COMPETENTES PARA CAUTELAR
LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO**

Corresponde al **MINCU- Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano (INDEPA)**, en coordinación con los sectores Salud, Agricultura e Interior, conducir, implementar y supervisar el régimen especial instituido por la presente Ley, el mismo que es parte de la política nacional sobre pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, la cual debe ser aprobada por decreto supremo.

Fuente: Artículo 7° de la Ley N° 28736

Los continuos cambios de estatus del INDEPA han evitado que pueda existir continuidad en medidas de protección a favor de pueblos indígenas en aislamiento voluntario, y es que ha sido traumático para el INDEPA transitar de organismo público a dirección general en su paso por el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES), y aunque vuelve a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), es posteriormente nuevamente su derivado a un sector, esta vez sería, el Ministerio de Cultura (MINCU), donde llega como órgano público, y termina siendo devorado por el mencionado ministerio (fusión por absorción), que como el dios griego *Chronos* pensando en ser destronado en sus funciones, decide liquidar su subjetividad jurídica y devorarlo sin mayor empacho. Lo que ocurrió luego fue irónico, pues el propio MINCU tuvo que verse obligado a reconocerle su fantasmal existencia para poder seguir captando los fondos de cooperación internacional dirigidos al INDEPA, otorgándole el carácter de unidad ejecutora, que en el plano operativo duplicaba las funciones del Viceministerio de Interculturalidad, lo que en la práctica tuvo nefastas consecuencias, al punto que fue una de las causas de la destitución de una jefa de INDEPA, y un Viceministro, en octubre del 2011, al disputarse ambos competencias sobre la implementación del derecho a la consulta previa, con lo cual quedaba claro la duplicidad de funciones. Ante ello la posición de las organizaciones indígenas ha sido clara que se restituya el estatus y funciones del INDEPA conforme consta en la Carta de la Confederación Nacional Agraria del 28.09.2011, con número de expediente N° 033951.

**CUADRO COMPARATIVO DE LAS FUNCIONES DEL ORGANO PÚBLICO TÉCNICO
ESPECIALIZADO EN MATERIA DE PUEBLOS INDÍGENAS**

INDEPA	ORGANISMO TÉCNICO ESPECIALIZADO	VICEMINISTERIO DE INTERCULTURALIDAD
<p>a) Formular y aprobar la política, programas y proyectos de alcance nacional para el desarrollo integral de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano.</p> <p>b) Planificar, programar y coordinar con los Gobiernos Regionales y Locales las actividades de desarrollo integral de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano.</p> <p>c) Coordinar con los Gobiernos Regionales la ejecución de los programas y proyectos de alcance regional, para el desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano, en concordancia con el artículo 45 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.</p> <p>d) Concertar, articular y coordinar las acciones de apoyo, fomento, consulta popular, capacitación, asistencia técnica, y otros, de las entidades públicas y privadas, a favor de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano.</p> <p>e) Coordinar con los Gobiernos Regionales las acciones pertinentes para la protección a la diversidad biológica peruana y los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, a la que se refiere la Ley N° 28216, Ley de Protección al Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas.</p> <p>f) Promover y asesorar a los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano en las materias de su competencia.</p> <p>g) Elaborar y mantener actualizada la estadística de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano, basándose en los Registros Públicos, y de aquellos que se encuentran en proceso de reconocimiento.</p> <p>h) Estudiar los usos y costumbres de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano como fuente de derecho buscando su reconocimiento formal.</p>	<p>a) Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta.</p> <p>b) Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades estatales y los pueblos indígenas u originarios, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular.</p> <p>c) Mantener un registro de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios e identificar a las que deben ser consultadas respecto a una medida administrativa o legislativa.</p> <p>d) Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades facultadas para solicitar la consulta, sobre la calificación de la medida legislativa o administrativa proyectada por las entidades responsables, sobre el ámbito de la consulta y la determinación de los pueblos indígenas u originarios, a ser consultados.</p> <p>e) Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y a los pueblos indígenas u originarios que son consultados en la definición del ámbito y características de la consulta.</p> <p>f) Elaborar, consolidar y actualizar la base de datos relativos a los pueblos indígenas u originarios y sus instituciones y organizaciones representativas.</p> <p>g) Registrar los resultados de las consultas realizadas.</p> <p>h) Mantener y actualizar el registro de facilitadores e intérpretes idóneos de las lenguas indígenas u originarias.</p> <p>Art. 19° de la Ley de Consulta Previa, Ley N° 29785</p>	<p>Es la autoridad inmediata al Ministerio de Cultura en asuntos de interculturalidad, e inclusión de las poblaciones originarias, que comprende además las áreas de pluralidad étnica y cultural de la Nación. Ejerce las siguientes funciones:</p> <p>a) Promover y garantizar el sentido de la igualdad social y el respeto a los derechos de los pueblos del país de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; promoviendo su participación y representación, en coordinación con los sectores correspondientes.</p> <p>b) Formular políticas de inclusión de las diversas expresiones culturales de nuestros pueblos y generar mecanismos para difundir una práctica intercultural en el conjunto de la sociedad peruana, sustentada en una cultura de paz y solidaridad. Se recogen todos los conocimientos ancestrales en ciencia y tecnología.</p> <p>c) Promover mecanismos para evitar cualquier tipo de exclusión o discriminación de los diferentes pueblos del país, asegurando la construcción de una identidad nacional.</p> <p>d) Coordinar, orientar y supervisar las actividades que cumplen los órganos del Ministerio de Cultura, los organismos públicos y demás entidades correspondientes al sector, para promover la construcción de políticas que permitan conocernos mejor y que reconozcamos las diversas culturas que existen en nuestro país y que su respeto y valoración permitan construir una ciudadanía intercultural.</p> <p>e) Formular, ejecutar y supervisar políticas y normas que promuevan prácticas de valoración de la diversidad cultural de la nación.</p> <p>f) Contribuir en el proceso de formulación, diseño y actualización permanente del marco estratégico y las políticas nacionales en materia de cultura, incorporando los asuntos de interculturalidad e inclusión de las poblaciones originarias.</p> <p>g) Formular, dirigir, coordinar, implementar, supervisar y evaluar las políticas nacionales para la promoción, respeto y protección de los conocimientos tradicionales, y su relación con la biodiversidad de los pueblos</p>

<p>i) Canalizar los recursos financieros destinados para el INDEPA, con la finalidad de desarrollar los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano.</p> <p>j) Coordinar con el Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural (PTT), a efecto de culminar con el proceso de saneamiento físico legal territorial de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano.</p> <p>Art. 4º de la Ley de creación del INDEPA, Ley Nº 28495</p>		<p>indígenas y afroperuanos.</p> <p>h) Rescatar, poner en valor y difundir los conocimientos tradicionales en todas sus manifestaciones, así como la lengua y la cosmovisión de los pueblos, y los conocimientos ancestrales en ciencia y tecnología.</p> <p>Art. 12º del ROF del MINCU, DS Nº 001-2011-MC</p>
---	--	---

Ahora, una de las primeras discusiones que se abren a continuación es si es que mediante un Decreto Supremo se puede haber cambiado el estatus del INDEPA, en la medida, que la norma que lo creo era una Ley. La respuesta formal, nos la brinda, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, en su artículo 34º, que señala que “en el marco de los procesos de modernización y de descentralización del Estado, la Presidencia del Consejo de Ministros evalúa a los Organismos Públicos Ejecutores a fin de determinar la necesidad de su continuidad. El procedimiento de evaluación se establece por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.” En ese sentido, la transformación del INDEPA, de naturaleza técnica a ejecutora, no fue casual, sino fue mirando un futuro inmediato de como desaparecerlo, y fortalecer el Viceministerio de Interculturalidad. ¿Ahora el INDEPA como órgano público ejecutor adscrito a un determinado sector, era posible que el mismo fuera absorbido por el ente que lo tenía a su cargo (MINCU) como ocurrió con el Decreto Supremo Nº 001-2010-MC? Sostenemos que si era posible, en términos puramente formales, pues contaba para ello con el refrendo de la Presidencia del Consejo de Ministros, que es finalmente, quien determina la necesidad de los órganos públicos ejecutores.

Sin embargo, se olvida acaso, el estatus de ente rector del INDEPA, que implica conforme el artículo 44º de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que señalan que “un Ente Rector se constituye en autoridad técnico-normativa a nivel nacional del Sistema Nacional, en este caso de pueblos indígenas; dicta las normas y establece los procedimientos relacionados con su ámbito; coordina su operación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento, sus leyes especiales y disposiciones complementarias.” Si pues al transformarlo en ente ejecutor, se sepulta en gran parte esta labor rectora, que ahora se le encomienda al Viceministerio de Interculturalidad del MINCU.

Y parece que todos los caminos, nos llevan de vuelta a la Consulta Previa, puesto que las modificaciones al INDEPA, entendido como lo establece el artículo 2º de la Ley Nº 28495, esto es como “*organismo rector de las políticas nacionales encargado de proponer y supervisar el cumplimiento de las políticas nacionales, así como de coordinar con los Gobiernos Regionales la ejecución de los proyectos y programas dirigidos a la promoción, defensa, investigación y afirmación de los derechos y desarrollo con identidad de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano.*” Ergo, entonces resulta, evidente que cualquier modificación al INDEPA, su adscripción, su reorganización e incluso su propia existencia, al afectar intereses directos de los pueblos indígenas debió ser ineludiblemente objeto de consulta previa. En consecuencia, una revisión de las normas emitidas por el Poder Ejecutivo que modifican y extinguen al INDEPA, debería llevarnos a

dejarlos sin efecto, esto es anularlos por inconsultos, y restaurar la vigencia de la Ley de creación del INDEPA, reponiendo, por tanto, en sus funciones al citado órgano público.

El camino para devolverle el estatus de ente rector al INDEPA, puede ser sencillo, si el Poder Ejecutivo de oficio, le devuelve el estatus que le corresponde a este organismo público, mediante la expedición de normas correspondientes, o muy tortuoso, si se demanda, vía una acción de cumplimiento, la aplicación de la Ley que crea el INDEPA, y el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, que se refiere a la Consulta Previa. En la práctica, todos los decretos supremos que modifican el INDEPA, emitidos sin respetar el derecho a la consulta previa son nulos, y la Ley de creación del INDEPA, nunca dejó de estar vigente, no solo porque nunca hubo una derogación expresa, sino porque las normas que pretendían efectuar una derogación tácita era nulas de pleno derecho por inconstitucionales, al no haber efectuado la consulta previa correspondiente.

Ahora esta duplicidad de funciones que ha quedado patente en documentos oficiales como el Informe N° 053-2011-INDEPA/J-OAJ del Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura, que en su punto c) señala que *“sobre las funciones compartidas del Ministerio de Cultura, con sus respectivos órganos competentes.- De la comparación que se ha efectuado del Reglamento de Organización y Funciones – ROF del Ministerio de Cultura, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2011-MC, con el Manual Operativo del INDEPA, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 006-2011-MC, no se observan funciones compartidas, sino más bien duplicidad de funciones, entre las dos Direcciones Generales del Viceministerio de Interculturalidad con las del INDEPA.”* A consecuencia de ello, y de la inconstitucionalidad de la norma que ha generado la duplicidad de funciones (Decreto Supremo N° 001-2010-MC), las autoridades públicas involucradas deberían abstenerse a emitir cualquier pronunciamiento sobre la protección de estas poblaciones indígenas que pueda perjudicarlos, hasta que se resuelva previamente quien es la autoridad competente para hacerlo, y en tanto, ello se determine, corresponde como medida de protección idónea hacer respetar la intangibilidad de la Reservas Territoriales Indígenas como la de Kugapakori, Nahua, Nanti y otros (RTKNN).

Para realizar el presente informe se solicitó información sobre el cumplimiento del informe anual sobre pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial ante el Congreso, tanto al Viceministerio de Interculturalidad, el INDEPA, como el propio Congreso de la República, sin tener respuesta a dichos requerimientos de información, por lo que se puede inferir dicho informe no se ha estado elaborando durante la vigencia de la norma hasta la fecha (2006-2011), obligación que va más allá de una presentación sino implica un informe sustentado de los objetivos y logros alcanzados relacionados a esta población vulnerable.

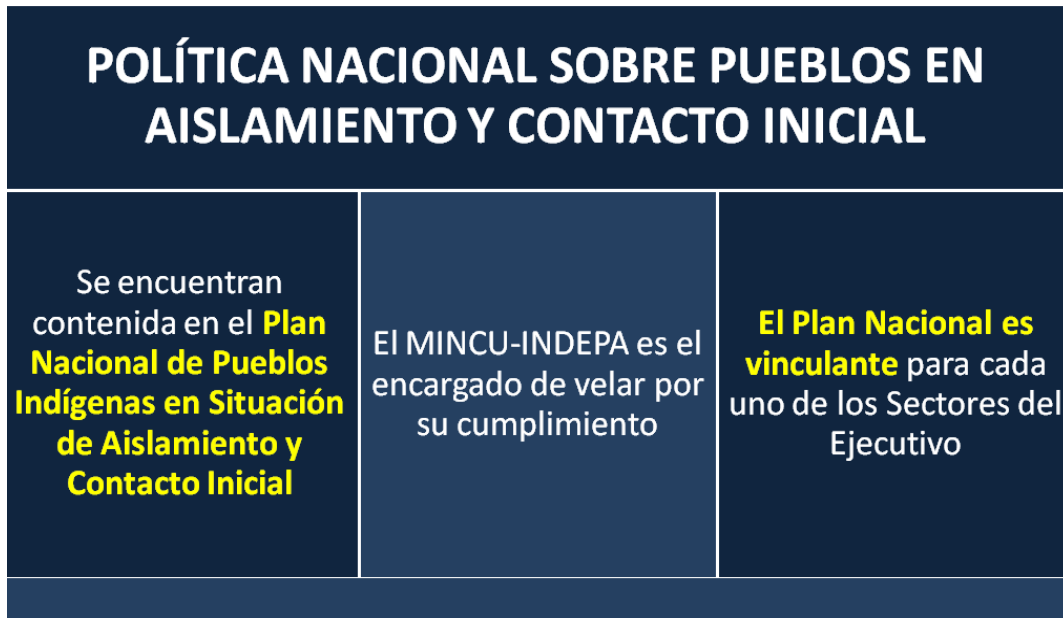
SITUACIÓN DE LAS RESERVAS INDÍGENAS

Dentro de un plazo de sesenta (60) días calendario posteriores a la promulgación de la presente Ley, la Presidencia del Consejo de Ministros adecuará, mediante decreto supremo y aplicando los mecanismos detallados en el artículo 3, las reservas indígenas existentes considerando la situación actual de las mismas.

Fuente: Segunda Disposición Final de la Ley N° 28736

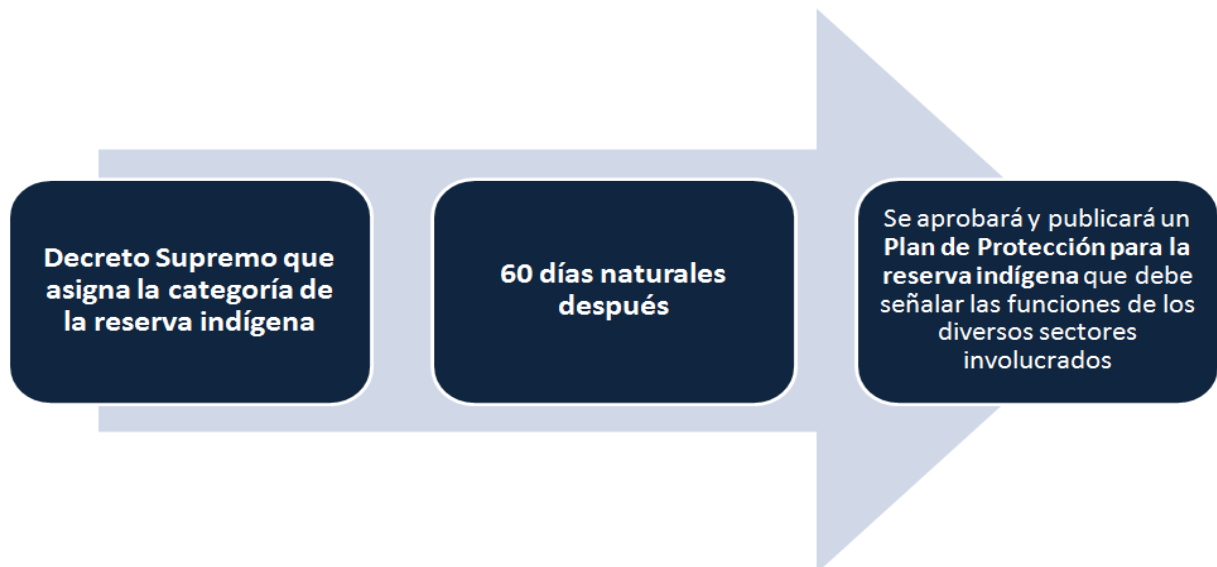
Lamentablemente, ni la Presidencia del Consejo de Ministros ni el Ministerio de Cultura han realizado esfuerzos para dar cumplimiento a la adecuación de las reservas indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial. A este estado de cosas, se suma la ausencia

de una Política nacional sobre pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial pese a existir un mandato legal al respecto.



Fuente: Artículo 6º del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES

PLAN DE PROTECCIÓN DE RESERVAS TERRITORIALES INDÍGENAS



Fuente: Artículo 43º del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES

El Régimen Especial Transectorial para la Protección de Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial, con un INDEPA, debilitado, desaparecido, y en el limbo que implica estar entre el recuerdo de lo que fue y lo que es (unidad ejecutora), donde apenas se siente su voz, será el Viceministerio de Interculturalidad el llamado a asumir el liderazgo, en dicho régimen, lo que lamentablemente hasta la fecha no ha hecho, permitiendo que las poblaciones indígenas más vulnerables estén expuestas a los riesgos que ocasiona la ausencia de medidas de protección coordinadas interinstitucionalmente.

Advirtamos que cuando se apercibió al Ministerio de Salud sobre en qué forma está dando cumplimiento al artículo 7º de la Ley 28736, el Centro Nacional de Salud Intercultural mediante Oficio N° 777-2011-GF-CENSI/INS del 05 de diciembre del 2011, respondió que era *“a través del Centro Nacional de Salud Intercultural elaboró la Norma y Guía Técnica en Salud Indígenas en aislamiento y contacto inicial, la que se constituye en un documento vinculante en todo el país y de aplicación por las Direcciones Generales de Salud responsables de toda la población en una jurisdicción determinada.”* En ese sentido, agrega: *“a fin de promover el uso de la Norma Técnica antes dicha y su Guía el CENSI desarrolla en el marco de sus actividades regulares capacitaciones al personal de salud cercanos a las zonas en las que existen avistamientos de pobladores en aislamiento voluntario así como en aquellos que atienden pobladores en contacto inicial.”* Y remata: *“Otra actividad desarrollada por el CENSI en el marco de las acciones preventivas ha sido desarrollar un plan integral de protección de los integrantes de la comunidad Nahua Kugapacori que constituyen un pueblo en contacto inicial.”* Y aquí, notamos un grave problema: se confunde los pueblos indígenas en aislamiento voluntario con los de contacto inicial, y por eso ello, no fuera poco, se ha corroborado el personal capacitado en el sector salud sobre normas para pueblos indígenas en aislamiento voluntario es sumamente escaso.

DIFUSIÓN DE NORMAS DEL SECTOR SALUD SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y CONTACTO INICIAL		
Mes/Año	LUGAR	PERSONAL DE SALUD CAPACITADO
Julio/2008	Cusco	11
Setiembre/2009	Madre de Dios	22
Junio/2010	Madre de Dios	22
Setiembre/2011	Madre de Dios	40

Fuente: Basado en el Oficio N° 777-2011-GF-CENSI/INS del Centro Nacional de Salud Intercultural. Elaboración propia

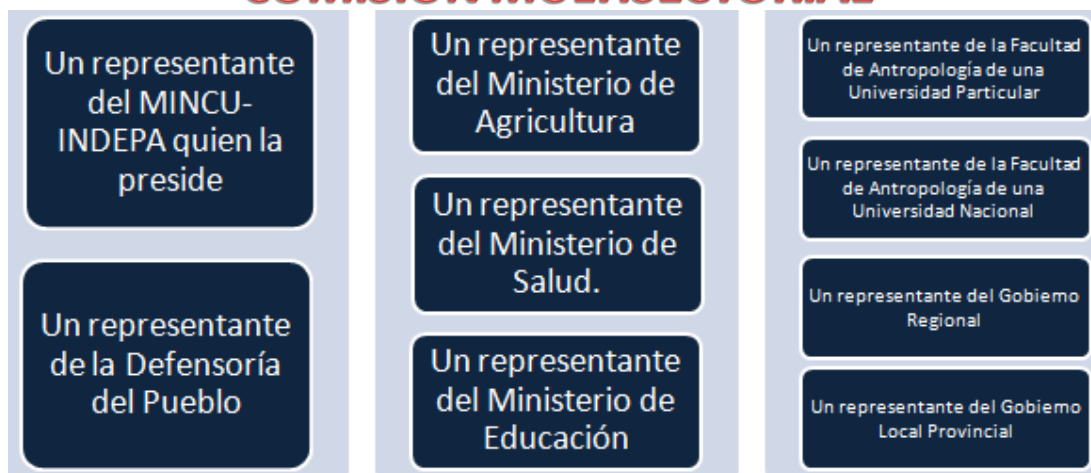
RÉGIMEN ESPECIAL TRANSECTORIAL
<p>El INDEPA- Viceministerio de Interculturalidad (MINCU), articula el Régimen Especial Transectorial en coordinación con todos los Sectores del Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales y Locales, correspondientes. Como parte del Régimen Especial Transectorial, se establecen los mecanismos siguiente:</p> <p>a) Coordinar e intercambiar información, según sea el caso, con las entidades del Sector Público, cautelando que éstas, en el ejercicio de sus funciones, no afecten o pongan en riesgo a los pueblos en situación de aislamiento voluntario y en situación de contacto inicial.</p> <p>b) Intercambiar información para prevenir que algún organismo del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Gobierno Regional o Gobierno Local, al planificar un proyecto de infraestructura vial o de comunicaciones afecte una reserva indígena.</p> <p>c) Coordinar con el Ministerio del Interior, Ministerio de Defensa, Ministerio de Salud, Sernanp, y los Gobiernos Regionales y Locales, correspondientes, el control, vigilancia y monitoreo, a fin de evitar el ingreso no autorizado de personas ajenas a las reservas indígenas.</p>

- d) Coordinar con el Ministerio de Salud, a través de sus Direcciones Regionales de Salud y del **Centro Nacional de Salud Intercultural** para la atención de servicios de salud adecuados a los pobladores de las reservas indígenas.
- e) Coordinar con el **Ministerio de Educación** para la elaboración, ejecución y seguimiento de planes de educación intercultural.
- f) Coordinar con el **Ministerio de Relaciones Exteriores** para el cumplimiento de acuerdos bilaterales con los países limítrofes, que garanticen la protección de los pueblos en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial.
- g) Canalizar recursos provenientes del pago de compensaciones económicas u otros ingresos análogos, exclusivamente para la protección y beneficio de los pueblos en aislamiento y contacto inicial, ubicados en reservas indígenas.
- h) Coordinar con el **Ministerio de Energía y Minas** el establecimiento de los lineamientos para la elaboración del Plan de Contingencia previsto en el Decreto Supremo N° 015-2006-MEM.

Fuente: Artículo 8° del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES

La Comisión Multisectorial para la protección de pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial no se encuentra en funcionamiento conforme lo dispuesto por el artículo 11° del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, y sostenemos que ello se debe además de la falta de voluntad política a la ausencia de una autoridad rectora en materia de pueblos indígenas, rol que nunca pudo asumir realmente el INDEPA, y estatus que el Viceministerio de Interculturalidad aún no asume, al tener escasamente cerca de dos años de existencia. En ese escenario el llamado natural a persuadir que el Ministerio de Cultura asuma el liderazgo de este espacio era la Defensoría del Pueblo, que tampoco ha prestado interés suficiente en el tema, después de la Resolución Defensorial N° 032-2005-DP³⁴⁷, que aprueba el Informe Defensorial N° 101 “Pueblos Indígenas en situación de Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial”, pese a tener un Programa de Pueblos Indígenas.

COMISIÓN MULTISECTORIAL



Fuente: Artículo 11° del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES

La falta de funcionamiento efectivo de la comisión multisectorial resulta ser uno de los mayores obstáculos para poder culminar el trámite de las propuestas de reservas territoriales indígenas, e impide la adecuación y categorización de las ya creadas, empero, ello no es inconveniente para que el Viceministerio de Interculturalidad y el

³⁴⁷ Resolución Defensorial N° 032-2005-DP, de fecha 15 de noviembre del 2005, publicada en el diario oficial “El Peruano” en fecha 17 de noviembre del 2005.

INDEPA, promuevan estudios antropológicos y adopten medidas de protección a favor de estas poblaciones vulnerables, tanto las que habitan en reservas creadas como las que está en trámite su reconocimiento. Las críticas insistentes al respecto han empezado al parecer a ser escuchadas, si se tiene en cuenta el Oficio N° 616-2011-INDEPA-J del INDEPA, como Unidad Ejecutora N° 004 del MINCU, en que se indica:

“Al respecto, nuestra institución ha iniciado las siguientes acciones tendientes a reforzar la protección de estos pueblos:

- *Acreditación de los nuevos representantes de las entidades que conforman la Comisión Multisectorial de la Ley No 28736, en atención a los oficios remitidos previamente por la unidad ejecutora para dicho fin.*
- *Elaboración de un Plan de Trabajo conjunto con las organizaciones indígenas de Madre de Dios, SERNANP, Gobierno Regional de Madre de Dios y otros actores relevantes para la protección de los PIAV.*
- *Acciones de supervisión y monitoreo en el ámbito de la RT Kugapakori, Nahua, Nanti y otros.*

Asimismo para el periodo 2012, se ha proyectado como parte de las actividades del Plan Operativo Institucional (POI), las siguientes tareas:

- *Convocatoria a la Comisión Multisectorial para adecuar las Reservas Territoriales a Reservas Indígenas, así como para el reconocimiento y categorización de las propuestas de creación de Reservas Indígenas, para lo cual se realizarán los estudios respectivos”*
- *Alianzas estratégicas con instituciones del Estado (SERNANP), para acciones de protección conjunta de los pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial*
- *Estrategias de protección: supervisiones y monitoreos de las Reservas Territoriales reconocidas.*
- *Estrategias de capacitación y sensibilización para el cumplimiento de los compromisos internacionales del Perú para la protección de los PIAV.*
- *Elaboración de instrumentos de gestión de las Reservas Territoriales: formulación de los planes de protección de las Reservas Territoriales creadas y actualización del Plan de Protección de la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti, lineamientos para la formulación del Protocolo de Actuación de las reservas.*
- *Implementación de los puestos de las reservas creadas.”*

El papel lo aguanta todo, especialmente buenos deseos y formalidades, por eso habrá que estar atentos a efectos de que se dé cumplimiento a lo manifestado por INDEPA, no sería la primera vez, que todo se queda en proceso, o en la parte inicial, por eso las organizaciones indígenas deben persistir en que se lleven adelante estas acciones y se de cumplimiento a la normatividad que protege a las poblaciones indígenas más vulnerables.

PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO DE PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y CONTACTO INICIAL

Se inicia a solicitud, de parte o de oficio, en el INDEPA - Viceministerio de Interculturalidad, y pueden solicitarla organizaciones indígenas, gobiernos regionales, gobiernos locales o entidades académicas.



EVALUACIÓN DE EXPEDIENTE TÉCNICO

La calificación deberá ser comunicada al solicitante en un plazo no mayor de quince (15) días útiles de presentada la solicitud.



CON LA CALIFICACIÓN FAVORABLE, EL INDEPA REMITIRÁ EL EXPEDIENTE A LA COMISIÓN MULTISECTORIAL

En un plazo no mayor de seis (6) meses, a partir de la calificación favorable, la Comisión Multisectorial debe presentar documentalmente el Estudio Previo de Reconocimiento del MINCU-INDEPA

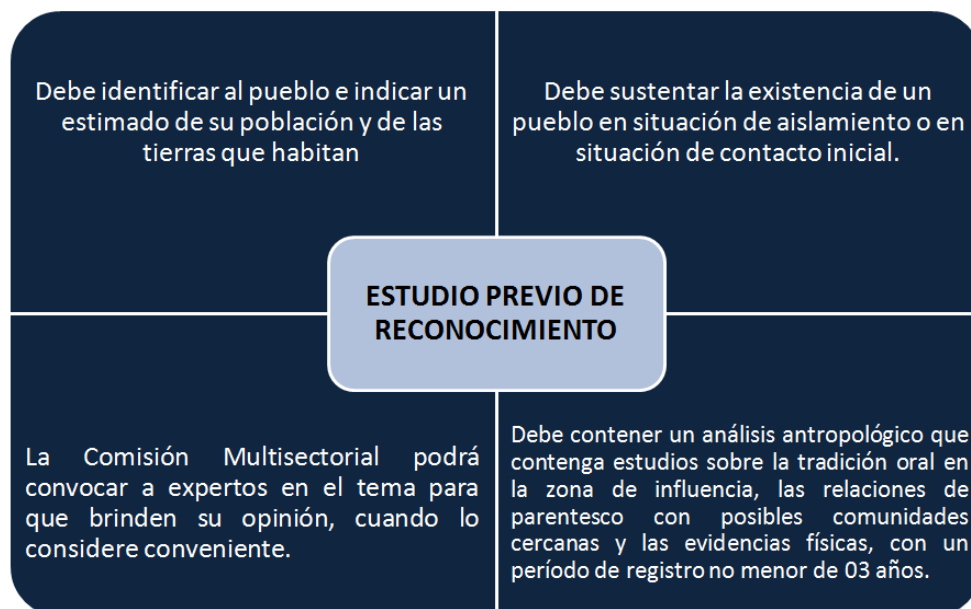


En caso el Estudio Previo de Reconocimiento confirmara la existencia de pueblos en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, se dispondrá su reconocimiento mediante Decreto Supremo refrendado por el MINCU.

Publicado el Decreto Supremo, el Presidente de la Comisión Multisectorial convocará a sesión dentro del plazo de 15 días hábiles. En esta sesión, el MINCU-INDEPA propondrá el Equipo Técnico de Trabajo encargado de recabar la información del **Estudio Adicional de Categorización** de la Reserva Indígena

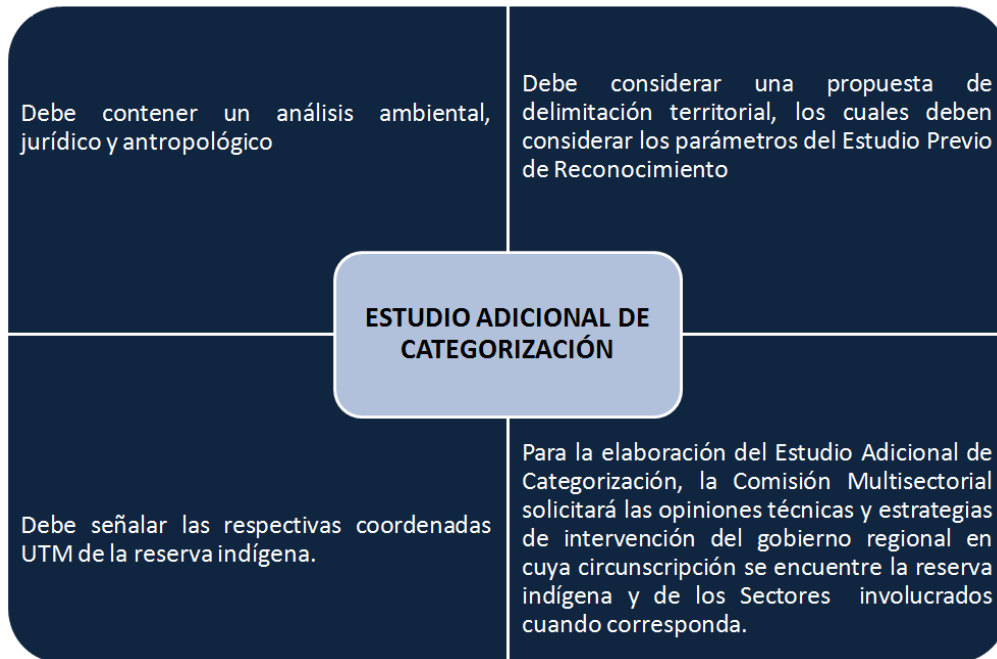
Fuente: Artículos 10º, 16º, 17º y 18º del Decreto Supremo N° 008-2007-MIM

CONTENIDO DEL ESTUDIO PREVIO DE RECONOCIMIENTO



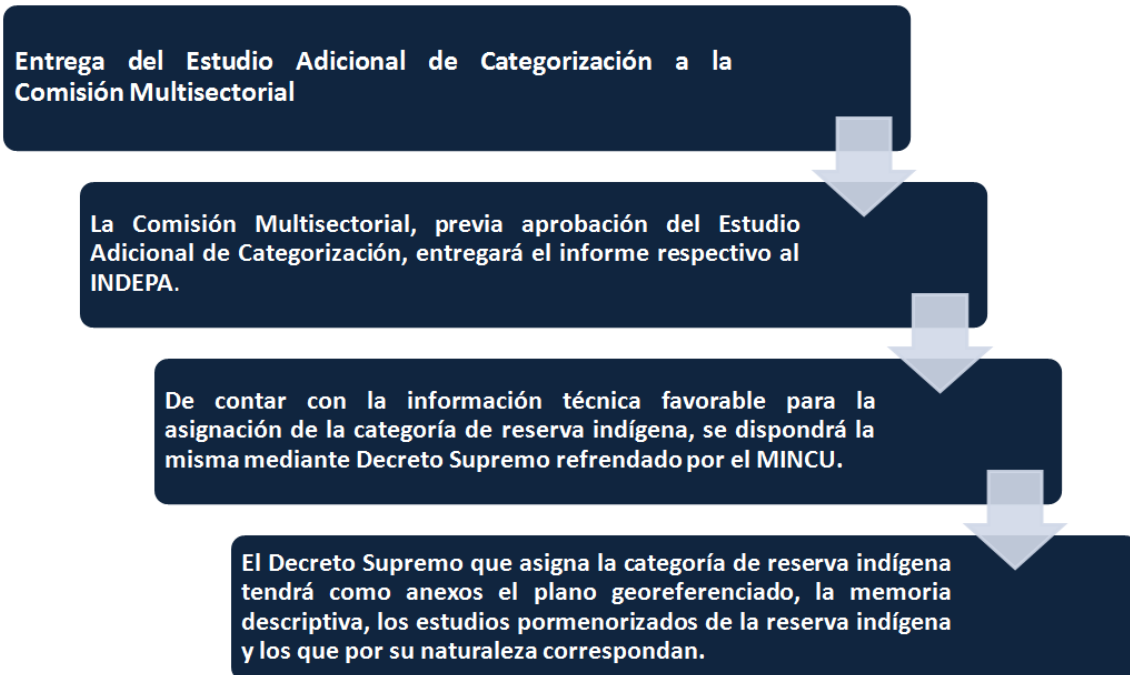
Fuente: Artículo 15º del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES

CONTENIDO DEL ESTUDIO ADICIONAL DE CATEGORIZACIÓN



Fuente: Artículos 19º y 20º del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES

CATEGORIZACIÓN DE RESERVAS INDÍGENAS



Fuente: Artículos 21º, 22º y 23º del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES

PROTECCIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y RESERVAS INDÍGENAS



Fuente: Artículos 27º, 28º y 29º del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES

PROTECCIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y RESERVAS INDÍGENAS



Fuente: Artículos 30º al 32º del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES

AFECTACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO O CONTACTO INICIAL



Fuente: Artículos 34º al 36º del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES

PROHIBICIÓN DE INGRESO A LA RESERVA INDÍGENA

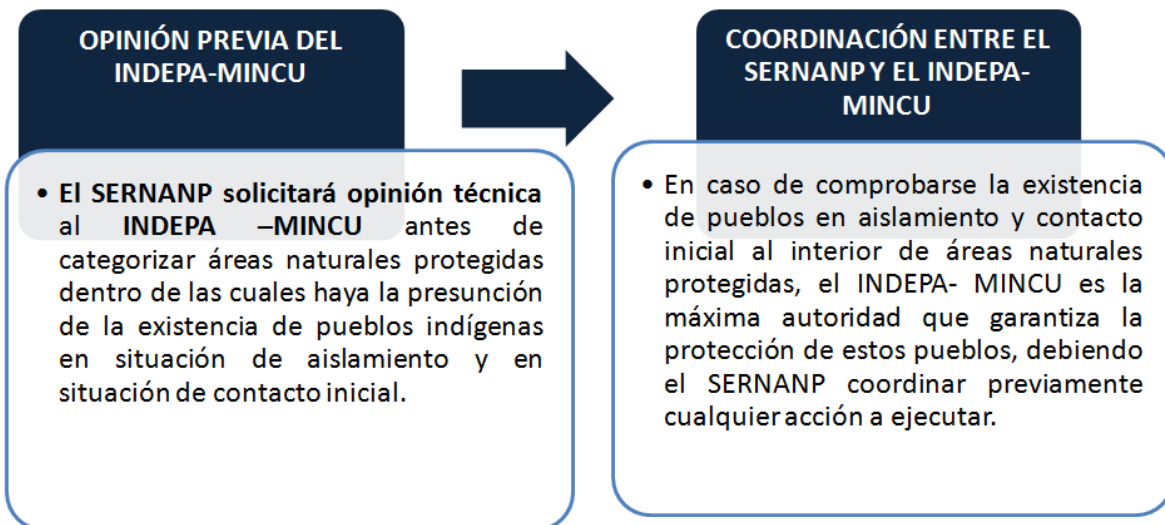


Fuente: Artículos 37º y 38º del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES



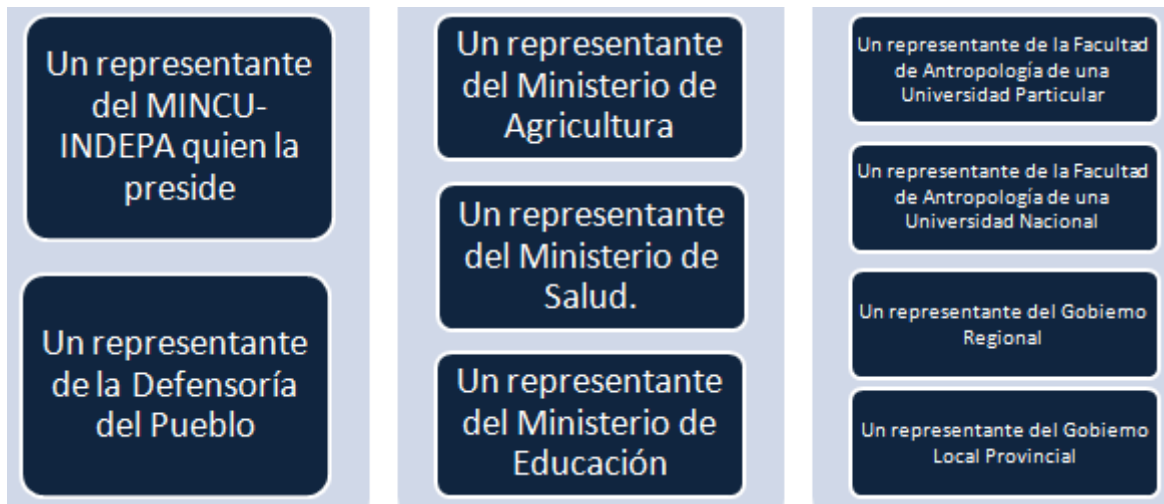
Fuente: Artículo 6º del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES

PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO EN ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS



COMITÉ DE GESTIÓN DE PROTECCIÓN

Garantiza la intangibilidad de la Reserva Indígena



Fuente: Artículo 42º del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES

La importancia de categorizar una reserva indígena, radica en que a los 60 días naturales de publicado el Decreto Supremo que asigna la categoría de la reserva indígena, publicará en el Diario Oficial El Peruano un Plan de Protección para la reserva indígena, que debe señalar las funciones de cada sector, institución u organización, así como los mecanismos de participación de las instituciones de la sociedad civil que tengan interés en colaborar en la protección de la reserva, para lo cual suscribirán un convenio de cooperación con el Viceministerio de Interculturalidad – INDEPA conforme lo establece el artículo 43º del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES. La desidia en la categorización de las reservas indígenas creadas ocasiona que no se puedan elaborar y aprobar estos planes de protección fundamentales para tomar acciones concretas de prevención de contactos, y el respeto a la intangibilidad de las reservas, y en última instancia, problemas para presupuestar los recursos económicos a nivel estatal.

Advirtamos que el Ministerio de Cultura, a través de su Viceministerio de Interculturalidad y el INDEPA, actualmente vienen incumpliendo la Primera Disposición Complementaria y Transitoria del Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, esto es que adecuen a la citada norma, y a la Ley N° 28736, las siguientes reservas territoriales existentes: a) La Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, creada por Decreto Supremo N° 028-2003-AG; b) La Reserva Territorial del Estado a favor pueblos indígenas en aislamiento ubicados en el departamento de Madre de Dios, creada por Resolución Ministerial N° 427-2002-AG; c) La Reserva Territorial “Mashco-Piro”, creada por Resolución Directoral Regional N° 190-97-CTARU/DRA; d) La Reserva Territorial a favor del Grupo Étnico Murunahua, creada por Resolución de la Dirección Regional Agraria N° 189-97-CTARU; e) La Reserva Territorial a favor del Grupo Étnico Ishconahua, creada por Resolución Directoral Regional N° 201-98-CTARU/DRA-OAJ-T. Asimismo, el Ministerio de Cultura, no ha dado cumplimiento a la Segunda Disposición Complementaria y Transitoria del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, esto es no ha remitido a la Presidencia del Consejo de Ministros un

anteproyecto de ley que establezca las infracciones a la Ley N° 28736 y del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, así como el procedimiento administrativo sancionador a aplicarse, y esta es la razón, por la cual se ha interpuesto una acción de cumplimiento para que implemente las mencionadas disposiciones.

ACTOS ADMINISTRATIVOS TENDIENTES A LA ADECUACIÓN DE LAS RESERVAS TERRITORIALES EXISTENTES A RESERVAS INDÍGENAS EN CUMPLIMIENTO CON LA 1ª DISPOSICIÓN DEL DECRETO SUPREMO N° 008-2007-MIMDES

1. EL MINCU DEBE REACTIVAR LA COMISIÓN MULTISECTORIAL

2. El MINCU debe acreditar representantes, y convocar a la primera reunión después de cuatro años de inactividad que tenga como punto de agenda principal la adecuación de las reservas territoriales existentes y la realización de los estudios de adecuación correspondientes.

3. El MINCU debe realizar los estudios del caso y posteriormente con la opinión favorable de la Comisión Multisectorial aprobar el Decreto Supremo que adecua a la reserva territorial en reserva indígena

4. El MINCU, 60 días después de publicado el decreto supremo de adecuación debe aprobar el Plan de Protección de la Reserva Indígena correspondiente

Finalmente debemos anotar que se requirió al INDEPA señale cuales son las acciones que ha desplegado para dar cumplimiento a la Ley N° 28736 y su reglamento, y el mismo respondió mediante Oficio N° 617-2011-INDEPA-J de fecha 13 de diciembre del 2011, de manera genérica, no documentada ni precisando fechas, lo siguiente :

- *“Monitoreo aéreo y fluvial en la zona de la Reserva Murunahua.*
- *Monitoreo vía fluvial en la zona de la Reserva Territorial Madre de Dios.*
- *Monitoreos y supervisiones en la zona de la Reserva Kugapakori, Nahua, Nanti (RTKNN)*
- *Instalación de una sede de coordinación de la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti en Sepahua.*
- *Construcción de puestos de control en zonas estratégicas de la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti (Inaraota, Sababantiari, Boca Tigre)*
- *Apoyo logístico de los puestos de control de la RTKNN*
- *Contratación del coordinador de la RTKNN y de agentes de protección*
- *Consultoría para la elaboración del Plan Nacional y Políticas de Protección para los pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial, las mismas que se encuentran en revisión.*
- *Propuesta de anteproyecto de Reglamento de Infracción y Sanciones de la Ley 285736, propuesta normativa elaborada por INDEPA a favor de los PIACI*

- *Consultoría para la elaboración de la siguiente propuesta normativa: anteproyecto de Reglamento de Autorización y Control de Acceso Física a las Reservas Territoriales e Indígenas del Estado.*
- *Consultoría para la actualización de los expedientes técnicos de las Reservas Territoriales Kugapakori, Nahua, Nanti, Murunahua e Isconahua.*
- *Reuniones de trabajo de la Comisión Multisectorial por las cuales se aceptaron cinco solicitudes relacionadas a las propuestas de reconocimiento de pueblos en aislamiento (Napo Tigre- Curaray, Yavari- Mirin, Yavari-Tapiche, Capanahua y Maquía- Callería) se formuló una propuesta de Reglamento Interno de la Comisión Multisectorial, que incorpora al Ministerio de Energía y Minas, y el Ministerio del Ambiente.*
- *Reuniones sostenidas con representantes de PERUPETRO, Pluspetrol, FECONAYY, Misión Dominica, CONAP para la implementación de un fondo de compensación a favor de los habitantes de la RTKNN.*
- *Proyecto de Resolución Ministerial, elaborado por INDEPA, que aprueba los “Mecanismos para canalizar los recursos provenientes del pago de compensaciones económicas u otros ingresos análogos, exclusivamente para la protección y beneficio de los pueblos en aislamiento y contacto inicial, ubicados en Reservas Territoriales Indígenas, publicada en el diario “El Peruano” el 06.07.2011.”*

6.5. RESPECTO A LA AMENAZA CIERTA E INMINENTE DEL DERECHO A UN AMBIENTE SANO Y EQUILIBRADO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO POR EL DISEÑO ACTUAL DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL³⁴⁸

Una realidad, que el Proyecto Tía María, Majes Sigua y Conga, han puesto en evidencia, es que el mecanismo de aprobación de los estudios de impacto ambiental, que se aplica al caso de actividades de hidrocarburos, es incompatible con la obligación del Estado de proteger el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado, contenido en el artículo 2.22 de la Constitución. Dos son los vicios que presenta el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y comprometen su independencia, objetividad y validez del mismo. El primero que es el propio sector el que promueve la actividad concesionada, el que a su vez expide la certificación ambiental (aprobación de EIA) conforme se observa del artículo 18.1 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, Ley N° 27446 y artículo 9° del Reglamento a la citada ley, aprobado por el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM. El segundo vicio de fondo es que los EIA son elaborados por consultoras contratadas y pagadas por las empresas interesadas conforme el artículo 7° de la Ley N° 27446.

No puede ser objetivamente independiente y válido que cada sector o ministerio puede aprobar el Estudio de Impacto Ambiental de las concesiones que el mismo promueve, en razón a que el sector tiene directo interés en que se realice la actividad económica e incluso en su planificación por objetivos y resultados, se encuentra realizar el mayor número de concesiones posibles, e incrementar la ejecución de inversiones privadas. Es el caso, por ejemplo, del Ministerio de Energía y Minas, el cual promueve la inversión en electricidad, minería e hidrocarburos, y de otro lado, aprueba los EIAs de estas empresas. En esas condiciones, difícilmente se puede garantizar el cumplimiento del principio de

³⁴⁸ Este acápite está basado en el magnífico artículo de **Ruiz Molleda, Juan Carlos. Razones para declarar inconstitucional la forma de aprobación de los EIA en el Perú** que puede ser visualizado en el Portal de Servindi, consultado el 01-12-2011, dirección electrónica: <http://servindi.org/actualidad/55401>

prevención, y el respeto del derecho a un ambiente sano y equilibrado, contemplado en el numeral 22 del artículo 2º de la Constitución.

La forma como está diseñada la aprobación de los EIA es absolutamente incompatible y contraria a la obligación del Estado Peruano, de conservar el ambiente y promover el desarrollo sostenible, en razón a que objetivamente existen intereses en conflicto en los sectores con competencias ambientales como el MEM, en donde desempeñan la tarea de promoción de inversiones, y a la vez verifican que esta inversión cumpla con la certificación ambiental correspondiente. En tal sentido, si tenemos en cuenta el derecho a un ambiente sano y equilibrado implica la obligación del Estado de promover un Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental óptimo para resguardar dicho derecho, lo que no se consigue en el actual modelo de aprobación del EIA.

Las normas que regulan la aprobación de los EIA violan las siguientes normas constitucionales:

- **No garantizan adecuada y efectivamente el derecho a un medio ambiente adecuado y equilibrado contenido en el art. 2.22 de la Constitución.** En efecto, el Estado no es un tercero neutral, su función es proteger los derechos fundamentales. En este caso, debe proteger el derecho a vivir en un ambiente adecuado y equilibrado de la población que puede verse afectada por las actividades extractivas. Asimismo, se viola los siguientes principios ambientales de rango constitucional: desarrollo sostenible, conservación, y prevención, los cuales no pueden concretizarse con el actual diseño de aprobación de los EIA. (STC N° 3510-2003-AA, f.j. 2.e y STC N° 0048-2004-PI f.j. 18)[7].
- Son incompatibles con la dimensión objetiva del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado reconocida en el artículo 44º de la Constitución. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional (STC. N° 3330-2004-AA/ f. j. 5, 9; STC. N° 2050-2002-AA/TC, f. j. 25; STC. N° 1091-2002-HC, f. j. 4.), los derechos fundamentales tienen dos dimensiones. Una dimensión subjetiva, según la cual los derechos fundamentales son pretensiones subjetivas de las personas, y una dimensión objetiva, en virtud de la cual, independientemente de que una persona los invoque, ellos (los derechos fundamentales) establecen reglas objetivas que vinculan al Estado indefectiblemente y que deben ser respetadas y observadas. En ese sentido, el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado no solo es un derecho de las personas que pueden verse afectadas por las actividades extractivas, sino que además dicho derecho exige al Estado de forma imperativa una adecuada y efectiva protección, la cual jamás será materialmente efectiva, si el propio sector que promueve una actividad económica, aprueba el Estudio de Impacto Ambiental para dicha actividad, y si se suma a ello que la consultora que hace el EIA, no es independiente sino subordinado al concesionario, entonces se concluye que no existen las garantías de independencia, objetividad y validez para que se respete el derecho a un ambiente sano y equilibrado para el desarrollo de la vida.
- La protección del Estado no debe ser formal sino efectiva y material. Como dice la Corte IDH en su jurisprudencia vinculante (Caso Velásquez Rodríguez), señala que “la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del

libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (párr. 167). Advertimos que esta jurisprudencia es vinculante de conformidad con el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, y por tanto, ello nos lleva a concluir que si el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental al tener taras congénitas que afectan su independencia y objetividad, entonces resulta inconstitucional, al no garantizar adecuadamente el derecho a un ambiente sano y equilibrado.

- Se vulnera la obligación de los Estados de remover los obstáculos legales y no legales que impiden el ejercicio de los derechos fundamentales, contenida en el artículo 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos, obligación que ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³⁴⁹ En ese sentido, se requiere que una autoridad nacional ambiental que sea independiente de las funciones de la promoción y entrega de concesiones que requieren la certificación ambiental para garantizar un mínimo de neutralidad, imparcialidad y definitivamente ganar legitimidad social. En ausencia de una autoridad nacional ambiental fuerte que evalúe los estudios de impacto ambiental, de manera diferenciada de la autoridad que promueve las concesiones que requieren de certificación ambiental, no se ha removido legales y no legales para el disfrute efectivo del derecho a un ambiente sano y equilibrado, ni para los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, ni para la sociedad en general.
- La Corte IDH exige en su jurisprudencia vinculante, como condición para la realización de actividades extractivas en territorios indígenas, que los EIA se realicen por entes realmente independientes, así señala que: *“El Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental”*. (Caso Saramaka, sentencia de fondo, párr. 129). (Subrayado nuestro). Advertimos que independiente, implica que uno no depende de otro, que es autónomo, y sostiene sus opiniones sin admitir intervención ajena; y que ser objetivo, implica independencia de la propia manera de pensar, y ser desinteresado, del asunto puesto bajo su análisis, o sea no tener intereses en conflicto ni directa ni indirectamente. El Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental actualmente no ofrece garantías ni de independencia ni objetividad, puesto que la autoridad que evalúa el Estudio de Impacto Ambiental, tiene interés directo en la realización de la concesión, que su propio sector promociona. Ello finalmente, no garantiza en absoluto más que un conflicto de intereses, y no el derecho a un ambiente sano y equilibrado.

³⁴⁹ Ver por ejemplo la sentencia de la Corte IDH en el Caso Bulacio versus Argentina, Sentencia del 18 de septiembre del 2003 y la sentencia del TC en el Exp. N° 02798-2004-HC/TC, f. j. 19.

SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL IMPARCIAL, OBJETIVO E INDEPENDIENTE

Garantizar el respeto del derecho gozar a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida implica ...

Una autoridad nacional de evaluación de impacto ambiental independiente y autónoma ajeno a la función de promoción de concesiones que requieran certificación ambiental

Una autoridad nacional de evaluación de impacto ambiental con garantías suficientes para que sus evaluaciones sean objetivas, lo que puede implicar la creación de un órgano constitucional autónomo que absorbería al MINAM

Un escenario intermedio lo constituye aquel donde el Ministerio del Ambiente (MINAM) sea quien evalúe y apruebe los Estudios de Impacto Ambiental, para lo cual absorbería a todas las Direcciones Ambientales del resto de los sectores.

- El Tribunal Constitucional ha dejado abierta la posibilidad de que los EIA sean revisados por instituciones internacionales. Esto lo ha señalado en la sentencia recaída en el caso Majes Sigwas II (Exp. N° 01939-2011-PA/TC) en relación con el Estudio de Balance Hídrico, cuando precisa que “el resultado del referido estudio podrá ser sometido a la opinión técnica de una especializada institución internacional de reconocida solvencia en la materia” (f. j. 44 y punto 3 del fallo). En ese sentido, se reconoce tácitamente que nuestro Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental no ofrece garantías de autonomía, independencia ni objetividad necesarios para resguardar el derecho a un ambiente sano y equilibrado, y es por ello que el TC, decide en última instancia prefiere que sea un tercero de reconocida solvencia en materia ambiental, el que dirima el conflicto socio ambiental de Majes Sigwas II.

Queda en evidencia que existe incompatibilidad entre las normas que establecen el procedimiento de evaluación y aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental, y el derecho a un ambiente sano y equilibrado para el desarrollo de la vida. Si partimos de la premisa que es ilícita e inconstitucional toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos en la Constitución, podemos concluir que las normas que regulan la aprobación de los EIA tienen un vicio de nulidad por inconstitucionales. Ante esta situación, en el caso específico de la evaluación del Estudio de Impacto Ambiental para la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la Locación San Martín Este del Lote 88 se puede vía una acción de amparo solicitar se inapliquen las normas que posibilitan al Ministerio de Energía y Minas evaluar y aprobar Estudios de Impacto Ambiental, pues ello no garantiza el derecho a un ambiente sano y equilibrado, en perjuicio de poblaciones indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial ubicados en la Reserva Territorial Indígena Nahua, Kugapakori, Nantis y otros, al carecer dicha

autoridad de la independencia, autonomía y objetividad necesarias para realiza dicha tarea.

6.6. RESPECTO A LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD ÉTNICA Y CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS QUE HABITAN LA RESERVA TERRITORIAL INDÍGENA NAHUA, KUGUAPAKORI, NANTIS Y OTROS, Y LA DESAPARICIÓN DEL INDEPA COMO ORGANO PÚBLICO SIN EFECTUARSE CONSULTA PREVIA

Sobre el derecho de consulta el TC ha dicho que “como todo derecho constitucional, el derecho a la consulta tiene un ámbito protegido. Este se encuentra constituido por una serie de posiciones iusfundamentales, entre las cuales se ha identificado [STC 0022-2009-PI/TC, Fund. Jur. N° 37]:³⁵⁰

- (a) el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales. En particular, los que estén vinculados con su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo colectivo;
- (b) el derecho a que la consulta se realice de manera previa y bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad; y
- (c) el derecho a que se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta, encontrándose excluido de este programa normativo del derecho a la consulta lo que coloquialmente se ha venido en denominar “derecho al veto”.

En ese contexto, es innegable que el Ministerio de Cultura, conocía a la perfección cuando aprobó el Decreto Supremo N° 001-2010-MC que modifica el status y funciones de INDEPA, que este al afectar los intereses de los pueblos indígenas debía ser objeto de consulta previa, en cumplimiento del numeral 1 del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, y ya el propio Tribunal Constitucional les había llamado la atención al Poder Ejecutivo por haber omitido dicha obligación, e incluso en la sentencia antes citada había ordenado al Ministerio de Energía y Minas a adecuar su normatividad al derecho de consulta previa conforme lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT. Y por si quedaban dudas, sobre la exigibilidad del derecho a la consulta previa, estas han sido absolutamente despejadas por el propio TC, cuando ha dicho que: “*respecto a la exigibilidad del derecho a la consulta se encuentra vinculada a la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT, esto es, el 2 de febrero de 1995. Tal regla no ha sido desconocida por nuestra jurisprudencia. No podría haberlo hecho pues la responsabilidad derivada de las obligaciones internacionales contraídas tras la ratificación de un tratado internacional se determinan a partir de las reglas del Derecho Internacional Público, que se integran a los actos normativos que se dicten y a las decisiones de los tribunales internos.*”³⁵¹ Si ello es así, toda norma que afecte instituciones de interés de los pueblos indígenas que se apruebe sin contar con la consulta previa, es inconstitucional y nula, como sería el caso de todas las disposiciones que modifican el estatus del INDEPA.

³⁵⁰ Fundamento 5 de la STC N° 00024-2009-PI

³⁵¹ Fundamento 7 de la STC N° 00024-2009-PI

De ahí, que resulte valido exigirle al Ministerio de Cultura se abstenga de emitir opinión técnica favorable sobre el Estudio de Impacto Ambiental para la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la locación de San Martin Este del Lote 88 hasta que no se restituya el estatus legal de Organismo Público al Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano (INDEPA), puesto que la norma, Decreto Supremo N° 001-2010-MC, que fusiona por absorción al INDEPA en el Ministerio de Cultura resulta inconstitucional al no haber sido objeto del derecho a la consulta previa no obstante afectar directamente a los pueblos indígenas del Perú, en estricto cumplimiento del numeral 1 del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, y vulnerarse por tanto el Derecho a la Identidad Étnica y Cultural previsto en el numeral 19 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

PRESUPUESTO DEL INDEPA DEL 2005 -2012 REVELA LA VOLUNTAD POLITICA DEL RESPETO A LOS DERECHOS INDÍGENAS		
AÑO	ADSCRITO	PRESUPUESTO
2005	PCM	1' 220, 287
2006	PCM	2'381,954
2007	PCM	201,014
2008	MIMDES	741,838
2009	MIMDES	134,139
2010	PCM	766,991
2011	MINCU	2'465,436
2012	MINCU	1'500,00

Fuente: Basado en Oficio N° 617-2011-INDEPA-J. Elaboración propia

La inconstitucionalidad de la referida fusión del INDEPA con el Ministerio de Cultura está generando un estado de incertidumbre, inseguridad jurídica y amenaza de manera cierta e inminente, y gravemente, el resguardo del derecho al ambiente sano y equilibrado del patrimonio cultural vivo de la nación, así como la identidad cultural de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial como los que habitan la Reserva Territorial para los Pueblos Indígenas Kugapakori, Nahua, Nanti y otros (RTKNN), sino basta con observar que mientras la Presidencia del Consejo de Ministros mediante Oficio N° 3702-2011-PCM-SG-SGP señala de manera concluyente que “resulta improcedente reconocer al INDEPA como organismo público, toda vez que mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MC dicha entidad se fusiono en el Ministerio de Cultura, extinguiéndose como persona jurídica.” Y por otra parte, el Gerente de la Oficina de Asesoría Jurídica del INDEPA, señala en su Informe N° 053-2011-INDEPA/J-OAJ, punto c), que: *“sobre las funciones compartidas del Ministerio de Cultura, con sus respectivos órganos competentes.- De la comparación que se ha efectuado del Reglamento de Organización y Funciones – ROF del Ministerio de Cultura, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2011-MC, con el Manual Operativo del INDEPA, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 006-2011-MC, no se observan funciones compartidas, sino más bien duplicidad de funciones, entre las dos Direcciones Generales del Viceministerio de Interculturalidad con las del INDEPA.”* En ese contexto, ante la

existencia de duplicidad de funciones relacionadas a la protección de pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, y la inconstitucionalidad de las normas que han ocasionado ello, corresponde que las autoridades públicas involucradas se abstenga a emitir cualquier pronunciamiento sobre la protección de estas poblaciones indígenas, hasta que se resuelva previamente quien es la autoridad competente para hacerlo, y en tanto ello se determine se resguarde la intangibilidad de la Reserva Territorial para los Pueblos Indígenas Kugapakori, Nahua, Nanti y otros (RTKNN) como medida preventiva idónea para cautelar sus derechos fundamentales.

6. 7. RESPECTO A LA EVALUACIÓN DEL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL PARA LA AMPLIACIÓN DEL PROGRAMA DE EXPLORACIÓN Y DESARROLLO EN LA LOCACIÓN SAN MARTIN ESTE DEL LOTE 88, TAL Y COMO ESTA DISEÑADO, AMENAZA DE MANERA INMINENTE Y CIERTA LOS DERECHOS A LA VIDA, LA SALUD, INTEGRIDAD CULTURAL, LA DIGNIDAD, EL DERECHO AL TERRITORIO, A LA PROPIEDAD, A LA POSESIÓN ANCESTRAL, Y OTROS EN LA RESERVA TERRITORIAL INDÍGENA KUGAPAKORI, NAHUA, NANTI, Y OTROS

En abril del 2011, la empresa Pluspetrol, presenta al Ministerio de Energía y Minas su Estudio de Impacto Ambiental para la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la Locación San Martin Este del Lote 88, en cuyo Capítulo IV Línea de Base Social, en la página 21, se hace una reseña sobre la Reserva Territorial para los Pueblos Indígenas Kugapakori, Nahua, Nanti y otros (RTKNN) y se indica: “está localizada en los Distritos de Echarate y Sepahua (Provincias de la Convención y Atalaya, Departamentos de Cusco y Ucayali, respectivamente).

La RTKNN fue creada por Resolución Ministerial N° 0046-90-AG/DGRAAR, el 14 de febrero de 1990, con una extensión de 443,887 ha. Posteriormente con el Decreto Supremo N° 028-2003-AG, del 26 de julio 2003, se amplió la Resolución Ministerial y se definió como “Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros”, con una extensión de 456,672.73 ha. La Ley N° 22175 establecía que los grupos los grupos indígenas beneficiarios que correspondieran a las características que la Ley señala en su Artículo 10º, obtendrían territorios que serán titulados a favor de las comunidades Kugapakori y/o Nahua. Para proteger la intangibilidad del área reservada, se crearían puestos de control comunitario en zonas límite con la RTKNN (río Mishahua, río Camisea y río Sababantiari). Estos puestos han sido establecidos en la zona de la Reserva Territorial.”

Asimismo, en el folio 24, en el rubro de “**6. LÍNEA BASE SOCIAL DE LA RESERVA TERRITORIAL KUGAPAKORI, NAHUA, NANTI, Y OTROS (RTKNN)**,” se indica que “Por la ubicación del Proyecto, el EIA considera como área de estudio dentro de la RTKNN a una zona próxima al pozo San Martín Este cuya eventual afectación podría incidir sobre poblaciones en aislamiento voluntario y aquellas en contacto inicial que actualmente se ubican en el medio Camisea de manera dispersa, en particular en la orilla de la margen derecha, así como aquellas zonas de uso eventual por parte de pobladores de la Comunidad Nativa de Segakiato.”

Nótese en el mapa que obra al inicio de este acápite que la Locación de San Martin Este, objeto del Estudio de Impacto Ambiental materia de la presente acción, se encuentran cerca a los lugares donde cazan y recolectan los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial que habitan la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti, y otros.

Por otra parte, en el folio 36 del Capítulo IV Línea de Base Social se señala lo siguiente sobre la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti, y otros:

“A manera de conclusión se puede decir que:

- Los grupos identificados provienen de los grupos étnicos Machiguenga, Machiguenga del Paquiría (Kirineris) y Nanti.*
- El área de estudio es zona de uso de las familias de la Comunidad Nativa de Segakiato y de las familias que se ubican cercanas al área de influencia de influencia del Pozo San Martín Este.*
- Las familias asentadas en la zona de la RTKNN tiene una relación de parentesco con familias de Segakiato y familias de Marankiato y Montetoni.”*

Y más adelante, en el mismo folio 36 del Capítulo IV Línea de Base Social, se señala que la *“Población de la RTKNN según el Plan de Atención, la RTKNN (cuenca media y alta del río Camisea) cuenta con una población aproximada de 400 habitantes, los asentamientos más grandes son Marankeato y Montetoni ubicados fuera del lote 88, en la zona de cabecera del Camisea.”* Finalmente, en las *“6.1.9. Características Principales de la Salud de la Población de la RTKNN”*, folio 39, se establece que: *“Las poblaciones que viven en la RTKNN son vulnerables debido a su falta de resistencia ante nuevas enfermedades y brotes de epidemias que puedan ocurrir en el área del Bajo Urubamba.”* Ello nos permite concluir, que existen al menos 400 indígenas en situación de aislamiento voluntario que se verían afectados por las operaciones de exploración que realizara Pluspetrol en sus territorios ancestrales y que tienen la condición de intangible al formar parte de la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti, y otros.

Resulta pertinente también revisar, el Capítulo VI Plan de Manejo Ambiental del Estudio de Impacto Ambiental para la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la Locación San Martín Este del Lote 88, en cuyo acápite 15.11 titulado *“Programa de Contingencia Antropológico para Poblaciones en Contacto Inicial o en Aislamiento”* folio 133 y siguientes se señala lo siguiente:

“15.11.1 Introducción

Este documento surge de la necesidad, reconocida por Pluspetrol, de preservar las actuales formas de vida y cultura de las poblaciones asentadas en la zona oriental del Lote 88 y áreas próximas al mismo, a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario o contacto inicial Kugapakori-Nahua-Nantis y otros. Encontrándose la Locación San Martín Este dentro de la Reserva Territorial Kugapakori Nahua Nanti y otros (RTKNN), y siendo mayor el nivel de vulnerabilidad en aspectos culturales y de salud que presentan las poblaciones Machiguenga y Nanti asentadas al interior de la reserva; se hace indispensable la aplicación del Plan de Contingencia para poblaciones en contacto inicial y/o aislamiento que pueda contribuir con la implementación del Plan de Protección de la RTKNN, aprobado por el INDEPA como parte de la política oficial de defensa de la integridad de la población que habita al interior de la reserva

15.12 OBJETIVOS

Objetivo General

Reducir el nivel de riesgo sociocultural y de salud, por el desarrollo de las actividades del Proyecto, para las poblaciones en contacto inicial y/o en aislamiento voluntario de la RTKNN.

Ello revela que las actividades de hidrocarburos afectaran a las poblaciones indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial de la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti, y otros

Objetivos Específicos

Prevenir los impactos socioculturales y de salud que podrían generarse en las poblaciones en situación de aislamiento y contacto inicial como resultado del desarrollo de las actividades del Proyecto en el área del Lote 88, superpuesta a la RTKNN.

Manejar eficientemente y bajo criterios de responsabilidad social las situaciones derivadas de las actividades del Proyecto que signifiquen algún nivel de riesgo para la población de la RTKNN.

15.13 ESTRATEGIAS DE IMPLEMENTACIÓN DEL PROGRAMA

- (...)
- *Generar un activo y permanente proceso de difusión y comunicación de las normas de conducta que el personal de Pluspetrol y empresas contratistas deben cumplir cuando les corresponda intervenir en el espacio territorial de la RTKNN.*
- *Establecer mecanismos adecuados de comunicación y coordinación con las autoridades competentes, para el manejo de posibles situaciones de contingencia relacionadas a la población de la Reserva Territorial Kugapakori Nahua Nanti y Otros.*
- (...)
- *Establecer un Acuerdo de Cooperación con las autoridades responsables del control y vigilancia de la RTKNN (INDEPA, SERNANP, MINSA entre otros), para contribuir a la implementación del Plan de Protección de la misma, particularmente en los aspectos relativos al cuidado de salud de la población.*

15.14 CONSIDERACIONES

- (...)
- *Las personas provenientes de los grupos étnicos Machiguenga y/o Nanti que se encuentren en la zona cercana a las locaciones pueden incomodarse con presencia de extraños y/o desconocidos que se encuentren en el área trabajando en las actividades de la empresa. Esta molestia de los grupos identificados en el área de influencia del Proyecto, causada por la presencia de extraños, puede generar momentos tensos; más aun, pueden generar temores relacionados a contagios que vulneren su salud.*
- *Los trabajadores de Pluspetrol o de cualquier empresa contratista o subcontratista que muestren síntomas de gripe o de cualquier enfermedad de fácil transmisión no deberán viajar a zonas por el alto riesgo de contagio a las poblaciones que se encuentren en la RTKNN, en áreas cercanas a la Locación.*

(...)

15.14.2 Normas y Recomendaciones para los Trabajadores

Los trabajadores de las empresas contratistas que ejecuten tareas en las áreas identificadas previamente como de mayor ocurrencia de encuentros y/o visitas, deberán cumplir con las siguientes medidas adicionales:

- Los trabajadores deberán ser sometidos a exámenes médicos preocupacionales y periódicos. Asimismo, deberán contar con las vacunas solicitadas por Pluspetrol para el ingreso al Campamento Base Malvinas.
- A los trabajadores no se les permitirá salir de sus áreas de trabajo y se les prohibirá totalmente cazar, pescar o recolectar cualquier tipo de recurso que ofrecen los bosques circundantes.

El presente plan deberá ser divulgado entre todos los trabajadores que participen de los trabajos que se ejecutarán en estas áreas, poniendo especial énfasis en la distribución de tareas y en el comportamiento que deberán seguir ante una situación de este tipo.

(...)

15.15 PLAN DE RESPUESTA ANTE SITUACIONES DE CONTACTO

Ante la posible ocurrencia de contactos espontáneos o visitas de estas poblaciones a las áreas ocupadas por el Proyecto, se ha diseñado tres posibles escenarios y preparado un conjunto de respuestas y recomendaciones a seguir por parte de los trabajadores en caso de ocurrir alguna de las situaciones.

(...)

Se han previsto tres posibles escenarios, los cuales se describen en las siguientes subsecciones.

15.15.1 Primer Escenario

Encuentros espontáneos con indígenas en situación de contacto inicial, de aislamiento relativo o con evidencias materiales de su presencia en el bosque.

Respuestas

- Inmediata comunicación al supervisor de la empresa contratista o subcontratista y al supervisor de Pluspetrol.
- Detener los trabajos en torno a los cuales se dio el hallazgo de los artefactos materiales o al encuentro con los pobladores, hasta recibir indicaciones directas de Pluspetrol.
- El supervisor de Pluspetrol deberá comunicarse con el Coordinador de campo de Malvinas, con el Departamento de Acción Comunitaria y con la Gerencia de Medio Ambiente, Salud, Seguridad y Acción Comunitaria de Pluspetrol, para recibir instrucciones adicionales.
- En el caso de hallazgos de evidencias materiales, deberá prepararse un equipo de búsqueda que registre las áreas vecinas a la zona de trabajo. Este equipo de búsqueda deberá trabajar en un radio de no más de un kilómetro y durante un día únicamente, con la finalidad de no incentivar un encuentro no deseado por parte de las poblaciones locales.
- En caso de encuentros fortuitos en el bosque, deberá comunicarse este hecho al jefe de la cuadrilla y, en compañía del intérprete indígena, deberá de iniciarse

el diálogo, manteniendo cierta distancia física con el grupo indígena, con la finalidad de evitar la transmisión de enfermedades contagiosas y por seguridad de la propia cuadrilla.

- *Deberá intentarse identificar su filiación étnica, idioma e intenciones y posibles preocupaciones.*
 - *Paralelamente, el jefe de la cuadrilla deberá comunicar este hecho a su supervisor, así como al supervisor de Pluspetrol.*
 - *Ante casos de encuentro con indígenas en situación de contacto inicial o en situación de aislamiento, deberán seguirse las siguientes recomendaciones adicionales:*
 - *Deberán ser informados de que Pluspetrol está trabajando en un área cercana y que no existe la intención de ingresar en sus territorios.*
 - *Se deberá transmitir los mensajes que han sido preparados para una situación de este tipo.*
 - *Se les deberá preguntar por su lugar de procedencia y por la ubicación de sus asentamientos, así como por el número de pobladores.*
 - *Se les puede ofrecer algunos de los objetos materiales que se recomienda mantener disponibles en los campamentos temporales y campo base.*
 - *Se les debe pedir que regresen prontamente al lugar de donde vinieron.*
- Como medidas complementarias.*
- *Las luces de los campamentos deben de permanecer encendidas durante la noche.*
 - *Todos los trabajadores deben de ser informados del encuentro o de los hallazgos.*
 - *Debe reforzarse la vigilancia del campamento y mantener comunicación radial o telefónica continua con el campo base y los supervisores.*

15.15.2 Segundo Escenario

Visitas a algunos de los emplazamientos que se instalen como parte de las actividades de perforación.

Este escenario supone asimismo las dos posibilidades que se señalan a continuación:

15.15.2.1 Aproximación Violenta de Día o de Noche

- *La posibilidad de un ataque al campamento temporal que se utilizarán durante la fase de construcción, es remota pero no imposible. Se debe precisar que estas poblaciones suelen viajar por el bosque en grupos pequeños, usualmente no más de seis personas, y sus incursiones armadas generalmente las realizan de noche.*
- *La principal motivación para ejecutar un ataque, sería el acceso a las herramientas de metal y a algunos alimentos que se almacenarían en los campamentos temporales.*

Respuestas:

- *En caso de ataque, diurno o nocturno, sus únicas armas son el arco y las flechas. Ante esta situación, uno de los trabajadores, previamente seleccionado para tal*

fin, deberá usar la pistola de luces apuntando hacia el cielo con la finalidad de sorprenderlos, disuadirlos y evitar mayores ataques.

- *La pistola de luces nunca debe ser utilizada contra otro ser humano.*
- *Deben evitarse a toda costa las confrontaciones violentas.*
- *Los miembros de la cuadrilla atacada deben comunicar lo sucedido de forma inmediata a los supervisores de la empresa contratista a la que pertenecen así como al supervisor de Pluspetrol.*
- *Los trabajadores deben buscar refugio en un recinto cerrado.*
- *Cuando el ataque se detenga deben tratar de establecer comunicación con los indígenas utilizando para ello a los intérpretes indígenas, preparados para tal fin.*
- *Se debe tratar de identificar la filiación étnica de los atacantes y mostrar, en señal de buenas intenciones, los regalos preparados para tal ocasión pero sin entregárselos. Estos se deberán de entregar únicamente antes de retirarse del área del conflicto.*
- *Si el ataque continúa, el responsable del grupo atacado deberá de establecer comunicación con la ayuda del intérprete indígena, para lo cual se recomienda usar el megáfono, de tal manera que pueda establecerse una comunicación a distancia y disuadirlos de continuar con el ataque.*
- *En caso de necesidad puede ofrecérseles alimentos hervidos, sin condimentos (yuca, plátano, carne) y alojamiento para pasar el día o la noche únicamente. Deben de ser acomodados lejos de trabajadores. El contacto físico debe ser evitado a toda costa.*
- *Bajo ningún motivo se les debe de proporcionar objetos de uso personal como ropa y tampoco comida preparada. Estos productos podrían servir de transmisores de enfermedades con consecuencias fatales.*
- *No se debe permitir fotografiarlos o filmarlos ya que estas actividades podrían confundirlos y asustarlos, generando en ellos posibles nuevas respuestas violentas.*

15.15.2.2 Aproximación Amistosa, de Día o de Noche, o en Busca de Ayuda

Un grupo indígena en situación de aislamiento relativo, puede acercarse, de día o de noche, sea por curiosidad, por pura casualidad o por necesitar ayuda.

Ante estas situaciones se recomiendan las siguientes acciones:

Respuestas

- *La persona que detecte la presencia de los visitantes pacíficos debe de informar a su supervisor que está siendo visitado.*
- *El Supervisor de la empresa contratista deberá comunicarse con el Supervisor/Jefe de obra de Pluspetrol, quien a su vez se comunicará con el Coordinador de Campo Malvinas y con el médico del Campamento Base Malvinas. El coordinador de campo, a su vez, se comunicará con el Departamento de Acción Comunitaria y con la Gerencia de EHS de Pluspetrol, con la finalidad de recibir instrucciones adicionales.*
- *El responsable debe de iniciar con la ayuda del intérprete indígena un diálogo a distancia, para lo cual se recomienda utilizar el megáfono y las frases preparadas para tal fin.*
- *A los visitantes se les debe explicar la presencia de la empresa contratista y la naturaleza de los trabajos que realizan para Pluspetrol.*

- *Se debe insistir en que los trabajos realizados no representan peligro alguno para ellos, para sus mujeres o para sus hijos, así como tampoco para el bosque en el que habitan.*
- *Se debe procurar obtener información de los visitantes (su filiación étnica, el número de personas que componen su asentamiento, la ubicación del mismo) y recomendarles retornar lo más pronto posible a sus propios asentamientos.*
- *El contacto físico debe ser evitado a toda costa. Tampoco estará permitido brindarles objetos de uso personal como ropa, ni alimentos preparados.*
- *Es obligatorio informar de cualquier situación de contacto y avistamiento de estas poblaciones.*
- *En caso de evidencias de que los visitantes se hallan enfermos o han ido en busca de ayuda por una posible enfermedad en su asentamiento, se deberá comunicar al Centro de Salud de Camisea y a funcionarios del INDEPA, además de al médico del campamento base Malvinas, y se esperará hasta que ellos indiquen el procedimiento a seguir.*
- *Con ayuda del intérprete, se tratará de averiguar cuál o cuáles son las dolencias que aquejan a la persona o grupo. De igual modo, indagar qué motivó ese malestar.”*

Como se observa de lo señalado por el Capítulo IV, y VI del Estudio de Impacto Ambiental para la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la Locación San Martín Este del Lote 88, elaborado por Pluspetrol, las actividades de hidrocarburos en la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, incrementará los riesgos de encuentros violentos con desenlaces lamentables y la transmisión de enfermedades a estos grupos humanos vulnerables, razón por la cual no se debería permitir que una actividad económica ponga en riesgo el ambiente, la vida, la salud, la identidad interétnica, el territorio, y demás derechos constitucionales de estos pueblos indígenas que están siendo amenazados de manera inminente y cierta por los actos administrativos desplegados por los demandantes en Lima, pero cuyos efectos finales, se verán en sus territorios indígenas, si es que se aprueba el Estudio de Impacto Ambiental en mención.

Con fecha 26 de setiembre del 2011, se solicita al Ministerio de Energía y Minas (MEM), que teniendo en cuenta los artículos 4º y 5º de la Ley de Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en situación de Aislamiento y en situación de contacto inicial, Ley 28736, así como los artículos 3º y 4º del Decreto Supremo 028-2003-AG, que declara la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, esto es se mantenga la intangibilidad de la citada reserva y se garantice la integridad territorial, ecológica y económica de las tierras que la conforman, así como se respete la vida, la salud, integridad física y cultural, y su derecho a la autodeterminación de los grupos étnicos, en aislamiento voluntario y contacto inicial, Kugapakori, Nahua, Nanti y otros presentes, no permitiendo que se autoricen actividades extractivas en el interior de la mencionada reserva, y tomando las medidas de prevención correspondientes. En ese sentido, se solicita que el MEM tome en cuenta al momento de la evaluación y eventual aprobación del Estudio de Impacto Ambiental para la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la Locación San Martín Este del Lote 88, elaborado por Pluspetrol, y que conforme se indica en el citado estudio, se va afectar la Reserva Territorial del Indígena antes citada, que debería ser excluida del área de influencia, y garantizada su intangibilidad conforme el artículo 5º de la Ley de Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en situación de Aislamiento y en situación de contacto inicial, Ley 28736. Pese a ello, el Ministerio de Energía y Minas, ha hecho caso omiso a dicha solicitud en defensa de esta población altamente vulnerable.

Con fecha 26 de setiembre del 2011, se solicita al Ministerio de Cultura (MINCU), que teniendo en cuenta los artículos 4º y 5º de la Ley de Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en situación de Aislamiento y en situación de contacto inicial, Ley 28736, así como los artículos 3º y 4º del Decreto Supremo 028-2003-AG, que declara la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, esto es se mantenga la intangibilidad de la citada reserva y se garantice la integridad territorial, ecológica y económica de las tierras que la conforman, así como se respete la vida, la salud, integridad física y cultural, y su derecho a la autodeterminación de los grupos étnicos, en aislamiento voluntario y contacto inicial, Kugapakori, Nahua, Nanti y otros presentes, no permitiendo que se autoricen actividades extractivas en el interior de la mencionada reserva, y tomando las medidas de prevención correspondientes. En ese sentido, se solicita que el MINCU tome en cuenta ello, al momento de emitir opinión sobre el Estudio de Impacto Ambiental para la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la Locación San Martín Este del Lote 88, elaborado por Pluspetrol, y que conforme se indica en el citado estudio, se va afectar la Reserva Territorial Indígena antes mencionada, que debería ser excluida del área de influencia, y garantizada su intangibilidad conforme el artículo 5º de la Ley de Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en situación de Aislamiento y en situación de contacto inicial, Ley 28736. El INDEPA contesta dicha solicitud mediante el Oficio N° 615-2011-INDEPA-J de fecha 13 de diciembre del 2011, de la siguiente forma: *“a nombre de la Unidad Ejecutora N° 04- Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos-INDEPA, (...), y en el marco de las competencias que le otorga la Ley No 28736 y su reglamento, aprobado por D.S. No 008-2007-MIMDES, y de las obligaciones contenidas en el D.S. No 028-2003-AG, (...) respecto a los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la Locación San Martín Este – Lote 88, presentados por la empresa PLUSPETROL (...), se ha dispuesto que un grupo de profesionales expertos realice una visita de monitoreo y supervisión a la referida zona.”*

Lo que se traduce no en la exclusión de la reserva indígena o el respeto de su intangibilidad sino en que se entiende quieren garantizar que la actividad de exploración de hidrocarburos no afecte gravemente los derechos fundamentales de la población indígena en aislamiento voluntario y contacto inicial y se tomen las medidas preventivas del caso, cuando lo correcto era no permitir el ingreso de ningún tercero ni concesionario.

Con fecha 12 de octubre del 2011, mediante Oficio N° 1788-2011-MEM/SEG, el Secretario General del Ministerio de Energía y Minas, alcanza el Informe N° 066-2011-MEM-AAE/MSB emitido por la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos, donde señala que el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la Locación San Martín Este – Lote 88, cuenta hasta la fecha con las Opiniones Técnicas del Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos y Afroperuanos (INDEPA) del Ministerio de Cultura, Autoridad Nacional del Agua- MINAG, y Dirección General de Asuntos Ambientales-MINAG. Asimismo, se señala que el EIA en mención hasta la fecha se encuentra observado por la DGAAE del MINEM y por parte del SERNANP-MINAM. Con relación a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial de la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti y otros (RTKNN), se señala: *“3. la Dirección General de Asuntos Ambientales y Energéticos del Ministerio de Energía y Minas, esta tomado todas las previsiones del caso para la protección de la RTKNN, mediante las Opiniones Técnicas de las Autoridades competentes. 4. La autoridad competente por parte del Estado para la protección de la RTKNN es el INDEPA, quien ya dio opinión técnica favorable al EIA a la Ampliación del*

Programa de Exploración y Desarrollo en la Locación San Martín Este – Lote 88, en evaluación.”

Con fecha 25 de octubre del 2011, se solicita al Ministerio de Energía y Minas, que con relación al Estudio de Impacto Ambiental para la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la locación de San Martín Este del Lote 88, reiteramos que considerando la condición de intangibilidad de la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti y otros (RTKNN), solicitamos que realice las gestiones que corresponda a fin de que se excluya a los territorios de dicha reserva de cualquier actividad de exploración o explotación de actividades de hidrocarburos, teniendo en cuenta su carácter intangible, y la extrema vulnerabilidad biológica de los pueblos que la habitan. Hasta la fecha no recibimos respuesta a nuestra petición, y dichos territorios y pueblos indígenas siguen siendo amenazados por actividades de hidrocarburos.

Con fecha 25 de octubre del 2011, se solicita al Ministerio de Cultura, Expediente N° 037620-2011, que con relación al Estudio de Impacto Ambiental para la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la locación de San Martín Este del Lote 88, reiteramos que considerando la condición de intangibilidad de la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, solicitamos que realice las gestiones que corresponda a fin de que se excluya a los territorios de dicha reserva de cualquier actividad de exploración o explotación de actividades de hidrocarburos, teniendo en cuenta su carácter intangible, y la extrema vulnerabilidad biológica de los pueblos indígenas que la habitan. Asimismo, le solicitamos dé cumplimiento a los numerales a), c) y f) del artículo 4° así como el artículo 5° de la Ley 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, emitiendo normatividad sectorial, actos administrativos u opiniones técnicas correspondientes, que tengan por objeto la exclusión de las reservas territoriales indígenas de todos los ámbitos de concesión especialmente las de los sectores de energía y minas, agricultura, y forestal, en mérito de la protección que merecen nuestros pueblos indígenas en aislamiento voluntario.

Con fecha 26 de octubre del 2011, se solicita al Ministerio de Cultura, que dé cumplimiento a la Resolución Jefatural N° 027-2011-INDEPA/J, emitida por el INDEPA, en cuyo contenido se establece la nulidad del Oficio N° 097-2011-OPD-DCPI-PIACI-INDEPA de fecha 13 de junio del 2011 (artículo 1), se ordena retrotraer el procedimiento hasta la etapa de la elaboración de la opinión técnica relacionada con el componente social del Estudio de Impacto Ambiental para la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en Locación San Martín, presentado por Pluspetrol Perú Corporation S.A., para su posterior remisión y aprobación por el Ministerio de Energía y Minas (Artículo 2°). En ese sentido, la opinión que el INDEPA emitió a favor de realizar actividades de hidrocarburos en Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti y otros (RTKNN), ha sido declarada nula, sin embargo, se cierne la amenaza sobre los derechos constitucionales de estos pueblos en la medida en que sus territorios no han sido hasta la fecha excluidos de zonas en que se va explotar hidrocarburos.

Anotemos, que el 14 de diciembre del 2011, el MINCU, responde la carta de requerimiento antes citada señalando que el INDEPA es la *“unidad ejecutora de las funciones de protección de los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial, adscrita al Viceministerio de Interculturalidad y, en el marco de sus competencias, viene desarrollando actividades de supervisión y monitoreo en el ámbito de la “Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto*

inicial Kugapakori Nahua Nanti y otros”, superpuesta con el Lote 88, a fin de contar con una base empírica que permita determinar el real impacto de las operaciones de la empresa Pluspetrol sobre la Reserva.”³⁵² Ello revelaba que el primer informe había sido hecho sin ningún estudio de campo, lo que puede hacernos presumir de las grandes presiones económicas y políticas que pesaron sobre el INDEPA que emitió una opinión en esas condiciones, y ahora parece enmendarse bajo una nueva dirección, aunque su escasa autonomía técnica, hace que esa labor sea muy complicada.

Advirtamos que haciendo seguimiento al acto administrativo antes señalado, el INDEPA, mediante Informe N° 024-2012-INDEPA-OPD-DCPI-PIACI de fecha 19 de enero del 2012, nos informo que: “a fines del año 2011 un equipo técnico de trabajo de la unidad ejecutora INDEPA viajó a la zona en donde está ubicada la *Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori Nahua Nanti con el objetivo de levantar información socio ambiental al interior de la Reserva comprendida en el Lote 88, en el ámbito de intervención del proyecto de perforación en la locación San Martin Este; para el cumplimiento de protección de los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial de la RTKNN (...).*” Y agrega: “*la información recabada al interior de la RTKNN comprendida en el lote 88, en el ámbito de intervención del proyecto de locación San Martin Este, forma parte de la opinión técnica a emitirse, conforme a los artículos 7º, literal e) y 35º del Reglamento de la Ley No 28736, la cual está en proceso de elaboración por parte del sector. En ese sentido, (...) podrá ser socializada con la promulgación de la Resolución Ministerial que aprueba la opinión técnica elaborada en virtud a nuestras competencias.*”

El otorgamiento de lotes de hidrocarburos en territorios indígenas habitado por estos pueblos definitivamente vulneran su derecho colectivo al territorio entendido como el derecho vinculado con la capacidad de la comunidad indígena de dirigir, administrar y aprovechar su territorio. El Estado tiene la obligación de garantizar que los pueblos indígenas y tribales gocen plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación de conformidad con el artículo 3º del Convenio de la OIT. Asimismo no deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas. En ese sentido, el aprovechamiento de recursos naturales no puede justificar la vulneración de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas la propia Ley General del Ambiente, Ley 28611, señala en su artículo 72.2, que en caso de proyectos o actividades a ser desarrollados dentro de las tierras de poblaciones indígenas, comunidades campesinas y nativas, los procedimientos de consulta se orientan preferentemente a establecer acuerdos con los representantes de éstas, a fin de resguardar sus derechos y costumbres tradicionales.

Resulta evidente que la aprobación de un Estudio de Impacto Ambiental para la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la Locación San Martin Este del Lote 88 que permita el ingreso e intervención de la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, no sólo violenta la intangibilidad de dicho territorio, sino sobre todo amenazaría de manera cierta e inminente los derechos a la vida, la salud, integridad cultural, la dignidad, el derecho al territorio, a la propiedad, a la posesión ancestral, derecho a un ambiente sano y equilibrado y al bienestar de esta población altamente vulnerable.

³⁵² Of. N° 641-2911-INDEPA-J de fecha 14.12.2011

Finalmente, con fecha 09 de diciembre del 2011, mediante Oficio N° 2190-2011-MEM/SEG el Secretario General del MEM remite el Informe N° 097-2011-MEM-AAE/MSB, cuyos antecedentes de análisis son la Resolución Jefatural del INDEPA N° 027-2011-J que deja sin efecto la Opinión Técnica Favorable al Estudio de Impacto Ambiental para la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la Locación San Martín Este del Lote 88, y la solicitud de IDLADS PERÚ para que dé cumplimiento a la Ley 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, y medidas de protección efectivas a favor de los citados pueblos. En ese sentido, el citado informe concluye señalando que “1. El Estado garantiza los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, es por ello que se solicita la opinión técnica del Viceministerio de Interculturalidad (...). 2) La opinión técnica del EIA para la ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la Locación San Martín Este del Lote 88, con respecto a la Reserva Territorial Kugapakori Nahua Nanti y otros, será expedida por el Viceministerio de Interculturalidad.” En consecuencia, el Ministerio de Energía y Minas no tiene la menor intención de excluir a la citada reserva de zonas donde se realizarán actividades de hidrocarburos, lo que resulta preocupante, pues atenta contra los derechos fundamentales de indígenas en aislamiento voluntario.

6.8. CON RELACIÓN DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD NATIVA DE SEGAKIATO, CASHIARI Y OTRAS POBLACIONES INDÍGENAS AFECTADAS POR LA AMPLIACIÓN DEL PROGRAMA DE EXPLORACIÓN Y DESARROLLO EN LA LOCACIÓN DE SAN MARTÍN ESTE DEL LOTE 88

Con fecha 25 de noviembre del 2011, el Secretario General del Ministerio de Energía y Minas (MEM), alcanza el Informe N° 001-2011-MEM-AAE/KCV/MSB, en respuesta al escrito N° 2138053 de fecha 25 de octubre del 2011, donde se solicita al MEM realice la consulta previa a favor de la Comunidades Nativas de Segakiato, Cashiari, y otras afectadas por el Programa de Exploración y Desarrollo en la Locación San Martín Este del Lote 88. El Informe antes mencionado señala que: “con fecha 07 de setiembre del 2011, se promulgó la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios (...), la cual entrará en vigencia en el mes de diciembre del presente año (2011)” y agrega: “De igual manera, la Primera Disposición Transitoria del Decreto Supremo N° 023-2011-EM, Reglamento del Procedimiento para la aplicación del Derecho a la Consulta a los Pueblos Indígenas para las actividades Minero Energéticas, establece que: “los procedimientos administrativos iniciados antes de la vigencia de la presente norma se registrarán por las normas de participación ciudadana vigentes en dicha oportunidad”, y continua: “Es decir, los procedimientos administrativos iniciados hasta el 12 de mayo del 2011, se registran por lo dispuesto en las normas señaladas para la participación ciudadana, en el sector de hidrocarburos, se aplicará lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 012-2008-EM, Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos, y la Resolución Ministerial N° 571-2008-EM/DM, Lineamientos para la participación ciudadana en las actividades de hidrocarburos. Y remata: “Asimismo, la Segunda Disposición Complementaria de la Ley N° 29785, Ley del Derecho de la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, señala que, no deroga o modifica las normas sobre participación ciudadana. Tampoco modifica o deroga medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia, de lo que se desprende que dicha norma no genera efectos retroactivos”. Todo lo cual se traduce, en que el MEM no implemento el derecho de consulta previa a favor de la Comunidades Nativas de Segakiato, Cashiari, y

otras afectadas por el Programa de Exploración y Desarrollo en la Locación San Martín Este del Lote 88 por considerarlo no aplicable al citado procedimiento administrativo.

Advirtamos que claramente en la carta de requerimiento al MEM, escrito N° 2138053 de fecha 25 de octubre del 2011, se señaló que *“el Tribunal Constitucional ha señalado que “respecto a la exigibilidad del derecho a la consulta se encuentra vinculada a la entrada en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio 169 de la OIT, esto es, el 2 de febrero de 1995.”*³⁵³ *En ese sentido, solicitamos dé cumplimiento al numeral 1 del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, y en consecuencia implemente el derecho a la consulta previa a favor de Comunidad Nativa de Segakiato, Cashiari y otras poblaciones indígenas afectadas por la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la locación de San Martín Este del Lote 88, como paso previo a la evaluación del mencionado estudio, lo que implica que suspenda el procedimiento administrativo antes citado, hasta que se realice el proceso de consulta correspondiente. Asimismo, solicitamos pida opinión al Ministerio de Cultura, sobre cuáles son los pueblos indígenas afectados la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la locación de San Martín Este del Lote 88, que sería objeto de la consulta previa, los impactos negativos que sufrirían los mismos, y además solicite les brinde la asistencia técnica correspondiente para realizar el mencionado proceso de consulta de manera participativa, y respetando los derechos colectivos de las poblaciones afectadas.”* En ese sentido, se ha constatado la renuencia del MEM de implementar la consulta previa favor de Comunidad Nativa de Segakiato, Cashiari y otras poblaciones indígenas afectadas por la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la locación de San Martín Este del Lote 88, y dejando el camino expedito para eventualmente exigir vía una acción de amparo o una acción de cumplimiento solicitar el respeto del derecho constitucional colectivo vulnerado, cuyo resultado podría retrotraer el procedimiento de evaluación de impacto ambiental hasta el momento en que se produjo el vicio antes mencionado.

Ahora se ha requerido al Ministerio de Cultura (MINCU), el 25 de octubre del 2011, a fin de que implemente, en coordinación con el Ministerio de Energía y Minas, el derecho a la consulta previa a favor de Comunidad Nativa de Segakiato, Cashiari y otras poblaciones indígenas afectadas por la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la locación de San Martín Este del Lote 88, como paso previo a la evaluación del mencionado estudio, así como se solicitó que el MINCU emita opinión sobre cuáles son los pueblos indígenas afectados la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la locación de San Martín Este del Lote 88, que serían objeto de la consulta previa, pese a lo cual no ha intervenido para dar solución a dicho asunto. Ello podría estar revelando la ausencia de independencia, autonomía y objetividad de una autoridad nacional indígena, debilitada, no sólo por haberse convertido al INDEPA, en una mera unidad ejecutora, sino por encargar a un Viceministerio, como el de Interculturalidad, las labores de protección de pueblos indígenas, pese a lo político y poco técnico que es esta entidad pública.

Por otra parte, el MINCU, ha respondido el requerimiento anterior, de la siguiente forma: *“respecto a la solicitud de emitir opinión sobre cuáles son los pueblos indígenas afectados por el Proyecto de la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la locación de San Martín Este del Lote 88, le informo que conforme a las tareas de supervisión, y monitoreo realizadas en el INDEPA en el ámbito de la “Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori Nahua*

³⁵³ Of. N° 640-2011-INDEPA-J de fecha 24.12.2011

*Nanti y otros”, y una vez concluida la reglamentación de la Ley N° 29785 por lo que se desarrollará la etapa de identificación de los pueblos indígenas a ser consultados, el Viceministerio de Interculturalidad, como órgano técnico especializado en materia indígena, será el encargado de emitir dicha opinión y brindar asesoría técnica a la entidad responsable de ejecutar la consulta (MINEM), conforme lo establece el artículo 19º, literal b) y d) de la Ley N° 29785.”*³⁵⁴ En breve, no se realizara la consulta previa hasta que no haya reglamentación y la evaluación de impacto ambiental continuara realizándose.

Finalmente, advirtamos que el 13 de abril del 2012, mediante Resolución Directoral N° 102-2012-MEM/AAE de la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos, se aprueba el EIA para la ampliación del Programa de Exploración y desarrollo en la locación San Martín Este del Lote 88 con opiniones favorables de la Autoridad Nacional del Agua, SERNANP, y el Viceministerio de Interculturalidad del MINCU, sin considerar la exclusión de la Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, pese a los múltiples solicitudes y requerimientos que se hicieron tanto al MINEM como al MINCU.

6.9. RESPECTO A LOS MECANISMOS PARA CANALIZAR LOS RECURSOS PROVENIENTES DEL PAGO DE COMPENSACIONES ECONOMICAS U OTROS INGRESOS ANALOGOS, EXCLUSIVAMENTE PARA LA PROTECCIÓN Y BENEFICIO DE LOS PUEBLOS EN AISLAMIENTO Y CONTACTO INICIAL, UBICADOS EN RESERVAS INDÍGENAS U OTROS

El INDEPA, mediante Oficio N° 058-2012-INDEPA-J de fecha 02 de febrero del 2012, ha señalado “que en el mes de julio del 2011, se prepublico en el Diario Oficial El Peruano, un proyecto de Resolución Ministerial que aprueba los “Mecanismos para canalizar los recursos provenientes del pago de compensaciones económicas u otros análogos, exclusivamente para la protección y beneficio de los pueblos en aislamiento y contacto inicial, ubicados en reservas indígenas”, no obstante, la Unidad Ejecutora INDEPA, por encargo del Viceministerio de Interculturalidad, viene trabajando en la mejora de dicho instrumento, el cual debe ser elaborado de manera participativa con los actores sociales involucrados.” Asimismo, sostiene que “no existe convenio alguno suscrito entre INDEPA y Pluspetrol Peru Corporation S.A. referente al fondo de compensación a favor de los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial de la Reserva Territorial Kugapakori Nahua Nanti y otros por los impactos del proyecto Camisea.”

Finalmente, se ha requerido el 23 de enero del 2012, al Ministerio de Salud (MINSa), que proporcione información sobre el estado y nivel de ejecución del Plan de Salud de la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti, y otros (RTKNN); b) el Plan Integral de Atenciones de Emergencia en la RTKNN; y c) el Plan de Acción Epidemiológico para la RTKNN, y otros y para el Bajo Urubamba. La respuesta la daría el MINSa, el 17 de abril del 2012, mediante Oficio N° 1269-2012-SG/MINSa, en que se adjunta el Oficio N° 100-2012-DG-CENSI/INS, del Director Nacional de Salud Intercultural que elabora un informe sin número en el que señala que la citada Reserva, abarca dos regiones definidas, Cusco y Ucayali, y que la gestión sanitaria de la zona desde el 2007 es asumida por los correspondientes gobiernos regionales. También señala que desde la formulación del Plan de Salud Integral de protección para los pueblos de la reserva eme ñ año 2005, han sucedido importantes hitos de salud pública en el país, como la descentralización de la salud de los gobiernos regionales (2009), el desarrollo del

³⁵⁴ Fundamento 7 de la STC N° 00024-2009-PI

Aseguramiento Universal de Salud (2010), y ahora se viene desarrollando el fortalecimiento del Primer Nivel de Atención por el MINSA.

Los resultados de la implementación del Plan de Salud para la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti, y otros, son sumamente limitados conforme informa el Director Nacional de Salud Intercultural, así tenemos:

- a) **Con relación al objetivo específico 1:** Se constituirá en el MINSA una estructura funcional que centralice y coordine, con una perspectiva intercultural, las diversas actividades que realiza el MINSA en relación a las comunidades de los pueblos de la reserva, se indica que sea desarrollado, la Resolución Ministerial No 771-2004/MINSA del 27 de julio del 2004 que estableció la Estrategia Sanitaria Nacional de Salud de los Pueblos Indígenas, designando como órgano responsable al Centro Nacional de Salud Intercultural del Instituto Nacional de Salud.
- b) **Con relación al objetivo específico 2:** Se establecerá el Aseguramiento Universal Comunitario de los pueblos indígenas de la reserva. En ese sentido, la Ley 28588, incorpora al Seguro Integral de Salud, a la población mayor de 17 años en situación de pobreza y pobreza extrema, publicado el 21 de Julio del 2005. Incluye a poblaciones nativas por su condición de pobreza y pobreza extrema. Asimismo, el Decreto Supremo N° 006-2006-SA, amplía las prestaciones de salud del Sistema Integral de Salud para la población de la Amazonía y Altoandina dispersa y excluida, las víctimas de la violencia social y los agentes comunitarios de salud. Finalmente, la Ley 29344, Ley Marco del Aseguramiento Universal de Salud, da cobertura también a la población indígena de la Amazonía peruana.
- c) **Con relación al Objetivo 3:** Se fortalecerá, coordinará, integrará, y adecuará culturalmente la oferta fija e itinerante prestada por el MINSA, articulándose con otras ofertas Móvil y Privada. Y este punto se hace referencia la normatividad que el sector salud emitió en el 2007, sobre atención de servicios de salud a pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial que ya hemos reseñado, pero como se sabe, no basta expedir normas sino implementarlas y al respecto el MINSA brinda ningún dato o información que demuestre ello.
- d) **Con relación al Objetivo 4:** Se establecerá un programa universal de inmunizaciones para prevenir los riesgos identificados y previsibles del contacto de los pueblos indígenas de la reserva con portadores de diversas patologías prevenibles por vacuna. En este punto el MINSA ha tenido logros en la Región del Cusco pues se reporta que han inmunizado a más del 90% de la población indígena de las C.S. Camisea, Anexo Montetoni, Cashiari, P.S. Timpia, y P.S. Nueva Luz, para casos de BCG, Antipolio, Pentavalente 3, Rotavirus, e Influenza. No obstante, resulta lamentable que en la zona de Ucayali, los niveles de inmunización apenas superen el 10% en las mismas enfermedades, explicando el MINSA que el difícil acceso geográfico, el idioma, y el costo del transporte impiden realizar una labor más eficiente.
- e) **Con relación al Objetivo 5:** Se establecerá un sistema de vigilancia sobre condicionamientos medioambientales y socioculturales de la salud con la participación de las comunidades indígenas. Al respecto se indica que el sector salud viene trabajando con los agentes comunitarios de salud (ACS), sobre el sistema de vigilancia epidemiológica en la Reserva Territorial KNN, y señala que este sistema es desarrollado por la Dirección General de Epidemiología del Ministerio de Salud, y

permite conocer en forma oportuna cualquier situación de alarma o brote de alguna enfermedad sujeta a vigilancia epidemiológica en estas comunidades nativas de la zona, sin embargo los logros que reportan son muy limitados.

- f) **Con relación al objetivo 6:** Se elaborará un plan de contingencia a desarrollarse en caso de emergencia sanitaria declarada en el ámbito de la reserva. Al respecto, se indica que se cuenta con actividades relacionadas al cumplimiento de la Norma Técnica para PIAV, pero no se da mayores datos sobre la implementación de la misma, salvo capacitaciones esporádicas y sin fechas y sin precisar número de personal de salud capacitado en las zonas del Cusco y Ucayali. Nos llamó la atención gratamente lo que se indica en las actividades para mejorar el acceso de la población de la reserva a servicios de salud de la microrred, halla una atención de menores significativa en las comunidades indígenas que circundan la reserva, destacando que P.S. Nueva Luz tenía una cobertura del 30%, P.S. Timpia 85%, Anexos Cashiari 50%, C.S. Camisea 85% y Anexo Montetoni 95%. Sin embargo, nos preocupa lo que según el MINSa existe un inconveniente formal, debido a que una de las exigencias del SIS es la presentación del DNI, que es complicado de obtener, pues en estas comunidades señala el MINSa, no llega la RENIEC, por lo que casi en su totalidad no cuentan con DNI, y al no tener dicho documento, se pone en peligro el gozar del SIS. Toda una paradoja el Estado les da y les quita, por su propia pobre gestión pública en las zonas más alejadas del país, por eso el Director Nacional de Salud Intercultural recomienda con acierto para estos casos elaborar alguna salvaguarda que haga que estas poblaciones accedan al SIS.

6.9. NECESIDAD DE CONTAR CON OPINIÓN PREVIA DEL MINCU COMO REQUISITO PARA APROBAR UN ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL DE LA AMPLIACIÓN DEL PROGRAMA DE EXPLORACIÓN Y DESARROLLO EN LA LOCACIÓN SAN MARTIN ESTE DEL LOTE 88

El artículo 35° del Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, vigente en el momento de tramitarse el EIA antes señalaba que “cuando en la reserva indígena se ubique un recurso natural cuya exploración y explotación el Estado considere de necesidad pública, la autoridad sectorial competente, solicitará al Ministerio de Cultura (INDEPA) la opinión técnica con ocasión de la elaboración de los estudios ambientales requeridos conforme a Ley. En ese sentido, la Dirección de Asuntos Ambientales Energéticos (DGAAE) solicito opinión al Ministerio de Cultura y este a su vez le comunico que había cuarenta y ocho (48) observaciones al estudio de impacto ambiental, veinte siete (27) observaciones puntualmente en los aspectos sociales referidos al pueblo indígena en aislamiento voluntario afectado por el proyecto de hidrocarburos las que están contenidas en la Resolución Ministerial No 102-2012-MEM/AAE como en el acápite siguiente explicamos.

Advirtamos que mientras subsistan dichas observaciones de la autoridad de cultura no era posible aprobar el Estudio de Impacto Ambiental para la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la locación de San Martin Este del Lote 88 puesto que al no darlas por levantadas no será posible garantizar el cumplimiento de los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Supremo No 028-2003-AG que declara como Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori, Nahua, Nanti, y otros. Nótese que el referido decreto es de obligatorio para todos los sectores, incluyendo el de energía y minas, y es una disposición de rango

superior a la Resolución Directoral que aprueba un Estudio de Impacto Ambiental, por lo tanto, esta última en ningún caso puede desconocerla. En esa misma línea de pensamiento se pronuncia el artículo 2º de la Resolución Ministerial No 041-2012-MC, norma con rango superior a la Resolución Directoral No 102-2012-MEM/AAE que aprueba el EIA en cuestión y que también es desconocida.

Ahora bien, este escenario ha sido clarificado aún más, desde el aspecto interpretativo con la Novena Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Reglamento de la Ley N° 29785, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-2012-MC, que modifica el artículo 35º del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES de la siguiente forma: 355 “Cuando en la reserva indígena se ubique un recurso natural cuya exploración o explotación el Estado considere de necesidad pública, la autoridad sectorial competente solicitará al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura la opinión técnica previa vinculante sobre los estudios de impacto ambiental requeridos conforme a Ley.” Nótese que aunque era evidente que la opinión técnica del MINCU, ya era vinculante desde una interpretación sistemática, en la medida que aseguraba el cumplimiento del Decreto Supremo No 028-2003-AG de la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti, y otro; y para que no queden dudas se decidía incorporar en la parte resolutive de la resolución ministerial que aprobaba la opinión técnica de cultura una referencia expresa al cumplimiento del decreto antes mencionado. Ciertamente, ahora ya no será necesario hacer dicho agregado, pues sea optado legislativamente consagrar de manera expresa el carácter vinculante de la opinión del MINCU respecto a la protección de pueblos indígenas en aislamiento, fortaleciendo con ello, la interpretación pro indígena, y pro hominen que siempre se realizo al respecto.




6.10. LA DIRECTORA DE ASUNTOS AMBIENTALES ENERGÉTICOS (DGAAE) EN LA RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 102-2012-MEM/AAE SEÑALA FALSAMENTE QUE EL MINISTERIO DE CULTURA (MINCU) HA DADO POR LEVANTADA CUARENTA Y OCHO OBSERVACIONES AL EIA PARA LA AMPLIACIÓN DEL PROGRAMA DE EXPLORACIÓN Y DESARROLLO EN LA LOCACIÓN DE SAN MARTIN ESTE DEL LOTE 88

El Ministerio de Cultura (MINCU) mediante Resolución Ministerial N° 041-2012-MC, de fecha 03 de febrero del 2012, aprobó la opinión técnica emitida por el Viceministerio de Interculturalidad sobre el Estudio de Impacto Ambiental para la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la locación de San Martin Este del Lote 88, presentada por la empresa Pluspetrol Perú Corporation S.A., la cual señala el artículo 1º de la mencionada resolución, se encuentra comprendida en los Informes N° 006-2011-INDEPA-OPD-DCPI-PIACCI/JIM, y N° 01-2012-INDEPA-OPD-DCPI-PIACI/FVS/VAV, que fueran emitidos por la Oficina de Protección y Defensa de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas y Pueblos Indígenas en Aislamiento y Contacto Inicial, que forman parte integrante de la citada resolución. Advirtamos que el primero de los informes contiene **veintisiete (27) observaciones sobre los aspectos sociales** del EIA antes mencionado; y el segundo informe contiene **veintiún (21) observaciones sobre los aspectos ambientales** del referido instrumento de gestión ambiental, haciendo en la práctica un total de cuarenta y ocho (48) observaciones.

³⁵⁵ Ello independientemente que el artículo 2º del Decreto Supremo N° 001-2012-MC señale que: “el presente Decreto Supremo entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, aplicándose a las medidas administrativas o legislativas que se aprueben a partir de dicha fecha, sin perjuicio de lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29785. Respecto a los actos administrativos, las reglas procedimentales previstas en la presente norma se aplican a las solicitudes que se presenten con posterioridad a su publicación.” **Adviértase que estamos utilizando la norma como mecanismo de interpretación de una norma, específicamente para validar una interpretación existente, y no pidiendo su aplicación al presente caso.**

Nótese que el artículo 2 de la Resolución Ministerial N° 041-2012-MC señala que “las recomendaciones contenidas en los Informes N° 006-2011-INDEPA-OPD-DCPI-PIACCI/JIM, y N° 01-2012-INDEPA-OPD-DCPI-PIACI/FVS/VAV, **constituyen una condición esencial** para garantizar los objetivos de protección establecidos en los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Supremo N° 028-2003-AG que declara como Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori, Nahua, Nanti, y otros; **por tal motivo, resulta necesario que estas sean consideradas por las autoridades correspondientes**. Adviértase que el artículo 3º del mencionado decreto supremo, señala que se debe garantizar la integridad territorial, ecológica y económica de las tierras comprendidas al interior de la Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos, en aislamiento voluntario y contacto inicial, Kugapakori, Nahua, Nanti y otros allí presentes.

En ese sentido, sino se levantan las cuarenta y ocho (48) observaciones efectuadas por el Viceministerio de Interculturalidad, y validadas por el artículo 1º de la Resolución Ministerial N° 041-2012-MC, el Estudio de Impacto Ambiental no puede ser aprobado, pues constituyen su levantamiento condición esencial para resguardar los derechos constitucionales de los pueblos que habitan en la Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori, Nahua, Nanti, y otros. Adviértase que el Ministerio de Cultura, mediante Informe N° 021-2012-PCVA-DGIDP-VMI-MC emitido por el Director General de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, señala **que no ha considerado levantadas las observaciones realizadas**, según se desprende del Oficio N° 202-2012-INDEPA/J, que contiene a su vez el **Oficio N° 073-2012-DGIDP/VMI/MC**, mediante el cual le responde a la Dirección de Asuntos Ambientales Energéticos sobre el levantamiento de observaciones del EIA.

 PERU		Ministerio de Cultura Viceministerio de Interculturalidad	Dirección General de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos
"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"			
Lima, 12 de junio del 2012			
		Informe N° 021-2012-PCVA-DGIDP-VMI-MC	Ministerio de Cultura Oficina de Atención al Ciudadano y Gestión Documentaria 11 JUN. 2012 RECIBIDO
Para	:	Ana María Salazar Laguna Jefa de la Oficina de Atención al Ciudadano y Gestión Documentaria	Hora:  Firma: 
De	:	Paulo Vilca Arpasi Director General de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos	
Asunto	:	Solicitud de Acceso a la Información Pública del 8 y 11 de junio del 2012	
Referencia	:	Expediente N° 20196-2012 Expediente N° 20341-2012	
Es grato dirigirme a usted a fin de informarle lo siguiente:			
<ol style="list-style-type: none"> Mediante comunicaciones recibidas el 8 y 11 de junio, la Sra. Cindy Pilar Cusihamán Daza y el Sr. César W. Collantes Ysmodes presentaron solicitudes de acceso a la información pública, indicando domicilio, número de documento de identidad y dirección electrónica. Los documentos materia de la solicitud fueron, en ambos casos, el Oficio N° 073-2012-DGIDP/VMI/MC y el Oficio N° 202-2012-INDEPA/J. La institución competente de llevar a cabo el procedimiento de certificación ambiental al que refieren los oficios solicitados es el Ministerio de Energía y Minas, a través de la Dirección de Asuntos Ambientales Energéticos (DGAAE). Por lo tanto, cor respondería a dicha instancia resolver este pedido de información. Es necesario precisar que el Oficio N° 202-2012-INDEPA/J, derivado mediante el Oficio N° 073-2012-DGIDP/VMI/MC, no consideró levantadas las observaciones realizadas. El referido oficio señala lo siguiente: <p style="margin-left: 40px;"> <i>"La información remitida por la DGAAE, a través del Oficio N° 423-2012-MEM/AE el 09/03/12, corresponde al levantamiento de las observaciones y recomendaciones de acuerdo a los que ellos indican. De la evaluación de dicha información y, en tanto la autoridad competente garantice la incorporación de lo arriba señalado dentro de los compromisos de la empresa, atendiendo a lo indicado en la Resolución Ministerial N° 041-2012-MC, consideramos se estará cumpliendo con los objetivos de protección de los pueblos en aislamiento."</i> </p> 			

Por eso llama la atención poderosamente como la Directora de Asuntos Ambientales Energéticos, flagrantemente falta a la verdad cuando en la **Resolución Directoral N° 102-2012-MEM/AAE** de fecha 13 de abril del 2012 señala, en sus página 6 y 7, lo siguiente: “*que, mediante escrito N° 2177168 de fecha 23 de marzo de 2012, la Dirección General de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos del Viceministerio de Interculturalidad, remitió **Oficio N° 073-2012-DGIDP/VMI/MC**, conteniendo el Oficio N° 202-2012-INDEPA/J, a través del cual dicha entidad considera que el levantamiento de observaciones presentado por la empresa cumpliría con los objetivos de protección de los pueblos en aislamiento.*” Eso no es verdad, y es absolutamente falso, pues como ya lo indico el propio Ministerio de Cultura, mediante Informe N° 021-2012-PCVA-DGIDP-VMI-MC emitido por el Director General de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, no sean dado por levantada las observaciones.


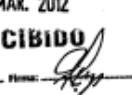
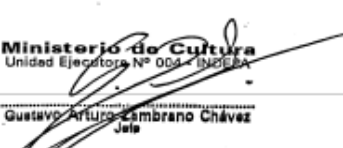
La **Resolución Directoral N° 102-2012-MEM/AAE** se basa en un hecho falso tan evidente que el propio Jefe del INDEPA, ha señalado que: “*mediante Oficio N° 190-2012-DGIDP/VMI/MC de fecha 21 de mayo del 2012, el Viceministerio de Interculturalidad solicitó a la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos (DGAAE) **que utilice los mismos términos del Oficio N° 202-2012-INDEPA/J en la parte considerativa de la Resolución Directoral N° 102-2012-MEM/AAE.** Asimismo, el VMI señaló que la adopción del contenido de los Informes N° 006-2011-INDEPA-OPD-DCPI-PIACCI/JIM, y N° 01-2012-INDEPA-OPD-DCPI-PIACI/FVS/VAV fijan nuestra opinión (del sector Cultura) sobre medidas que deben adoptarse para salvaguardar los derechos de los pueblos en aislamiento y contacto inicial.*” Adviértase que ello implica que las cuarenta y ocho (48) observaciones efectuadas al EIA, veintisiete (27) sobre aspectos sociales, y veintiún (21) sobre aspectos ambientales sean levantadas.

2.8.14. Omisión de funciones del Jefe de INDEPA al no evaluar la respuesta de la empresa Pluspetrol sobre las observaciones realizadas por su unidad ejecutora.-

La Directora General de los Asuntos Ambientales Energéticos traslada al Viceministro de Interculturalidad, mediante Oficio N° 423-2012-MEM/AAE, el documento de respuesta de la empresa Pluspetrol a las observaciones realizadas por el Ministerio de Cultura, mediante los Informes N° 006-2011-INDEPA-OPD-DCPI-PIACCI/JIM, y N° 01-2012-INDEPA-OPD-DCPI-PIACI/FVS/VAV, a fin de que sean evaluados lo antes posibles, y a fin de conocer la opinión del sector sobre el mismo, y sobre todo, determinar si se dan por levantadas las observaciones.

Lamentablemente, el Jefe de INDEPA, no realiza ninguna evaluación pormenorizada ni siquiera general del documento mediante el cual la empresa Pluspetrol pretende dar por levantadas las observaciones, y sólo se limita a repetir que se dé cumplimiento a la Resolución Ministerial N° 041-2012-MC que aprueba la opinión técnica del sector cultura, y que contiene las observaciones antes mencionadas. Y por si quedan dudas, que no se dieron por levantadas las observaciones el propio superior jerárquico del Jefe de Indepa, el Director General de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos ha señalado, y suscrita, el Informe N° 021-2012-PCVA-DGIDP-VMI-MC en el que deja constancia **que no sea considerado levantadas las observaciones realizadas**, según se desprende del Oficio N° 202-2012-INDEPA/J, que contiene a su vez el **Oficio N° 073-2012-DGIDP/VMI/MC**.

Ahora bien, lo que queda claro hasta este punto, es que no sean levantado las observaciones realizadas por el Ministerio de Cultura al Estudio de Impacto Ambiental para la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la locación de San Martín Este del Lote 88, y por lo tanto, la Directora General de Asuntos Ambientales Energéticos, no podía aprobar el citado EIA, hasta que se levantaran las referidas observaciones, especialmente, porque las normas de las que deriva el carácter vinculante de la opinión técnica del MINCU, son de rango superior a la norma de aprobación (resolución directoral), y por tanto, de obligatorio cumplimiento para el sector de energía y minas. En ese sentido, sea demostrado que la Directora General de Asuntos Ambientales Energéticos, no sólo desconoció normas del sector cultura, ni la propia opinión técnica del mismo, sino que consigno información falsa en la **Resolución Directoral N° 102-2012-MEM/AEE**, al señalar que el sector cultura había dado por levantadas las observaciones que realizó todo lo cual está amenazando de manera real, cierta y verosímil los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario objeto de la presente acción de amparo.

 PERÚ Ministerio de Cultura Viceministerio de Interculturalidad "Año de la Integración Nacional y el Resquecimiento de Nuestra Diversidad"		Ministerio de Cultura Dirección General de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos 22 MAR. 2012 RECIBIDO Hora: 5:07 P.M. Firma: 
San Borja, 22 MAR. 2012 Of. N° 202-2012-INDEPA/J Señor PAULO CESAR VILCA ARPASI Director General de Interculturalidad y Derechos de los Pueblos Viceministerio de Interculturalidad MINISTERIO DE CULTURA Presente.-		
ASUNTO : LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES AL EIA PARA LA AMPLIACIÓN DEL PROGRAMA DE EXPLORACIÓN Y DESARROLLO EN LA LOCALIDAD SAN MARTÍN ESTE - LOTE 88 REF. : MEMORANDUM N° 93-2012-DGIDP/VM/AMC		
De mi consideración: Es grato dirigirme a usted para saludarlo cordialmente y, en atención al documento de la referencia, informo lo siguiente:		
<ul style="list-style-type: none"> En virtud del Artículo 2° de la Resolución Ministerial N° 041-2012-MC del 31/01/12, se aprobó la opinión técnica emitida por el Viceministerio de Interculturalidad sobre el Estudio de Impacto Ambiental para la ampliación del programa de Exploración y Desarrollo en la locación San Martín Este Lote 88, presentado por la empresa PlusPetrol Perú Corporation S.A., opinión que se encuentra comprendida en los Informes N° 006-2011-INDEPA-OPD-DCPI-PIACI/JIM y N° 01-2012-INDEPA-OPD-DCPI-PIACI/FVS/VAV, de fechas 29 de diciembre de 2011 y 02 de enero de 2012, emitidos por la Unidad Ejecutora N° 004-INDEPA. La mencionada opinión técnica contiene observaciones y recomendaciones que fueron informadas oportunamente a la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos - DGAAE, del Ministerio de Energía y Minas. La información remitida por la DGAAE, a través del Of. N° 423-2012-MEM/AEE el 09/03/12, corresponde al levantamiento de las observaciones y recomendaciones de acuerdo a lo que ellos indican. De la evaluación de dicha información y, en tanto la autoridad competente garantiza la incorporación de lo arriba señalado dentro de los compromisos de la empresa, atendiendo a lo indicado en la Resolución Ministerial N° 041-2012-MC, consideramos se estará cumpliendo con los objetivos de protección de los pueblos en aislamiento. 		
Cabe señalar que la adopción de todas aquellas medidas que salvaguarden los derechos de los PIACI, constituyen condición esencial para garantizar los objetivos de su protección.		
Sin otro particular, hago propicia la oportunidad para expresar los sentimientos de mi especial consideración y estima personal.		
Atentamente,  Ministerio de Cultura Unidad Ejecutora N° 004 - INDEPA Gustavo Arturo Zambrano Chávez Jefe		

SE NIEGA A REALIZAR LA EVALUACIÓN DE LA RESPUESTA DE LA EMPRESA PLUSPETROL PARA SABER SI SE LEVANTARON LAS OBSERVACIONES.



CAPÍTULO VII

HACIA UNA INSTITUCIONALIDAD OBJETIVA E INDEPENDIENTE GARANTE DE DERECHOS CONSTITUCIONALES AMBIENTALES E INDÍGENAS

*“¿Cuando tomaremos conciencia de que no hay una ni muchas crisis sino una mutación, no la de una sociedad sino la mutación brutal de toda una civilización? Vivimos una nueva era, pero no logramos visualizarla. No reconocemos, ni siquiera advertimos, que la era anterior terminó. Por consiguiente, no podemos elaborar el duelo por ella, pero dedicamos nuestros días a momificarla. A demostrar que está presente y activa, a la vez respetamos los ritos de una dinámica ausente.”*³⁵⁶

Viviane Forrester. El Horror Económico

7.1. EL DESARROLLO SOSTENIBLE SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La contaminación sonora en nuestras ciudades amazónicas puede traer en mediano plazo problemas de salud auditiva, la depredación de nuestros bosques de protección escasez de agua y alteración de nuestro clima, el vertimiento de aguas hervidas así como por efluentes de actividades productivas progresivamente harán colapsar nuestros ríos, lagos y ecosistemas marino costeros. La sobreexplotación de nuestros recursos naturales y depredación de nuestra fauna y flora tienen un costo social y ambiental que más temprano que tarde nos pasara la factura mediante un incremento de vulnerabilidad de las poblaciones y un sustantivo aumento del costo de nuestro sistema de salud.

En 1987 la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas (Comisión Brundtland) definió por primera vez el concepto de desarrollo sostenible como el proceso en donde asegura la satisfacción de las necesidades humanas presentes sin que se ponga en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades y que, por ende, involucra la utilización de recursos. Agreguemos que el desarrollo sostenible es el proceso de cambio en el que la utilización de recursos,

³⁵⁶ Forrester, Viviane. El horror económico. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires. 1998. p. 10

la dirección de las inversiones y la orientación de los cambios tecnológicos e institucionales acrecientan el potencial actual y futuro para atender las necesidades y aspiraciones humanas.³⁵⁷

El concepto de desarrollo sostenible contiene por tanto dos conceptos claves:³⁵⁸

- El concepto de necesidades, en particular las necesidades esenciales de los pobres del mundo a la atención de las cuales debe asignarse la prioridad requerida; y,
- La ideas de las limitaciones impuestas por el Estado de la tecnología y de la organización social sobre las capacidades del ambiente para satisfacer las presentes y futuras necesidades.

El desarrollo sostenible es un modelo de desarrollo duradero y responsable. Se requiere un crecimiento económico equitativo bajo los criterios de igualdad, justicia social y adecuada distribución de ingreso, privilegiando las mejores condiciones de vida de la población, y principalmente, de una adecuada regulación legal que acerque a la sociedad a dichos objetivos.³⁵⁹ De ahí, que el principio de sostenibilidad tiene por objetivo una gestión ambiental sostenible en el tiempo y en armonía con el desarrollo social y económico sin afectar la regeneración de los ecosistemas y el ambiente en general.

El Tribunal Constitucional en el considerando 36 de la sentencia del expediente 048-2004-PI-TC señala que por “sostenibilidad” debe entenderse “(...) a la relación que existe entre los sistemas dinámicos de la economía humana, y los sistemas ecológicos, asimismo dinámicos pero que normalmente cambian a un ritmo más lento, y donde a) la vida humana puede continuar indefinidamente; b) los individuos humanos pueden prosperar; c) las culturas humanas pueden desarrollarse; pero en la que d) los efectos de la actividad humana se mantienen de unos límites, de forma que no se destruya la diversidad, la complejidad y el funcionamiento del sistema ecológico que sirve de sostenimiento a la vida”. Esto pone de manifiesto que no se trata ya solamente de las posibles restricciones con una finalidad solidaria o para cumplir con determinadas prestaciones propias del Estado Social y Democrático de Derecho, sino incluso, como una necesidad de mantener y preservar nuestra propia especie. Como ha precisado Costanza, la sostenibilidad es mera justicia con relación a las generaciones futuras. En donde hay que incluir también a las futuras generaciones de otras especies, aun cuando nuestro interés principal se centre en nuestra propia especie”. Se busca con ello satisfacer las necesidades actuales sin sacrificar las futuras, lo que implicara un aprovechamiento racional y sostenible de los recursos naturales, permitiendo su progresiva regeneración y asegurando los mismos bienes y servicios ambientales para las generaciones futuras.³⁶⁰

En Tribunal Constitucional define al desarrollo sostenible o sustentable, como una pauta necesaria para que la gestión humana sea capaz de generar una mayor calidad y condiciones de vida en beneficio de la población actual, pero manteniendo la potencialidad del ambiente para satisfacer las necesidades y las aspiraciones de vida de las generaciones futuras. Por ende, se propugna que la utilización de los bienes

³⁵⁷ Cfr, Galarza Contreras, Elsa. La Economía de los Recursos Naturales. Universidad del Pacífico. 2004. Lima-Perú. p.17.

³⁵⁸ Fundación Pro Naturaleza. La Conservación y el Desarrollo Sostenible: Conceptos Clave. Serie Documentos de Conservación (6). 1997. p. 14 ; Cfr, Mosset Iturraspe, Jorge y otros. Daño Ambiental. Tomo I. Rubinzai- Culzoni Editores. Santa Fe- Argentina. 1999. p.70-1

³⁵⁹ Caro Coria, Dino Carlos. Derecho Penal del Ambiente. Grafico Horizonte. Lima- Perú. 1999. p. 96

³⁶⁰ Cfr, Schwaib, María Matilde- Malca, Oscar. Responsabilidad Social: fundamentos para la competitividad empresarial y el desarrollo sostenible. Universidad del Pacífico. Lima- Perú. 2005. p.19

ambientales para el consumo no se “financien” incurriendo en “deudas” sociales para el porvenir.³⁶¹

El desarrollo sostenible o sustentable requiere de la responsabilidad social: ello implica la generación de actitudes y comportamientos de los agentes económicos y el establecimiento de políticas de promoción y el desarrollo de actividades que, en función del aprovechamiento o uso de los bienes ambientales, procuren el bien común y el bienestar general.³⁶² A menudo dicho ejercicio es difícil de realizar para los actores sociales que debido a extremas necesidades actuales, otorgan prioridad a éstas, en detrimento de las poblaciones futuras. Así tenemos los casos de invasiones en áreas naturales protegidas que por razones “humanitarias” los jueces civiles se niegan a desalojar, lo propio ocurre con actividades como la minería artesanal ilegal o en la construcción de una carretera o un tendido eléctrico en perjuicio de la conservación del ambiente. En estos supuestos estas actividades beneficiarían actualmente a un grupo humano, a costa de la pérdida irreparable de biodiversidad.

En cuanto al vínculo existente entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, Tribunal Constitucional ha considerado que este se materializa en función de los siguientes principios:

- a) El principio de desarrollo sostenible o sustentable;
- b) El principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales;
- c) el principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar a su existencia;
- d) El principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados;
- e) El principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano;
- f) El principio precautorio, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente, y g) el principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables.

El desarrollo sostenible, es una consecuencia de la participación de los propios interesados en la concertación de acciones de corto y mediano plazo, requiere de marcos institucionales específicos. Al respecto, el proceso de descentralización que estamos iniciando ofrece grandes oportunidades.³⁶³ Ello sin olvidar, que el punto de partida de toda política encaminada al desarrollo sostenible nacional es la erradicación de la pobreza y el eficiente aprovechamiento de nuestros recursos sin afectar el bienestar de generaciones futuras.

³⁶¹ Fundamento 19 del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

³⁶² Fundamento 22 del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

³⁶³ Monge, Carlos. El Desarrollo Sostenible desde la perspectiva social. En: I Taller Nacional Hacia una estrategia nacional sobre el desarrollo sostenible. GTZ y Otros. Lima- Perú. 2004.p.70-71

7.1.1. EL DESARROLLO SOSTENIBLE Y EL DERECHO A UN AMBIENTE EQUILIBRADO.-

El derecho a un ambiente sano y equilibrado sostenemos le pertenece a todo individuo y pueblo de la humanidad.³⁶⁴ Este derecho es reconocido por primera vez en el Principio 1 de la Declaración de Estocolmo sobre Medio Humano según el cual “el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones futuras.”³⁶⁵ El derecho a un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, es un derecho por tanto de tercera generación e intergeneracional.³⁶⁶ Por otra parte, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, en cuyo artículo 24 se indica que “todos los pueblos tienen el derecho a un satisfactorio medio ambiente favorable a su desarrollo”.³⁶⁷

El Tribunal Constitucional entiende al ambiente como un sistema; es decir como un conjunto de elementos que interactúan entre sí. Por ende, implica el compendio de elementos naturales –vivos o inanimados– sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen en la vida material y psicológica de los seres humanos. Por dicha razón, es objeto de protección jurídica y forma parte del bagaje de la tutela de los derechos humanos.³⁶⁸ Desde una perspectiva práctica el Tribunal Constitucional ha establecido que un ambiente puede ser afectado por alguna de estas cuatro actividades:

-
- a) **Actividades molestas:** Son las que generan incomodidad por los ruidos o vibraciones, así como por emanaciones de humos, gases, olores, nieblas o partículas en suspensión y otras sustancias.
 - b) **Actividades insalubres:** Se generan cuando se vierten productos al ambiente que pueden resultar perjudiciales para la salud humana.
 - c) **Actividades nocivas:** Se generan cuando se vierten productos al ambiente que afectan y ocasionan daños a la riqueza agrícola, forestal, pecuaria o piscícola.
 - d) **Actividades peligrosas:** Son las que ocasionan riesgos graves a las personas o sus bienes debido a explosiones, combustiones o radiaciones.

El Tribunal Constitucional ha establecido acertadamente que existe una obligación concurrente del Estado y de los particulares de mantener aquellas condiciones naturales del ambiente, a fin de que la vida humana exista en condiciones ambientalmente dignas. El Estado democrático de derecho debe proteger a las personas contra los ataques al medio ambiente en el que se desenvuelva su existencia, para permitir que el desarrollo de la vida se realice en condiciones ambientales aceptables. El Estado asume la obligación de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten el medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana.

³⁶⁴ Cfr, Foy , Pierre y otros. Derecho Internacional Ambiental. PUCP Fondo Editorial. Lima- Perú. 2003. p.93

³⁶⁵ Organización de las Naciones Unidas. Informe de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano. (Estocolmo,1972) Nueva Cork: Naciones Unidas, 1973.

³⁶⁶ Cfr, Foy , Pierre y otros. Derecho Internacional Ambiental. PUCP Fondo Editorial. Lima- Perú. 2003. p.94

³⁶⁷ Cfr, Foy , Pierre y otros. Derecho Internacional Ambiental. PUCP Fondo Editorial. Lima- Perú. 2003. p.93

³⁶⁸ Exp. N.º 0018-2001-AI/TC

El papel del Estado no sólo supone tareas de reparación frente a daños ocasionados, sino de manera especialmente relevante, de prevención para evitar que aquellos no sucedan. Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país.³⁶⁹

El Tribunal Constitucional ha manifestado, en la sentencia emitida en el Expediente N.º 0048-2004-PI/TC, que el contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos; a saber:

- 1) El derecho a gozar de ese medio ambiente y
- 2) El derecho a que ese medio ambiente, se preserve.

El derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute.

Ahora bien, todo derecho fundamental de una persona implica un deber o carga que deberá soportar el titular del derecho ambiental, en nuestro caso del deber de contribuir a una gestión ambiental eficiente y efectiva. El derecho a un ambiente sano y equilibrado implica la obligación de conservar la diversidad biológica y mantener la continuidad de los ecosistemas, lo que se verá traducido necesariamente en el cumplimiento de las evaluaciones de impacto ambiental (instrumentos de gestión ambiental), el respeto a los límites máximos permisibles, el ordenamiento territorial, en la zonificación ecológica y económica, las zonas de protección ecológicas, la conservación in situ y las áreas naturales protegidas (nacionales, regionales, municipales y privadas) así como la efectiva fiscalización de actividades productivas que impliquen riesgos al ambiente.³⁷⁰

7.1.2. EL DESARROLLO SOSTENIBLE Y EL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN

El Derecho Internacional impone a los Estados un deber de prevención de daños, cuando en su territorio, o bajo su jurisdicción o control, se realiza una actividad de esta índole.³⁷¹ El deber de prevenir es distinto al deber de reparar, remediar o compensar y además comprende varios aspectos. En primer lugar, sostiene Dupuy, la política preferida debe

³⁶⁹ El artículo I del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente

³⁷⁰ En los principios y lineamientos de la política ambiental en el sector turismo, el principio bajo comentario es aplicado en los siguientes términos: " 9. El Sector Turismo reconoce que el ambiente es un derecho y deber para todos sus miembros y promoverá que sea tratado integralmente en todos sus niveles."

³⁷¹ Barboza , Julio citado por Foy , Pierre y otros. Derecho Internacional Ambiental. PUCP Fondo Editorial. Lima- Perú. 2003. p.198

ser la prevención, ya que la compensación en el caso de daño, generalmente, no restablece la situación prevaleciente antes del suceso o accidente. Por otro lado, el cumplimiento del deber de prevenir, que consiste en actuar con la debida diligencia, adquiere mayor pertinencia a medida que aumenta, constantemente, los conocimientos sobre las operaciones peligrosas, los materiales utilizados y los procesos para realizarlos. La política de prevención es mejor que la curación.³⁷²

Este principio de prevención ha sido incorporado, en diversos tratados internacionales relativos a la protección del ambiente, accidentes nucleares, objetos espaciales, cursos de agua internacionales, ordenación de residuos peligrosos y prevención de contaminación de marina.³⁷³ Así, lo podemos apreciar en el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo, en el Principio 2 de la Declaración de Río y, anteriormente, en la Resolución 2993 (XXVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 15.12.1972 y el Informe de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo, de 1977.³⁷⁴

El Tribunal Constitucional en el Exp. N° 048-04-PI-TC de fecha 01.04.05 señala que el principio de prevención supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia. Asimismo establece que el principio de restauración esta referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados añadiendo además que entiende por el principio de mejora aquel que permite maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano (considerando 18).

El Tribunal Constitucional, en el Exp. N.º 0018-2001-AI/TC, establece que el papel del Estado no sólo supone tareas de conservación, sino también de prevención. En efecto, por la propia naturaleza del derecho, dentro de las tareas de prestación que el Estado está llamado a desarrollar, especial relevancia tiene la tarea de prevención y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin. Y es que si el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un medio ambiente sano, éstos sí pueden exigir del Estado que adopte todas las medidas necesarias de prevención que la hagan posible. El mencionado colegiado estima que la protección del medio ambiente no es sólo una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención para evitar que aquellos no sucedan.

7.1.3. EL DESARROLLO SOSTENIBLE Y EL PRINCIPIO PRECAUTORIO

Este es el principio más difundido en la legislación ambiental nacional, y tiene por objetivo evitar que la falta de certeza absoluta sobre la ocurrencia de un grave e irreversible daño ambiental impida que se adopten las medidas eficaces y eficientes que impidan la degradación del ambiente. En otras palabras, ante la duda de que se pueda producir un daño ambiental, se opta por adoptar medidas preventivas a fin de evitar un potencial daño ambiental. Ante incertidumbre científica o tecnológica para adoptar o no medidas de protección al ambiente, se opta por protegerlo.

³⁷² Dupuy, Pierre – Marie. En: Foy, Pierre y otros. Derecho Internacional Ambiental. PUCP Fondo Editorial. Lima- Perú. 2003. p.199.

³⁷³ Comisión de Derecho Internacional. Informe 1998.p.23 En: Foy, Pierre y otros. Derecho Internacional Ambiental. PUCP Fondo Editorial. Lima- Perú. 2003. p.199.

³⁷⁴ Foy, Pierre y otros. Derecho Internacional Ambiental. PUCP Fondo Editorial. Lima- Perú. 2003. p.199.

El Tribunal Constitucional en el Exp. N° 048-04-PI-TC señala que el principio precautorio busca adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente.

El Tribunal Constitucional en el Exp. N° 3510-2003-PA-TC señala que El “principio precautorio” o también llamado “de precaución” o “de cautela” se encuentra estrechamente ligado al denominado principio de prevención. Este exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca realmente el deterioro al medio ambiente. Aquel opera más bien ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Es justamente en esos casos en que el principio de precaución puede justificar una acción para prevenir el daño, tomando medidas antes de tener pruebas de este.

El Tribunal Constitucional establece que como elemento esencial del principio de precaución, la falta de certeza científica para aplicarlo, aún cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables.

El principio 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992) define al principio precautorio de la siguiente manera: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deben aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

De esta definición se pueden apreciar que el principio precautorio impide que se use como pretexto para no adoptar medidas de protección al ambiente, la falta de certeza científica absoluta, nuevamente en caso de duda, la presunción juega a favor de la protección al ambiente.

El principio precautorio no sólo se puede aplicar para evitar daños ambientales “ecológicamente puros” o que afectan al ambiente per se, sino para evitar la consumación de daños ambientales indirectos vinculados a la calidad de vida y la salud. Este es el caso de las antenas de celulares que aunque no se haya probado plenamente los efectos nocivos a la salud humana se recomienda que sean instaladas fuera de zonas urbanas.

El objetivo prioritario de este principio no es contemplar el resarcimiento por un daño ambiental sino que el agente contaminador o depredador incorpore en su estructura de producción, los costos que demandará:

- a.) La prevención,
- b.) La vigilancia,
- c.) La restauración,
- d.) La rehabilitación,
- e.) La reparación y la eventual compensación por un daño ambiental.

Esto es, no se está pagando por contaminar sino internalizando los costos de los potenciales daños al ambiente en el proceso de producción del agente contaminador. Ello en razón a que se entiende que el creador de un riesgo es quien debe garantizar y

hacerse cargo de las consecuencias que su actividad puede ocasionar a la sociedad.³⁷⁵ Los instrumentos de gestión ambiental tienen esta finalidad preventiva y mitigadora de potenciales impactos negativos al ambiente de la actividad empresarial. Se trata entonces de incluir en los costos del empresario, el valor de medidas mitigadoras daño ambiental y no de “un pago por contaminar”, permitiendo la restauración del ambiente así como la compensación por el daño inferido.³⁷⁶

El TC, como máximo intérprete de la Constitución, ha desarrollado conceptos fundamentales en torno al derecho a un ambiente equilibrado y el desarrollo sostenible. En los años venideros seguramente tendrá que emitir su posición respecto a los problemas socio ambiental provocados por actividades hidrocarburíferas, mineras, pesqueras, manufactureras y la superposición de derechos reales en el ámbito del aprovechamiento de recursos naturales siendo uno de los más inmediatos la superposición de lotes hidrocarburíferos con reservas territoriales indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial.

La visión del desarrollo sostenible según el TC nos permite avizorar que en un futuro cercano el mencionado colegiado tendrá entre manos, la defensa de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario que están siendo afectados por actividades hidrocarburíferas vulnerando con ello sus derechos a la vida, salud y la integridad cultural. Asimismo el TC deberá consolidar en última instancia las estrategias de conservación, la implementación del sistema de nacional de gestión ambiental, sistema nacional de impacto ambiental, el respaldo la descentralización de competencias ambientales así como la justa y equitativa distribución de los beneficios derivados de las regalías de derechos de aprovechamiento de recursos naturales y el establecimiento de áreas naturales protegidas.

7.1.4. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional en los últimos años nos ha legado diez (10) grandes lecciones sobre la responsabilidad social empresarial en el Perú. El propósito de este acápite es difundir los mensajes que claramente ha dejado el mencionado colegiado a través de su jurisprudencia. En ese sentido, hemos escogido casos emblemáticos al respecto que sumariamente narraremos para finalmente extraer la lección aprendida.

7.1.4.1. LA PREVENCION Y FISCALIZACION AMBIENTAL (EXP. N.º 3510-2003-AA/TC)

La contaminación concurrente y progresiva por una o varias industrias es una circunstancia bastante común en nuestras ciudades siendo escasas las demandas que se presentan para detener estas acciones contaminantes. Este es el caso del Sr. Julio César Huayllasco Montalvo quien interpone una demanda de amparo contra la empresa PRAXAIR PERU S.A., manifestando que sus derechos a la integridad psíquica y física, de protección a la salud y goce de un medio ambiente equilibrado se han visto afectados por la contaminación producida por las actividades industriales de la demandada; y, en

³⁷⁵ Cfr, Váldez, Julio Cesar y Montolla Rosales, Asela. El precio medioambiental de la Producción de alimentos. En: Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNMSM. Año X N° 28. Lima- Perú. 2005. p. 131.

³⁷⁶ Cfr, Carhuatocto Sandoval, Henry. El Daño Ambiental. Suplemento de Análisis Legal Jurídica- Diario Oficial “El Peruano” de fecha 02.01.07. Editora Perú. Lima- Perú. p. 2

consecuencia, solicita que dicha empresa se abstenga de proseguir sus actividades hasta que no se tomen las medidas pertinentes para evitar que se sigan vulnerando los derechos invocados.

El Tribunal Constitucional sostiene que el contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos; a saber: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y 2) el derecho a que ese medio ambiente, se preserve. El derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1º de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido. Y con relación al segundo acápite, dice la sentencia que el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio del Tribunal Constitucional, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente.³⁷⁷

En cuanto al vínculo existente entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, la jurisprudencia constitucional ha considerado que este se materializa en función de los siguiente principios : a) el principio de desarrollo sostenible o sustentable (que merecerá luego un análisis); b) el principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales; c) el principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar a su existencia; d) el principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados; e) el principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano; f) el principio precautorio, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente, y g) el principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables (STC 0048-2004-PI/TC).³⁷⁸

El Tribunal Constitucional en este caso analiza el “principio precautorio”, sobre el cual señala lo siguiente: “El principio 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992) lo define de la siguiente manera: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deben aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.”³⁷⁹

El Tribunal Constitucional considera que el “principio precautorio” se encuentra estrechamente ligado al denominado principio de prevención. Este último exige la

³⁷⁷ Segundo fundamento inciso d de la Sentencia Exp. 3510-2003-AA/TC y Sentencia del Exp. 0048-2004-PI/TC

³⁷⁸ Segundo fundamento inciso e de la Sentencia Exp. 3510-2003-AA/TC y Sentencia del Exp. 0048-2004-PI/TC

³⁷⁹ Cuarto fundamento inciso a de la Sentencia Exp. 3510-2003-AA/TC

adopción de medidas de protección antes de que se produzca realmente el deterioro al medio ambiente. El principio precautorio opera más bien ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Es justamente en esos casos en que el principio de precaución puede justificar una acción para prevenir el daño, tomando medidas antes de tener pruebas de este.³⁸⁰

Si bien el elemento esencial del principio de precaución es la falta de certeza científica para aplicarlo, aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables. No siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, pues, dependiendo del caso, el mismo puede ser alcanzado, mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones.³⁸¹

Entrando a la cuestión de fondo el Tribunal Constitucional considera que no existen pruebas suficientes que imputen responsabilidad por daño ambiental a la empresa PRAXAIR teniendo en cuenta para ello que las descargas de sustancias y residuos al ambiente en la zona son también atribuibles a la empresa Vinsa y que los informes técnicos no son concluyentes respecto a los perjuicios que ocasionan a la salud de la comunidad local los gases que emana la fábrica de PRAXAIR. Lamentablemente los informes del Colegio Químico del Perú, la Universidad Peruana Cayetano Heredia y DIGESA son demasiado genéricos y carecieron de una mayor rigurosidad técnica.

Ello nos trae a colación la obligación impuesta al afectado de un daño ambiental de probar el perjuicio ocasionado, cuyas perversas consecuencias observamos en el presente caso y en el derrame de mercurio en Choropampa y en los cinco derrames de Hidrocarburos del Proyecto Camisea del año 2004-2005. Nuestro ordenamiento debería exigir que pruebe quien está en mejor condiciones de hacerlo y no cargar dicha responsabilidad a quien no tiene los medios para hacerlo.

El Tribunal Constitucional sostuvo en el presente caso que si bien no existen elementos suficientes para que pueda emitirse una sentencia estimativa, dadas las actividades industriales de la accionada y su ubicación colindante con el Hospital Naval y la zona residencial de densidad media alta, se hace imprescindible, en atención a los principios de prevención y precaución, que el Estado adopte acciones positivas para asegurar la salud e integridad de la población asentada alrededor de la planta industrial de la demandada, y que esta dé estricto cumplimiento a la normativa ambiental que rige sus actividades.³⁸²

De esta manera se exhorta a los ministerios de Salud y de la Producción y a las municipalidades provincial del Callao y distrital de Bellavista, a que, a través de sus respectivos órganos competentes y dentro del marco de su sistema de gestión ambiental nacional, regional y local, realicen inspecciones periódicas en la empresa PRAXAIR PERU S.A., a fin de prevenir cualquier tipo de contaminación ambiental.³⁸³ Asimismo, exhorta al Ministerio de la Producción a que, a través de sus órganos competentes,

³⁸⁰ Cuarto fundamento inciso b de la Sentencia Exp. 3510-2003-AA/TC

³⁸¹ Cuarto fundamento inciso c de la Sentencia Exp. 3510-2003-AA/TC

³⁸² Décimo Noveno fundamento de la Sentencia Exp. 3510-2003-AA/TC

³⁸³ Parte resolutive 3 de la Sentencia Exp. 3510-2003-AA/TC

realice un seguimiento permanente de las recomendaciones formuladas en los informes semestrales de monitoreo ambiental, y exija su cumplimiento a la empresa demandada.³⁸⁴ Lo propio hace con la Contraloría General de la República a que, en ejercicio de sus competencias atribuidas, realice acciones de control correspondientes sobre las entidades responsables³⁸⁵ de fiscalizar el efecto en la salud y el ambiente de las actividades industriales de la demandada.³⁸⁶ La sentencia analizada es importante pues es la primera vez que el máximo intérprete de la constitución apelaría con propiedad al principio de prevención para ordenar la fiscalización del cumplimiento de las normas ambientales vigentes en resguardo de la salud pública.

7.1.4.2. EL RESPETO DEL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN DE DAÑOS AMBIENTALES (EXP. N.º 0964-2002-AA/TC)

La instalación de artefactos electromagnéticos sin el estudio de impacto ambiental correspondiente ni licencia de funcionamiento evidentemente pone en riesgo el derecho fundamental a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida. Este es el caso de la Sra Alida Cortez Gómez de Nano que interpone un amparo contra la empresa NEXTEL DEL PERÚ S.A., por la instalación de una antena y equipos sin contar con autorización. El Ministerio de Transportes confrontado al respecto señaló que los permisos para la instalación de antenas y otros equipos requieren de un informe técnico independiente de la licencia de funcionamiento, los cuales, no se habían expedido. Por otra parte, se sostiene que Defensa Civil ha emitido un informe desfavorable a la instalación de la antena en dicho lugar, por cuanto no se respeta la distancia recomendada por los organismos internacionales entre la instalación y las viviendas.

En su defensa NEXTEL sostiene que dispone de una red de telecomunicaciones propia; que cuenta con la autorización respectiva del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción que la autoriza a operar en el departamento de Lima y la provincia constitucional del Callao; precisa que todos sus equipos tienen los certificados de homologación que expide el Ministerio de Transporte, lo que determina que pueden ser utilizados en nuestro país sin atentar contra la seguridad de los usuarios. Asimismo el TUPA del MTC no exige la autorización como requisito para obtener el permiso de instalación de estaciones.

El Tribunal Constitucional señala que tiene una tarea en extremo delicada: **proteger los derechos constitucionales**. Ciertamente, si todo el problema se redujese a un tema de mera legalidad, esto es, a determinar si la instalación de antenas y equipos se efectuó o no de acuerdo con la ley, y nada más que ello, entiende el Tribunal Constitucional que usurparía una atribución que, en principio, la Constitución ha confiado al Poder Judicial. En ese sentido se plantea una interrogante: ¿Con la instalación de tales antenas y equipos, para la prestación del servicio de telefonía, puede amenazarse o vulnerarse un derecho constitucional?³⁸⁷

Reflexiona el Tribunal Constitucional y manifiesta que no es la instalación de por sí el acto que pone en peligro un derecho constitucional, sino el eventual inicio de operaciones, lo que podría amenazar su derecho a un medio ambiente sano y adecuado.³⁸⁸

³⁸⁴ Parte resolutive 4 de la Sentencia Exp. 3510-2003-AA/TC

³⁸⁵ Ministerios de Salud y de la Producción y a las municipalidades provincial del Callao y distrital de Bellavista

³⁸⁶ Parte resolutive 5 de la Sentencia Exp. 3510-2003-AA/TC

³⁸⁷ Cfr, Sexto Fundamento de la Sentencia EXP. N.º 0964-2002-AA/TC

³⁸⁸ Cfr, Setimo Fundamento de la Sentencia EXP. N.º 0964-2002-AA/TC

El Tribunal Constitucional acertadamente enfatiza que el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado, es un componente esencial para el pleno disfrute de otros derechos igualmente fundamentales reconocidos por la Norma Suprema y los tratados internacionales.³⁸⁹

Respecto de la posible afectación del derecho a la salud y a un medio ambiente sano y adecuado a consecuencia de la propagación de ondas electromagnéticas, el Tribunal Constitucional destaca que se trata de un tema en el que, desde un punto de vista científico, no existe actualmente consenso. Sí existe consenso, sin embargo, en que a través de la legislación correspondiente se establezca una serie de precauciones destinadas a evitar que la carencia de resultados satisfactorios en la investigación sobre el tema, no termine generando problemas irreversibles en la salud y el medio ambiente, y, en ese sentido, que en la medida de lo posible tales equipos y antenas se instalen en lugares donde la gente no pase prolongados periodos de tiempo. Forma parte de ese denominado “principio de precaución”, que el Estado prevea a través de medidas de regulación en la prestación de ese servicio público o mediante la regulación de la materia urbanística, que la instalación de tales equipos y antenas no se efectúe cerca de hospitales, escuelas o zonas residenciales, y que se asegure que los que operan en el mercado en la prestación del servicio público en referencia, compartan torres para reducir su número. Lo anterior, no excluye que se puedan considerar otras medidas y, entre ellas, que las empresas que operan con tales servicios, tengan como obligación de brindar, directa o indirectamente, servicios médicos, estrictamente relacionados con los riesgos propios de los servicios que prestan.³⁹⁰

Precisamente, en ese deber de prevención que el derecho de contar con un medio ambiente sano y adecuado impone sobre los poderes públicos y dentro del cual hay que considerar al principio de precaución, es que el Tribunal Constitucional estima que tales antenas y equipos, cuando no fuese posible su instalación en otras áreas que no sean las zonas residenciales, deben necesariamente colocarse distante de las viviendas. En el presente caso, el demandante ha acreditado, mediante fotos, que la instalación cuestionada está extremadamente próxima a diversas viviendas y, además, que NEXTEL no contaba con la autorización municipal.³⁹¹

El Tribunal Constitucional en virtud a ello declaro fundada la demanda y, como lo hizo en la sentencia recaída en el **Caso Edelnor** (Exp. N.º 1006-2002-AA/TC), disponer que se retiren las antenas y equipos, así como todo los bienes muebles relacionados con ellos, entre tanto no se cuente con la autorización municipal correspondiente. Y es que “Un Estado de derecho que proclama como valor primordial la defensa de la persona, no puede desatenderse de mecanismos con los que efectivamente se garantice su protección adecuada. Cualquiera que fuese el medio en el que se desenvuelva o se desarrolle la persona, no se le puede atropellar en sus derechos esenciales, exponiéndola a riesgos o perjuicios innecesariamente ocasionados por las propias personas, por las organizaciones colectivas o por el propio Estado, en cualquiera de sus corporaciones”. **El hecho de que exista una necesidad de mejorar la prestación de ciertos servicios públicos no significa que ésta se satisfaga afectando los intereses de esos mismos ciudadanos o de otros distintos, como parece ocurrir en el presente caso.** De ahí que el Tribunal Constitucional considere que al no haber obtenido la emplazada la

³⁸⁹ Décimo Fundamento de la Sentencia EXP. N.º 0964-2002-AA/TC

³⁹⁰ Décimo Primero Fundamento de la Sentencia EXP. N.º 0964-2002-AA/TC

³⁹¹ Décimo Segundo Fundamento de la Sentencia EXP. N.º 0964-2002-AA/TC

autorización municipal para la ejecución de la obra, no se ha acreditado técnicamente que ésta no representa una amenaza para los derechos fundamentales invocados por la recurrente.³⁹²

La sentencia analizada tiene la virtud de apelar al principio precautorio ante la falta de certeza sobre los efectos de las antenas de telefonía en la salud pública. Otro significativo aporte es la consagración de una especie de principio del bienestar general según el cual no se justifica que para la mejora prestaciones de servicios públicos se perjudique a los propios beneficiarios o a otros distintos a estos. Este sería el caso de la construcción de una obra de captación de agua al interior de un Parque Nacional en beneficio de unos colonos y en perjuicio de comunidades ancestrales.

7.1.4.3. LOS CONTRATOS DE APROVECHAMIENTO DE RECURSOS NATURALES NO SON INTANGIBLES (EXP. N.º 006-2000-AI/TC Y EXP. N.º 1206-2005-PA/TC)

La santidad de los contratos consiste en que los contratos celebrados entre las partes tienen el carácter de intangible y no podrán ser modificados por normas aprobadas posteriormente al amparo del artículo 62º de la Constitución Política del Perú. Sin embargo, lo real es que los contratos y concesiones por razones de orden público, equidad o necesidad pública se pueden modificar especialmente en materias donde están involucrados valores tan importantes como los derechos humanos y el medio ambiente.

El principio constitucional de la libertad de contratar plasmado en el artículo 62º de la Constitución tiene como límite según el propio Tribunal Constitucional el orden público que implica necesariamente el concepto de sostenibilidad y aprovechamiento racional de los recursos naturales del Estado.³⁹³ Incluso el mencionado colegiado fue aún más lejos y señaló que el Congreso puede y debe tener injerencia cuando el objeto del contratos o concesiones son recursos naturales de propiedad de la Nación y sobre los cuales el Estado tiene las obligaciones constitucionales de protegerlos y conservarlos, evitando su depredación en resguardo del interés general.³⁹⁴

El establecimiento de vedas es una causal de suspensión de la ejecución de contratos de aprovechamiento de recursos naturales. No es extraño sin embargo que algunos jueces concedan autorizaciones judiciales para pescar, talar o cazar en tiempos de veda en aras de la defensa de la intangibilidad de los contratos, lo que evidentemente afecta la sostenibilidad la actividad extractiva y crea competencia desleal en el sector empresarial. En el caso del Exp. N.º 006-2000-AI/TC los empresarios madereros pidieron increíblemente que se declare inconstitucional el establecimiento de veda de recursos forestales pues afectaba la intangibilidad de sus contratos forestales.³⁹⁵

El principio constitucional de la libertad de contratar plasmado en el artículo 62º de la Constitución tiene como límite el orden público que contiene el concepto de sostenibilidad y aprovechamiento racional de los recursos naturales del Estado.³⁹⁶ Recordemos que incluso el Congreso puede y debe tener injerencia cuando el objeto del contratos o concesiones son recursos naturales de propiedad de la Nación y sobre los cuales el

³⁹² Décimo Segundo Fundamento de la Sentencia EXP. N.º 0964-2002-AA/TC

³⁹³ Cfr, Fundamentos de la Sentencia del Exp. N.º 006-2000-AI/TC

³⁹⁴ Fundamentos de la Sentencia del Exp. N.º 006-2000-AI/TC

³⁹⁵ Cfr, Antecedentes de la Sentencia del Exp. N.º 006-2000-AI/TC

³⁹⁶ Cfr, Fundamentos de la Sentencia del Exp. N.º 006-2000-AI/TC

Estado tiene las obligaciones constitucionales de protegerlos y conservarlos, evitando su depredación en resguardo del interés general.³⁹⁷

La iniciativa privada, la libertad de empresa, la libertad de contratar tiene la limitación de las citadas obligaciones constitucionales del Estado cuando se refieren a bienes de propiedad del Estado otorgados por este en concesión o usufructo a uno de los contratantes. Los recursos naturales como las especies madereras y también el mar, los ríos y el subsuelo conforman la riqueza de la Nación, de tal modo que el Estado no puede transferirlos en propiedad, sino que los cede en concesión para su aprovechamiento, bajo condiciones y requisitos encaminados a conservarlos, de acuerdo a las circunstancias de cada caso y de cada época.³⁹⁸

Sin embargo, estas circunstancias de hecho, coetáneas al otorgamiento de las concesiones por el Estado a particulares sobre recursos naturales de la Nación, pueden variar en el tiempo, de modo tal que lo concedido razonable y convenientemente entonces, puede no serlo ahora.³⁹⁹

Así ha ocurrido con la extracción del cedro y la caoba en nuestra amazonía, ya que nuevas y distintas circunstancias han obligado al Congreso a actualizar las normas sobre su extracción a la realidad y circunstancias del tiempo presente, para prevenir y evitar una rápida y peligrosa depredación que, de continuar, extinguiría en el futuro el valioso recurso natural maderero para todos los ciudadanos.⁴⁰⁰

Es pues, en protección del interés general, tanto social como económico, y en protección al derecho al trabajo, a la libre empresa y a la iniciativa privada de las generaciones futuras, que la Séptima Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N.º 23708 prohíbe temporalmente la extracción de las especies madereras citadas, con la expectativa que cumplido el plazo de veda la Nación recupere el equilibrio ambiental de los bosques madereros y puedan los ciudadanos seguir usufructuándolos.⁴⁰¹

Además, debe considerarse que los contratos sobre especies madereras son, por lo general, de tracto sucesivo, de modo que comprometen contractualmente los recursos del Estado por plazos muy largos en beneficio del concesionario, sin tomar en cuenta la eventual disminución o agotamiento del recurso en el tiempo.⁴⁰²

En relación al derecho de propiedad del concesionario que ha celebrado contratos de compra venta de madera con terceros ha de considerarse que tales contratos son, por lo general, de carácter obligacional y no de carácter real pues el concesionario no transfiere la propiedad de la madera al comprador cuando se firma el contrato, sino que la transfiere por partes y en etapas sucesivas, conforme se van entregando lotes parciales de la cantidad global pactada. **La veda impuesta, en consecuencia, no incide sobre derechos adquiridos de propiedad por parte del comprador, ni sobre derecho a un precio ya recibido por parte del concesionario vendedor, pues la ejecución de las prestaciones de las etapas contractuales futuras aún no se ha realizado.** En todo caso, deben quedar a salvo los derechos adquiridos de los particulares cuyos contratos

³⁹⁷ Fundamentos de la Sentencia del Exp. N.º 006-2000-AI/TC

³⁹⁸ Fundamentos de la Sentencia del Exp. N.º 006-2000-AI/TC

³⁹⁹ Fundamentos de la Sentencia del Exp. N.º 006-2000-AI/TC

⁴⁰⁰ Fundamentos de la Sentencia del Exp. N.º 006-2000-AI/TC

⁴⁰¹ Fundamentos de la Sentencia del Exp. N.º 006-2000-AI/TC

⁴⁰² Fundamentos de la Sentencia del Exp. N.º 006-2000-AI/TC

vienen siendo cumplidos o ejecutados parcial o totalmente, cuyos titulares tienen expedita la acción de amparo.⁴⁰³

Tribunal Constitucional considera que la intangibilidad de los contratos de concesión protegida por el artículo 62° de la Constitución, no puede estar por encima, ni ser ajena al cambio en las circunstancias que posibilita que estos pierdan validez, convirtiéndose la obligación en ilícita o prohibida, cuando su realización afectare el interés general, cumpliendo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

La Sentencia del Exp. N.º 006-2000-AI/TC reseñada resulta un importante referente a tener en cuenta en el proceso de revisión de contratos de concesión por cambios de las circunstancias sociales, económicas o ambientales y en el necesario proceso de revisión del Código Civil. Recordemos que nuestro modelo económico establecido en la Constitución vigente tiene un carácter social y obliga al Estado a no permanecer indiferente a las actividades económicas que deben estar en armonía con el bienestar general.⁴⁰⁴

Asimismo más recientemente en el año 2007, en el ámbito forestal el Tribunal Constitucional estableció que se puede anular concesiones forestales en base a la aplicación del principio de prevención que se deriva de la faz prestacional inherente al derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido el deber del Estado de prevenir adecuadamente los riesgos ante los cuales se encuentra el ecosistema, así como los daños que se pueden causar al ambiente como consecuencia de la intervención humana, en especial en la realización de una actividad económica. Más aún, el principio de prevención obliga al Estado a ejecutar acciones y adoptar medidas técnicas que tengan como fin evaluar los posibles daños que se pueda ocasionar al medio ambiente.⁴⁰⁵ Así, en doctrina se ha expuesto lo siguiente; “La conservación no puede realizarse si no se adoptan medidas protectoras que impidan el deterioro de los bienes ambientales cuya conservación se pretende. Son necesarios medios técnicos específicos que, generalmente, van asociados con limitaciones o con otras más específicas, como la prohibición de la caza y del comercio de especies de animales protegidas o la evaluación del impacto ambiental”⁴⁰⁶.

Esto quiere decir que el deber del Estado no sólo se manifiesta en resguardar que las actividades de los concesionarios se hagan dentro de los parámetros previstos de acuerdo al marco jurídico preestablecido para la protección del ambiente, sino, también en el de ejercer un control *a priori*, esto es, de realizar los estudios pertinentes para que, antes de que se realicen las actividades que puedan afectar el medio ambiente, se tenga cierto grado de certeza sobre las consecuencias que dicha actividad pueda ocasionar. Sólo de esta manera se podrán adoptar medidas destinadas a evitar el daño o, en todo caso, hacerlo tolerable.⁴⁰⁷

7.1.4.4. LAS EMPRESAS MINERAS DEBEN RESPETAR EL ESTABLECIMIENTO DE AREAS DE CONSERVACION MUNICIPAL (EXPS. ACUMULADOS N.ºS 769-2002-AA/TC Y OTROS) .-

⁴⁰³ Fundamentos de la Sentencia del Exp. N.º 006-2000-AI/TC

⁴⁰⁴ Cfr, Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.º 0008-2003-AI/TC

⁴⁰⁵ Fundamento 10 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.º 1206-2005-PA/TC

⁴⁰⁶ Canosa Usera, Raúl. *Constitución y medio ambiente*. Lima, Jurista Editores, 2004, p. 225.

⁴⁰⁷ Fundamento 12 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.º 1206-2005-PA/TC

El caso más famoso referido al establecimiento de áreas de conservación municipal es el de “Quillisch”. En 2001, las empresas Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada Chaupiloma Dos de Cajamarca y Minera Yanacocha S.R.L interpusieron un amparo contra la Municipalidad Provincial de Hualgayoc-Bambamarca, teniendo como pretensión que se deje sin efecto la ordenanza que crea un área de conservación municipal.⁴⁰⁸

Las empresas mineras sostienen que la Municipalidad demandada, ha excedido sus competencias, al crear la “**Zona Reservada y Protegida por la Municipalidad Provincial**” en la microcuenca del río Llaucano en el ámbito territorial de la provincia de Hualgayoc, así como sus áreas circundantes. Aducen que tal disposición resulta inconstitucional, entre otras razones porque desnaturaliza el régimen jurídico de las áreas naturales protegidas, reconocido por el artículo 68° de la Constitución, las que, por otra parte y conforme al artículo 3° de la Ley N.° 26834 , sólo pueden ser de Administración Nacional, Regional y Privadas, existiendo “Zonas Reservadas”; creadas mediante Resolución Ministerial del Sector Agricultura.⁴⁰⁹ Agregan que la ordenanza municipal que cuestionan tiene naturaleza autoaplicativa y que vulnera sus derechos como beneficiarias de concesiones mineras, su derecho de propiedad en relación con los minerales que explotan, y su derecho a la libertad de trabajo.⁴¹⁰

El Alcalde del Concejo Provincial de Hualgayoc-Bambamarca, contesta la demanda, sosteniendo que si bien las empresas mineras tienen derechos de exploración y explotación de recursos minerales provenientes de yacimientos ubicados en la microcuenca del río Llaucano y sus áreas circundantes, dichos derechos, de conformidad con los artículos 70° de la Constitución y 923° del Código Civil, deben ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. Asimismo señala que la ordenanza cuestionada se expidió en el marco de los artículos 2° y 3° de Ley Orgánica de Municipalidades –N.° 23853–, específicamente de su artículo 65°, inciso 3), que le otorga la facultad de velar por la conservación de la flora y fauna locales, y de promover, ante las entidades respectivas, las acciones necesarias para el desarrollo, aprovechamiento racional y recuperación de los recursos naturales ubicados en el territorio de su jurisdicción.

El mencionado alcalde además enfatiza que no ha vulnerado derechos constitucionales, pues la Ordenanza cuestionada no pretende evitar la exploración y explotación minera, sino impedir que con dicha actividad se contaminen las aguas del río Llaucano y el espacio vital de su microcuenca, situación que se produciría en caso las recurrentes contravengan la legislación minera, el Código Penal, el Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales (vigente entonces), la Ley General de Salud y demás disposiciones legales. Agrega que esta ordenanza es una norma preventiva orientada a evitar el desastre ecológico y hasta el genocidio, del que nadie estaría libre si se produce un derrame de sustancias tóxicas, como cianuro, mercurio y otros que utilizan las mineras, teniendo en cuenta como antecedente directo lo ocurrido con la población de Choropampa.⁴¹¹

El Juzgado Mixto de Hualgayoc-Bambamarca declara improcedentes las demandas de las mineras. En ambos casos las resoluciones se sustentan, fundamentalmente, en que las municipalidades tienen por mandato constitucional la obligación de conservar la

⁴⁰⁸ Antecedentes Sentencia Exps. Acumulados N.° 769-2002-AA/TC y otro

⁴⁰⁹ Antecedentes Sentencia Exps. Acumulados N.° 769-2002-AA/TC y otro

⁴¹⁰ Antecedentes Sentencia Exps. Acumulados N.° 769-2002-AA/TC y otro

⁴¹¹ Antecedentes Sentencia Exps. Acumulados N.° 769-2002-AA/TC y otro

diversidad biológica y las áreas naturales, a fin de garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. Asimismo, en que el derecho de propiedad no es ilimitado, sino que debe ejercitarse en armonía con el bien común, encontrándose por encima del mismo el derecho a la vida y las relaciones del hombre con el medio en el que se desarrolla y que condicionan su existencia. Y en que la libertad de trabajo debe ejercerse en armonía con el bien común, sin afectar la moral, la salud ni la seguridad pública.⁴¹²

En segunda instancia se confirma esta decisión al comprobarse que no se viola derechos constitucionales de manera inmediata, ni existe amenaza contra los mismos, encontrándose la aplicación de la ordenanza supeditada a actos administrativos que demuestren que las empresas mineras, en el ejercicio de sus derechos, han vulneran sus disposiciones, situación en la cual recién podría ser oportuna y eficaz una acción de amparo.⁴¹³

Posteriormente, la Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada Chaupiloma Dos de Cajamarca y Minera Yanacocha S.R.L. interponen recursos extraordinarios, hoy de agravio constitucional, contra las sentencias de la Sala Mixta Descentralizada de Santa Cruz de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.⁴¹⁴

El Tribunal Constitucional en una interpretación cuestionable que si bien es cierto que las municipalidades carecen de facultades para crear una Zona Reservada Protegida Provincial, también lo es que sí pueden establecer la creación de Áreas de Conservación Municipal, a tenor del artículo 78° y siguientes del Decreto Supremo N.° 038-2001-AG, siempre que tal decisión sea complementada con las acciones administrativas respectivas ante el Instituto de Recursos Naturales (INRENA).⁴¹⁵ Este argumento resulta endeble pues infelizmente la Ley de Áreas Naturales Protegidas no contempla las áreas de conservación municipal por lo que su reglamento al regularlas se excedía de las facultades otorgadas.

El Tribunal Constitucional de alguna forma endereza el rumbo cuando manifiesta que el artículo 66° de la Constitución establece que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la nación, y que el Estado es soberano en su aprovechamiento. Además, dispone que por ley orgánica se fijen las condiciones de su utilización y otorgamiento a particulares, y que la concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.⁴¹⁶

Por otra parte, inteligentemente asevera el colegiado que la concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, mas no le confiere la calidad de propietario del suelo en el cual se encuentran ubicados los yacimientos. La propiedad, según definición del artículo 923° del Código Civil, es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, y debe ejercerse en armonía con el interés social.⁴¹⁷

⁴¹² Antecedentes Sentencia Exps. Acumulados N.° OS 769-2002-AA/TC y otro

⁴¹³ Antecedentes Sentencia Exps. Acumulados N.° OS 769-2002-AA/TC y otro

⁴¹⁴ Antecedentes Sentencia Exps. Acumulados N.° OS 769-2002-AA/TC y otro

⁴¹⁵ Sexto fundamento de la Sentencia Exps. Acumulados N.° OS 769-2002-AA/TC y otro

⁴¹⁶ Séptimo fundamento de la Sentencia Exps. Acumulados N.° OS 769-2002-AA/TC y otro

⁴¹⁷ Noveno fundamento de la Sentencia Exps. Acumulados N.° OS 769-2002-AA/TC y otro

Es fundamentalmente por estas dos últimas razones que el Tribunal Constitucional advierte que la Ordenanza Municipal N.º 001-2001-MPH-Bca. no representa algún tipo de suspensión o limitación de los derechos de las concesionarias de los yacimientos mineros, lo cual, además, no podría ocurrir, en virtud no sólo de lo dispuesto en el artículo 103º de la Constitución, que consagra que ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, sino también de acuerdo con lo estipulado en el artículo 54º, segundo párrafo, del Decreto Legislativo N.º 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, y en el artículo 47º del Decreto Legislativo N.º 708, Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero, que señalan que el establecimiento de áreas naturales protegidas no tiene efectos retroactivos ni afecta los derechos adquiridos con anterioridad a la creación de las mismas.⁴¹⁸

Agreguemos a ello que no se ha vulnerado el derecho a la libertad de trabajo, por cuanto, la demandada en ningún momento ha realizado acto que pudiera suponer la suspensión de las licencias o autorizaciones con que cuentan las empresas mineras demandantes razón por la cual no se ha puesto en peligro la continuidad de sus actividades mineras.

El Tribunal Constitucional considera que las empresas mineras demandantes tienen expedito su derecho a realizar las labores de prospección y exploración sobre las concesiones otorgadas. Y, ante la eventualidad que la actividad minera de explotación pudiera provocar daños intolerables en el ambiente y, afectar la vida y salud física de las poblaciones aledañas a la cuenca del río Llaucano, se debe realizar, previamente a la explotación, un completo estudio de impacto ambiental que considere la opinión de las municipalidades correspondientes,⁴¹⁹ cuya ejecución esté a cargo de empresas debidamente certificadas, que ofrezcan absoluta imparcialidad y cuenten con la respectiva autorización gubernamental.⁴²⁰ De esta manera, se desestimo las demandas las empresas Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada Chaupiloma Dos de Cajamarca y Minera Yanacocha S.R.L. básicamente por que de manera concreta no se probó la amenaza a sus derechos constitucionales a la libertad de empresa y el derecho al trabajo.

En síntesis, podemos afirmar que esta sentencia pone las bases de lo que será a futuro un sistema descentralizado de conservación in situ, que actualmente no cuenta con un marco legal sólido y respalda la autonomía de los gobiernos regionales y locales para efectos de que manejen sus propios sistemas de conservación regionales y locales en el marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental Regional y Local.

7.1.4.5. LA ACTIVIDAD MINERA ES COMPATIBLE CON EL ESTABLECIMIENTO DE AREAS DE CONSERVACION MUNICIPAL (EXPS. ACUMULADOS N.º 300-2002-AA/TC Y OTROS)

El éxito de estas estrategias de conservación radica en que tienen por objetivo satisfacer las necesidades de la población local presente y futura contribuyendo efectivamente al ejercicio pleno de nuestro derecho a un ambiente equilibrado, y conduciendo progresivamente a nuestra sociedad a un clima de bienestar y paz en el uso de sus recursos naturales.

Una condición fundamental para lograr ello es el respeto de los derechos adquiridos de las personas y comunidades asentados en el espacio en que se establece el área de

⁴¹⁸Décimo fundamento de la Sentencia Exps. Acumulados N.ºs 769-2002-AA/TC y otro

⁴¹⁹Onceavo fundamento de la Sentencia Exps. Acumulados N.ºs 769-2002-AA/TC y otro

⁴²⁰Onceavo fundamento de la Sentencia Exps. Acumulados N.ºs 769-2002-AA/TC y otro

conservación municipal. Sin duda estos derechos deben ser armonizados con los objetos de creación y conservación del espacio de conservación. Lo que no es posible que ocurra es que el área protegida se establezca con la única finalidad de impedir una actividad productiva o extractiva pre-existente y legalmente autorizada. También se desnaturaliza esta institución cuando su objeto es impedir el desarrollo cabal y regular de actividades económicas pre-existentes salvo que exista un acuerdo con los agentes económicos involucrados.

Si el gobierno local considera que una actividad económica está afectando el ambiente en su jurisdicción debe recurrir a la denuncia pertinente ante las autoridades competentes. El establecimiento de un área de conservación municipal si obliga a los agentes económicos a ser más rigurosos en el cumplimiento de sus estudios de impacto ambiental y armonizar lo más posible sus actividades con los fines del área de conservación municipal. Ahora bien, el establecimiento de un área de conservación local o regional puede en algunos casos ser causa de redimensionamiento de una concesión, reducción del pago de una concesión o incluso causal de resolución del contrato de aprovechamiento de recursos naturales, lo que puede conllevar una compensación económica a favor del concesionario.

En el caso objeto de análisis las empresas Minas Conga S.R.L.; Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada Chaupiloma Dos de Cajamarca, y Minera Yanacocha S.R.L., recurrentes, interponen acciones de amparo contra la Municipalidad Provincial de Cajamarca, por declarar mediante ordenanza municipal **el cerro Quilish** y las microcuencas de los ríos Quilish, Porcón y Grande, Zona Reservada Protegida Municipal Provincial, la misma en estas empresas ejercitan su derecho a la exploración y explotación de recursos minerales.⁴²¹

Manifiestan que la Municipalidad de Cajamarca no es competente para declarar zona reservada alguna, ya que dicha atribución le corresponde única y exclusivamente al Poder Ejecutivo y que la ordenanza cuya inaplicación se solicita, al ser de naturaleza autoaplicativa, vulnera sus derechos de propiedad y a la libertad de trabajo.⁴²²

La municipalidad contesta las demandas señalando que corresponde a las entidades edilicias velar por la conservación de la flora y la fauna de sus localidades, y que la ordenanza cuya inaplicación se pretende sólo se limita a declarar al cerro Quilish y a algunas microcuencas como **zona reservada protegida municipal**. Añade, con no existe vulneración del derecho a la propiedad, puesto que el ser titular de una concesión minera no confiere a título de propiedad sobre el suelo. Enfatiza que lo que se pretende proteger con el área de conservación municipal es el **colchón hídrico** de donde nacen los ríos que abastecen de agua a la ciudad de Cajamarca.⁴²³

El Primer Juzgado Civil de Cajamarca, declara improcedentes las demandas, considerando que la Municipalidad de Cajamarca ha actuado dentro de las atribuciones y la autonomía que le confieren la Constitución y la ley. Considera, además, que no ha sido violado el derecho de propiedad, puesto que las demandantes no son propietarias del suelo en el que se encuentran las concesiones mineras de las cuales son titulares, ya que la propiedad de los recursos o fuentes naturales le corresponde al Estado. Tampoco se ha afectado el derecho a la libertad de trabajo, porque la municipalidad demandada ha

⁴²¹ Antecedentes de la Sentencia Exps. ACUMULADOS N.º 300-2002-AA/TC Y OTROS

⁴²² Antecedentes de la Sentencia Exps. ACUMULADOS N.º 300-2002-AA/TC Y OTROS

⁴²³ Antecedentes de la Sentencia Exps. ACUMULADOS N.º 300-2002-AA/TC Y OTROS

actuado con el propósito de garantizar un ambiente equilibrado para el desarrollo de su comunidad, debiendo considerarse también que los derechos fundamentales deben ser ejercidos en armonía con el bien común. Esta decisión es confirmada en segunda instancia.⁴²⁴

El Tribunal Constitucional señala que el artículo 191° de la Constitución establece que las municipalidades provinciales y distritales son órganos de gobierno local, y como tales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Por su parte, el inciso 3) del artículo 65° de la Ley N.° 23853, Orgánica de Municipalidades, contempla, como una de las funciones de dichas entidades, **el velar por la conservación de la flora y fauna locales y promover ante las autoridades respectivas las acciones necesarias para el desarrollo, aprovechamiento racional y recuperación de los recursos naturales ubicados en el territorio de su jurisdicción.**⁴²⁵

Dentro de este contexto, el Tribunal Constitucional consideró que si bien es cierto que las municipalidades carecen de facultades para crear una Zona Reservada Protegida Provincial, también lo es que sí pueden establecer la creación de Áreas de Conservación Municipal, siempre que tal decisión sea complementada con las acciones administrativas ante el Instituto de Recursos Naturales (INRENA).⁴²⁶

Este punto ha sido objeto de intenso debate puesto que la Ley de Áreas Naturales Protegidas no las contempla ni regula, pensando en que sería la Ley Orgánica de Municipalidades quien podría los parámetros para la creación de áreas de conservación municipal. En verdad el artículo 78° y siguientes del Reglamento de Áreas Naturales Protegidas al extenderse mas allá de la Ley que reglamentaba carecería de legalidad.⁴²⁷ En ese sentido, sostenemos que la base legal real para la creación de áreas de conservación actual se encuentra en el inciso 3) del artículo 65° de la Ley Orgánica de Municipalidades y en la legislación referida a Zonificación Ecológica y Económica.

En el caso específico de Minera Yanacocha S.R.L., que alega ser, además, propietaria de diversos predios superficiales a las concesiones mineras de las que es titular, es necesario tener en cuenta que si bien es cierto que el artículo 70° de la Constitución establece que el derecho de propiedad es inviolable y que el Estado lo garantiza, también lo es que debe ser ejercido en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. Ahora bien, según se aprecia del tenor de la norma cuestionada ésta no viola derecho de propiedad alguno ni tampoco impide su ejercicio conforme a ley.⁴²⁸

En estricto la creación del área de conservación municipal no suspende o limita de la concesionaria de los yacimientos mineros, ello virtud no sólo de lo dispuesto en el artículo 103° de la Constitución, que consagra que ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, sino también de acuerdo con lo estipulado en el artículo 54°, segundo párrafo, del Decreto Legislativo N.° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, y en el artículo 47° del Decreto Legislativo N.° 708, Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero, que señalan que el establecimiento de áreas naturales protegidas no tiene efectos

⁴²⁴ Antecedentes de la Sentencia Exps. ACUMULADOS N.° 300-2002-AA/TC Y OTROS

⁴²⁵ Fundamento 4 de la Sentencia Exps. ACUMULADOS N.° 300-2002-AA/TC Y OTROS

⁴²⁶ Fundamento 5 de la Sentencia Exps. Acumulados N.° 300-2002-AA/TC y otros

⁴²⁷ Estos artículos del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales en el 2007 serían derogados por el Decreto Supremo 015-2007-AG de fecha 15.03.07. Cfr. CONAM – PNUMA. Informe Nacional sobre el Estado del Ambiente GEO PERU 2002-2004. Presidencia del Consejo de Ministros. Lima- Perú.2006 p.255

⁴²⁸ Fundamento 9 de la Sentencia Exps. Acumulados N.° 300-2002-AA/TC y otros

retroactivos ni afecta los derechos adquiridos con anterioridad a la creación de las mismas.⁴²⁹

Tampoco se aprecia vulneración del derecho a la libertad de trabajo, por cuanto, la municipalidad demandada en ningún momento ha realizado algún acto del que pudiera establecerse con certeza que se pretenda la suspensión de la licencia o autorización con la que cuentan las empresas demandantes en su calidad de concesionarias de los derechos mineros de los que son titulares, o que se esté amenazando la continuidad de sus actividades mineras; máxime, si el único acto concreto presuntamente lesivo del derecho de las empresas demandantes lo constituye un oficio en el que sólo se solicita información con relación a posibles trabajos que se estuvieran realizando. En consecuencia, este Tribunal declara que las empresas recurrentes tienen expedito su derecho a realizar las labores de prospección y exploración sobre las concesiones otorgadas en su favor.⁴³⁰

En atención a que el derecho a la libertad de trabajo se ejerce con sujeción a la ley, y ante la eventualidad de que, posteriormente, la actividad minera de explotación pudiera provocar daños intolerables en el ambiente y, lo más importante, afectar la vida y salud física de las poblaciones aledañas al cerro Quilish, se debe realizar, previamente a la explotación, un completo estudio de impacto ambiental, a ejecutarse por empresas o instituciones debidamente certificadas y que ofrezcan absoluta imparcialidad.⁴³¹

La autoridad estatal encargada de solicitar y aprobar los estudios de impacto ambiental vinculados a las labores de explotación, deberá necesariamente en dicho proceso solicitar la opinión de las municipalidades correspondientes.⁴³² De esta manera, el Tribunal Constitucional declaró improcedentes las demandas de amparo de las empresas mineras.

Concluiremos sosteniendo que la trascendencia de esta sentencia es su contribución a la consolidación de una institución fundamental para el desarrollo descentralizado de estrategias de conservación: “las áreas de conservación municipal”.

7.1.4.6. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL COMO OBLIGACION EXTRALEGAL (EXP. N.º 1752-2004-AA/TC)

El Tribunal Constitucional no en todos los casos ha podido satisfacer los intereses de la comunidad o población afectada por un daño ambiental puesto que las dimensiones de la cuestión socio ambiental rebasan muchas veces las competencias del mismo. Este es el caso de la señora Elizabeth Ponce Pescorán y su comunidad quienes interponen una acción de amparo contra la Municipalidad Provincial del Callao y la empresa Depósitos Químicos Mineros S.A., solicitando que el municipio se abstenga de emitir la licencia de funcionamiento para la planta de almacenamiento de productos químicos líquidos de la codemandada; y esta última se abstenga de realizar cualquier operación de almacenamiento de productos químicos líquidos e hidrocarburos.

El transporte y almacenaje de productos químicos en el Callao desarrollados por la empresa demandada está amenazando gravemente los derechos a la vida, a la salud y a

⁴²⁹ Fundamento 10 de la Sentencia Exps. Acumulados N.º 300-2002-AA/TC y otros

⁴³⁰ Fundamento 11 de la Sentencia Exps. Acumulados N.º 300-2002-AA/TC y otros

⁴³¹ Fundamento 11 de la Sentencia Exps. Acumulados N.º 300-2002-AA/TC y otros

⁴³² Fundamento 11 de la Sentencia Exps. Acumulados N.º 300-2002-AA/TC y otros

vivir en un ambiente adecuado de las personas de las urbanización Chacaritas del Callao y del asentamiento humano Puerto Nuevo y alrededores.⁴³³

La empresa demandada Depósitos Químicos Mineros S.A. contesta la demanda exponiendo que el Terminal de Almacenamiento de Productos Líquidos a Granel de Depósitos Químicos Mineros S.A. dispone de la más moderna infraestructura tecnológica y ambiental al servicio de la actividad productiva nacional, contribuyendo con ello al uso sostenible del medio ambiente con una inversión de 25 millones de dólares.⁴³⁴ Asimismo, manifiesta que el diseño de las instalaciones del terminal no constituye un riesgo para las personas, dado que solo se dedicará a la recepción, almacenamiento y embarque de productos químicos líquidos a granel, y que sus actividades no implican procesos de fabricación o manufactura de productos químicos.⁴³⁵

El Sexto Juzgado Civil del Callao, con fecha 10 de julio de 2003, declara fundada la demanda en el extremo que solicitaba la abstención de Depósitos Químicos Mineros S.A. de realizar cualquier operación de almacenamiento de productos químicos líquidos e hidrocarburos, estimando que dichas actividades constituían un peligro permanente e inminente de ocurrencia de contingencias, como derrames, incendios, explosiones u otros accidentes, y que representaban un peligro potencial para las poblaciones aledañas a la zona.⁴³⁶

En segunda instancia, se revoca la apelada, declara improcedente la demanda, argumentando que los demandantes no acreditaron de modo indubitable la existencia de inminente amenaza de los derechos constitucionales invocados, y que al existir informes técnicos contradictorios presentados por ambas partes, resultaba necesario un debate pericial por tratarse de un asunto eminentemente técnico, no siendo el proceso de amparo la vía idónea para cuestionar los actos emanados de las autoridades administrativas dentro del marco de sus competencias.⁴³⁷ Lamentablemente, nuestro sistema probatorio tiende a favorecer al infractor pues la responsabilidad de probar el daño recae en la víctima en este caso las personas afectadas por la contaminación de minerales que cuentan con escasos recursos económicos. En otros casos recae dicha labor en órganos técnicos del Estado que cuentan cuyo limitado presupuesto les impide elaborar como un informe técnico altamente eficiente. Una salida a esta situación puede ser la aplicación responsable de los principios del derecho ambiental, específicamente el principio de prevención, el principio precautorio y el principio de responsabilidad por daño ambiental.

El citado tribunal por su parte considero que los informes técnicos presentados por los demandantes, que cuestionan el Estudio de Impacto Ambiental del Terminal de Depósitos Químicos Mineros S.A., no son determinantes para poner objeciones a la Licencia de Funcionamiento otorgada por la Municipalidad Provincial del Callao.

El mencionado colegiado sostiene además que los informes técnicos no acreditan la amenaza de los derechos constitucionales de los demandantes, no teniéndose conocimiento seguro y claro de que pueda producirse un peligro potencial. Lo cual lleva al colegiado a establecer que la amenaza no es inminente, ya que no se ha demostrado que esté por suceder o en proceso de ejecución. En suma, el tribunal concluye que se trata de

⁴³³ Antecedentes del Exp. ° 1752-2004-AA/TC

⁴³⁴ Antecedentes del Exp. ° 1752-2004-AA/TC

⁴³⁵ Antecedentes del Exp. ° 1752-2004-AA/TC

⁴³⁶ Antecedentes del Exp. ° 1752-2004-AA/TC

⁴³⁷ Antecedentes del Exp. ° 1752-2004-AA/TC

una probabilidad que deberá reducirse con las debidas medidas de prevención y de seguridad para reducir al mínimo el riesgo que existe en este tipo de actividades económicas.

El Tribunal Constitucional, aún cuando declara infundada la demanda, reconoce no son suficientes las actividades realizadas por Depósitos Químicos Mineros S.A. a favor de la población, tales como la ayuda en el pintado de sardineles, postes, bancas, etc. Ello dada la envergadura del terminal, de la naturaleza de las operaciones que realiza, el impacto social que implica, y la inversión efectuada, que así como las consecuencias negativas que genera para la población aledaña vivir en las proximidades de un terminal de depósitos químicos a granel, por lo que exhorta a la empresa a considerar a la población debe participar en el contexto de un programa de responsabilidad social de la empresa.

El citado Tribunal asimismo considera que se requiere implementar un programa de responsabilidad social de la empresa Depósitos Químicos S.A. Ser socialmente responsable no significa solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá del cumplimiento invirtiendo en el entorno local y contribuyendo al desarrollo de las comunidades en que se inserta, sobre todo de las comunidades locales.

El Tribunal Constitucional establece que solamente podrá entenderse como legítimo el funcionamiento del terminal, si la Municipalidad Provincial del Callao, en coordinación con el Ministerio de Salud, debe realizar inspecciones periódicas en el terminal de Depósitos Químicos Mineros S.A. a fin de prevenir cualquier tipo de contaminación ambiental. Asimismo considera imperativo que Depósitos Químicos Mineros S.A. efectúe un estudio integral de seguridad que abarque necesariamente las zonas pobladas aledañas a las instalaciones de dicha empresa. También exhorta al Instituto Nacional de Defensa Civil y la Municipalidad Provincial del Callao a realizar inspecciones periódicas a fin de comprobar si Depósitos Químicos Mineros S.A. cumple con las medidas de seguridad recomendadas en el estudio integral de seguridad. Finalmente exige a la empresa poner en marcha un programa de responsabilidad social, con la finalidad de disminuir las consecuencias negativas que significa vivir en las cercanías al Terminal de Minerales.

La importancia de esta sentencia reside en que pone sobre relieve la responsabilidad social empresarial (RSE), arista humanizada del capitalismo, y herramienta indispensable para toda empresa que quiere insertarse exitosamente en la economía actual. La RSE se puede definir como la asunción y cumplimiento de obligaciones socio ambientales más allá de las estrictamente establecidas por la legislación vigente o los instrumentos de gestión socio ambiental aprobado por la autoridad competente. Este concepto es desarrollado de manera más profunda y cabal en el memorable Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC.

Uno de los grandes transformaciones que a tenido la empresa en el siglo XXI es la inserción a su estructura de la responsabilidad social sobre todo en aspectos laborales, sociales y ambientales. Ya el Tribunal Constitucional ha establecido que la responsabilidad social empresarial no significa solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá del cumplimiento invirtiendo en el entorno local y contribuyendo al desarrollo de las comunidades en que se inserta, sobre todo de las comunidades locales.⁴³⁸ En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, de

⁴³⁸ Cfr, Fundamento 24 del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

la Economía Social de Mercado y del Desarrollo Sostenible, la responsabilidad social se constituye en una conducta exigible a las empresas, de forma ineludible.⁴³⁹

En el caso del medio ambiente, la responsabilidad social debe implicar el mantenimiento de un enfoque preventivo que favorezca su conservación; el fomento de iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental; el fomento de inversiones en pro de las comunidades afincadas en el área de explotación; la búsqueda del desarrollo y la difusión de tecnologías compatibles con la conservación del ambiente, entre otras.⁴⁴⁰

El redimensionamiento que efectúa en el concepto de la responsabilidad social empresarial, concibiéndola como un asunto necesario e indispensable, y no discrecional o a la voluntad del empresario.

La responsabilidad social de una empresa “es el juicio de obligación por parte de las compañías de formar criterios sociales dentro de su toma de decisiones estratégicas. El concepto implica que cuando las empresas evalúan decisiones desde una perspectiva ética, debe haber una presunción que favorezca la adopción de cursos de acción que aumenten el bienestar de la sociedad en general. Las metas seleccionadas deben ser muy específicas: incrementar el bienestar de las comunidades donde se encuentra la compañía, mejorar el ambiente o dar poder a los empleados con el propósito de proporcionarles un sentido de autovaloración.”⁴⁴¹

Recordemos que terminada la Segunda Guerra Mundial, la OIT estableció bases de responsabilidad compartida (se le llamó corresponsabilidad) entre el conjunto de instituciones y agentes económicos, políticos y sociales para la generación del progreso social. Razón de la misma es la Declaración de Filadelfia, promulgada en 1944⁴⁴², donde se señala que la responsabilidad para la generación del empleo y la mejora de las condiciones laborales, no es sólo una obligación exclusiva de los gobiernos (sector público), sino que debe también ser una preocupación y prioridad para el sector privado de la economía (empresas).⁴⁴³

En 1971, se presenta la Declaración del Comité para el Desarrollo Económico sobre las responsabilidades de las empresas, donde se establece que uno de los objetivos fundamentales de las empresas (sector económico privado), es servir a las necesidades de la sociedad y, reconocer que el futuro de las corporaciones depende de la respuesta que esta misma tenga a las expectativas y demandas del público. Cabe señalar que esta Declaración es, de manera indirecta la muestra del consenso de las grandes empresas y compañías, por lo que es el reflejo de una gran aceptación del concepto de Responsabilidad social empresarial por parte de la comunidad empresarial de aquel momento.

Para el Comité para el Desarrollo Económico, las responsabilidades de las empresas se representan en tres círculos concéntricos. En el círculo interior corresponde la

⁴³⁹ Fundamento 25 del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁴⁰ Fundamento 26 del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁴¹ Hill, Charles W.L. y Jones, Gareth R. Administración Estratégica, Un enfoque Integrado. Tercera Edición. McGraw-Hill. Santa Fe de Bogotá- Colombia. S/A. p. 61

⁴⁴² Si bien es cierto que a los Acuerdos internacionales de la década del cuarenta no se le han dado la debida atención, la Declaración de Filadelfia presenta importantes puntos para la posterior discusión de las décadas del 50 al 70 del siglo pasado; así como ha sido la esencia de algunas iniciativas legislativas sobre la relación entre la empresa y la sociedad.

⁴⁴³ Cfr. Matilde Schwalb, María y Oscar Malca. Responsabilidad Social. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Lima- Perú. 2005.

responsabilidad de creación de riqueza y de contribución al crecimiento económico de la nación como objetivos de la actividad empresarial. En el círculo intermedio se sitúan aquellas acciones que exijan a las actividades económicas de las empresas actuar con sensibilidad hacia las necesidades de la sociedad con respeto de las normas y valores sociales. El Comité para el Desarrollo Económico denomina a estas responsabilidades como “éticas sociales”, incluyéndose en los mismos, los impactos ambientales para las actividades económicas de las empresas; las relaciones de las corporaciones con sus trabajadores (nivel interno) y, las relaciones de la empresa con la satisfacción de los intereses y necesidades de los usuarios u consumidores. Finalmente, el tercer círculo correspondería a las responsabilidades colectivas de las empresas en el progreso y reforzamiento social.

En los años noventa se ha consolidado el enfoque de los grupos participantes (stakeholders), como la visión por excelencia de la Responsabilidad social empresarial, en contraposición con los enfoques tradicionales de gestión empresarial, los cuales se centraban en el enfoque de la búsqueda de los mayores beneficios tan sólo para los accionistas y no tomaba en cuenta a los otros participantes directos u indirectos de las actividades de las empresas; tales como: empleados, los distintos socios del negocio, los clientes y las comunidades en las que las empresas se establezcan.

Lo que se busca con la Responsabilidad social de las empresas no es sólo una forma de cómo la empresa debe efectuar sus actividades, más que ello se busca un cambio en la mentalidad o de racionalidad sobre la concepción de empresa y de la dirección de sus actividades. Más que un nuevo modelo de producción, lo que se intenta (la finalidad última puede ser utilizada por algunos de manera mediática o instrumental para obtener una estrategia de marketing favorable a su empresa), es una reorientación del desarrollo de la actividad empresarial y afirmar una interdependencia entre la misma con la sociedad. La nueva visión afirma que la dimensión económica no debería desprenderse de la dimensión social o de la sociedad en la cual la empresa realiza sus actividades.

En la actualidad la empresa privada debe incorporar valores y responsabilidades que en el pasado pudieron ser asimiladas como tarea única de las instituciones públicas o el Estado en general. Ahora bien, debe destacarse que si bien existen disposiciones normativas que son muestras de la concepción de nuevas responsabilidades para las empresas, éstas no son suficientes para abarcar la dimensión o el concepto de la responsabilidad social de las empresas.⁴⁴⁴

El Libro Verde señala que la responsabilidad social de las empresas es un concepto que se preocupa por la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las necesidades sociales y medioambientales en las operaciones comerciales y sus relaciones con los interlocutores. Señala además que ser socialmente responsable no es sólo cumplir con las obligaciones jurídicas, sino ir más allá de su mero cumplimiento, implica invertir en el capital humano, en el entorno y las relaciones con los interlocutores.

Las disposiciones legales son un mínimo a ser cumplido por las empresas, sobre las cual se desarrollaran las prácticas socialmente responsables. En este sentido, las corporaciones no se imponen las normas legales como metas a alcanzar sino como un piso para eludir las sentencias condenatorias. Se sostiene que si la empresa tiene un

⁴⁴⁴ Cfr, Balbín Torres, Edgardo. Sobre la responsabilidad social empresarial, derecho y derechos laborales. Revista Derecho & Sociedad. Año XV N 23. Editada por los Estudiantes de la Facultad de Derecho PUCP. Lima – Perú. 2004. p. 55

mayor compromiso social esto redundará en mayores beneficios económicos para la misma. De alguna forma, la ética corporativa sale rentable⁴⁴⁵ y puede redundar en el éxito de las empresas.⁴⁴⁶

7.1.5.7. LA RESPONSABILIDAD SOCIO AMBIENTAL DE LAS EMPRESAS Y DEL ESTADO EXP. N.º 2002-2006-PC/TC

La historia de este caso comienza en 1922 cuando la empresa Cerro de Pasco Copper Corporation inició sus operaciones como centro metalúrgico. Desde entonces, la vida en La Oroya gira en torno a las necesidades de la actividad minera metalúrgica y en forma paralela observa como su población y paisaje agoniza lenta y progresivamente a manos de la contaminación por el plomo y otros metales pesados presentes en su atmósfera.

En 1974 la fundición pasó a manos del Estado Peruano: CENTROMIN Perú, quien presentó en 1996 su Plan de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA). Plan de 10 años, al cabo de los cuales la empresa se adecuaría a las normas ambientales vigentes en el Perú.⁴⁴⁷

En 1997 el Complejo Metalúrgico de La Oroya es transferido a la empresa Doe Run Company y se crea Doe Run Perú – DRP, quien modifica 3 veces su PAMA y pide una ampliación de su plazo (que vencía en enero del 2007) por cinco años más. Después de muchos escándalos y denuncias en medios de comunicación nacionales e internacionales, el Ministerio de Energía y Minas (MEM), en controversial decisión, resuelve en junio del 2006, darles la ampliación del PAMA hasta el 2009.⁴⁴⁸

En el 2005 la Universidad de Saint Louis, Missouri, en convenio con el Arzobispado de Huancayo, realizó un estudio sobre la contaminación ambiental en los hogares de La Oroya y Concepción y sus efectos en la salud de sus residentes, para determinar los niveles de metales tóxicos en sangre y orina. Los resultados del muestreo biológico confirmaron la gravedad de la situación de salud comunitaria en la ciudad de La Oroya y especialmente en La Oroya Antigua. El estudio concluye que la población de La Oroya y Concepción están contaminadas con plomo, arsénico, cadmio, antimonio, etc.⁴⁴⁹

La ciudad del Perú más contaminada con plomo en su atmósfera se llama “La Oroya”, estimándose que el 99% de sus niños y niñas tienen plomo en su sangre producto del incumplimiento de las obligaciones socio ambientales de la empresa Doe Run Perú.⁴⁵⁰ La judicialización de este conflicto socio ambiental se concretaría en la Acción de Cumplimiento Exp. N° 2002-2006-PC/TC en el cual el Tribunal Constitucional establecería su posición respecto al incumpliendo del Estado en el ámbito del sistema de salud.

El inciso 22) del artículo 2° de la Constitución Política del Estado reconoce, en calidad de derecho fundamental, el atributo subjetivo de “gozar de un ambiente equilibrado y

⁴⁴⁵Al respecto es interesante hacer una revisión del libro de Matilde Schwalb y Emilio García, sobre “Beneficios de la responsabilidad social empresarial y las inversiones socialmente responsables”, donde se señala: “las prácticas socialmente responsables se pueden agrupar en tres grandes ventajas: el mejoramiento del desempeño financiero, la reducción de los costos operativos de las empresas y la mejora de la imagen de marca y la reputación de las empresas”

⁴⁴⁶ Se agradece la notable colaboración de Jhon Chávez y Karina Bardales en el tema de la responsabilidad social.

⁴⁴⁷ <http://www.todosobrelaoroya.org/historia.php>

⁴⁴⁸ <http://www.todosobrelaoroya.org/historia.php>

⁴⁴⁹ <http://www.todosobrelaoroya.org/historia.php>

⁴⁵⁰ Según el Ministerio de Salud (MINSA), el 99.1% de los niños oroinos tienen promedios altos de plomo en sangre, 33.6 ug/dl microgramos por decilitro, sobrepasando los límites máximos permisibles de la Organización Mundial de la salud (OMS), que son 10 ug/dl microgramos por decilitro.

adecuado al desarrollo” de la vida de la persona. En otras palabras, es el derecho fundamental a la protección de la calidad de nuestro entorno o ambiente para beneficio de nosotros mismos y de manera indirecto para beneficio de otras especies.

Este es un derecho de tercera generación pues tiende a preservar la integridad de la sociedad humana, resulta oponible al Estado y exigible a él, pero que por sobre toda las cosas requiere el concurso de todos los actores sociales para su cumplimiento efectivo.⁴⁵¹ De esta manera, es posible que su cumplimiento sea exigido por uno o todos los miembros de la comunidad, pues su afectación le incumbe a ella y a todos.

El derecho a un ambiente sano y equilibrado es una consecuencia de la dignidad propia del ser humano, entendida como las condiciones mínimas para el desarrollo del hombre por sí mismo, independientemente de la conducta del individuo, como especie necesitamos un mínimo de recursos para imprimir nuestros valores y no dejar de ser hombres. En un ambiente contaminado y degradado es imposible que un ser humano pueda desarrollarse y vivir con dignidad, siendo estas circunstancias adversas lo que envilecería y degradaría su naturaleza. Así como el ser de un pez no podría concebirse sin agua, el hombre no puede ser tal, sin un ambiente equilibrado y adecuado para la vida, conformando ello parte de su dignidad. En consecuencia, este derecho constitucional al igual que el resto, forman parte de ese mínimo invulnerable de condiciones que el Estado debe resguardar y garantizar.

El Tribunal Constitucional en el caso bajo análisis que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental; y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido.⁴⁵²

El Tribunal Constitucional sostiene que la protección del derecho a la salud se relaciona con la obligación por parte del Estado de realizar todas aquellas acciones tendentes a prevenir los daños a la salud de las personas, conservar las condiciones necesarias que aseguren el efectivo ejercicio de este derecho, y atender, con la urgencia y eficacia que el caso lo exija, las situaciones de afectación a la salud de toda persona, prioritariamente aquellas vinculadas con la salud de los niños, niñas, adolescentes, madres y ancianos, entre otras.⁴⁵³

El Tribunal Constitucional asimismo reitera que el contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos, a saber: 1) el derecho de gozar de ese medio ambiente, y 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve.

En su primera manifestación, esto es, el derecho de gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, dicho derecho comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan

⁴⁵¹ Cfr, Caro, Coria. El Derecho Penal del Ambiente. Grafica Horizonte. Lima – Perú. 1999. p. 69

⁴⁵² Fundamento 28 del Expediente 2945-2003-AA/TC

⁴⁵³ Fundamento 19 del Exp. N° 2002-2006-PC/TC.

de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente.

Pero también el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se conserve. El derecho a la conservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Esta obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente.⁴⁵⁴

En cuanto al vínculo existente entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, se materializa en función de los principios siguientes:

- a) el principio de desarrollo sostenible o sustentable (...);
- b) el principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales;
- c) el principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia;
- d) el principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados;
- e) el principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano;
- f) el principio precautorio, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente; y,
- g) el principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables.⁴⁵⁵

El Tribunal Constitucional considera que la pretensión de los demandantes debe estimarse, toda vez que en el presente caso el Ministerio de Salud ha omitido establecer “eficazmente” acciones destinadas a establecer programas de vigilancia epidemiológica y ambiental, incumpliendo el mandato contenido en el artículo 15 del Decreto Supremo 074-2001-PCM.

El Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa) no han acreditado haber dado cumplimiento, a los programas de vigilancia epidemiológica y ambiental en la ciudad de La Oroya. En consecuencia, debe estimarse esta pretensión y ordenarse al Ministerio de Salud la implementación de un sistema de emergencia para atender la salud de las personas contaminadas por plomo en la ciudad de La Oroya, debiendo priorizar la atención médica especializada de niños, niñas y mujeres gestantes, a efectos de su inmediata recuperación.

El Tribunal Constitucional exhorta al Gobierno Regional de Junín, Municipalidad Provincial de Yauli-La Oroya, Ministerio de Energía y Minas, Consejo Nacional del Ambiente y empresas privadas, como Doe Run Perú SRL, entre otras, a participar, urgentemente, en las acciones de protección de la salud de los pobladores de la referida localidad, así como

⁴⁵⁴ Cfr, Fundamento 19 Expediente 0048-2004-AI/TC

⁴⁵⁵ Cfr; Fundamento 18 del Expediente 0048-2004-AI/TC.

la del medio ambiente en La Oroya, debiendo priorizarse, en todos los casos, el tratamiento de los niños, niñas, adolescentes y las mujeres gestantes.

El 27.06.06, se reconoció el derecho a la salud de la población de La Oroya a través de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional (TC) que se comenta, la cual dispuso ordenar al Ministerio de Salud (MINSA) implementar un sistema de emergencia para atender a las personas contaminadas con plomo en la sangre en la ciudad de la Oroya, priorizando la atención médica especializada de niños y mujeres gestantes.

Paralelamente, el 02.08.06, el CONAM publicó el Plan “A Limpiar el Aire de la Cuenca Atmosférica de La Oroya”, con el objetivo de proteger la salud de las personas y la calidad del ambiente a través de la implementación de estrategias, políticas y medidas de acción directas, concertadas y participativas para controlar la contaminación ambiental, reduciendo las emisiones de la chimenea y las llamadas emisiones fugitivas del Complejo Metalúrgico de La Oroya.⁴⁵⁶

Hasta la fecha no se han implementado estos planes, aprobados debido a la presión de la sociedad civil y el apoyo de algunas organizaciones sociales de base de La Oroya.⁴⁵⁷ En dicho contexto, la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA), el Centro de Derechos Humanos y Ambiente (CDHA) y otras organizaciones han llevado el caso hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), quien deberá evaluar la responsabilidad del Gobierno frente a las violaciones de derechos humanos contra los pobladores de La Oroya.⁴⁵⁸

La Corte Interamericana de Derechos Humanos deberá determinar la responsabilidad del Estado Peruano por sus omisiones respecto a la contaminación en la ciudad de La Oroya, en particular por la falta de control del complejo metalúrgico que allí opera, que ha ocasionado la violación de los derechos Fundamentales de la población local. El objeto de esta petición es que la mencionada Corte recomiende al Estado de Perú la implementación de las medidas urgentes y adecuadas para la suspensión, remediación, compensación y garantía de las víctimas de la contaminación ambiental de la Oroya. Se persigue con propiedad que el Estado implemente acciones de protección ambiental así como de resguardo de la salud pública sin que ello implique la clausura de la planta de metalúrgica. No se pretende sacrificar el desarrollo económico de la ciudad de la Oroya sino otorgarles una vida digna y saludable a los niños, niñas, adolescentes, madres gestantes y ancianos de dicho lugar. Recordemos que actualmente la Oroya cuenta con una población de 33,034 habitantes.⁴⁵⁹

La reflexión final del caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 2002-2006-PC/TC es que el Estado viene flagrantemente desconociendo sus obligación de proteger a las personas contra los ataques al medio ambiente en el que se desenvuelva su existencia, para permitir que el desarrollo de la vida se realice en

⁴⁵⁶ <http://www.todosobrelaoroya.org/historia.php>

⁴⁵⁷ <http://www.todosobrelaoroya.org/historia.php>

⁴⁵⁸ En la referida instancia se ha denunciado la violación de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos a la vida (art. 4), la integridad (art. 5), la intimidad personal y familiar (art. 11), a la información (art. 13), a las garantías judiciales (art. 8) y el acceso a la justicia (art. 25), el derecho de los derechos de los niños a tener una protección especial (art. 19, relacionado con los derechos consagrados en la Convención de los Derechos del Niño, en particular los artículos 2º, 3º, 6º, 16 y 24); vinculados todos ellos con el derecho a la salud (art. 10) y al ambiente sano (art. 11) del Protocolo de San Salvador. Se sostiene acertadamente que las violaciones de los derechos anteriormente mencionados desconocen así mismo la obligación del Estado de respetar los derechos humanos (art. 1) e implementar medidas para su efectiva protección (art. 2) consagrados en la Convención Americana.

⁴⁵⁹ <http://www.todosobrelaoroya.org/historia.php>

condiciones ambientales aceptables. El papel del Estado no sólo supone tareas de reparación frente a daños ocasionados, sino de manera especialmente relevante, de prevención para evitar que aquellos no sucedan. El Tribunal Constitucional en esta memorable sentencia encuentra responsabilidad en el Estado por no adoptar las acciones de prevención correspondientes mediante su sistema de salud. Pero adicionalmente evidencia un agravante, el Estado conocía dicha situación y no hizo nada. Y menos aún la empresa metalúrgica que aún pudiendo hacer más, hizo lo insuficiente para mejorar el estado de la salud de la población afectada por la contaminación generada sus actividades económicas. Existe un daño a la salud y al ambiente plenamente probado que no sólo debe ameritar la adopción de medidas preventivas sino entendemos otorga el derecho a las víctimas de estos actos, a plantear una demanda que persiga la compensación e indemnización por el daño a la salud y el derecho a vivir en un ambiente equilibrado e idóneo para la vida.

7.1.5.8. TODO APROVECHAMIENTO DE RECURSOS NATURALES IMPLICA EL PAGO DE UNA REGALÍA CONCEPTO DISTINTO AL CANON Y AL PAGO POR DERECHO DE VIGENCIA - PLENO JURISDICCIONAL 0048-2004-PI/TC

Hace una década las principales actividades empresas estatales fueron privatizadas, destacando la de los rubros de electricidad, telefonía, agua, hidrocarburos y la minería. Sin embargo, esta última actividad generaría tal nivel de sobreganancias en los años posteriores, que llevaría a cuestionar a varios candidatos presidenciales del 2006, la regulación minera y su consumada privatización.

El concesionario minero está obligado a pagar anualmente al Estado un derecho de vigencia por el derecho a explorar y explotar exclusivamente determinados minerales en una zona. Asimismo, es una obligación del concesionario el pago de la regalía minera⁴⁶⁰ que no es sino una forma de compensación por la explotación de recursos naturales no renovables y cuyo fin no es otro que el de amortiguar el daño que se causa a futuro y hacer viable el desarrollo sostenible de las naciones una vez que dichos recursos se agoten.⁴⁶¹

Y es sobre el derecho a cobrar la regalía minera sobre el que se despertó un intenso y feroz debate entre nuestros empresarios mineros, parlamentarios, intelectuales y organizaciones medioambientales. Recordemos sobre la regalía, que ya un clásico de la economía capitalista, Ricardo sostenía que los recursos naturales (del suelo y subsuelo, del mar y los ríos) reciben un tratamiento distinto al de los demás elementos productivos, en el caso de la minería, el aprovechamiento de recursos variará en función a la ubicación geográfica y a la riqueza de la mina. La renta minera no es otra cosa que la productividad marginal del recurso mineral.⁴⁶²

⁴⁶⁰ Cfr, Velásquez López- Rasgada. Pedro. Naturaleza Jurídica de la Regalía Minera. Revista Foro Jurídico Año II. N° 4. Foro Académico. Lima- Perú.2005. p.91. Cfr, Manco Zaonetti, Jorge. Apostando por las regalías mineras: ¿Cómo hacer?. En: Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNMSM. Año IX N° 24. Lima- Perú. 2004. p. 7. Cfr, García Schreck, Marcial. El problema tributario en la industria minera. Las regalías en el ojo de la tormenta. Revista Ius et Veritas Año XIV N° 28. Editada por los Estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP. Lima- Perú. 2004. p.245.

⁴⁶¹ Cfr. Pinilla Cisneros, Antonio. La Necesidad de los Convenios de Estabilidad para la Inversión Minera: Un caso específico las Regalías Mineras; Leturia López, Eduardo. Las regalías y su impacto en la competitividad peruana. , Chávez. "Al pan, pan y al vino, vino" (A propósito de los problemas que actualmente enfrenta la actividad minera). En: Revista Peruana de Derecho y Empresa: Industrias Extractivas: Minería. Año XX. N° 59. Editorial Asesorandina SRL. Lima- Perú.2005. p. 163, 201 y 347.

⁴⁶² Schuldt, Jürgen. ¿Somos pobres porque somos ricos?. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima- Perú. 2005. p.45.

Jürgen Schuldt manifiesta por ello, que si no se cobrara a una renta a la minería, equivaldría a otorgarle un subsidio o exoneración a la empresa que la explotan, respecto a otros sectores que aprovechan los recursos naturales, “con lo que gozaría de una sobreganancia y su tasa de ganancia aumentaría más allá del promedio teórico de la ganancia normal a largo plazo”.⁴⁶³ Si el Estado es el dueño de los recursos naturales tiene todo el derecho de cobrar un determinado derecho de regalía (royalty), al margen de los impuestos que pueden recaer sobre las utilidades de la empresa que explota esos recursos no renovables. El derecho que se paga sobre los recursos es una regalía o renta por que se trata de una contraprestación que entrega la empresa operadora al Estado por su explotación efectiva.⁴⁶⁴

Que duda cabe que fue el Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC quien de manera definitiva despejaría las dudas sobre la naturaleza jurídica y significado de las regalías mineras. La historia se inicia con la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5000 ciudadanos, contra los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley N.º 28258, Ley de Regalía. Se sostiene que la regalía minera impone un pago que significa una detracción forzosa de un porcentaje del valor obtenido por la transformación del mineral bruto a concentrado.

Alegan que la forma como se ha establecido la regalía minera es discriminatoria, por las siguientes razones:

a) Si fuera válido imponer regalías en una actividad donde el Estado autoriza la explotación de un bien sobre el cual la Nación goza de ciertos derechos en su origen, tendría que hacerlo en todas las actividades económicas en las que dicha situación se presenta, como son las telecomunicaciones, energía, hidrocarburos, educación, transporte, etc., lo cual no ha ocurrido;

b) Porque excluye del pago a los pequeños productores y a quienes ejercen actividad extractiva y de transformación a concentrados que no sean titulares de concesión; y

c) porque establece que el porcentaje de contraprestación varía según el valor que resulta de la cantidad de concentrados.⁴⁶⁵

Los demandantes sostienen que mediante la regalía minera se crea una obligación que pretende ser una contraprestación por bienes que no son propiedad del Estado (concentrados), ya que la propiedad de estos pertenece al titular de la actividad minera, desde el instante en que se extrae el mineral de la tierra.⁴⁶⁶

Cuestionan que la regalía minera se aplique sobre el valor del concentrado, el cual es distinto al de la roca en su estado natural. Precisan que los minerales concentrados son resultado de labores industriales adicionales a la extracción, que imponen al titular de la actividad minera costos económicos diversos, y que, por ello, representa un valor totalmente distinto al recurso original, por lo que debe tomarse en cuenta que, en ese estado, ya no pertenecen al Estado ni a la Nación, sino al titular respectivo.⁴⁶⁷ Finalmente,

⁴⁶³ Ob. Cit. p.53.

⁴⁶⁴ Ob. Cit. p.44.

⁴⁶⁵ Antecedentes del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁶⁶ Antecedentes del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁶⁷ Antecedentes del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

afirman que desde el punto de vista económico, el concesionario minero sólo está obligado a abonar al Estado un pago anual, llamado Derecho de Vigencia.⁴⁶⁸

El Tribunal Constitucional frente a ello señala que el papel del Estado implica la defensa del bien común y del interés público, la explotación y el uso racional y sostenible de los recursos naturales que como tales pertenecen a la Nación, y el desarrollo de acciones orientadas a propiciar la equidad social. Por ende, tiene la obligación de acentuar la búsqueda del equilibrio entre la libertad económica, la eficiencia económica, la equidad social y las condiciones dignas de vida material y espiritual para las actuales y venideras generaciones.⁴⁶⁹

La actividad de la empresa está sujeta a regulaciones constitucionales y legales a fin de que la organización política pueda lograr los objetivos establecidos en la propia Constitución. Por ello es que, cuando entran en conflicto determinados derechos o libertades individuales con las prerrogativas del Estado, resulta determinante establecer el marco jurídico y político en que se sustentan dichos derechos. Ni la propiedad ni la autonomía privada son irrestrictas *per se* en el constitucionalismo contemporáneo. Lo importante es que dichos derechos se interpreten a la luz de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho; de lo contrario, otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse. Sólo de este modo puede considerarse superado el viejo y equívoco postulado del mercado *per se* virtuoso y el Estado *per se* mínimo, para ser reemplazado por un nuevo paradigma cuyo enunciado es: “tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario”.⁴⁷⁰

El artículo 66º de la Constitución señala que los recursos naturales, *in totum*, son patrimonio de la Nación. Ello implica que su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscriben su exclusivo y particular goce.⁴⁷¹ El Estado, como la expresión jurídico-política de la nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce.

En ese sentido, la actividad de las empresas mineras, por el mismo hecho de estar vinculada a la explotación de recursos naturales, comparte una responsabilidad de primer orden en la implementación de políticas públicas orientadas a la preservación del medio ambiente, debido a los riesgos que supone su actuación en el ámbito de la exploración y la explotación minera misma.⁴⁷²

El desarrollo sostenido significa que los procesos de inversión no se entiendan y manejen únicamente con el fin de obtener beneficios monetarios, sino que se consideren asimismo factores no monetarios (por ejemplo las realidades sociales, culturales y ecológicas). Esto significa que el valor de los servicios y los bienes medioambientales debe estimarse en el proceso de formación de las decisiones e incorporarse al mismo.⁴⁷³

⁴⁶⁸ Antecedentes del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁶⁹ Fundamento 13 del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁷⁰ Fundamento 16 del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁷¹ Fundamento 29 del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁷² Fundamento 34 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁷³ Cfr. Meter Dogsé y Bernd Von Droste, “El desarrollo sostenible. El papel de la inversión”, En: Medio ambiente y desarrollo sostenible. Más allá del informe Brundtland, Robert Gooldland y otros (Editores), Trotta, Madrid, 1997, pgs. 90 y 91

Una de las principales premisas sobre las que se basa el Tribunal Constitucional es que la fijación de las condiciones de utilización y otorgamiento a particulares de los recursos naturales, renovables o no renovables a que se refiere el artículo 66º de la Carta Fundamental, se han efectuado en la Ley N.º 26821 —Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales—, básicamente en su Título IV (Otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales) y el Título V (Condiciones de aprovechamiento sostenible de recursos naturales).⁴⁷⁴

Enfatiza además que el artículo 4º de la misma Ley N.º 26821 precisa el ámbito del dominio sobre los recursos naturales, e indica que: “Los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los recursos naturales obtenidos en la forma establecida en la presente Ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos”. El dominio, vale decir la propiedad de los frutos y productos obtenidos conforme a la referida ley, corresponde a los titulares de los derechos concedidos sobre ellos. Empero, resulta obvio que la regulación legal para la concesión a particulares de derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales, renovables y no renovables, tiene que ser diversa, según la naturaleza de dichos recursos.⁴⁷⁵

El mencionado colegiado señala que en ningún caso el Estado puede abdicar de su *ius imperium* para regular el aprovechamiento de los recursos naturales que son de la Nación. Así lo indica el artículo 6º de la aludida Ley N.º 26821, al disponer que: “El Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales. Su soberanía se traduce en la competencia que tiene para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre ellos”.⁴⁷⁶

Y es que “todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales. La retribución económica, incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, ya sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho, establecidos por las leyes especiales”. Consecuentemente, ello originara que:

- a) Todo aprovechamiento particular de recursos naturales debe retribuirse económicamente;
- b) La retribución que establezca el Estado debe fundamentarse en *criterios económicos, sociales y ambientales*;
- c) La categoría retribución económica puede incluir *todo concepto* que deba aportarse al Estado por el recurso natural;
- d) Dentro de los conceptos entendidos como retribución económica, pueden considerarse, por un lado, a las contraprestaciones y, por otro, al derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho; y
- e) Dichas retribuciones económicas son establecidas por leyes especiales tal como lo establece el artículo 20º de la Ley N.º 26821.

Así, tal como lo dispone el artículo 66º de la Constitución, la condición para exigir a los particulares el pago de una retribución económica por la concesión de los recursos naturales, se encuentra fijada en una ley orgánica (en este caso la Ley N.º 26821). No

⁴⁷⁴ Fundamento 41 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁷⁵ Fundamento 44 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁷⁶ Fundamento 45 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

obstante, la regulación específica de cada una de las modalidades como pueda materializarse dicha retribución, corresponde ser desarrollada por leyes especiales. Y no podría ser de otro modo, pues, si como quedó dicho, las leyes orgánicas tienen naturaleza excepcional y su contenido es eminentemente restringido, sería constitucionalmente inaceptable extender la materia reservada a la regulación y reglamentación de los muy diversos modos como tal retribución económica pueda hacerse efectiva. Justamente, es por ley especial como se regula la regalía minera.⁴⁷⁷

El Tribunal Constitucional precisa que en nuestro ordenamiento jurídico, el canon ha sido previsto constitucionalmente en el artículo 77º, como el reconocimiento del derecho que le asiste a los gobiernos locales y regionales para recibir una porción de lo recaudado en beneficio de su comunidad; debiendo calcularse, sobre la base de la totalidad de ingresos y rentas provenientes de la explotación de recursos naturales de sus circunscripciones.⁴⁷⁸

No se trata de un pago, sino de una compensación del Estado a los Gobiernos Regionales y Locales respecto a la distribución de ingresos ya recaudados. En nuestro país coexisten 6 tipos de canon, a saber: minero, petrolero, pesquero, forestal, gasífero y de hidrocarburos. En el caso del canon minero, la compensación será la distribución de los ingresos recaudados a las zonas donde se explotan los recursos minerales, garantizándose la participación directa de la población local en el beneficio del reparto. Medida que se justifica porque dicha población será la que recibirá el mayor impacto cuando estos recursos se agoten.⁴⁷⁹

Se advierte, la regalía es la contraprestación del titular de la concesión minera a los gobiernos regionales y locales por la explotación de recursos naturales no renovables, justificada en la necesidad de la Nación de recibir beneficios de sus propios recursos antes de que se agoten. En tanto que, el canon, es la participación de la renta económica ya recaudada dispuesta por el Estado a favor de los gobiernos regionales y locales de las zonas de explotación de recursos.⁴⁸⁰

La regalía minera es una retribución económica contraprestativa o compensatoria por el usufructo de lo que se extrae. En tanto que el derecho de vigencia es una retribución económica por el mantenimiento de la concesión, y cuyo incumplimiento priva de efecto a la concesión misma, constituyéndose en causal de caducidad de la concesión. Esta diferencia, además, puede constatarse en la forma de cálculo de cada una; así, el derecho de vigencia, de periodicidad anual, tomará en cuenta el número de hectáreas otorgadas o solicitadas en concesión, y no la producción obtenida, como en el caso de la regalía.⁴⁸¹

Los demandantes argumentan que el establecimiento de la regalía minera vulnera el principio de igualdad jurídica, ya que realiza un trato discriminatorio al imponer su pago en el sector minero, obviando al resto de los sectores productivos. Asimismo, alegan que dicho trato diferenciado, contrario al principio de igualdad, también se produce dentro del propio sector minero, al dejar fuera de su ámbito de aplicación a los pequeños productores mineros.⁴⁸²

⁴⁷⁷ Fundamento 47 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁷⁸ Fundamento 51 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁷⁹ Fundamento 52 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁸⁰ Fundamento 53 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁸¹ Fundamento 55 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁸² Fundamento 67 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

De una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales mencionadas, puede concluirse que una de las finalidades esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho es promover el desarrollo integral del país, y que su legitimidad radica en alcanzar el progreso social y económico de la Nación; ello quiere decir que todos los sectores de la población deben gozar de las mismas oportunidades y condiciones para alcanzar su pleno desarrollo social, económico y cultural. Especialmente, como señala la Constitución (artículo 59°) «(...) los sectores que sufren cualquier desigualdad (...)».⁴⁸³

Precisemos que si el pago de las regalías es un medio idóneo para alcanzar el desarrollo integral del país. La Constitución atribuye al Estado la soberanía en el aprovechamiento de los recursos naturales renovables y no renovables (artículo 58°); además, la Ley de Regalía Minera (artículo 8°), establece una distribución equitativa de la regalía entre las comunidades, municipalidades distritales y provinciales, gobiernos regionales y universidades nacionales. En consecuencia, a juicio de este Tribunal, el pago de la regalía minera constituye un medio idóneo para el logro de los fines de desarrollo equitativo e integral que subyacen a los postulados propios de un Estado Social y Democrático de Derecho. Por tanto, el primer principio constitutivo del *test* de razonabilidad o proporcionalidad se cumple en los términos que el propio subprincipio exige.⁴⁸⁴

Respecto al *subprincipio de proporcionalidad strictu sensu*, debe esclarecerse si la realización del fin perseguido es proporcional a la exigencia del pago de la regalía minera. Una de las características de los recursos minerales es que son limitados y no renovables. Siendo así, el Estado, en nombre de la Nación, asume la obligación de adoptar las medidas correspondientes ante un eventual agotamiento del recurso, por lo que dichas acciones deben ser oportunas y preventivas. En este sentido, el pago de la regalía minera es razonable y proporcional no sólo para afrontar el agotamiento de nuestros recursos minerales y los daños que sobre el medio ambiente ineludiblemente provoca su explotación, sino también por los beneficios económicos que dicha actividad extractiva proporciona a las empresas mineras, a efectos de generar paralelamente el desarrollo alternativo. El Tribunal Constitucional, por tanto concluye, que es plenamente exigible el pago de la regalía minera.⁴⁸⁵

Por otra parte, el Tribunal Constitucional señala que el contenido esencial del derecho de propiedad no puede determinarse únicamente bajo la óptica de los intereses particulares, como lo enfocan los demandantes, sino que debe tomarse en cuenta, necesariamente, el derecho de propiedad en su dimensión de función social. No hay duda que las acciones que el Estado lleve a cabo respecto a los bienes que, siendo patrimonio de la Nación, son concedidos en dominio privado, se encuentran legitimadas cuando se justifican en la obligación de atender el bien común, que es la función social de la propiedad en sí misma.⁴⁸⁶

Los recursos naturales no renovables nunca pasan a ser propiedad absoluta de quien los recibe en concesión. En el ejercicio del dominio que el Estado otorga a los particulares, se debe tomar en cuenta que el artículo 23° de la Ley N.º 26821, establece como regla

⁴⁸³ Fundamento 69 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁸⁴ Fundamento 70 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁸⁵ Fundamento 72 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁸⁶ Fundamento 80 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

imperativa el aprovechamiento sostenible^{487[16]} de los recursos naturales, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo.⁴⁸⁸

El aprovechamiento sostenible de los recursos no renovables según nuestra legislación y conforme ha quedado dicho, consiste en su explotación eficiente, bajo el principio de sustitución de valores y beneficios reales, evitando o mitigando el impacto sobre otros recursos del entorno y del ambiente.⁴⁸⁹

El bien común y el interés general son principios componentes de la función social de la propiedad. Cuando se lleva a cabo la concesión de recursos naturales, tales principios deben adquirir su concreta manifestación en el aprovechamiento sostenible del patrimonio nacional, en la protección del medio ambiente, de la vida y de la salud de la población, y, desde luego, en la búsqueda de equidad en la distribución de la riqueza.⁴⁹⁰

El Tribunal Constitucional recuerda que las limitaciones que se establecen al derecho de propiedad son en función al interés general y el bien común, y que el dominio sobre los recursos naturales no renovables que ostentan los titulares de la actividad minera es sobre el bien extraído y no sobre el situado en tierra, el cual, en tal estado, es patrimonio de la Nación.⁴⁹¹

En ese sentido, debe entenderse que la regalía minera se exige por el uso o aprovechamiento de un bien que, siendo propiedad de la nación, es concedido al titular de la actividad minera para que pueda obtener el dominio sobre los productos de este bien; por ello, mal podría alegarse una afectación a la propiedad cuando se exige el pago por algo que no es de propiedad innata de los particulares, sino que es más bien concedido, y cuando justamente dicho pago se sustenta en tal concesión.⁴⁹² Es por el traspaso del dominio sobre productos extraídos no renovables y por la afectación al medio ambiente, por los cuales se cobra esta contraprestación (regalía).⁴⁹³

El artículo 3º de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales -N.º 26821-, establece que se considera como recursos naturales, a todo componente de la naturaleza susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades, y que tenga un valor actual o potencial en el mercado.

El mineral, en su estado concentrado, es propiedad de quien lo extrae, pero ello no impide utilizarlo como parámetro de medición. Conforme se describe en la propia Ley Orgánica de Recursos Naturales, los minerales deben tener un valor actual o potencial en el mercado, por lo que el legislador necesariamente deberá remitirse a alguna valoración para el cálculo de la regalía, sea a boca de mina o a valor concentrado.⁴⁹⁴

⁴⁸⁷ Artículo 28 de la Ley 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales: "los recursos naturales deben aprovecharse en forma sostenible. El aprovechamiento sostenible implica el manejo racional de los recursos naturales teniendo en cuenta su capacidad de renovación, evitando su sobreexplotación y reponiéndolos cualitativa y cuantitativamente, de ser el caso.

El aprovechamiento sostenible de los recursos no renovables consiste en la explotación eficiente de los mismos, bajo el principio de sustitución de valores y beneficios reales, evitando o mitigando el impacto sobre otros recursos del entorno y del ambiente.

⁴⁸⁸ Fundamento 83 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁸⁹ Fundamento 83 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁹⁰ Fundamento 85 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁹¹ Fundamento 86 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁹² Fundamento 87 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁹³ Fundamento 88 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁹⁴ Fundamento 91 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

El cálculo de la regalía sobre el valor del concentrado permite al Estado ejercer una adecuada fiscalización respecto a los montos declarados por los titulares de la actividad minera; toda vez que, a este nivel, existen valores referenciales en el mercado internacional que hacen posible comparar los montos declarados; lo que no sucede en el caso del mineral inmediatamente extraído a boca de mina.⁴⁹⁵

Para el Tribunal Constitucional, esta opción legislativa, compatible con la Constitución, es razonable tomando en cuenta que, para establecer la base de referencia de la regalía, el artículo 4º del Reglamento de la Ley de Regalía Minera ha previsto una serie de deducciones y ajustes que permiten descontar algunos gastos efectuados por la empresa para llegar a obtener el concentrado.⁴⁹⁶

Los recursos naturales renovables y no renovables, al ser bienes que integran el dominio público cuyo titular es la Nación -no son objeto de un derecho real de propiedad en el sentido civilista del mismo- configuran lo que se denomina una “propiedad especial”^{497[20]}. Esta se caracteriza por estar sometida a una normativa específica de Derecho Público, que consagra su indisponibilidad, dada su naturaleza de inalienable e imprescriptible, a tenor del artículo 73º de la Constitución Política del Perú, quedando, en consecuencia, excluida del régimen jurídico sobre la propiedad civil.⁴⁹⁸

En el caso, se está ante un dominio público que si bien mantiene alguna conexión con el sentido privatista de la propiedad, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean del Derecho Civil. Enfocarlo de modo contrario implicaría soslayar su esencia, dados los deberes primordiales del Estado establecidos en el artículo 44º de la Constitución. El crecimiento económico y el fomento de la inversión son bienes que merecen protección constitucional siempre que mantengan un equilibrio dinámico con la conservación de los recursos naturales, el medio ambiente y el desarrollo integral de la persona humana.⁴⁹⁹

El Estado tiene un deber de garantía, protección y aprovechamiento del patrimonio de la Nación, consistente en asegurar la afectación íntegra de dichos bienes para promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, de conformidad con el artículo 44º de la Constitución.⁵⁰⁰

Empero, si la Administración decide dar en concesión la explotación de recursos naturales no renovables a un número limitado de administrados para que la indicada actividad se cumpla a través del título de concesión, no supone que queda anulada su injerencia ni que renuncie a sus competencias propias y exclusivas de carácter indelegable.⁵⁰¹ Por el contrario, deberá obrar por vía de limitación o de imposición de deberes o cargas para que dicha actividad pueda desenvolverse en el sentido que al interés público convenga, como es la protección del medio ambiente.⁵⁰²

Es decir, la acción estatal no se agota en el acto mismo de concesión, sino que se desenvuelve con especiales formas a lo largo de todo el período fijado para el desarrollo

⁴⁹⁵ Fundamento 92 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁹⁶ Fundamento 93 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁹⁷ Empleamos el término “propiedad” entre comillas, para establecer un punto de partida de análisis, que luego nos permitirá abordar la naturaleza paralela pero no esencialmente similar de ambas instituciones: la propiedad privada y el dominio público, en la medida que éste último está sometido a un régimen exorbitante del civil.

⁴⁹⁸ Fundamento 98 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁴⁹⁹ Fundamento 99 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁵⁰⁰ Fundamento 101 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁵⁰¹ Fundamento 103 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁵⁰² Fundamento 103 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

de la actividad. El Estado no cede su *ius imperium*, sino que a través de la Administración realizará una intervención legítima sobre los derechos de quienes se muestran dispuestos y aptos para la explotación efectiva del recurso, con la finalidad precisamente de asegurarla.⁵⁰³

La concesión minera supone un reconocimiento a la iniciativa privada de la explotación minera, que otorga beneficios económicos a la empresa concesionaria -bajo la forma de renta y utilidades- por las cargas que la concesión le impone.⁵⁰⁴

La concesión minera no es un contrato sino un acto administrativo, que determina una relación jurídica pública a través de la cual el Estado otorga, por un tiempo, la explotación de los recursos naturales, condicionada al respeto de los términos de la concesión y conservando la capacidad de intervención si la justifica el interés público.⁵⁰⁵

La concesión minera debe entenderse como un acto jurídico de Derecho Público en virtud del cual la Administración Pública, sustentándose en el principio de legalidad, establece el régimen jurídico de derechos y obligaciones en la explotación de los recursos minerales no renovables.⁵⁰⁶

A criterio de este Tribunal, con el establecimiento de la regalía minera el Estado no ha incumplido el compromiso de respetar los atributos que la Ley confiere a los inversionistas titulares de la concesión, pues la naturaleza de estos actos –adscritos al derecho público– no otorgan al concesionario la inmutabilidad del régimen jurídico, para cuyo caso operan los contratos ley; ni imposibilitan la intervención del Estado mediante el ejercicio de su *ius imperium* y cuando así lo justifique el interés público.⁵⁰⁷

No se han cambiado las reglas de juego para los inversionistas del sector minero, pues no se ha alterado la naturaleza jurídica de la concesión ni las condiciones para su otorgamiento, manteniéndose los plazos de vigencia y las causales de caducidad; es decir, no se ha alterado el régimen de dominio al que tiene derecho el titular de la actividad minera como producto de la concesión. Más aún si se toma en cuenta que la posibilidad del cobro de la regalía minera, ya estaba prevista en el artículo 20° de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, cuando incluye entre las retribuciones económicas a las que el Estado tiene derecho, a la de carácter contraprestativo, como la regalía minera; obviamente, tal disposición era susceptible de ser materializada en cualquier momento por el Estado.⁵⁰⁸

La retribución a la Nación por los beneficios y ventajas obtenidos por la explotación de los recursos que le son originarios -dado su carácter limitado y los perjuicios directos ocasionados a las localidades donde se encuentra ubicada la mina, una vez que los recursos explotados se hayan agotado-, resulta un tema de evidente interés general. Y adquiere mayor dimensión cuando, en pleno proceso de descentralización, resulta necesario que la población de las regiones y municipios obtenga recursos directos para gestionar sus proyectos de inversión. Por consiguiente, el establecimiento de la regalía minera no vulnera la libertad contractual de los concesionarios de la actividad minera.⁵⁰⁹

⁵⁰³ Fundamento 103 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁵⁰⁴ Fundamento 105 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁵⁰⁵ Fundamento 108 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁵⁰⁶ Fundamento 108 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁵⁰⁷ Fundamento 109 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁵⁰⁸ Fundamento 110 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁵⁰⁹ Fundamento 111 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

El Tribunal Constitucional concluye que:

- a) La concesión minera no determina, *prima facie*, la estabilidad o inmutabilidad de lo pactado, para lo cual existen los contratos ley;
- b) El Estado podrá intervenir razonablemente modificando sus cláusulas, no en cualquier circunstancia, sino cuando el interés público lo amerite;
- c) La protección, control y conservación de los recursos naturales son de interés general de la nación, y el Estado debe preservar su aprovechamiento en su beneficio.⁵¹⁰

Como reflexión final podemos mencionar que la problemática de las concesiones mineras no ceso con esta sentencia del Tribunal Constitucional, basta con recordar el tema de las sobreganancias mineras fue un tema capital en las elecciones presidenciales del 2006, básicamente por el estatus de país primario exportador minero-hidrocarburoífero del Perú. Precisemos que el cobre, oro y zinc representan el 64% de nuestras exportaciones tradicionales, siguiéndole en importancia el molibdeno, el plomo y la plata.⁵¹¹

Ahora bien, Schuldt acertadamente manifiesta que las utilidades extraordinarias del sector minero producto de su ímpetu explorador y al riesgo que estas empresas han asumido, así como las innovaciones tecnológicas que ha adoptado se encuentra plenamente justificado. No así las ganancias que provienen de la excepcional bonanza internacional – que no se deben al esfuerzo empresarial- sino a la coyuntura de precios internacionales, que si deberían estar sujetas a un impuesto.⁵¹² Actualmente ello requeriría una ley e implicaría una renegociación de los contratos mineros. Una salida política fue la adoptada por el Gobierno (2006) mediante la vía de los “aportes voluntarios”.⁵¹³ Ello supuso que el “impuesto-aporte” sería de una tasa fija de 3,75% sobre las utilidades netas⁵¹⁴ cuyo pago de haberse sincerado mediante un impuesto pudo haberse evitado mediante el argumento de los contratos ley o de estabilidad jurídica - tributaria. El tiempo dirá si esta decisión fue acertada.

El estudio del caso de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial afectado por la ampliación del lote 88 del Proyecto Camisea, además del análisis del sistema de concesiones y evaluación de impacto ambiental en el sector de energía y minas, así como la implementación del derecho a la consulta previa, nos ha permitido probar nuestra hipótesis de trabajo, que implica que los derechos constitucionales de los pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial se afectan cuando se desarrolla un proyecto del sector energía y minas, y no sólo ello, sino que se evidencia un fallo en el sistema de evaluación de impacto ambiental, que es foco de conflictos sociales no sólo respecto de estas poblaciones sino en general de las poblaciones locales afectadas por un proyecto de inversión de energía y minas.

Así, proponemos para salir de esta encrucijada, promover la construcción de un nuevo marco legal del sistema nacional de evaluación de impacto ambiental, y un régimen de

⁵¹⁰ Fundamento 112 del Exp. del Pleno Jurisdiccional 0048-2004-PI/TC

⁵¹¹ Schuldt, Jurgén. Precios y Sobreganancia Mineras. Sección Economía. Diario “El Comercio” de fecha 15.10.06. p. b3

⁵¹² Schuldt, Jurgén. Precios y Sobreganancia Mineras. Sección Economía. Diario “El Comercio” de fecha 15.10.06. p. b3

⁵¹³ “Pasar el sombrero” a decir de los más críticos. “Quien gana millones al año y dona unos pocos miles no le está haciendo un favor a nadie. Simplemente está asumiendo una ínfima parte de su responsabilidad y, peor aun, está proyectando esa irresponsabilidad como algo positivo.” Del Mastro, Fernando. Más allá de la Responsabilidad Social. En: Enfoque de Derecho 51. Themis. Lima- Perú. 2006. p.3.

⁵¹⁴ “Misterioso porcentaje que, por lo demás, nadie parece conocer ni imaginar cómo se llegó a establecer (...)”. Schuldt, Jurgén. Precios y Sobreganancia Mineras. Sección Economía. Diario “El Comercio” de fecha 15.10.06. p. b3

protección de los pueblos indígenas más efectivo y participativo. Y es que los derechos constitucionales como el derecho a un ambiente sano y equilibrado, y el derecho a la identidad étnica y cultural, no podrán ser resguardados ni garantizados adecuadamente sino se establece una institucionalidad ambiental e indígena objetiva, e independiente, y ese es el propósito de esta tesis demostrar las graves deficiencias del sistema actual y apuntar a una propuesta que le brinde esas dos características antes citadas, y en dicho tránsito, se proteja a las poblaciones locales e indígenas más vulnerables.

7.1.5.9. ANULACION DE CONCESIONES FORESTALES EN RESGUARDO DEL AMBIENTE (CASO MAZÁN - EXP. 1206-05-PA/TC)

Los bosques permiten el aprovechamiento de productos maderables y no maderables. Los productos forestales maderables son diversos: (1) madera en rollo (rolliza) o en forma de astilla, (2) productos primarios procesados (madera aserrada, paneles de madera, pulpa y papel) y (3) productos procesados con mayor valor agregado (madera para carpintería, muebles de madera, papel reciclado y productos de cartón, etc.). De otro lado, el comercio de productos no maderables cubre una amplia gama de artículos; desde plantas medicinales y aromáticas, hasta nueces, frutas, resinas, taninas, ceras y productos artesanales. A esto hay que sumar una amplia gama de bienes y servicios ambientales, tales como la belleza paisajista, los servicios turísticos y ecoturísticos, la diversidad genética que albergan los bosques, los servicios de absorción de carbono de la atmósfera (sumideros de carbono), entre otros.⁵¹⁵ A su vez, la implementación del TLC en materia forestal, Capítulo XVIII, implica más que la aprobación de nuevas normas, la aplicación efectiva de las vigentes y sobre todo un fortalecimiento del control y fiscalización de la cadena de producción forestal que se compone por el titular de una concesión forestal, el habilitador, el transportista y el exportador. En ese contexto, es importante recordar una decisión sin precedentes del Tribunal Constitucional que tuvo como consecuencia la anulación de una concesión forestal por ausencia de participación ciudadana y en resguardo del ambiente.

El escenario actual en el otorgamiento de concesiones de recursos naturales es de una escasez de participación de la población local y pueblos indígenas en el momento previo al otorgamiento de la concesión, las protestas de los indígenas amazónicos de los dos últimos años así lo demuestran. El Proyecto de Apoyo a la Estrategia Nacional para el Desarrollo Forestal (ENDF), estima que los bosques naturales peruanos abarcan 78,8 millones de hectáreas: 74,2 en la selva, 3,6 en la costa y 1,0 en la sierra. Estas cifras ubican al Perú como el noveno país con mayor superficie forestal del planeta y el segundo en Sudamérica, después de Brasil. Los bosques de la selva peruana son sumamente heterogéneos; esto es, contienen una impresionante población arbórea dotada de la mayor diversidad de especies existente en el planeta, como lo demuestran los bosques Yanamono y Mishana (Loreto), con 300 y 289 especies de árboles por hectárea, respectivamente.⁵¹⁶ Un buen ejercicio para entender ello sería pensar como cambiaría nuestro vecindario si en el se instala una planta para procesar minerales y no tenemos posibilidad de mudarnos. Lo mínimo que exigiríamos sería al menos ser consultados antes de autorizar el cambio de zonificación de nuestro barrio y saber previamente los impactos negativos de la actividad productiva. Algo similar ocurre con los pueblos

⁵¹⁵ Elsa Galarza y Karlos La Serna – CIUP. ¿Son sostenibles las concesiones forestales en el Perú?. En: <http://cies.org.pe/files/ES/bol%2056/05-GALARZA.pdf>

⁵¹⁶ Información del Centro de Información y Documentación Empresarial sobre Iberoamérica (CIDEIBER). Disponible en <http://www.cideiber.com/infopaises/Peru/Peru-04-02.html>

indígenas y comunidades rurales cuyos ámbitos geográficos están incluidos en los lotes de hidrocarburos, cuadrículas de concesiones mineras o forestales. No extraña por ello que en el 2007, se descubriera que el INRENA había entregado irregularmente dos bastas concesiones forestales en la Región de Loreto, sin haber efectuado previamente la consulta previa a la población asentada en los bosques concesionado ni verificar con una inspección de campo, si los mismos tenían la categoría adecuada para una concesión maderera. Luego de las denuncias públicas efectuadas por pobladores locales, el INRENA procedió a la declarar la nulidad de oficio de ambos contratos mediante la Resolución Jefatural N°111-2007-INRENA-J e iniciar las acciones legales contra los funcionarios responsables.

En el caso en concreto del Exp. 1206-05-PA/TC, la Asociación de Promotores de Salud del Vicariato San José del Amazonas “Blandine Masicote Perú” interpone demanda de amparo contra el INRENA y el Gobierno Regional de Loreto, solicitando que se suspendan los concursos públicos de concesiones forestales convocadas y se excluya a la cuenca del Mazán, zonificada como bosque de producción permanente, de los mencionados concursos, por considerar que dichos actos constituyen una amenaza cierta e inminente de su derecho constitucional a un medio ambiente equilibrado y adecuado; solicita, asimismo, que se realicen los estudios para evaluar el impacto de tales actividades forestales. El Primer Juzgado Civil de Maynas, declara infundada infundada la demanda, considerando que la recurrente no ha acreditado que la explotación de recursos maderables comporte la afectación del ecosistema y de las condiciones de vida de los pobladores de la zona. La instancia superior confirma la sentencia agregando que no se ha llegado a demostrar la certeza o la inminencia de la afectación del derecho a un medio ambiente equilibrado.

El TC manifiesta que el principio de prevención garantiza que se tomen las medidas necesarias a fin de evitar que los daños al ambiente se generen o que, en caso se lleguen a producir, la afectación sea mínima. Es decir que, frente a un posible daño ambiental, se deben adoptar las medidas destinadas a prevenir afectaciones al ambiente. Y es que esta es una de las formas a través de las que se plantea preservar el derecho bajo análisis. De ahí que la cristalización de este principio se encuentra en la acción que el Estado debe adoptar para prevenir un daño al medio ambiente que, en la actualidad, es potencial y observar fundamentalmente el principio de la prevención, entendiéndose que la protección ambiental no se limita a la restauración de daños existentes ni a la defensa contra peligros inminentes, sino a la eliminación de posibles daños ambientales.⁵¹⁷

En suma, este principio de prevención se desprende de la faz prestacional inherente al derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, lo que ha sido concretizado por el legislador ordinario. En tal sentido, es ineludible el deber del Estado de prevenir adecuadamente los riesgos ante los cuales se encuentra el ecosistema, así como los daños que se pueden causar al ambiente como consecuencia de la intervención humana, en especial en la realización de una actividad económica. Más aún, el principio de prevención obliga al Estado a ejecutar acciones y adoptar medidas técnicas que tengan como fin evaluar los posibles daños que se pueda ocasionar al medio ambiente.⁵¹⁸

De acuerdo al estudio realizado por la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) sobre la situación de los recursos forestales en el

⁵¹⁷ Fundamento 7 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 1206-2005-PA/TC

⁵¹⁸ Fundamento 10 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 1206-2005-PA/TC

2005, el Perú se encuentra entre los diez países que goza de mayores recursos forestales del mundo. Tales recursos forestales maderables, al constituir patrimonio de la Nación, requieren que el Estado procure su aprovechamiento sostenible, creando el marco jurídico que lo permita, así como los medios necesarios para controlar y supervisar las actividades de los concesionarios a quienes se les ha otorgado el uso y disfrute de dicho patrimonio. En ese sentido, detrás del reconocimiento de los derechos de aprovechamiento bajo la modalidad de contratos de concesión, se encuentra el deber del Estado de velar, preservar, resguardar y asegurar la subsistencia de nuestros recursos renovables, así como el de garantizar el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona.⁵¹⁹

Esto quiere decir que el deber del Estado no sólo se manifiesta en resguardar que las actividades de los concesionarios se hagan dentro de los parámetros previstos de acuerdo al marco jurídico preestablecido para la protección del ambiente, sino, también en el de ejercer un control *a priori*, esto es, de realizar los estudios pertinentes para que, antes de que se realicen las actividades que puedan afectar el medio ambiente, se tenga cierto grado de certeza sobre las consecuencias que dicha actividad pueda ocasionar. Sólo de esta manera se podrán adoptar medidas destinadas a evitar el daño o, en todo caso, hacerlo tolerable.⁵²⁰

En tal sentido la Ley N.º 27308, Ley Forestal y de Fauna Silvestre -que tiene por objeto regular y supervisar el uso sostenible y la conservación de los recursos forestales-, establece una serie de medidas destinadas a otorgar concesiones con fines maderables. En primer lugar, de acuerdo al artículo 8.1 de la Ley mencionada, el ente administrativo encargado debe delimitar el espacio geográfico definido como *bosques de producción permanente*, que son áreas con bosques naturales primarios que pueden ser puestos a disposición de los particulares, previa tramitación regulada por dicha norma y su reglamento.⁵²¹ Una vez que se delimiten estas áreas, se ha de definir la modalidad de su aprovechamiento. En el caso de autos se trata de concesiones forestales con fines maderables, para lo cual es necesario que, previamente, se realicen estudios técnicos que garanticen que se cumplen las condiciones de “sustentabilidad ecológica y económica por cada unidad de aprovechamiento de acuerdo a los cuales se elaborarán los planes de manejo” (artículo 10.1 de la mencionada ley).⁵²² Por su parte, el plan de manejo forestal debe comprenderse como la descripción de las actividades de evaluación, aprovechamiento, regeneración, reposición, protección y control del bosque, “conducentes a asegurar la producción sostenible y la conservación de la diversidad biológica y el ambiente.”⁵²³

Se advierte que la Resolución Suprema N.º 262, de fecha 15 de junio de 1965, declara como “Zona Reservada para el Estado” el sistema hidrográfico del río Mazán íntegramente hasta la desembocadura del río Napo, con la finalidad de preservar las especies acuíferas y los recursos hidrobiológicos de esa zona, toda vez que se producía una afectación irracional de dichas especies por la pesca indiscriminada.⁵²⁴ A su vez obra el oficio N.º 045-2004-GRL/DIREPRO, expedido por el Director Regional de la Producción-Loreto, de fecha 27 de enero del 2004, donde se detallan las consideraciones

⁵¹⁹ Fundamento 11 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 1206-2005-PA/TC

⁵²⁰ Fundamento 12 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 1206-2005-PA/TC

⁵²¹ Fundamento 13 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 1206-2005-PA/TC

⁵²² Fundamento 14 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 1206-2005-PA/TC

⁵²³ Fundamento 15 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 1206-2005-PA/TC

⁵²⁴ Fundamento 17 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 1206-2005-PA/TC

de dicho órgano respecto a las concesiones de áreas forestales realizadas por la Dirección Nacional de Agricultura, expresándose que: “En el año 1998, la Dirección Regional de Agricultura, inicia un programa de concesión de áreas con fines de extracción Forestal, sin tener en consideración la fragilidad del ecosistema acuático originando un gran impacto sobre los recursos hidrobiológicos, contenidos en sus cochas (...) Ante tal situación sugerimos que con la finalidad de recuperar las poblaciones de peces silvestres que aquí aun habitan y los ecosistemas acuáticos no sufran más impactos por efecto de la deforestación y el arrastre de balsas de madera; se declare a la cuenca del río Mazán como una reserva comunal, registrándola en el Sistema Nacional de Áreas Naturales protegidas por el Estado para protección de los ecosistemas acuáticos, los bosques naturales y la práctica de la acuicultura”.⁵²⁵ La Defensoría del Pueblo en Loreto había sugerido también que la cuenca del Mazán sea declarada reserva comunal, a fin de que se recupere la población de peces silvestres y se proteja los ecosistemas acuáticos, los bosques naturales y la práctica de la acuicultura. El TC por ello entiende que el Ministerio de Agricultura y el INRENA, han omitido tomar en cuenta un elemento fundamental para definir la concesión maderera, toda vez que, conforme al principio de prevención, se deben evitar los posibles daños que la explotación maderera pueda causar a la cuenca hidrográfica del Mazán. En suma el TC concluyo que, a pesar de las competencias otorgadas al INRENA y al Ministerio de Agricultura, el respeto de los derechos a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado (artículo 2, inciso 22 de la Constitución) y la preservación de la diversidad biológica (artículo 68 de la Constitución), imponen la obligación de no postergar el cuidado de otros aspectos del ambiente que pueden verse afectados por la explotación maderera efectuada bajo la supervisión de la administración.⁵²⁶

Recientemente la Ley N° 29376 restituyó la vigencia de la Ley N° 27308, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, y su Reglamento, precisándose que las funciones otorgadas al que fue el Instituto Nacional de Recursos Naturales (Inrena) serán ejercidas por el Ministerio de Agricultura o los gobiernos regionales dentro del marco de sus competencias. Posteriormente, la Ley N° 29382, deroga los Decretos Legislativos N°s. 1090 y 1064 para efectos de implementar el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. Por otra parte, el TLC compromete al Perú a luchar contra la tala ilegal y el comercio ilegal de fauna silvestre, incluido su tráfico, puesto que socavan el comercio de productos provenientes de fuentes de tala legal, reducen el valor económico de los recursos naturales y debilitan los esfuerzos para promover la conservación y el manejo sostenible de recursos. Para ello nuestro país debe: **a)** aumentar el número y la efectividad del personal dedicado a hacer cumplir las leyes, las normas relacionadas con la tala y el comercio de productos madereros. Lo que implicará elevar el número de personal de campo en las áreas naturales protegidas, concesiones forestales, fiscalizador, monitores, guardaparques, policía ecológica, fiscales y procuradores; **b)** implementar un plan anticorrupción para los funcionarios a cargo de administrar y controlar los recursos forestales; **c)** brindar niveles de disuasión suficientes de responsabilidad civil y penal para infractores forestales; **d)** imponer sanciones civiles y penales diseñadas para desincentivar extracción y el comercio ilegal de productos madereros; **e)** implementar políticas para monitorear la extensión y condición de las especies de árboles enumeradas en el CITES; **f)** Mejorar la administración y el manejo de las concesiones forestales; **g)** fortalecer la capacidad de las comunidades indígenas de manejar sus tierras para la

⁵²⁵ Fundamento 18 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 1206-2005-PA/TC

⁵²⁶ Fundamento 24 de la Sentencia recaída en el Exp. N.º 1206-2005-PA/TC

producción de madera con fines comerciales, **h)** realizar auditorías a los productores y exportadores en su territorio entre otras.

Recordemos que el Perú expresamente se compromete en el TLC a: (i) Tener en cuenta **las opiniones de las comunidades locales e indígenas**, organizaciones no gubernamentales y el sector privado, incluyendo a los operadores de las concesiones para la extracción de madera; (ii) Diseñar sistemas para verificar el origen legal y la cadena de custodia para las especies de árboles enumerados por la CITES y diseñar sistemas, incluidos los requisitos para la supervisión del manejo y el mantenimiento de registros, para rastrear de manera confiable los especímenes desde la extracción, hasta su transporte, procesamiento y exportación.

Actualmente se encuentra en revisión la legislación forestal y se debe aprovechar las lecciones aprendidas como sería el caso de las causas por las cuales el TC por primera vez anula una concesión forestal, no sólo por presuntos indicios de corrupción, la desidia de la burocracia por no hacer la inspección de campo sino sobre todo la ausencia de participación ciudadana efectiva a la población local y la implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el ámbito forestal atendiendo lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT y los compromisos asumidos en el Anexo Forestal del TLC. Asimismo, el resguardo del ambiente implicará la lucha contra el tráfico ilegal de madera implica hacer efectiva las penas por delitos ecológicos especialmente respecto a los líderes de las organizaciones delictivas. También supondrá el fortalecimiento de las capacidades técnicas de las comunidades locales y pueblos indígenas que puedan hacer viable la implementación de planes de manejo forestal con fines de subsistencia y comerciales. Resulta clave fortalecer la coordinación interinstitucional entre la Policía Ecológica, Administraciones Técnico Forestales, Guardaparques Regionales, Comunales y Voluntarios, monitores, fiscalías y juzgados ambientales, contando para ello con personal suficiente debidamente equipado con la tecnología y equipos que permitan una mayor eficiencia en sus labores de control del tráfico de madera. Finalmente, se debe comprometer a las fuerzas armadas en la conservación del ambiente como agentes de auxilio a las labores de fiscalización de la OEFA y OSINFOR, lo cual significara la sensibilización del sector de defensa en materia medioambiental.

7.1.5.10. RESTRICCIONES AL LIBRE COMERCIO Y A LA LIBRE CONTRATACIÓN EN SALVAGUARDA DEL DERECHO A LA VIDA Y A UN MEDIO AMBIENTE EQUILIBRADO (Exp. No 03610-2008-PA/TC)

La contaminación del aire mata y enferma a la población, en forma lenta y silenciosa, pero persistentemente. Ésta es una realidad irrefutable que las autoridades nacionales deben tomar conciencia para revertir sus efectos. Lamentablemente los más afectados con este mal son las poblaciones más vulnerables de los sectores económicos más pobres tal como consta en el Informe Defensorial N° 116, “La calidad del aire en Lima y su impacto en la salud y la vida de sus habitantes”(2007) y el Informe Defensorial N° 136, “La calidad del aire en Lima y sus impactos en la salud de sus habitantes: seguimiento de las recomendaciones defensoriales” (2008). De este último Informe hemos rescatado las cifras que muestran alarmantes datos sobre la afectación a la salud de la población limeña:

- Entre los años 1995 y 2005, el número de casos de infecciones respiratorias se duplicó considerablemente. Mientras que en el año 1995 se registraron en Lima Metropolitana

437,275 casos de infecciones respiratorias agudas en niños menores de cinco años; en el 2001, esta cifra alcanzó a 807,015 y, en el 2005, se registró 1'105,575 de casos.

- Entre los años 1997 y 1999, según el Ministerio de Salud, se dio un incremento anual del 100% de enfermedades respiratorias y de problemas de asma, medidos tanto a nivel de atención de emergencias como en el consumo de broncodilatadores.
- En las poblaciones de menos recursos son los más afectados por la contaminación del aire, habiéndose registrado que el 43.7% de los niños entre 1 y 4 años de edad, de los estratos socioeconómicos muy bajos, bajos y medios, ha desarrollado alguna enfermedad respiratoria. Así por ejemplo, se determinó que 1 de cada 10 niños de los distritos de Comas, Independencia y Carabayllo sufre de problemas de asma.
- El Perú cuenta con las tasas más elevadas del mundo en cuestión de enfermedades respiratorias como: rinitis alérgica (21.3%), faringitis (18.96%) y asma (25.8%).
- 1 de cada 2 policías de tránsito reportó enfermedades respiratorias en la posta médica de seguridad vial de Lima, durante el 2005
- En la ciudad de Lima el número de muertes atribuibles a los contaminantes por material particulado menor a 10 micras y partícula totales en suspensión es de 1895 y 1558 muertes, respectivamente, lo cual equivale a un 5.8% y 4.7% del total de decesos ocurridos durante el año 2000.

Estos datos dan cuenta de la importancia de contar con un aire de calidad adecuada, puesto que su deterioro genera serias vulneraciones contra los derechos a la vida y a la salud de las personas; en especial, de las personas con mayor indefensión como son los niños menores de 5 años. Es por ello que, en noviembre del 2008, el Ministro del Ambiente, Antonio Brack, se indignó por la decisión de la Comisión de Transportes del Congreso de ampliar hasta el 2012 la importación y reacondicionamiento de autos usados (cambio de timón) por la Zona Franca de Tacna y expresó que *“el tratamiento de enfermedades bronquiales le cuesta 90 millones de dólares anuales al Estado, pero el Perú seguirá importando chatarra que contamina el ambiente y perjudica la salud de los peruanos.”*⁵²⁷

En dicho contexto la empresa World Cars Import interpone el 18 de septiembre del 2007 una acción de amparo contra el Ministerio de Economía y Finanzas y el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, para efectos que le permitan seguir importando vehículos automotores para el transporte de carga y de pasajeros, con motores Diesel, sin límite de antigüedad. Darle luz verde a esta solicitud implicaba permitir que la empresa importara por lo menos 28 mil vehículos de segunda mano que no cumplieran con las normas técnicas mínimas.⁵²⁸ World Cars Import manifiesta que las normas de los sectores antes señalados son discriminatorias respecto de quienes no ostentan los recursos económicos para adquirir vehículos con una antigüedad de dos años para los de carga e inferiores a los 8 años para los vehículos de transporte de pasajeros y que por tanto se está vulnerando su derecho a la libertad de contratación, pues, en la práctica, le impiden continuar recibiendo el suministro de autos que ha celebrado con su proveedor en el extranjero, lo que, a su vez, también vulnera su derecho al trabajo. El Ministerio de Economía y Finanzas deja constancia en su contestación de la demanda que lo que se persigue con normatividad vigente es que se renueve el parque automotor a fin de reducir al máximo los eventuales daños al medio ambiente y a la salud. Por su parte, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones agrega que es potestad del Estado restringir el ingreso de vehículos usados fijando requerimientos técnicos mínimos.

⁵²⁷ Revista del diario “El Comercio”, Somos, Año XXI, N° 1146, Lima – Perú. 2008. p.3

⁵²⁸ Editorial del diario “El Comercio” del 09.11.08. Lima- Perú. p.a4

El Tribunal Constitucional del 2008, maduro en el ámbito de la Constitución Ecológica, señaló que corresponde al Estado la planificación de una política que concilie, a través de la ponderación, las tensiones propias que se suscitan entre la tutela del medio ambiente y el ejercicio de las libertades económicas, y de otro lado, a los particulares, el solidario deber de conservar el medio ambiente, pues *“conseguir bienestar y un nivel de vida digno, es un deber conjunto, tanto de la sociedad como del propio individuo y el Estado, pero no exclusivamente de éste”*^{529[6]}, pues como se sabe, *“en el Estado Social y Democrático de Derecho el crecimiento económico no puede ni debe reñirse con el derecho a la plenitud de la vida humana; no puede superponerse al resguardo la dignidad de la persona que constituye la prioridad no sólo del Estado, sino de la sociedad en su conjunto”*^{530[7]}. En esta lógica, *“la realización de la actividad económica debe sujetarse a las normas ambientales expedidas, con el fin de mantener un medio ambiente sano a través de un desarrollo económico sostenible, y con el control de las autoridades ambientales”*^{531[8]}, lo que constituye *“una concretización de la responsabilidad social de las empresas”*^{532[9]}. Ahora bien, *“ser socialmente responsable no significa solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá del cumplimiento invirtiendo en el entorno local y contribuyendo al desarrollo de las comunidades en que se inserta, sobre todo de las comunidades locales”*^{533[10]}.

Bajo ningún punto de vista, el sistema productivo puede extraer recursos naturales ni producir desechos ilimitadamente, pues lo que se busca es *“un desarrollo que satisfaga las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades”*^{534[11]}, y lo que también se persigue es *“que la utilización de los bienes ambientales para el consumo no se “financien” incurriendo en “deudas” sociales para el porvenir”*^{535[12]}. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y fuese cual fuese su titularidad se encuentra subordinada al interés general, por lo que se hace necesario *“superar una perspectiva puramente conservacionista en la protección del medio ambiente, al intentar armonizar el derecho al desarrollo –indispensable para la satisfacción de las necesidades humanas– con las restricciones derivadas de la protección al medio ambiente”*^{536[14]}.

El desarrollo sostenible importa *“que los procesos de inversión no se entiendan y manejen únicamente con el fin de obtener beneficios monetarios, sino que se consideren asimismo factores no monetarios (por ejemplo las realidades sociales, culturales y ecológicos). Esto significa que el valor de los servicios y los bienes medioambientales debe estimarse en el proceso de formación de las decisiones e incorporarse al mismo”*^{537[15]}. El TC expresa que *“cuando entran en conflicto la generación lucrativa o la mayor rentabilidad de ciertos grupos económicos, con el bienestar colectivo o la defensa de los bienes que resultan indispensables para que la vida humana siga desarrollándose, la interpretación que de la*

^{529[6]} STC N° 02016-2004-AA/TC

^{530[7]} STC N° 00048-2004-AA/TC

^{531[8]} Sentencia T-046/99 de la Corte Constitucional Colombiana.

^{532[9]} STC N° 04223-2006-PA/TC

^{533[10]} STC N° 1752-2004-AA/TC

^{534[11]} Definición empleada por primera vez en 1987 en la Comisión Mundial del Medio Ambiente de la ONU.

^{535[12]} STC N° 00048-2004-PI/TC

^{536[14]} Sentencia T-251/93 de la Corte Constitucional Colombiana.

10.Cfr. Meter Dogsé y Bernd Von Droste, “ El desarrollo sostenible. El papel de la inversión”, En: Medio ambiente y desarrollo sostenible. Más allá del informe Brundtland, Robert Gooldland y otros (Editores), Trotta, Madrid, 1997, Pgs.90 y 91.

Constitución se haga debe preferir el bienestar de todos y la preservación de la especie, así como también de las demás especies, como ya se ha dicho^{538[16]}.

No debemos olvidar que “*el medio ambiente desde el punto de vista constitucional, involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo integrante de este mundo natural*”^{539[17]}, en tanto forma parte del entorno vital del ser humano, se constituye en un objetivo social cuya realización encuentra pleno sustento en la mejora de la calidad de vida de la población, y, por tanto, constituye un verdadero derecho fundamental para el hombre.⁵⁴⁰ El TC entiende que la tutela del medio ambiente se encuentra regulada en nuestra “*Constitución Ecológica*”, que no es otra cosa que el conjunto de disposiciones de nuestra Constitución que fijan las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente, tema que ocupa un lugar medular en nuestra Ley Fundamental.⁵⁴¹

Los mayores flujos de importación de vehículos usados esta en relación directa con el incremento de infecciones respiratorias agudas en niños menores de 5 años, lo cual ha sido advertido por el Informe Defensorial N.º 116 (fojas 114 de autos) sobre *La Calidad del Aire en Lima y su Impacto en la Salud y Vida de sus Habitantes*, pues de los 437,275 casos que se presentaron en 1995, en el 2005 esta cifra se incrementó a 1'105,575 casos, identificándose al parque automotor como la mayor fuente de contaminación al generar el 86% de los gases contaminantes, siendo igualmente importante mencionar que, de acuerdo con el mismo CIDATT, el 63% de los vehículos ingresados al Sistema de Transporte Terrestre entre 1991 y 2004 son vehículos usados con motor diesel, que en el caso particular del Perú posee un muy alto nivel de azufre. A mayor abundamiento, el Cuarto Informe de Observancia Pública: *Externalidades negativas generadas por la importación de vehículos usados sobre la salud y la vida de la población en el Perú*, de abril de 2005 y también elaborado por CIDATT (fojas 135 a 158 de autos) ya había determinado que la importación de vehículos usados era la principal responsable de la alta contaminación ambiental y sus impactos sobre la salud y la vida de la población; que es un factor contributivo en el incremento de la severidad de los accidentes de tránsito; que la masiva importación de vehículos usados ha generado profundas distorsiones en el mercado del transporte público de pasajeros y carga, que está impidiendo su renovación, deteriorando la seguridad y calidad del servicio; que el 92% de los importadores de vehículos usados han recurrido a un comportamiento tributario inadecuado; que los trabajadores que laboran en los CETICOS lo hacen en condiciones de subempleo; y que en tal momento (año 2005) solo el Perú y Bolivia permiten que los vehículos usados importados “reacondicionados” (cambio de timón de la derecha a la izquierda) sean empleados para el transporte público de pasajeros y de carga.

Un análisis de las normas cuestionadas World Cars Import a la luz de la técnica del *test de proporcionalidad*, le arroja al TC el siguiente resultado:

- a) **Análisis de Idoneidad.**- Resulta obvio que las medidas estatales adoptadas persiguen fines constitucionalmente legítimos, como son la salvaguarda del derecho a la vida, a la salud y a un medio ambiente equilibrado, y que las medidas *sub exámine* devienen en adecuadas e idóneas para la consecución de la finalidad a la que se dirigen, no

⁵³⁸[16] STC N° 00048-2004.PI/TC.

⁵³⁹[17] Sentencia T-254/93 de la Corte Constitucional Colombiana

⁵⁴⁰ Fundamento 31 de la Sentencia recaída en el Exp. 3610-2008-PA/TC

⁵⁴¹ Fundamento 33 de la Sentencia recaída en el Exp. 3610-2008-PA/TC

resultando excesiva porque, a diferencia de otros países de la región, no se prohíbe la actividad sino que a través de normas se cumple una función regulatoria en un ámbito determinado.

- b) **Análisis de Necesidad.-** El principio de necesidad supone, en este punto, la evaluación de la intensidad con el que el medio elegido puede afectar los derechos en cuestión, a efectos de analizar si dicha intensidad puede ser morigerada o reducida sin poner en riesgo la finalidad constitucional a la que intentan servir las normas adoptadas y, al mismo tiempo, sin afectar innecesariamente los derechos de otros. En el presente caso, no existe ningún otro medio alternativo que sea adecuado para alcanzar el objetivo propuesto y que a la vez, sea más benigno, razón por la cual, dicha restricción es un medio necesario en tanto no hay medidas alternativas igualmente eficaces. Es necesaria, además, porque las estadísticas que antes se han detallado determinan que hay una relación causa-efecto, pues a mayor obsolescencia de los vehículos usados, mayor probabilidad de accidentes de tránsito, toda vez que se trata de vehículos que ya cumplieron su vida útil.
- c) **Análisis de Proporcionalidad stricto sensu.-** Para que una injerencia en los derechos fundamentales sea proporcional, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental. Así pues, tales limitaciones suponen al recurrente, y en general, a los importadores, restricciones de baja intensidad que no afectan el contenido esencial de sus derechos económicos fundamentales, debido a que la importación de autos usados no se encuentra *per se* proscrita –a diferencia de otros países de la región– sino regulada y razonablemente restringida con la imposición de medidas legislativas limitadoras.

La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, y la protección del medio ambiente es una obligación no solo estatal sino de la sociedad en su conjunto, tales limitaciones al recurrente devienen a todas luces proporcionales pues dicha intervención de menor intensidad optimiza en mayor medida la salvaguarda del medio ambiente y, en especial, el derecho a la vida y a la integridad de la población.

Si bien la libertad de contratar garantiza, la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante, y por otro, la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual, es obvio que no puede ser apreciado como una isla, pues de lo contrario se desconocería que tanto individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca, toda vez que su ejercicio no puede amparar la desprotección de otros bienes constitucionales como el derecho a un ambiente sano y equilibrado. Así las restricciones técnicas resultan razonables en atención a la tutela del derecho a un ambiente sano y equilibrado y el derecho a la salud de la población peruana, razón por la el TC declaró infundada la demanda de World Cars Import.

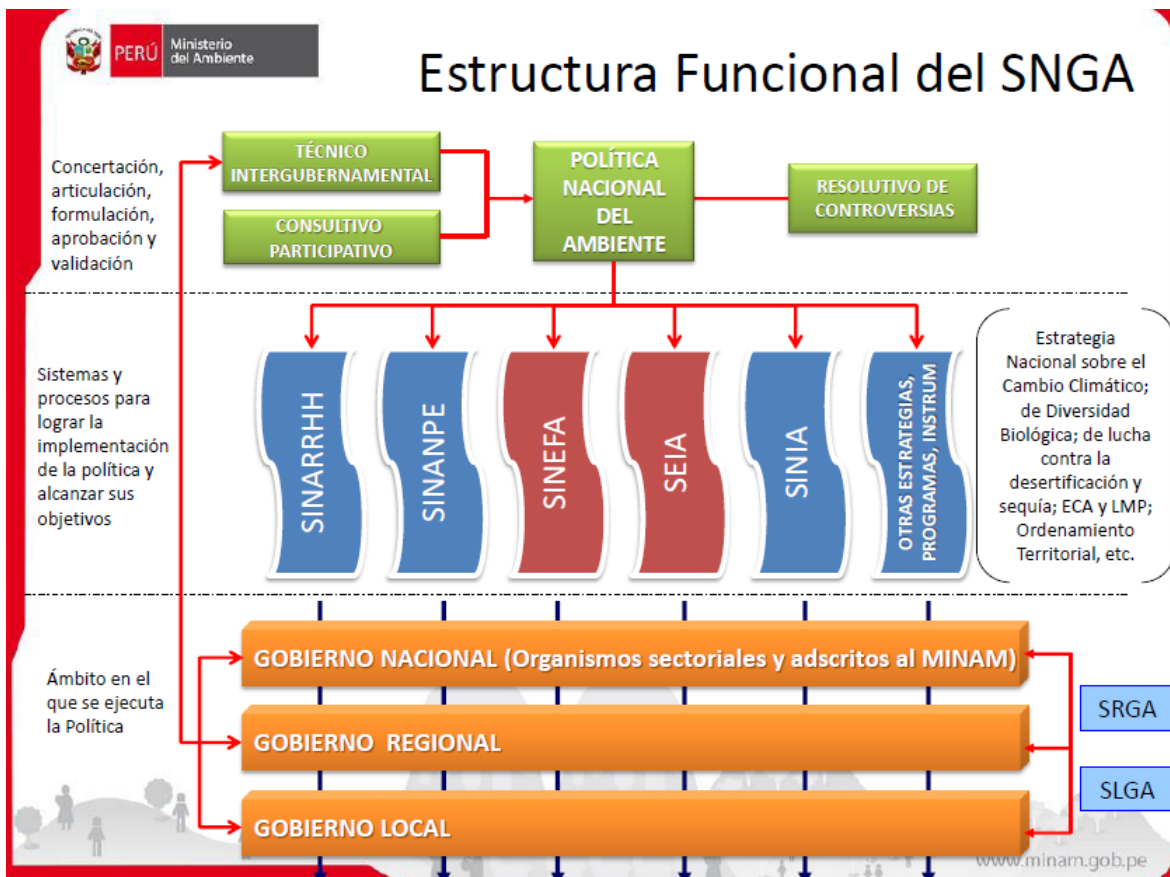
La sentencia recaída en el Expediente 03610-2008-PA/TC es trascendental pues establece que el crecimiento económico, la libertad de contratación y la libertad de trabajo no pueden ni deben estar reñidos con la protección del ambiente y ello en el caso en concreto impide que World Cars Import- José Ojeda importe autos usados con una

antigüedad superior a la permitida pues ello no sólo dificultaría la renovación del parque automotor del país sino que promovería una mayor contaminación ambiental. El TC en esta sentencia expresa que encuentra una relación directamente proporcional entre el aumento de vehículos antiguos y el aumento de enfermedades bronquiales de niños y en los adultos, conocido es el caso de los Policías de Transito que sufren de este tipo de enfermedades. El mensaje ha sido claro el Estado está legitimado constitucionalmente para establecer medidas que resguarden el interés público, la salud y el ambiente. En el colofón de la sentencia el TC exhorta a los Poderes Ejecutivo y Legislativo a tomar medidas encaminadas a la solución de la problemática de la contaminación del aire. Nadie mejor que los miembros del TC conocen de esta realidad, sólo recordemos que su sede se encuentra enclaustrada, cerca de una de las arterias de la ciudad de Lima, más contaminadas del país, la populosa Avenida Abancay donde un enjambre de vetustos omnibuses, combis y taxis corrompen el aire en niveles más allá de lo tolerable y admisible.

7.2. LAS DEFICIENCIAS Y TARAS DEL ENTE RECTOR DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: EL MINISTERIO DEL AMBIENTE

Ha corrido mucha agua bajo el puente, luego de que se aprobara el Código de Recursos Naturales y Medio Ambiente (1990), y que años más tarde se creara el Consejo Nacional del Ambiente (1994) como ente coordinador del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, y la resistencia del sector empresarial de implementar instrumentos de gestión ambiental por elevar sus costos, y un Estado, que flexibilizo las normas ambientales con el objeto de atraer mayores inversiones privadas que promuevan el empleo, y así, superar la crisis económica que afrontaba nuestra patria. Posteriormente, cuando el Perú se convirtió en una de las economías de mayor crecimiento en la región, superada la recesión que lo agobio a principios del siglo XXI, y existía la necesidad de llevar adelante el más grande proyecto energético del país: el proyecto Camisea, y además suscribir el Tratado de Libre Comercio con EE.UU. Ambos, más allá de la tendencia regional de establecer una autoridad nacional ambiental, fueron los verdaderos detonantes para el establecer una Ministerio del Ambiente, que fue uno de los principales demandas derivadas de los conflictos socio ambientales del Proyecto Camisea, y que recién verían luz verde, a partir de la necesidad de implementar el Capítulo XVIII de Medio Ambiente del TLC con EE.UU, que se traducirían en el famoso Decreto Legislativo N° 1013, que crea el Ministerio del Ambiente (MINAM).

El MINAM es constituido como un organismo del Poder Ejecutivo cuya función general es diseñar, establecer, ejecutar y supervisar la política nacional y sectorial ambiental, asumiendo la rectoría de la misma. El objeto de este Ministerio es la conservación del ambiente, de modo que se propicie y asegure el uso sostenible, responsable, racional y ético de los recursos naturales y del medio que los sustenta, que permita contribuir al desarrollo integral social, económico y cultural de la persona humana, en permanente armonía con su entorno, y así asegurar a las presentes y futuras generaciones el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida. Empero nace en el lugar y momento equivocados, pues al constituirse como resultado de la apremiante necesidad de implementar un TLC, y al ser concebido como una entidad dependiente del Poder Ejecutivo, tiene una alta carga política, desdeñándose su rol especializado en asuntos técnicos, que no están asociados a la coyuntura económica, política o social, sino a criterios científicos objetivos.



El MINAM, como consecuencia de la implementación del Tratado de Libre Comercio, es adicionalmente garante del cumplimiento del Capítulo XVIII del mencionado tratado, especialmente su artículo 18.3.2, que señala que “las partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en sus respectivas legislaciones ambientales. En consecuencia, una Parte no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar, dicha legislación de manera que debilite o reduzca la protección otorgada por aquella legislación de manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes.” Y es lo que no está haciendo el MINAM cuando el entonces Ministro Antonio Brack (2008-2011), apoyaba el Proyecto de Ley 4335/2010-PE, que debilitaba el proceso de evaluación de impacto ambiental en el sector eléctrico, y el Decreto de Urgencia N° 001-2011, y su modificatoria que tenía el mismo propósito, esto es eliminar la exigencia de la EIA aprobado como requisito previo para entregar una concesión definitiva en el sector eléctrico, haciendo tabla raza del numeral h del artículo 25 de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844.

El MINAM, según su norma de creación, tiene los siguientes objetivos que de una manera crítica veremos si están cumpliendo:

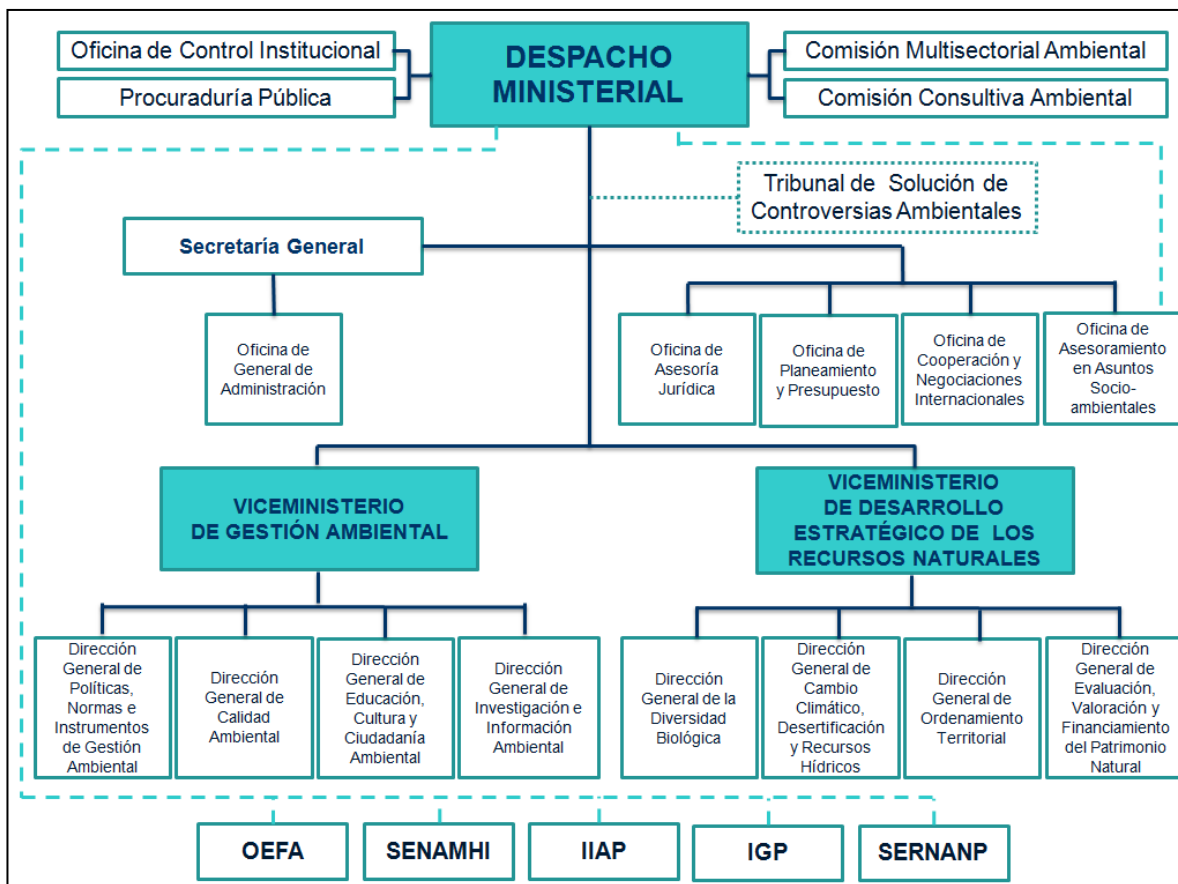
- Asegurar la conservación y el uso sostenible de los recursos naturales, la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas así como el desarrollo de nuestra Amazonía.** Ello lo realizan a través del SERNANP, empero al no brindarse opinión en varios pronunciamientos técnicos alegando una opinión previa, se incumple este objetivo en el caso de los Términos de Referencia del Estudio de Impacto

Ambiental del proyecto de prospección sísmica 3D y perforación de 21 pozos exploratorios en el lote 39 de Repsol que puede afectar a la Reserva Nacional Pucacuro (enero, 2012), o al no haberse vuelto a revisar la opinión de compatibilidad para Proyecto de Exploración Sísmica 2D en el lote 108 de Pluspetrol que puede afectar el Bosque de Protección San Matías San Carlos, y su Zona de Amortiguamiento, además de la Zona de Amortiguamiento de la Reserva Comunal Yanasha y Zona de Amortiguamiento de la Reserva Comunal Machiguenga (febrero, 2011), por citar dos ejemplos, en donde a nuestro criterio debió pronunciarse el SERNANP, aprovechando esta instancia para revisar opiniones anteriores vertidas sobre el tema.

- b) Asegurar la prevención de la degradación del ambiente y de los recursos naturales y revertir los procesos negativos que lo afectan.** Este es otro objetivo que no viene cumpliendo al no tener aprobados hasta la fecha (mayo 2012) los límites máximos permisibles por la contaminación sonora ocasionada por sobrevuelo de aviones en zonas urbanas, o al aprobar el Decreto Supremo N° 010-2011-MINAM, que modifica lo establecido en el Decreto Supremo N° 023-2009-MINAM, permitiendo ahora que las empresas que desarrollaran actividades que necesitaran planes de manejo de gestión ambiental, y no los hayan cumplido hasta diciembre del 2010 tenga un plazo adicional para implementarlos que expira en el 2015.
- c) Promover la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones para el desarrollo sostenible.** Lamentablemente, uno de los temas más descuidados por el MINAM es promover la participación ciudadana en el marco de los Estudios de Impacto Ambiental, y haciendo que cada sector apruebe un reglamento de participación ciudadana sectorial con sus respectivas sanciones en caso de incumplimiento.
- d) Contribuir a la competitividad del país a través de un desempeño ambiental eficiente.** Otro objetivo que viene incumpliendo el MINAM puesto que a la fecha no ha podido implementar el Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, tampoco ha aprobado un régimen común de sanciones ni el reglamento de incentivos.
- e) Incorporar los principios del desarrollo ambiental en las políticas y programas nacionales.** Aún el MINAM no ha podido siquiera hacer cumplir los lineamientos establecidos en la Política Nacional del Ambiente, y ello ha ocurrido, por su nula capacidad sancionadora sobre los sectores que deben cumplirla así como la ausencia de una verdadera voluntad política, sino baste con recordar como la reforma para que el MINAM apruebe los estudios de impacto ambiental se archivo, cuando cesaron al Ministro del ambiente Ricardo Giesecke Sara –Lafosse, que sólo duro cinco (05) meses (28 de julio – 11 de diciembre 2011).

Advirtamos que el MINAM tiene dentro de su competencia, desarrollar, dirigir, supervisar y ejecutar la política nacional del ambiente y tiene por función promover la conservación y el uso sostenible de los recursos naturales, la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas, y ello a duras penas puede realizarlo, siendo el SERNANP, en realidad el gran sacrificado cuando se enfrenta a las presiones que sufren los espacios protegidos por actividades productivas, de las cuales no siempre ha salido bien librado. Ciertamente, en teoría, el poder de dirección y regulación de este ente ambiental comprenderá acciones técnico-normativas de alcance nacional, especialmente en el ámbito de fiscalización, control y la potestad sancionadora por incumplimiento de normas ambientales, la misma

que puede ser ejercida a través de sus organismos públicos correspondientes como el OEFA y el SERNANP. Empero, el problema es que el OEFA carece de capacidad sancionadora para además de supervisar a las entidades ambientales poder sancionarlas, y además aún no puede sancionar a los administrados pues la transferencia de funciones aún no se ha completado, y por otra parte, aún no tienen la capacidad instalada suficiente si quiera para ejercer la que se las ha transferido, específicamente en el caso de energía y minas.



La gestión ambiental es un proceso permanente y continuo, constituido por el conjunto estructurado de principios, normas técnicas, procesos y actividades, orientado a administrar los intereses, expectativas y recursos relacionados con los objetivos de la política ambiental y alcanzar así, una mejor calidad de vida, el desarrollo integral de la población, el de las actividades económicas y la conservación del patrimonio ambiental y natural del país que se estructura fundamentalmente sobre el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, y el Sistema Nacional de Información Ambiental.

El Sistema Nacional de Gestión Ambiental se basa fundamentalmente en el carácter descentralizado y transectorial de la gestión socio-ambiental, así como en el principio de coordinación interinstitucional y la participación ciudadana, lo que implica una coordinación muy estrecha entre el gobierno central, y los gobiernos regionales y locales, caso contrario, se repetirán casos como el de Majes Siguan II, Tía María o Conga, todos con resultados negativos para la gestión ambiental, y la gobernabilidad del país.

**ENTIDADES QUE POSEEN COMPETENCIAS AMBIENTALES
EN ASUNTOS DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL**

Ministerio	Unidad Ambiental	Sectores Regulados
Energía y Minas	Dirección de Asuntos Ambientales Energéticos	Hidrocarburos Electricidad
	Dirección de Asuntos Ambientales Mineros	Minería
De la Producción	Dirección General de Asuntos Ambientales de Pesquería	Pesca Acuicultura Industria Pesquera
	Dirección de Asuntos Ambientales de Industria	Industria Manufacturera Agroindustria
Agricultura	Dirección General Forestal y Fauna Silvestre SENASA ANA	Forestal, Fauna Silvestre Agroindustria, Agrícola, pecuario Recursos Hídricos
Comercio Exterior y Turismo	Dirección de Medio Ambiente y Sostenibilidad Turística ⁵⁴²	Turismo
	No tiene una unidad especializada	Comercio Exterior
Ministerio de Transportes y Comunicaciones	Dirección General de Asuntos Socio Ambientales	Transportes Infraestructura de Transportes
	No tiene una unidad especializada	Telecomunicaciones
Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento	Oficina de Medio Ambiente	Construcción Civil Saneamiento
Ministerio de Salud	Dirección General de Salud Ambiental	Servicios Hospitalarios y Médicos Servicios de Residuos Sólidos e Infraestructura de Residuos Sólidos (fuera de las empresas) Cementerios y Crematorios

AUTORIDADES AMBIENTALES CON ROLES TRANSECTORIALES

Entidad	Unidad	Bien objeto de protección
Ministerio de Agricultura	ANA	Aguas (conservación)
	Dirección General de Forestal y Fauna Silvestre	Bosques Flora y Fauna Silvestre
Ministerio del Ambiente	SERNANP	Áreas Naturales Protegidas
Ministerio de Defensa Marina de Guerra	Dirección de Capitanías y Guardacostas (DICAPI) Dirección de Medio Ambiente	Aguas Marítimas (vigilancia) Regulación de la Navegación
Ministerio de Salud	Dirección General de Salud Ambiental	Aguas (protección) Salud Ambiental
Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento	Oficina de Medio Ambiente	Ambiente Urbano Construido

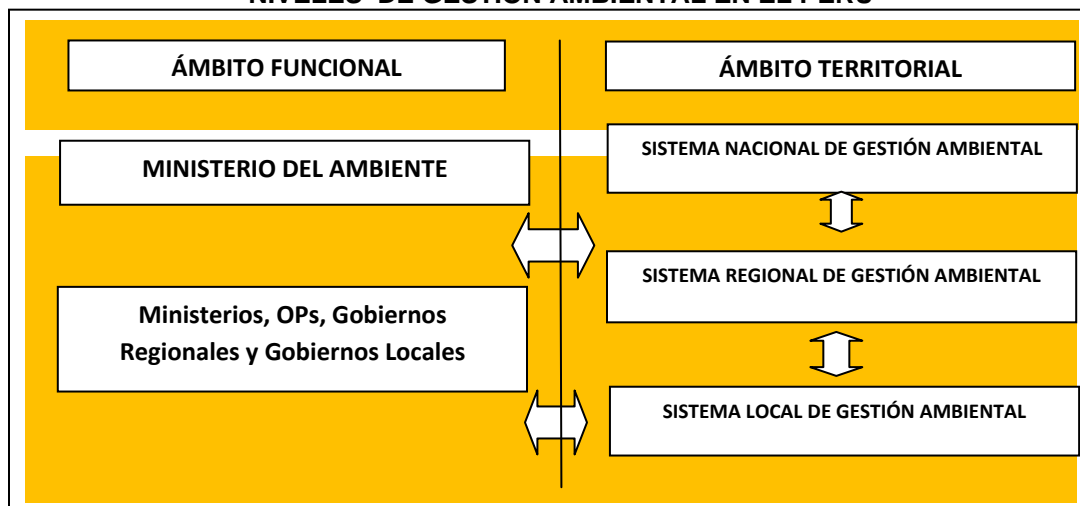
⁵⁴² La unidad no ha sido implementada.

ORGANISMOS PÚBLICOS NO REGULADORES CON COMPETENCIAS AMBIENTALES

Entidad	Actividad Principal vinculada con la Regulación Ambiental
Ministerio de Educación	Educación Ambiental
Ministerio de Relaciones Exteriores	Relaciones Exteriores vinculadas con Política Ambiental
Ministerio de Economía	Política Económica y vínculo con lo Ambiental
Ministerio del Interior	Prevención de Delito contra el Ambiente y apoyo a los autoridades competentes
Ministerio de Defensa	Incorporación de cuestiones ambientales en las acciones de las fuerzas armadas.
Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología – SENAMHI – (Ministerio de Defensa)	Vigilancia, monitoreo, pronóstico e investigaciones metereológicas e hidrológicas y ambientales conexos.
Instituto Geográfico Nacional – IGN (Ministerio de Defensa)	Realizar y conducir el proceso cartográfico básico oficial del Perú.
Instituto del Mar del Perú – IMARPE (PRODUCE)	Investigación, evaluación e información de los recursos hidrobiológicos y de las condiciones ambientales en el ámbito marino.
Instituto Nacional de Defensa Civil – INDECI (PCM)	Vínculos entre Defensa Civil y desastres que pongan en riesgo el ambiente
Comisión Nacional para el Desarrollo de Vida Sin Drogas – DEVIDA (PCM)	Incorporación de criterios ambientales en proyectos de lucha contra las drogas
Consejo Nacional de Descentralización (PCM)	Dirección del Proceso de Descentralización de la Gestión Pública Ambiental
Servicio Nacional de Sanidad Agraria – SENASA (Ministerio de Agricultura)	Regulación de aspectos ambientales en la utilización de Plaguicidas para uso Agrícola.
Consejo Nacional de Camélidos Sudamericanos – CONACS (Ministerio de Agricultura)	Aprovechamiento sostenible de los camélidos sudamericanos.
Instituto Nacional de Investigación y Extensión Agraria – INIA (Ministerio de Agricultura)	Investigación e información en materia agraria
Instituto de Investigaciones de la Amazonía Peruana – IIAP (Ministerio de Educación)	Investigación e información en materia de recursos naturales amazónicos.
Instituto Geológico Minero y Metalúrgico- INGEMMET (Ministerio de Energía y Minas)	Preparar y actualizar los mapas de la Carta Geológica Nacional Estudiar e inventariar los recursos minerales del territorio nacional Efectuar prospección minera regional Estudiar Fenómenos geodinámicos que signifiquen riesgo geológico
Instituto Peruano de Energía Nuclear – IPEN (Ministerio de Energía y Minas)	Desarrollar y promover la ciencia y tecnología nuclear. Regular y fiscalizar el uso seguro de las radiaciones ionizantes.

Nota: Estas entidades no aplican ningún instrumento de regulación ambiental (EIA, PAMA, Planes de Cierre, Pasivos, Fiscalización, Sanciones) pero cumplen funciones de apoyo a la regulación ambiental Elaborado por el CONAM / Grupo de Trabajo del Reglamento de Armonización de Competencias Ambientales (2006)

NIVELES DE GESTIÓN AMBIENTAL EN EL PERÚ



Una de las labores más importantes que se le exige al MINAM es emitir opinión técnica previa sobre la regulación de los instrumentos de gestión ambiental con el fin de uniformizarlos en todos los sectores, especialmente porque estos son mecanismos orientados a la ejecución de la política ambiental y sirven para la planificación, promoción, prevención, control, corrección, información, financiamiento, participación y fiscalización en materia ambiental de conformidad con el numeral 1 del artículo 17º de la Ley General del Ambiente, dada por Ley N° 28611, y sus modificatorias. Advertimos que el instrumento de gestión ambiental más utilizado son los **Estudios de Impacto Ambiental–EIA**, que contienen una descripción de la actividad productiva, 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. Donde deben indicarse las medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables e incluir un breve resumen del estudio para efectos de su publicidad.

Sin embargo para que ello sea posible el MINAM debería poner en vereda a las autoridades ambientales sectoriales que se niegan a exigir a sus administrados estudios de impacto ambiental y participación ciudadana bajo el argumento que ello retrasaría el crecimiento de la actividad productiva y encabezan este línea de pensamiento: el sector turismo,⁵⁴³ agricultura y saneamiento. Empero lo peor en estos sectores es que no existen normas sancionadoras para los agentes que con su actividad dañen al ambiente ni tampoco incentivos para que adecuen sus actividades económicas. Allí, el reglamento de sanciones e incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, jugará un rol fundamental, al resolver este vacío legal.

En el caso de que la actividad económica se encuentre ejecutándose, la autoridad sectorial competente puede aprobar **Programas de Adecuación y Manejo Ambiental - PAMA**, para facilitar la adecuación de una actividad económica a obligaciones ambientales nuevas, debiendo asegurar su debido cumplimiento en plazos que establezcan las respectivas normas, a través de objetivos de desempeño ambiental explícitos, metas y un cronograma de avance de cumplimiento, así como las medidas de prevención, control, mitigación, recuperación y eventual compensación que corresponda. Los informes sustentatorios de la definición de plazos y medidas de adecuación, los informes de seguimiento y avances en el cumplimiento del PAMA, tienen carácter público y deben estar a disposición de cualquier persona interesada de conformidad con el artículo 26º de la Ley General del Ambiente.

El problema con este tipo de instrumentos de gestión ambiental es que se suele acudir a ellos para efectos de prorrogar los compromisos ambientales que el titular de una operación económica tiene con la población. El asunto se complica cuando la actividad económica contaminante es el sustento de la población y al mismo tiempo la causa de sus principales problemas de salud o salubridad, y el desarrollo de la actividad minero metalúrgica en la Oroya ha sido un claro ejemplo de ello. La experiencia nos ha enseñado que la ampliación de los plazos de los PAMAs puede ser el inicio de un perverso ciclo de destrucción del ambiente y perjuicio irreparable a la salud humana. De ahí que el numeral 2 del artículo 26º de la Ley General del Ambiente precise que el incumplimiento de las acciones definidas en los PAMA, sea durante su vigencia o al final de éste, se sanciona administrativamente, independientemente de las sanciones civiles o penales a que haya lugar. En consecuencia el Ministerio Público deberá iniciar las acciones penales que

⁵⁴³ Solo cuentan con un Proyecto de Reglamento de Protección Ambiental de la actividad turística pre publicado en el diario Oficial "El Peruano" con fecha 13.10.08 y que siendo mayo 2012 aún no se ha implementado.

correspondan en caso de incumplimiento de los PAMAs independientemente de las acciones administrativas y civiles que se implementen por parte de las autoridades sectoriales.

Ahora bien, la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, y su reglamento, no contemplan ya los PAMAs, pues se aspira a que no empiece ninguna actividad sin certificación ambiental previamente aprobada, lo que ciertamente sería un avance notable en la gestión ambiental, aunque valgan verdades, son muchos los sectores que no se encuentra adecuado a instrumentos de gestión ambiental tal como se observa en el sector de energía y minas (minería artesanal), industria, pesquería, turismo y transporte. La propia capital, fue testigo de cómo el Metropolitano, inicio sus obras sin EIA aprobado, o el Tren Eléctrico, tiene trazos sin certificación ambiental aprobada, y ni que decir de la ausencia de compensaciones ambientales y económicas a las poblaciones afectadas por ambos proyectos. Como colofón, podríamos llamar la atención sobre la planta de cemento de UNICON, que opero durante más de una década en el Cercado de Lima, y el límite de Breña, sin certificación ambiental, generando contaminación ambiental y sonora en la población aledaña, e increíblemente funcionando al costado del Instituto Nacional de Oftalmología (INO). Virando al Callao, encontramos el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, con un EIA desactualizado, y sin que se haya mitigado el ruido que ocasiona por el sobrevuelo de los aviones en los distritos de Carmen de la Legua, Bellavista, la Perla y San Miguel.

Advirtamos que los titulares de todas las actividades económicas deben garantizar que al cierre de actividades o instalaciones no subsistan impactos ambientales negativos de carácter significativo, debiendo considerar tal aspecto al diseñar y aplicar los instrumentos de gestión ambiental. El MINAM, en coordinación con las autoridades ambientales sectoriales, debe establecer disposiciones específicas sobre el cierre, abandono, post-cierre y post-abandono de actividades o instalaciones, incluyendo el contenido de los respectivos planes y las condiciones que garanticen su adecuada. Por otra parte, existirán casos en que por lo súbito y significativo del daño ambiental ocasionado por causas naturales o tecnológicas, el MINAM, en coordinación con el Instituto Nacional de Defensa Civil y el Ministerio de Salud u otras entidades con competencia ambiental, debe **declarar la Emergencia Ambiental** y establecer planes especiales en el marco de esta Declaratoria. Por ley y su reglamento se regula el procedimiento y la declaratoria de dicha Emergencia.

El MINAM en coordinación con las autoridades competentes, puede dictar normas ambientales transitorias de aplicación específica en zonas ambientalmente críticas o afectadas por desastres, con el propósito de contribuir a su recuperación o superar las situaciones de emergencia como sería el caso de las zonas donde sean identificado pasivos ambientales mineros e hidrocarburíferos. Su establecimiento, no excluye la aprobación de otras normas, parámetros, guías o directrices, orientados a prevenir el deterioro ambiental, proteger la salud o la conservación de los recursos naturales y la diversidad biológica y no altera la vigencia de los ECA y LMP, tal y como lo establece el artículo 29º de la Ley General del Ambiente.

Ahora bien, el MINAM en el proceso de elaboración de los ECA, LMP y otros estándares o parámetros para el control y la protección ambiental debe tomar en cuenta los establecidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o de las entidades de nivel internacional especializadas en cada uno de los temas ambientales como sería el caso de los ECA y LMP para áreas naturales protegidas o u otras formas de estrategias de

conservación in situ, o zonas especialmente afectada por pasivos ambientales como sería el caso del Callao o Surco por la contaminación sonora ocasionada por el sobrevuelo de aviones. Y que ocurrirá, en los casos que no se hayan establecido ECA o LMP a nivel nacional, en dichas circunstancias el MINAM, en coordinación con los sectores correspondientes, dispondrá la aprobación y registrará la aplicación de estándares internacionales o de nivel internacional equivalentes de conformidad con el numeral 3 del artículo 33º de la Ley General del Ambiente, cuestión que hasta ahora nunca ha hecho, ni siquiera cuando se le reclamo dicho hecho judicialmente como consta en el Expediente N° 02065-2011-0-0701-JR-CI-05, seguido por el IDLADS PERÚ contra el MINAM y otros, en el Quinto Juzgado Especializado en lo Civil del Callao, donde se le exige al MINAM aprueba los límites máximos permisibles para el ruido ocasionado por el sobrevuelo de aviones. Resulta lamentable que habiendo existido actividad aeroportuaria desde principios del siglo XX en el Perú, no se hayan elaborado ni aprobado límites máximos permisibles para el ruido ocasionado por el sobrevuelo de aviones, no obstante las vibraciones y el ruido, ser una constante en zonas urbanas aledañas a los aeropuertos del país. Ello antes era de responsabilidad del sector que autorizaba la actividad aeroportuaria (MTC), hoy lo es del MINAM, que desde el 2008 al 2011, no realizó un esfuerzo suficiente como para dar solución a este problema, y además busque compensar los años de ruido que soporta esta población, con estragos a su salud de pronóstico reservado pues tampoco se han realizado estudios epidemiológicos al respecto.

Asimismo, en el proceso de revisión de los parámetros de contaminación ambiental, con la finalidad de determinar nuevos niveles de calidad, se aplica el **principio de la gradualidad**, permitiendo ajustes progresivos a dichos niveles para las actividades en curso, contemplado en el numeral 4 del artículo 33º de la Ley General del Ambiente. El problema, es el abuso que constantemente se da de este principio, al establecerse límites máximos permisibles están muy por debajo de los estándares internacionales, y los cuales, incluso en la ocasiones en que sean querido implementar sean postergado de manera injustificada en perjuicio de la salud de la población afectada, este es el caso del Decreto Supremo N° 010-2011-MINAM, que modifica lo establecido en el Decreto Supremo N° 023-2009-MINAM, otorgando un plazo adicional para implementar instrumentos de gestión ambiental en el sector de minería que se extiende hasta el 2015, sin sancionar siquiera aquellos que no cumplieron con adecuarse en diciembre del 2010.

El MINAM no sólo tiene un rol regulador sino ejecutivo en el tema de la conservación del ambiente debido a que coordina con las autoridades competentes, la formulación, ejecución y evaluación de los planes destinados a la mejora de la calidad ambiental o la prevención de daños irreversibles en zonas vulnerables o en las que se sobrepasen los ECA, y vigila según sea el caso, a través del OEFA, su fiel cumplimiento. Añadamos a ello que con tal fin puede dictarse medidas cautelares que aseguren la aplicación de los planes de remediación ambiental, o **aplicar sanciones** ante el incumplimiento de una acción prevista en ellos. En otras palabras, el OEFA, en coordinación con el MINAM, podrá iniciar un procedimiento sancionador e implementar medidas cautelares con el fin de garantizar la mejora de la calidad ambiental o prevenir daños ambientales irreversibles además de vigilar su fiel cumplimiento.

FUNCIONES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE

El Ministerio del Ambiente tiene las siguientes funciones:

Funciones rectoras:

a) Formular, planificar, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional del ambiente aplicable a todos

los niveles de gobierno, en el marco del sistema nacional de gestión ambiental.

b) Garantizar el cumplimiento de las normas ambientales por parte de los sectores y los diferentes niveles de gobierno, realizando funciones de promoción, fiscalización, supervisión, evaluación y control, así como ejercer la potestad sancionadora en materia de su competencia y dirigir el régimen de fiscalización y control ambiental y el régimen de incentivos previsto por la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente.

c) Realizar seguimiento y monitoreo respecto de los logros en las metas ambientales a nivel nacional, regional y local y tomar las medidas correspondientes.

d) Coordinar la implementación de la política nacional ambiental con los sectores, los gobiernos regionales y los gobiernos locales.

e) Prestar apoyo técnico a los sectores, los gobiernos regionales y locales para el adecuado cumplimiento de las funciones ambientales.

Funciones técnico-normativas:

a) Formular propuestas y aprobar lineamientos, normas, directivas, planes, programas, proyectos, estrategias e instrumentos de gestión ambiental en las materias de su competencia.

b) Coordinar la defensa judicial de las entidades de su sector.

c) Promover y suscribir convenios de colaboración interinstitucional a nivel nacional e internacional, en el ámbito de su competencia y de acuerdo a ley.

d) Resolver los recursos impugnativos interpuestos contra las resoluciones y los actos administrativos relacionados con sus competencias, así como promover la solución de conflictos ambientales a través de los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos, constituyéndose en la instancia previa obligatoria al órgano jurisdiccional en materia ambiental.

e) Cumplir y hacer cumplir el marco normativo relacionado con su ámbito de competencia.

f) Las demás que señale la normativa aplicable.

Funciones específicas vinculadas al ejercicio de sus competencias:

a) Formular, aprobar, coordinar, supervisar, ejecutar y evaluar el Plan Nacional de Acción Ambiental y la Agenda Nacional de Acción Ambiental.

b) Dirigir el Sistema Nacional de Gestión Ambiental, el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, el Sistema Nacional de Información Ambiental, el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - SINANPE - de carácter nacional así como aquéllos que por ley le corresponda.

c) Establecer la política, los criterios, las herramientas y los procedimientos de carácter general para el ordenamiento territorial nacional, en coordinación con las entidades correspondientes, y conducir su proceso.

d) Elaborar los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y Límites Máximos Permisibles (LMP), de acuerdo con los planes respectivos para todos los niveles de gobierno. Deben contar con la opinión del sector correspondiente y ser aprobados mediante Decreto Supremo.

e) Establecer los criterios y procedimientos para la formulación, coordinación y ejecución de los planes de descontaminación y recuperación de ambientes degradados.

f) Evaluar las propuestas de establecimiento de áreas naturales protegidas y proponerlas al Consejo de Ministros para su aprobación.

g) Implementar los acuerdos ambientales internacionales y presidir las respectivas comisiones nacionales.

h) Ser el punto focal para las consultas que en materia ambiental se deriven de compromisos asumidos en los acuerdos comerciales internacionales suscritos por el Perú.

i) Establecer los procedimientos interinstitucionales necesarios para que se hagan efectivas las condiciones de participación y consulta del público que emanen de los convenios referidos en el literal anterior, en coordinación con el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

j) Promover y coordinar la adecuada gestión de residuos sólidos, la protección de la calidad del aire, el control del ruido y de las radiaciones no ionizantes y sancionar su incumplimiento.

k) Supervisar el funcionamiento de los organismos públicos adscritos al sector y garantizar que su actuación se enmarque dentro de los objetivos de la política nacional ambiental.

l) Formular y proponer la política y las estrategias nacionales de gestión de los recursos naturales y de la diversidad biológica.

m) Promover la investigación científica, la innovación tecnológica y la información en materia ambiental, así como el desarrollo y uso de tecnologías, prácticas y procesos de producción, comercialización y consumo limpios.

n) Promover la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones para el desarrollo sostenible y fomentar una cultura ambiental nacional.

o) Elaborar el informe sobre el estado del ambiente y la valoración del Patrimonio Natural de la Nación.

p) Declarar emergencias ambientales, en coordinación con el Instituto Nacional de Defensa Civil - INDECI, el Ministerio de Salud, el Gobierno Regional que corresponda u otras entidades que tienen competencia ambiental y disponer su prórroga o levantamiento.

q) Ejercer la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias, aplicando las sanciones de amonestación, multa, comiso, inmovilización, clausura o suspensión por las infracciones a la legislación ambiental de acuerdo al procedimiento que se debe aprobar para tal efecto, así como resolver los recursos impugnativos que se interpongan, con potestades de ejecución coactiva en los casos que corresponde.

Fuente: Artículo 3° del Decreto Supremo N° 007-2008-MINAM

ESTRUCTURA ORGÁNICA DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE	
I. ALTA DIRECCIÓN	
Despacho Ministerial	
Viceministerio de Desarrollo Estratégico de los Recursos Naturales	
Viceministerio de Gestión Ambiental	
Secretaría General	
Comisión Multisectorial Ambiental	
Comisión Consultiva Ambiental	
II. ÓRGANO RESOLUTIVO	
Tribunal de Solución de Controversias Ambientales	
III. ÓRGANO DE CONTROL INSTITUCIONAL	
Oficina de Control Institucional	
IV. ÓRGANO DE DEFENSA JUDICIAL	
Procuraduría Pública	
V. ÓRGANOS DE ASESORAMIENTO	
Oficina de Asesoría Jurídica	
Oficina de Planeamiento y Presupuesto	
Oficina de Cooperación y Negociaciones Internacionales	
Oficina de Asesoramiento en Asuntos Socio-ambientales	
VI. ÓRGANOS DE APOYO	
Oficina General de Administración	
VII. ÓRGANOS DE LÍNEA	
7.1. VICEMINISTERIO DE DESARROLLO ESTRATÉGICO DE LOS RECURSOS NATURALES	
Dirección General de Cambio Climático, Desertificación y Recursos Hídricos	
Dirección General de Ordenamiento Territorial	
Dirección General de Evaluación, Valoración y Financiamiento del Patrimonio Natural	
7.2. VICEMINISTERIO DE GESTIÓN AMBIENTAL	
Dirección General de Políticas, Normas e Instrumentos de Gestión Ambiental	
Dirección General de Calidad Ambiental	
Dirección General de Educación, Cultura y Ciudadanía Ambiental	
Dirección General de Investigación e Información Ambiental	

Fuente: Artículo 5º del Decreto Supremo N° 007-2008-MINAM

7.2.1. FUNCIONES GENERALES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE

El Decreto Legislativo N° 1013, establece que las funciones del MINAM se clasifican en rectoras, técnico-normativas, y específicas. Una revisión analítica de las funciones rectoras del MINAM:

- a) **Formular, planificar, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional del ambiente.**- Actualmente, la supervisión y evaluación del cumplimiento de la política nacional del ambiente, la debería llevar a cabo el OEFA, empero, carente de capacidad sancionadora, poco o nada puede hacer para hacerla cumplir, salvo notificar a los sectores el diagnóstico de incumplimiento de la misma.
- b) **Garantizar el cumplimiento de las normas ambientales, realizando funciones de fiscalización, supervisión, evaluación y control,** así como ejercer la potestad sancionadora en materia ambiental y dirigir el régimen de fiscalización y control ambiental y el régimen de incentivos. En realidad, todas estas funciones son desarrolladas por el OEFA, y no por el propio MINAM.
- c) **Coordinar la implementación de la Política Nacional del Ambiente con los sectores, gobiernos regionales y los gobiernos locales.** El escaso peso político, la ausencia de autonomía técnica, y la nula capacidad sancionadora, hacen que el cumplimiento de la Política Nacional del Ambiente quede a discreción de los sectores, y que el MINAM pueda hacer poco o nada al respecto.

d) **Prestar asistencia técnica a los gobiernos regionales y locales en materia ambiental**, es una cuestión que debería intensificarse para formalizar una serie de actividades productivas, y promover buenas practicas empresariales.

Con relación a las funciones técnicas – normativas del MINAM, la aprobación de normas ambientales de carácter nacional es una facultad fundamental para lograr uniformizar procesos en la gestión ambiental, empero la carencia de su capacidad de control del cumplimiento de la misma es el problema, como se observa por ejemplo en el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM.

EVALUACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL DECRETO SUPREMO N° 019-2009-MINAM POR PARTE DEL MINAM	
FUNCIONES DEL MINAM	INCUMPLIMIENTO FLAGRANTE DEL MINAM
<p>Emitir opinión previa favorable y coordinar con las autoridades competentes, el o los proyectos de reglamentos relacionados a los procesos de evaluación de impacto ambiental-EIA y sus modificaciones</p> <p>Numeral c) del artículo 17º de la Ley 27446</p>	<p>Esta función no se ejerce de manera arbitraria y de manera discrecional sino en el ámbito de las normas reglamentarias que la regulan y dentro de los plazos preestablecidos. En ese sentido, está probado que esta función no fue realizada por el MINAM en el plazo establecido por la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, plazo que por cierto el mismo se estableció, y que no pudo hacer cumplir. Ahora bien, tampoco aprobó formalmente un nuevo plazo para emitir opinión previa y coordinar con los sectores la expedición de sus reglamentos de protección ambiental ni promovió acciones de control o acciones penales por el incumplimiento de los funcionarios de los sectores por no elaborar los citados proyectos generando arbitrariedad, impunidad y caos en la gestión ambiental.</p>
<p>Coordinar con las autoridades competentes la adecuación de los regímenes de evaluación del impacto ambiental existentes a lo dispuesto en la Ley 27446, y asegurar su cumplimiento</p> <p>Numeral d) del artículo 17º de la Ley 27446</p>	<p>No basta para demostrar que se está cumpliendo esta función con realizar una coordinación formal y displicente, sino una coordinación real y con apercibimientos en el ámbito de las normas al respecto, que permita de manera auténtica y real arribar a logros concretos dentro de los plazos legales establecidos. En ese sentido, no basta decir que desde hace casi dos años se viene coordinando la adecuación, pero con plazos legales vencidos, y sin aplicar los apercibimiento por tamaño irresponsabilidad a los funcionarios responsables previstos en el artículo 80º y la propia Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM.</p> <p>Nótese que la coordinación no puede ser cualquiera sino una efectiva y encaminada a asegurar el cumplimiento de la Ley N° 27446, y está probado en el expediente de manera irrefutable que ello no se ha conseguido pues ningún sector se adecuado al reglamento de la citada ley, en consecuencia, la norma es letra muerta.</p>
<p>Controlar y supervisar la aplicación de la citada Ley y el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.</p> <p>Numeral f) del artículo 17º de la Ley 27446</p>	<p>Resulta evidente la falta de control y supervisión del MINAM con respecto a todos los sectores que debieron adecuarse a la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, al punto que ni siquiera los que tienen opinión favorable (Ministerio de Agricultura, y Ministerio de Vivienda) han aprobado sus reglamentos de protección ambiental pese haber transcurrido cinco meses desde que tenían dicho requisito.</p> <p>El resto de sectores ni siquiera han enviado sus borradores de reglamentos de protección ambiental, y los que eventualmente lo hicieron hasta la fecha no han levantado las observaciones que les hizo el MINAM, y todo lo dicho en este acápite está probado palmariamente, irónicamente.</p> <p>Como se sabe un control y supervisión sin apremios es imposible, es ficción, y es irreal. El MINAM no puede pretender que cualquier control y supervisión sobre los sectores para que apliquen la Ley 27446, y el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, es válido para considerar que está cumpliendo la norma y su función, sino sólo aquel que cumple la finalidad de asegurar el cumplimiento de ambas normas, y ella sólo se logra si se efectivizan los apremios dados por el artículo 80º y la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM cuestión que la entidad demandada a omitido hacer pese a las inconductas funcionales de todos los sectores que supuestamente controla y supervisa.</p> <p>La impunidad del incumplimiento de los plazos de adecuación a la Ley 27446, y el</p>

	<p>Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, se debe a que el MINAM no hace cumplir las normas porque confunde la autonomía de los sectores con autarquía, y se olvida de considerar lo dicho por el TC: “autonomía no debe confundirse con autarquía, pues desde el mismo momento en que aquélla le viene atribuida por el ordenamiento, su desarrollo debe realizarse con respeto a ese ordenamiento jurídico. “No supone autarquía funcional al extremo de que, de alguna de sus competencias pueda desprenderse desvinculación parcial o total del sistema político o del propio orden jurídico en el que se encuentra inmerso (...). En consecuencia, no porque un organismo sea autónomo deja de pertenecer al Estado, pues sigue dentro de él y, como tal, no puede apartarse del esquema jurídico y político que le sirve de fundamento a éste y, por supuesto, a aquél” [Fund. Jur. N.º 6, Exp. N.º 007-2001-AI/TC]”</p> <p>Así nada impide que ante la renuencia de algunos sectores como el Ministerio de Agricultura y Ministerio de Vivienda que ya cuentan con opinión favorable, de aprobar sus reglamentos de protección ambiental, el MINAM coordine con la Defensoría del Pueblo una acción de cumplimiento contra dichos sectores, o a través de su propio procurador, viendo que el derecho a un ambiente sano y equilibrado es un interés general que debe ser protegido, ello al amparo del artículo 67º del Código Procesal Constitucional. Pero sin ir tan lejos, bastaba hacer efectivo los apercibimiento del artículo 80º del propio Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM para asegurar el cumplimiento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y su reglamento, cuestión que nunca hizo el MINAM.</p>
<p>En consecuencia, es evidente y está probado que el MINAM viene rehuendo el cumplimiento de sus funciones establecidas en los numerales c, d, y f, artículo 17º de la Ley 27446, y las mismas no puede alegarse que se pueden cumplir parcialmente, sino de manera íntegra y completa conforme las normas vigentes, todo lo cual nos legitima para interponer la presente acción de cumplimiento.</p>	

Ahora si bien es cierto el Ministerio del Ambiente, carece facultades sancionadoras para iniciar procedimientos administrativos disciplinarios contra los funcionarios responsables de la citada inconducta funcional, si tiene atribuciones para comunicar a la Contraloría General de la República dicha conducta omisiva, a fin que sea dicho órgano de control gubernamental el que determine responsabilidades funcionales, cuestión que hasta la fecha no ha realizado pues el MINAM no ha reportado dichos incumplimientos. Advirtamos, que el incumplimiento de labores funcionales de parte de los sectores competentes tan flagrantes da merito a una denuncia por omisión de funciones de los funcionarios públicos que no desplegaron acciones para adecuarse al Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, en el plazo establecido, basta para darse cuenta de ello, con leer el artículo 377º del Código Penal que señala que *“el funcionario público que, ilegalmente, omite, rehusa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa.”* No quepa duda, que todos los funcionarios públicos que omitieron con sus actos la adecuación de sus sectores al Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM en el plazo establecido tienen responsabilidad administrativa y penal, y sin embargo, el MINAM no ha buscado hacer efectiva esas responsabilidades a pesar que la norma lo obliga a hacerlo, cito textualmente los dos últimos párrafos del artículo 80º del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM:

“En caso de encontrarse evidencia acerca de la posible comisión de un delito, el hecho será puesto en conocimiento de la Fiscalía Ambiental o de la Prevención del Delito, según corresponda.

Si como resultado de la vigilancia se identifican posibles infracciones a las normas y disposiciones del SEIA, los hallazgos obtenidos deben ser comunicados a la autoridad a cargo de las funciones de fiscalización y sanción correspondientes, para las acciones que correspondan de acuerdo a ley.”

Así, no existe excusa legal para estos incumplimientos especialmente porque no se ha ampliado el plazo para la adecuación al Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, y tampoco es una materia compleja, verificar como el MINAM, no ha desplegado las acciones de control efectivas para dar cumplimiento al citado decreto supremo, como sería una comunicación a la Contraloría General de la República, y al Ministerio Público, a fin de hacer efectiva la responsabilidad a la que se refiere la Primera Disposición Complementaria Final del citado Decreto Supremo.

Advirtamos que ha existido una constante desidia del MINAM por hacer efectiva la responsabilidad en los sectores responsables de adecuarse al Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, y ello no obstante conocer el artículo 80° del referido dispositivo legal, y el cuál advierte que será aplicado mediante Oficio Múltiple N° 052-2011-DGPNIGA-VMGA/MINAM, del 29 de setiembre del 2011, que se dirige a las unidades ambientales del: Ministerio de Energía y Minas; Ministerio de Agricultura; Ministerio de Producción; Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento; Ministerio de Salud; Ministerio de Energía y Minas; Ministerio de Defensa (DICAPI); y Ministerio de Transporte y Comunicaciones; pese a ello a la fecha ningún sector se ha adecuado, ni se ha sancionado a ningún funcionario por incumplir el plazo establecido para la adecuación.

Tamaño irresponsabilidad de los sectores involucradas ha sido sistemáticamente ocultada por el MINAM, y es penoso en ese sentido, la cultura de la prepotencia, arbitrariedad, secretismo y ocultismo que cultiva el MINAM cuando señala en su Informe N° 042-2011-DGPNIGA-VMGA/MINAM, de fecha 5 de diciembre del 2011, donde se indica lo siguiente: *“debemos señalar que el MINAM (...) no tiene el deber de informar al demandante ni a ningún administrado sobre el proceso de adecuación de los sectores a las normas del SEIA, (...)”* De esta manera se hace tabla raza del derecho al acceso a la información pública, el derecho de información de los ciudadanos, y el derecho a la rendición de cuentas, que tiene todo ciudadano, y se evita que se exija el cumplimiento de una norma de la más alta importancia como es la que regula el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

Advirtamos que el numeral c) del artículo 17° de la Ley 27446, establece que *“el MINAM debe emitir opinión previa favorable y coordinar con las autoridades el o los proyectos de reglamentos relacionados a los procesos de evaluación ambiental –EIA, y sus modificatorias.”* Ello se entiendo en el marco de lo establecido por el artículo 80° y la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento del SEIA, del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, en ese sentido, mal hace el MINAM cuando señala en su Informe N° 042-2011-DGPNIGA-VMGA/MINAM, que *“en este momento depende de las Altas Direcciones de los Ministerios”* de: Vivienda, Construcción y Saneamiento; Transporte y Comunicaciones; Ministerio de Energía y Minas; Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; y Ministerio de Producción *“la incorporación de las observaciones y la promulgación de las propuestas validadas de dichos reglamentos e instrumentos.”* Estando vencido el plazo de adecuación, mal hace el MINAM en decir que depende de los sectores la misma, que es la autoridad nacional en materia ambiental, y el ente rector del SEIA, y al omitir señalar que ya sea configurado responsabilidad funcional por no efectuar la adecuación dentro del periodo establecido de conformidad con el artículo 80° del Decreto Supremo N° 019-3009-MINAM, y que esta espera innecesaria basada en la arbitrariedad de los sectores, y el desconocimiento del plazo de adecuación debió ser puesto en conocimiento por el MINAM a la Contraloría General de la República y la

Fiscalía de Prevención del Delito. La discrecionalidad del sector sólo es válida si no se contraviene una norma expresa que fija un plazo para la toma de decisión respecto a un tema específico.

Recordemos que según el Oficio N° 315-2011-DGPNIGA/VMGA/MINAM, cuentan con opinión favorable de parte del MINAM, para aprobar sus Reglamentos de Protección Ambiental, tanto el Ministerio de Agricultura como el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, desde al menos el 02 de agosto del 2011, y pese a estar vencido el plazo de adecuación, y haber transcurrido más de cinco (05) meses desde que podían aprobar la citada norma de adecuación no lo han hecho, lo que evidentemente genera responsabilidad funcional, que el MINAM debió denunciar ante la Contraloría General de la República, y la Fiscalía de Prevención del Delito, en estricta aplicación del numeral c) del artículo 17° de la Ley 27446, y el artículo 80° del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, sin embargo no lo hizo, de ahí que exijamos que cumpla con ejercer la función antes mencionada.



Lima, 02 de agosto de 2011

OFICIO N° 315 2011- DGP NIGA/VMGA/MINAM

Tabla N° 01
Avance Normativo Sectorial

SECTOR/SUBSECTOR	REGLAMENTO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL	COMENTARIO
MINISTERIO DE AGRICULTURA -MINAG Sector Agricultura-	No dispone de Reglamento aprobado	Listo para su aprobación con opinión favorable del MINAM.
MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO- MINCETUR- Sector Turismo-	No dispone de Reglamento aprobado	Se encuentra en revisión a cargo del Sector Turismo.
MINISTERIO DE DEFENSA-DEFENSA Dirección General de Capitanías y Guardacostas -DICAPI	No dispone de Reglamento aprobado	-----
MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS-MINEM Sector Energía • Hidrocarburos • Electricidad	Dispone de Reglamento aprobado	En procesos de adecuación normativa a cargo del Sector Energético.
MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS-MINEM Sector Minería	Dispone de Reglamento aprobado	En proceso de actualización normativa a cargo del Minero Metalúrgico.
MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN-PRODUCE Sector Industria	Dispone de Reglamento aprobado	En proceso de actualización normativa a cargo del Sector Minero.
MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN-PRODUCE Sector Pesquería	No dispone de Reglamento aprobado	En proceso de elaboración del proyecto normativo a cargo del Sector Industria



PERÚ

Ministerio del Ambiente

Viceministerio de Gestión Ambiental

Dirección General de Políticas, Normas e Instrumentos de Gestión Ambiental

"Decreto de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año del Centenario de Machu Picchu para el mundo"

Lima, 02 de agosto de 2011

OFICIO N° 315 2011- DGPNIGA/VMGA/MINAM

PERÚ	Ministerio del Ambiente	Viceministerio de Gestión Ambiental	Dirección General de Políticas, Normas e Instrumentos de Gestión Ambiental
MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES-MTC Sector Transporte		No dispone de Reglamento aprobado	En proceso de revisión del proyecto cargo del Sector Pesquería
MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES-MTC Sector Comunicaciones		No dispone de Reglamento aprobado	-----
MINISTERIO DE SALUD-MINSA Dirección General de Salud Ambiental-DIGESA		No dispone de Reglamento aprobado	-----
MINISTERIO DE VIVIENDA CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO-MVCS Sector Vivienda y Construcción Sector Saneamiento		No dispone de Reglamento aprobado	Listo para su aprobación con opinión favorable del MINAM.

Es propicia la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi consideración.

Atentamente

ALICIA DE LA ROSA BRACHOWICZ
Directora General de Políticas, Normas e Instrumentos de Gestión Ambiental
VMGA - MINAM

Respecto al incumplimiento del literal d) del artículo 17º del Reglamento de la Ley del SEIA, referido a que el MINAM debe coordinar con las autoridades la adecuación de los regímenes de evaluación de impacto ambiental existentes a lo dispuesto en la presente ley y asegurar su cumplimiento. Es evidente el MINAM si bien realizo coordinaciones, esta fue defectuosa, deficiente y no idónea, para alcanzar la adecuación dentro del plazo establecido por la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento del SEIA, especialmente porque los apercibimientos de responsabilidad nunca se hicieron efectivos, y lo peor es que actualmente la adecuación fuera de plazo está desarrollándose en base a la arbitrariedad de cada sector, ya que no se aprobado formalmente un nuevo plazo, y peor aún no se ha hecho efectiva la responsabilidad funcional por el incumplimiento original del plazo de adecuación conforme lo ordena la propia primera disposición antes citada, y el artículo 80º del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM.

Esta situación está siendo abiertamente legitimada por el Informe N° 042-2011-DGPNIGA-VMGA/MINAM, que contrario legen, y vaciando de contenido la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento del SEIA, se alega que "hasta tanto no se aprueben o actualicen los reglamentos de las autoridades competentes en materia de evaluación de impacto ambiental (...) se aplicaran las normas sectoriales, regionales y locales que se encuentren vigentes y, de manera supletoria, las disposiciones del Reglamento que se aprueba por el presente dispositivo." La Disposición Única Complementaria y Transitoria del Decreto Supremo No 019-2009-MINAM, esta regulando los procedimientos administrativos que se desarrollen en el plazo de adecuación que se fijo en 180 días calendarios, y no en ningún caso, es una licencia para incumplir la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento del SEIA, pues ello constituiría un absurdo, y las normas se deben interpretar de manera sistemática. Sin embargo, contra todos los pronósticos de los especialistas en

derecho ambiental, el MINAM termina su argumentación, con una monstruosa, ilegal e insensata interpretación: “*La Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM que aprueba el Reglamento de la Ley del SEIA, señala que transcurrido el plazo de ciento ochenta (180) días desde la promulgación del referido Reglamento; y de no tenerse elaboradas o actualizadas las normas de los Ministerios, se aplican las sectoriales, regionales y locales que estuvieran vigentes. Y supletoriamente el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM. Esa es la fórmula por la que opta el SEIA.*” En una absurda forma de intentar sorprender a su despacho le inventa un texto legal a la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, y realiza una interpretación contraria al espíritu de la ley, y al principio pro hominen. El resultado, omite señalar que el incumplimiento del plazo de adecuación genera responsabilidad funcional, y responsabilidad penal, además de legitimar el incumplimiento del plazo.

Adviértase que lo peor de todo es que en ausencia de adecuación se están aplicando gracias a la interpretación del MINAM antes citada, normas absolutamente desactualizadas tales como: el Reglamento del Título Décimo Quinto del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, sobre el medio ambiente, D.S. N° 016-93-EM, que tiene una antigüedad de 18 años; el Reglamento de Protección Ambiental en las Actividades Eléctricas, D.S. N° 29-94-EM, que tiene una antigüedad de 17 años; o el Reglamento de Protección Ambiental para el Desarrollo de Actividades de la Industria Manufacturera, D.S. N° 019-97-ITINCI, que tiene una antigüedad de 14 años; ello sin contar los casos de sectores que ni siquiera cuenta con un reglamento de protección ambiental, como el Ministerio de Turismo y Comercio Exterior, y el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, por poner sólo dos ejemplos de ahí la urgencia en que se adecuen.

Lo irónico de todo es que el mismo Informe N° 042-2011-DGPNIGA-VMGA/MINAM, se lee: “el artículo 6° de la precitada norma se señala claramente que el MINAM constituye la autoridad técnico normativo del SEIA que coordina su aplicación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento.” Si ello es así, debería hacer efectivo los apercibimientos por incumplimiento de plazos de adecuación para incentivar que los sectores sigan incumpliendo su obligación de adecuarse, apelando a una autonomía, que no les alcanza para salvarse de la responsabilidad funcional y penal por omisión de funciones. Finalmente, es penoso observar como el propio MINAM celebra, y alega que ya cumplió con su deber pues a promulgado la Resolución Ministerial N° 157-2011-MINAM, Primera Actualización del Listado de Inclusión de los Proyectos de Inversión sujetos al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental – SEIA, avance pírrico, si se tiene en cuenta que casi la totalidad del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, no está vigente a falta de adecuación de los sectores al mismo.

Concluyamos, estableciendo que el MINAM ha dejado constancia de su omisión de funciones, y su negativa de asegurar de manera idónea el cumplimiento del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental haciendo efectivo los apercibimiento que les franquea la ley, tanto en el artículo 80° como en la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, cuando señala en su última conclusión del Informe N° 042-2011-DGPNIGA-VMGA/MINAM: “*que es una prerrogativa y una obligación de cada autoridad competente sectorial aplicar la adecuación de su normativa al SEIA; considerando su autonomía jurídica y funcional, que se sustenta y deriva de su pertenencia a un pliego*”

presupuesta.” Sin embargo, habría que recordarle al MINAM, lo dicho por el TC que *“autonomía no debe confundirse con autarquía, pues desde el mismo momento en que aquélla le viene atribuida por el ordenamiento, su desarrollo debe realizarse con respeto a ese ordenamiento jurídico. “No supone autarquía funcional al extremo de que, de alguna de sus competencias pueda desprenderse desvinculación parcial o total del sistema político o del propio orden jurídico en el que se encuentra inmerso (...). En consecuencia, no porque un organismo sea autónomo deja de pertenecer al Estado, pues sigue dentro de él y, como tal, no puede apartarse del esquema jurídico y político que le sirve de fundamento a éste y, por supuesto, a aquél” [Fund. Jur. N.º6, Exp. N.º 007-2001-AI/TC]*.⁵⁴⁴ En consecuencia, la autonomía jurídica y funcional que el MINAM alega tiene cada sector, y contra la cual no puede hacer nada, al ser legal, según dice, no toma en consideración que la citada autonomía en ningún caso autoriza a los sectores a incumplir una disposición legal obligatoria, y que forma parte del ordenamiento jurídico como la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, que en buena cuenta pone en vigencia la Ley del Sistema Nacional de Impacto Ambiental, y su reglamento.

Otra de las tareas del MINAM, es **resolver los recursos impugnativos interpuestos contra resoluciones y actos administrativos ambientales y promover la solución de conflictos ambientales a través de mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos, constituyéndose en la instancia previa obligatoria al órgano jurisdiccional en materia ambiental.** Estas facultades si resultan de sumo interés en el esquema actual, pues posibilita que todas las resoluciones emitidas por el resto de sectores ambientales en materia ambiental, puedan ser impugnadas vía recurso de apelación interpuesto ante el órgano que emitió la resolución, y sea posible elevarla ante el MINAM, para que este resuelva en última instancia, casos como desaprobación de estudios de impacto ambiental, u opiniones desfavorables de entes técnicos como el SERNANP.

El MINAM, bajo la concepción del Decreto Legislativo N° 1013, se debía constituir en una instancia previa obligatoria al órgano jurisdiccional en materia ambiental para resolver conflictos socios ambientales a través de la promoción de mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos. Esto implica que no se podría demandar una responsabilidad civil por daño ambiental a una empresa, si es que antes, no se agota la etapa de conciliación extrajudicial ante el MINAM. El problema es que esta facultad no ha recibido mayor desarrollo reglamentario, además que atenta contra el derecho al acceso a la justicia, y la tutela jurisdiccional efectiva, y en la práctica, la mayoría acude a los conciliadores extrajudiciales como instancia previa, pero ello podría cambiar, en atención a la facultad legal conferida al MINAM.

⁵⁴⁴ Cfr, también Fundamento 5 de la STC N.º 0010-2003-AI/TC, y Fundamento 4 de la STC N.º 0016-2003-AI/TC

FORMATO PARA EL REPORTE AMBIENTAL SECTORIAL

SECTOR:----- **FECHA** -----

SUBSECTOR -----

OFICIAL/ORGANO QUE REPORTA -----

INSTRUMENTO DE PLANEAMIENTO y GESTION AMBIENTAL	OBLIGACION	META	INDICADOR	SUSTENTO DE AVANCE	PORCENTAJE	PRÓXIMOS PASOS (INCLUYA PLAZOS)
POLITICA AMBIENTAL SECTORIAL						
SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL -SEIA						
PROGRAMA DE ADECUACION O MANEJO AMBIENTAL-INSTRUMENTO DE GESTION AMBIENTAL CORRECTIVO O SIMILAR						
INSTRUMENTOS DE GESTION AMBIENTAL COLECTIVOS						
REGLAMENTO DE PROTECCIÓN AMBIENTAL						
REGLAMENTO DE PARTICIPACION CIUDADANA						
REGLAMENTO PARA PROCESOS SANCIONADORES CUADRO DE TIPIFICACION Y SANCIONES						
LIMITE MAXIMO PERMISIBLE -LMP						
ESTANDAR DE CALIDAD AMBIENTAL-ECA						
RESIDUOS SOLIDOS DEL AMBITO NO MUNICIPAL						
TRANSFERENCIA DE FUNCIONES A NIVEL REGIONAL O LOCAL REALIZADA /EN PROCESO						
OTROS INSTRUMENTOS DERIVADOS DE NORMAS AMBIENTALES SECTORIALES						

REPORTE OBLIGATORIO EN LOS MESES DE MARZO, JULIO, Y NOVIEMBRE

Fuente: Anexo 1 de la Directiva para fortalecer el desempeño de la gestión ambiental sectorial” aprobada por Resolución Ministerial N° 018-2012-MINAM

Una de las funciones específicas del MINAM, más destacadas, es la de dirigir el Sistema Nacional de Gestión Ambiental (SNGA), el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), el Sistema Nacional de Información Ambiental (SNIA) y el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE). Ciertamente, salvo el SINANPE, el MINAM después de casi cuatro (04) años, prueba como antes lo hizo el CONAM, su incapacidad para liderar estos sistemas, especialmente el SEIA, como lo demuestran los bajos estándares ambientales en la evaluación de impacto ambiental que existen en sectores como energía y minas, o industria, pesquería, o transporte, sino veamos como el MINAM, vencido el plazo de adecuación en más de dos años al Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, no ha podido adecuar a ningún sector. A duras penas, si ha conseguido aprobar una “Directiva para fortalecer el desempeño de la gestión ambiental sectorial” aprobada por Resolución Ministerial N° 018-2012-MINAM, para a placer y discreción cumplan con la adecuación.

Otra de las funciones específicas del MINAM es establecer la política, los criterios, las herramientas y los procedimientos de carácter general para el ordenamiento territorial nacional, tan importante para ordenar las actividades productivas en todo el país, que

puede evitar la superposición de actividades económicas, y conflictos socio ambientales derivados de los mismos, así como promoverá una mayor participación ciudadana, y la implementación del derecho a la consulta previa de manera planificada y ordenada. Asimismo, el MINAM tiene la alta responsabilidad de elaborar el informe anual sobre el estado del ambiente, cuestión que hasta ahora no ha cumplido, y realizar valoración del patrimonio natural de la Nación para hacer posible la adecuada compensación económica correspondiente, otro tema pendiente, y las tareas no hechas se siguen acumulando.

Sin embargo, una de los deberes funcionales más importantes que tiene el MINAM, es elaborar los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y los Límites Máximos Permisibles (LMP) con opinión previa del sector correspondiente, y en eso el MINAM, pese a la Resolución Ministerial N° 121-2009-MINAM, que aprueba el **Plan de Estándares de Calidad Ambiental y Límites Máximos Permisibles para el Año Fiscal 2009**, ha incumplido abiertamente su deber funcional, tal es el caso de los límites máximos permisibles de ruidos para actividades aeroportuarias. Esta inactividad estatal del MINAM, finalmente esta generando una situación caótica en la gestión ambiental en la calidad del aire de la Provincia Constitucional del Callao, cuyo inicio de solución empieza por la aprobación de límites máximos permisibles para la contaminación sonora de la actividad aeroportuaria, o la adopción en tanto ocurre ello de estándares ambientales, y límites máximos permisibles internacionales conforme lo establece la Segunda Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley General del Ambiente. Este es un ejemplo que muchos de los pasivos ambientales en diversos sectores tienen como una de sus medidas de remediación la aprobación de límites máximos permisibles que el MINAM hasta la fecha no ha logrado aprobar, lo que genera responsabilidad administrativa, civil y penal, por omisión de funciones, teniendo en cuenta haber transcurrido los plazos legales establecidos, que eran más que razonables.

REPORTE DE AVANCE EN LA ELABORACIÓN DE LOS ESTÁNDARES DE CALIDAD AMBIENTAL (ECA) Y LÍMITES MÁXIMOS PERMISIBLES (LMP) A DICIEMBRE DE 2011

ESTÁNDARES DE CALIDAD AMBIENTAL (ECA)		FORMULACIÓN DE PROPUESTA	CONSULTA PÚBLICA	PROCESO DE REVISIÓN Y OPINIÓN DE SECTORES	PROPUESTA FINAL	APROBADO
AIRE	Dióxido de Azufre, Benceno, Hidrocarburos Totales de Petróleo, Material Particulado (PM10 y PM 2.5), Sulfuro de Hidrógeno, Monóxido de Carbono, Dióxido de Nitrógeno, Ozono, Plomo, otros	Reglamento para la Implementación de los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) para Aire				
	Cadmio, Arsénico, Antimonio, Bismuto y Talio	Propuesta de ECA para Aire				
RUIDO	Decibelios	Revisión del Estándar de Calidad Ambiental (ECA) para Ruido				
AGUA	Varios parámetros físicos químicos, orgánicos, inorgánicos y biológicos entre otros	Reglamento para la Implementación de los ECA para Agua Se aprobaron mediante Decreto Supremo N° 023-2009-MINAM, las Disposiciones Complementarias para la aplicación del ECA para Agua				
SUELO	Varios parámetros físicos químicos, orgánicos, inorgánicos y biológicos entre otros	Elaboración de propuesta de ECA para Suelo				
		Reglamento para la Implementación de los ECA para Suelo				

SECTOR	LÍMITES MÁXIMOS PERMISIBLES (LMP)		FORMULACIÓN DE PROPUESTA	CONSULTA PÚBLICA	EN PROCESO DE REVISIÓN	OPINIÓN DEL SECTOR COMPETENTE	PROPUESTA FINAL	APROBADO
MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS	EMISIONES	Gases vapores y partículas de las actividades de hidrocarburos						
		Actividades de generación, transmisión y distribución eléctrica						
		Actividades minero metalúrgicas						
	EFLUENTES	Actividades minero metalúrgicas						
	RUIDO	Actividades de hidrocarburos						
MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES	RUIDO	Fuentes móviles (vehículos mayores y menores -ferrocarriles)						
		Actividad aeroportuaria						
		Actividades de telecomunicaciones						
MINISTERIO DE CONSTRUCCIÓN VIVIENDA Y SANEAMIENTO	EFLUENTES	Planta de Tratamiento de Efluentes Líquidos de Fuentes Domésticas						
	RUIDO	Actividades de construcción y edificación. (adicional al Plan de ECA y LMP 2009)						
MINISTERIO DE SALUD	EFLUENTES	Infraestructuras de Residuos Sólidos						
	EMISIONES	De Residuos hospitalarios -Incineradores de Residuos Hospitalarios						
MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN - INDUSTRIA	EMISIONES	Industria Cementera para Dioxido de Azufre SO2						
		Calderas para Partículas, Oxido de Nitrogeno (NOx), Dioxido de Azufre (SO2) y Monóxido de Carbono (CO)						
		de Fundiciones						
	EFLUENTES	LMP transversales para efluentes de las actividades del Sub Sector Industria						
		Industria Siderúrgica						
Industria Textil								
		Industria Imprenta						
MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN- PESQUERÍA	EMISIONES	Fuente Puntual del Proceso de Secado de la Industria de Harina y Aceite de Pescado y Harina de Residuos Hidrobiológicos aprobado mediante Decreto Supremo N° 011-209-MINAM						
MINISTERIO DE AGRICULTURA	EMISIONES	Industria del Azúcar						
	EFLUENTES	Industria del Azúcar						
		Actividades Agroindustriales tales : Camales y Plantas de Beneficio. Transversales de la actividades agroindustriales						

Fuente: Pagina web del MINAM, en el siguiente enlace:

http://www.minam.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=100 (Consultado el 16 de abril del 2012)

El MINAM, a propuesta del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado-SERNANP, también cumple la función de evaluar las propuestas de establecimiento o modificación de áreas naturales protegidas y proponérsela al Consejo de Ministros para su aprobación. Recordemos que las áreas naturales protegidas, tanto nacionales como regionales, se crean por Decreto Supremo pero su modificatoria o reducción física sólo se puede efectuar mediante ley de conformidad con el artículo 3º de la Ley de Áreas Naturales Protegidas. Asimismo, el MINAM, es responsable de implementar acuerdos ambientales internacionales como los Convenios de Biodiversidad, Cambio Climático, o los capítulos ambientales de los Tratados de Libre Comercio como el caso de EE.UU.

OFICINA DE COOPERACIÓN Y NEGOCIACIONES INTERNACIONALES DEL MINAM

La Oficina de Cooperación y Negociaciones Internacionales es el órgano de asesoramiento responsable de conducir los procesos de negociaciones internacionales ambientales y los de cooperación técnica y financiera internacional. Identifica, promueve, propone, programa, gestiona y evalúa las actividades en materia de cooperación internacional. Tiene las siguientes funciones:

- Asesorar a la Alta Dirección en materia de cooperación internacional técnica y financiera y en convenios y otros acuerdos ambientales internacionales.
- Identificar, promover, programar, gestionar y evaluar las acciones de cooperación técnica internacional orientadas al desarrollo institucional, en coordinación con los órganos correspondientes, así como la cooperación financiera internacional en coordinación con la Oficina de Planeamiento y Presupuesto.

- c) Participar, en representación de la institución y en coordinación con las instancias correspondientes, en los procesos de negociación de los convenios, tratados y acuerdos de materia ambiental, comercial, de inversiones y otros instrumentos internacionales, en lo que se refiere a los aspectos ambientales.
- d) Coordinar con los órganos del Ministerio y los organismos públicos adscritos del sector las acciones en materia de cooperación técnica y asuntos internacionales respecto a las propuestas de proyectos, convenios o acuerdos a suscribirse con los organismos de cooperación internacional.
- e) Establecer relaciones con las fuentes de cooperación internacional a fin de identificar, informar, promover, gestionar y apoyar la concertación de recursos de cooperación internacional en apoyo a las funciones y actividades del Ministerio en el marco de la Política Nacional Ambiental.
- f) Establecer relaciones con los órganos competentes de las entidades del sector público para el cumplimiento de sus funciones, en el marco de las normas legales que regulan la cooperación técnica y financiera internacional y las negociaciones internacionales ambientales.
- g) Emitir opinión sobre aquellos asuntos vinculados a la cooperación y negociaciones internacionales que le solicite la Alta Dirección y otras dependencias del Ministerio.
- h) Efectuar el seguimiento y evaluación periódica de la aplicación de los recursos involucrados en los proyectos ejecutados en el Ministerio con recursos de la cooperación internacional, en coordinación con los niveles e instancias ejecutoras.

Fuente: Artículos 29° al 30° del Decreto Supremo N° 007-2008-MINAM

Una de las peores cosas que pueden darle a una entidad pública es la labor de “promover y coordinar,” y esos verbos marcan al MINAM, “en la adecuada gestión de residuos sólidos, la protección de la calidad del aire y el control del ruido y las radiaciones no ionizantes y sancionar su incumplimiento,” puesto que nunca podrán poner las manos directamente sobre estos temas, sino tan sólo, intentar vigilar que los sectores competentes lo hagan, y eso es muy poco, en una gestión pública ambiental naciente que aún es muy deficiente, y carente de mística en la misión que les toca realizar, y la muestra salta a la vista, pues en los temas antes mencionados se avanzado muy poco en los últimos cuatro (04) años. Lo mismo, ocurre con otra de las funciones del MINAM, en que se le asigna la tarea de “promover la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones para el desarrollo sostenible y fomentar una cultura ambiental”, asunto en la cual el avance del MINAM es nulo, y debería ser más activo sobre todo en la difusión de EIAs de los diferentes sectores.

Ahora bien, que el MINAM, se le facultad a supervisar el funcionamiento de los organismos públicos suscritos al mismo, tales como SERNANP o el OEFA, los más gravitantes del sector, lo que resta independencia a los mismos, pues siendo el MINAM, un ente primero político, y luego técnico, puede sesgar el funcionamiento de ambos organismos técnicos especializados, que se suponen tienen autonomía técnica y administrativas, y subjetividad, lo que parece debilitarse, y ponerse en tela de juicio cuando se le da un rol supervisor al MINAM de estos dos entes públicos. Adviértase que aunque inicialmente el MINAM tenía la posibilidad de ejercer la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias, aplicando las sanciones de amonestación, multa, comiso, inmovilización, y la clausura o suspensión por infracciones ambientales, ejerciendo la potestad de ejecución coactiva en los casos que corresponda, dicha atribución a pasado al OEFA.

Las competencias sobre los recursos hídricos y recursos forestales no fueron otorgadas al MINAM, y se permitió que estas sean conservadas por el Ministerio de Agricultura, un error lamentable, pues estas eran funciones debieron ser transferidas al MINAM ¿Se puede ser el ente rector del Sistema Nacional de Gestión Ambiental sin contar con competencia sobre los bosques y los recursos hídricos del país?, evidentemente no. Las consecuencias de dicho error, se ven reflejadas en el aumento de conflictos socio ambientales derivados del uso del agua, o el aprovechamiento de bosques, como se puede apreciar en el caso del Baguazo, y Majes Siguanas II. Pero lo más lamentable es que el Decreto Legislativo N° 1013, es que le haya conferido la facultad de aprobar estudios de impacto ambiental, manteniendo dicha facultad en los ministerios, organismos

públicos, gobiernos regionales y locales;⁵⁴⁵ señalándose solamente que el OEFA evalúe, supervise y fiscalice los instrumentos de gestión ambiental. Sin embargo, pensamos que en el futuro, una vez consolidado, la competencia de aprobar estudios de impacto ambiental recaiga en el Ministerio del Ambiente, superando con ello el deficiente sistema ambiental actual donde el sector que promueve la actividad económica aprueba el Estudio de Impacto Ambiental, lo que ha generado problemas no solo de neutralidad de la entidad, sino desconfianza de parte de las poblaciones afectadas por el proyecto de inversión.

El MINAM cuenta con un Viceministerio de Desarrollo Estratégico de los Recursos Naturales al que se le otorgan las siguientes funciones:

- Diseñar la política y estrategia nacional de gestión integrada de recursos naturales y supervisar su implementación.
- Diseñar la política y estrategia nacional de gestión integrada de las áreas naturales protegidas por el Estado y supervisar su implementación.
- Elaborar y coordinar la estrategia nacional de diversidad biológica del Perú y su desarrollo estratégico, así como supervisar su implementación.
- Elaborar y coordinar la estrategia nacional frente al cambio climático y las medidas de adaptación y mitigación, así como supervisar su implementación.
- Elaborar y coordinar la estrategia nacional de lucha contra la desertificación y la sequía.
- Elaborar el inventario y establecer mecanismos para valorizar, retribuir y mantener la provisión de los servicios ambientales, así como promover el financiamiento, el pago y la supervisión de los mismos.

FUNCIONES DEL VICEMINISTERIO DE DESARROLLO ESTRATÉGICO DE LOS RECURSOS NATURALES
<p>Son funciones del Viceministerio de Desarrollo Estratégico de los Recursos Naturales las siguientes:</p> <p>a) Formular y proponer la normativa requerida para el funcionamiento del Sistema Nacional de Gestión Ambiental en el ámbito de su competencia.</p> <p>b) Diseñar la política y estrategia nacional de gestión integrada de recursos naturales y supervisar su implementación.</p> <p>c) Elaborar y coordinar la estrategia nacional de diversidad biológica del Perú y su desarrollo estratégico, así como supervisar su implementación.</p> <p>d) Formular, conducir y supervisar, la política planes, estrategias e instrumentos para la gestión de los ecosistemas del país, priorizando los ecosistemas frágiles.</p> <p>e) Elaborar y coordinar la estrategia nacional frente al cambio climático y las medidas de adaptación y mitigación, así como supervisar su implementación.</p> <p>f) Elaborar y coordinar la estrategia nacional de lucha contra la desertificación y la sequía, así como supervisar su implementación en coordinación con los sectores competentes.</p> <p>g) Expedir las Resoluciones Viceministeriales que le competen, así como coordinar la elaboración y el cumplimiento de la normatividad ambiental, en el ámbito de su competencia.</p> <p>h) Elaborar el inventario y establecer mecanismos para valorizar el Patrimonio Natural del país en coordinación con las autoridades sectoriales y descentralizadas, con el fin de mantener la provisión de los servicios ambientales, así como promover el financiamiento, el pago y la supervisión de los mismos.</p> <p>i) Formular la política, los criterios, las herramientas y los procedimientos de carácter general para la Zonificación Ecológica y Económica y el Ordenamiento Territorial Nacional en coordinación con las entidades correspondientes.</p> <p>j) Actuar como punto focal de los convenios de Diversidad Biológica, Cambio Climático, Desertificación y Sequía, Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre - CITES y la Convención sobre humedales RAMSAR, así como de los demás tratados, convenios, convenciones que correspondan, en el ámbito de competencia del Viceministerio, supervisando el cumplimiento de sus disposiciones, incluida la elaboración periódica de los informes nacionales sobre los mismos.</p> <p>k) Desarrollar acciones que promuevan la conciencia ambiental en coordinación con la Dirección General de Educación, Cultura y Ciudadanía Ambiental del Viceministerio de Gestión Ambiental.</p>

Fuente: Artículo 11º del Decreto Supremo N° 007-2008-MINAM

⁵⁴⁵ El Ministerio de Comercio Exterior y Turismo -MINCETUR aún no ha implementado sus facultades ambientales a nivel nacional, regional ni local y ahora esta llamado ha asumir su rol estelar en la gestión ambiental del sector turismo.

VICEMINISTERIO DE DESARROLLO ESTRATÉGICO DE LOS RECURSOS NATURALES

DIRECCIÓN GENERAL DE DIVERSIDAD BIOLÓGICA

La Dirección General de Diversidad Biológica tiene las siguientes funciones:

- a) Formular, en coordinación con las entidades correspondientes, la política, planes, estrategias y normas de carácter nacional sobre diversidad biológica y sus componentes en bosque, flora y fauna silvestre, acuática continental, marino y costero y acceso a los recursos genéticos, proponiendo su aprobación, así como la supervisión de su adecuado cumplimiento al Viceministerio de Desarrollo Estratégico de los Recursos Naturales.
- b) **Actualizar y supervisar la implementación de la Estrategia Nacional de Diversidad Biológica** a través de la Comisión Nacional de Diversidad Biológica mediante un proceso intersectorial y participativo.
- c) Formular, conducir y supervisar, la política, planes, estrategias e instrumentos para la gestión de los ecosistemas del país, especialmente los ecosistemas frágiles, proponiendo la Lista Nacional de los ecosistemas frágiles del Perú para su aprobación respectiva.
- d) Promover acciones en coordinación con las autoridades sectoriales y descentralizadas de conservación de los ecosistemas, especies y genes, incluyendo el manejo integrado de los ecosistemas marinos y costeros, en particular de aquellos de alto valor ecológico, económico, social y cultural identificados en la Estrategia Nacional sobre Diversidad Biológica, coordinando en lo que corresponda, con el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas del Estado - SERNANP.
- e) Promover esfuerzos e iniciativas conjuntas entre el sector público y privado para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes.
- f) Promover la integración, sistematización y difusión de la información relativa al estado de los componentes de la diversidad biológica,
- g) Administrar, organizar, actualizar y supervisar el Centro de Intercambio de Información en Biodiversidad y Bioseguridad, en coordinación con el Viceministerio de Gestión Ambiental e instituciones adscritas al Ministerio, entre otras.
- h) Formular y proponer la política nacional de bioseguridad, coordinando y supervisando su implementación.
- i) **Implementar, conducir y supervisar las actividades y acciones relacionadas al Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Protocolo de Cartagena de Seguridad de la Biotecnología Moderna y la Decisión 391 del Acuerdo de Cartagena, Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos**, entre otros.
- j) Coordinar la implementación de las actividades y acciones relacionadas a la Convención sobre Especies Migratorias, cumpliendo y supervisando la elaboración periódica de los informes nacionales sobre los mismos.
- k) Implementar y conducir las acciones relacionadas con la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre - CITES en el ámbito de la competencia del Ministerio, así como supervisar la evaluación del estado de conservación de las especies incluidas en los Apéndices de la Convención.
- l) Ejercer funciones de Autoridad Científica CITES - Perú.
- m) **Elaborar y mantener actualizadas periódicamente la lista de especies amenazadas de flora y fauna silvestre**, así como los inventarios requeridos para la gestión de la diversidad biológica en coordinación con los sectores competentes.
- n) Proponer e implementar medidas a nivel nacional sobre el manejo para la conservación y protección de las especies y su hábitat, estableciendo la lista nacional de especies amenazadas y los lineamientos para su conservación.

Fuente: Artículo 35º del Decreto Supremo N° 007-2008-MINAM

VICEMINISTERIO DE DESARROLLO ESTRATÉGICO DE LOS RECURSOS NATURALES

DIRECCIÓN GENERAL DE CAMBIO CLIMÁTICO, DESERTIFICACIÓN Y RECURSOS HÍDRICOS

La Dirección General de Cambio Climático y Desertificación tiene las siguientes funciones:

- a) Formular, en coordinación con las entidades correspondientes, la política, planes y normas de carácter nacional, para la gestión del cambio climático, proponiendo su aprobación.
- b) Elaborar, actualizar y coordinar la Estrategia Nacional frente al cambio climático con las entidades que conforman la Comisión Nacional de Cambio Climático, proponiendo su aprobación.
- c) Mantener un registro nacional de proyectos de adaptación y mitigación, así como de las investigaciones y estudios sobre el cambio climático y aquellos elaborados en el marco de la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático.
- d) **Elaborar la política nacional del ambiente en materia de la gestión de recursos hídricos** en coordinación con el Viceministerio de Gestión Ambiental.
- e) Promover la implementación de la estrategia nacional frente al cambio climático procurando la incorporación de medidas de adaptación y mitigación en las políticas y planes de desarrollo nacional, regional y local.
- f) Proveer asistencia técnica a los gobiernos regionales y locales para la elaboración de las estrategias y planes de sus jurisdicciones en relación al cambio climático en coordinación con el Viceministerio de Gestión Ambiental.
- g) **Ejercer la función de Autoridad Nacional designada para cumplir con los compromisos asumidos en la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático.**
- h) Conducir la implementación de un sistema nacional de inventario de gases de efecto invernadero que integre los inventarios sectoriales desarrollados de manera participativa en coordinación con el Viceministerio de Gestión Ambiental.
- i) Elaborar, actualizar y coordinar la Estrategia Nacional de Lucha contra la Desertificación y la Sequía con las entidades que conforman la Comisión Nacional, proponiendo su aprobación.
- j) Promover y supervisar la implementación de la Estrategia Nacional de Lucha contra la Desertificación y la Sequía.

Fuente: Artículo 36º del Decreto Supremo N° 007-2008-MINAM

VICEMINISTERIO DE DESARROLLO ESTRATÉGICO DE LOS RECURSOS NATURALES

DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL

La Dirección General de Ordenamiento Territorial tiene las siguientes funciones:

- a) Formular, en coordinación con las entidades correspondientes, la política, planes, estrategias, lineamientos y normas de carácter nacional para el ordenamiento territorial proponiendo su aprobación al Viceministerio de Desarrollo Estratégico de los Recursos Naturales.
- b) Conducir, promover, asesorar y evaluar los procesos de ordenamiento territorial, a nivel nacional en el contexto del desarrollo sostenible, supervisando que se sustenten en la normatividad y de conformidad con los instrumentos técnicos aprobados para estos procesos.
- c) **Conducir y orientar los procesos de Zonificación Ecológica Económica** así como la elaboración de estudios especializados.
- d) **Emitir opinión técnica sobre propuestas normativas en materia de ordenamiento territorial.**
- e) Promover y evaluar el cumplimiento de las políticas, lineamientos, normas y directivas en materia de ordenamiento territorial.
- f) Administrar, organizar, actualizar el Sistema de Información Geográfica del Ministerio para proveer información técnica especializada que contribuya a la toma de decisiones, en coordinación con el Viceministerio de Gestión Ambiental, direcciones de línea e instituciones adscritas al Ministerio entre otras, suministrando información al SINIA.
- g) **Organizar y mantener el registro nacional sobre ordenamiento territorial y la Zonificación Ecológica Económica.**
- h) Promover y capacitar permanentemente en los aspectos relacionados a la Zonificación Ecológica Económica y ordenamiento territorial, a los tres (03) niveles de gobierno.
- i) Conducir y promover la articulación de los planes de desarrollo concertados, gestión de riesgos, el proceso de descentralización, regionalización y desarrollo de fronteras con el ordenamiento territorial para la adecuada gestión integrada de los recursos naturales.

Fuente: Artículo 37º del Decreto Supremo N° 007-2008-MINAM

VICEMINISTERIO DE DESARROLLO ESTRATÉGICO DE LOS RECURSOS NATURALES

DIRECCIÓN GENERAL DE EVALUACIÓN, VALORACIÓN Y FINANCIAMIENTO DEL PATRIMONIO NATURAL

La Dirección General de Evaluación, Valoración y Financiamiento del Patrimonio Natural tiene las siguientes funciones:

- a) Formular y promover en coordinación con las entidades competentes, la política, planes, estrategias, instrumentos, normas y directivas de carácter nacional para la evaluación y valoración de los recursos naturales, la diversidad biológica y los servicios ambientales y su degradación, proponiendo su aprobación.
- b) **Promover el diseño de instrumentos económicos para el desarrollo estratégico de los recursos naturales y prevenir su degradación** en coordinación con el Viceministerio de Gestión Ambiental.
- c) Elaborar, difundir y mantener actualizado el inventario y evaluación nacional integrados de los recursos naturales y de los servicios ambientales en coordinación con las autoridades competentes, sectoriales y descentralizadas.
- d) Organizar y actualizar el archivo nacional sobre valoración del Patrimonio Natural, servicios ambientales y degradación de los recursos naturales.
- e) **Conducir la valoración de los recursos naturales, biodiversidad y sus servicios ambientales**, así como de la degradación de los recursos naturales, en coordinación con las autoridades competentes, sectoriales y descentralizadas.
- f) **Conducir el proceso de valoración del Patrimonio Natural de la Nación y su degradación**, a fin de producir información actualizada que sirva de insumo a las estadísticas nacionales y a las cuentas ambientales nacionales, informando periódicamente a las entidades competentes acerca de los incrementos y decrementos que lo afecten.
- g) Inventariar y valorizar la degradación de la calidad del ambiente.
- h) Conducir el proceso de inventario y evaluación nacional integrada de los recursos naturales y de los servicios ambientales, a fin de producir la información actualizada que sirva de insumo a las estadísticas nacionales y a las cuentas ambientales nacionales.
- i) **Formular y proponer la política nacional relacionada a los servicios ambientales y su compensación, promoviendo el diseño e implementación de mecanismos de financiamiento, pago y supervisión de servicios ambientales.**
- j) Establecer y proponer los lineamientos para la gestión, uso sostenible y compensación de los servicios ambientales promoviendo el diseño e implementación de mecanismos de financiamiento, compensación y supervisión de los servicios ambientales.
- k) Elaborar en coordinación con las autoridades competentes informes sobre el gasto público y las inversiones del Estado en conservación del Patrimonio Natural de la Nación.
- l) Elaborar y mantener actualizado el **Informe Consolidado de la Valoración del Patrimonio Natural** en coordinación con las entidades competentes.
- m) Establecer y promover el diseño de mecanismos para el financiamiento de la conservación del Patrimonio Natural de la Nación.
- n) Promover y fortalecer capacidades nacionales, regionales y locales para la evaluación y valoración del Patrimonio Natural, así como el financiamiento ambiental en coordinación con el Viceministerio de Gestión Ambiental.

Fuente: Artículo 38º del Decreto Supremo N° 007-2008-MINAM

Por otra parte, el MINAM también cuenta el Viceministerio de Gestión Ambiental tiene las siguientes funciones:

- Diseñar y coordinar la política, el plan y la estrategia de gestión ambiental, así como supervisar su implementación.- El MINAM sin capacidad de coerción sobre los sectores directamente, no ha podido implementar dichos instrumentos de gestión ambiental, le hace falta asumir potestad sancionadora sobre los funcionarios públicos responsables de implementar las mismas, adicionalmente a la que ya poseen a través del OEFA para hacer lo propio con los administrados o privados.
- Elaborar el **Plan de Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y Límites Máximos Permisibles (LMP)** respectivamente, que deben contar con la opinión del sector correspondiente y ser aprobados por Decreto Supremo. Esta es una tarea que tiene pendiente el MINAM como ya hemos mencionado antes, otra vez, su ausencia de capacidad sancionadora y la desidia de los sectores involucrados le pasa la factura.
- Aprobar los lineamientos, las metodologías, los procesos y **los planes para la aplicación de los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y Límites Máximos Permisibles (LMP)**, que deben ser aplicados por las entidades públicas en el ámbito de sus competencias.
- Promover y difundir tecnologías ambientales innovadoras, desarrollar capacidades y fomentar las ciencias ambientales.
- Coordinar, fomentar y promover la educación, la cultura y la ciudadanía ambiental.
- **Diseñar, aprobar y supervisar la aplicación de los instrumentos de prevención, de control y de rehabilitación ambiental relacionados con los residuos sólidos y peligrosos**, el control y reuso de los efluentes líquidos, la calidad del aire, las sustancias tóxicas y peligrosas y el saneamiento, con el objeto de garantizar una óptima calidad ambiental.

FUNCIONES DEL VICEMINISTERIO DE GESTIÓN AMBIENTAL

Son funciones del Viceministerio de Gestión Ambiental las siguientes:

- a) Diseñar y coordinar la política, el plan y la estrategia de gestión ambiental, así como supervisar su implementación.
- b) Expedir Resoluciones Viceministeriales, así como coordinar la elaboración y el cumplimiento de la normatividad ambiental, en el ámbito de su competencia.
- c) Elaborar el Plan de Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y Límites Máximos Permisibles (LMP) respectivos, que deben contar con la opinión del sector correspondiente y ser aprobados por Decreto Supremo.
- d) Proponer la aprobación de los ECA y LMP, así como sus lineamientos, las metodologías, los procesos y los planes.
- e) Promover y difundir tecnologías ambientales innovadoras, desarrollar capacidades y fomentar las ciencias ambientales.
- f) Coordinar, fomentar y promover la educación, la cultura y la ciudadanía ambiental.
- g) Diseñar, aprobar y supervisar la aplicación de los instrumentos de prevención, de control y de rehabilitación ambiental relacionados con los residuos sólidos y peligrosos, el control y reuso de los efluentes líquidos, la calidad del aire, las sustancias tóxicas y peligrosas y el saneamiento, con el objetivo de garantizar una óptima calidad ambiental, en coordinación con las entidades correspondientes.
- h) Dirigir el Sistema Nacional de Información Ambiental - SINIA.
- i) Coordinar, preparar y difundir los informes sobre la situación del ambiente.
- j) Coordinar el manejo de los asuntos socio-ambientales con los gobiernos regionales y locales y las entidades correspondientes.
- k) Actuar como punto focal de los tratados, convenios, convenciones que correspondan, en el ámbito de competencia del Viceministerio, supervisando el cumplimiento de sus disposiciones, incluida la elaboración periódica de los informes nacionales sobre los mismos.
- l) Articular las acciones de coordinación del Ministerio con los gobiernos regionales y locales facilitando el fortalecimiento de capacidades.

Fuente: Artículo 13º del Decreto Supremo N° 007-2008-MINAM

Este deberá ser el Viceministerio que en el futuro se encargue de aprobar los Estudios de Impacto Ambiental de los diversos sectores productivos, facultad que como hemos expresado está llamado a conquistar como una de las claves para disminuir los conflictos socio ambientales derivados de cuestionamientos a la aprobación de EIAs. Al 2012, este viceministerio, tiene una lista de pendientes, entre los que destaca la implementación del

Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, y la actualización de los límites máximos permisibles en los diversos sectores.

VICEMINISTERIO DE GESTIÓN AMBIENTAL
DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICAS, NORMAS E INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL
<p>La Dirección General de Políticas, Normas e Instrumentos de Gestión Ambiental tiene las siguientes funciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Formular, en coordinación con las entidades correspondientes, la política, planes, normas y estrategias de carácter nacional en materia de gestión ambiental supervisando su implementación en los tres (03) niveles de gobierno. b) Conducir los procesos de formulación de la política nacional del ambiente, plan nacional de acción ambiental y agenda nacional de acción ambiental, en coordinación con los órganos de línea. c) Formular y proponer la normativa requerida para el funcionamiento del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, y establecer los criterios para la formulación de los planes ambientales de las entidades que forman parte de este sistema. d) Supervisar que las entidades sectoriales, regionales y locales adopten medidas efectivas para prevenir, mitigar y controlar el deterioro del ambiente y sus componentes como consecuencia del desarrollo de infraestructuras y de las actividades económicas bajo su ámbito. e) Concertar y coordinar con los tres (03) niveles de gobierno, el sector empresarial, las universidades y la sociedad civil, la normativa sobre gestión ambiental. f) Diseñar y actualizar un sistema de indicadores para evaluar la gestión ambiental en los tres (03) niveles de gobierno. g) Formular y proponer los lineamientos para la elaboración, aprobación y ejecución de los instrumentos de gestión ambiental sectoriales, regionales y locales. h) Formular y proponer el uso de instrumentos económicos y financieros para mejorar la calidad del ambiente. i) Administrar el sistema nacional de evaluación de impacto ambiental, aprobar las evaluaciones ambientales estratégicas de políticas, planes y programas de desarrollo sectorial, regional y local susceptibles de generar implicaciones ambientales significativas, y evaluar de forma aleatoria los estudios de impacto ambiental aprobados por las autoridades competentes y la eficacia y eficiencia de los programas de adecuación y manejo ambiental. j) Emitir opinión previa sobre los proyectos de reglamento relacionados a los procesos de evaluación de impacto ambiental y sus modificaciones. k) Actuar como punto focal de los convenios internacionales en materia de gestión ambiental, presidir las comisiones nacionales respectivas y proponer las medidas para su implementación. l) Coordinar, elaborar y difundir los informes anuales sobre el estado del ambiente m) Establecer los criterios para la formulación de los planes ambientales de las entidades que forman parte del SNGA. n) Elaborar los lineamientos y disposiciones generales y mantener el Registro de Consultores y Empresas Consultoras para la realización de los diferentes tipos de Estudios Ambientales. o) Elaborar el Plan de Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y Límites Máximos Permisibles (LMP) respectivos, que deben contar con la opinión del sector correspondiente y ser aprobados por Decreto Supremo, así como aprobar la aplicación de estándares de nivel internacional en los casos que no existan ECA o LMP equivalentes aprobados en el país.

Fuente: Artículo 39º del Decreto Supremo N° 007-2008-MINAM

VICEMINISTERIO DE GESTIÓN AMBIENTAL
DIRECCIÓN GENERAL DE CALIDAD AMBIENTAL
<p>La Dirección General de Calidad Ambiental tiene las siguientes funciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Evaluar los riesgos ambientales asociados a los agentes físicos, químicos y biológicos y establecer las medidas de prevención y control correspondientes. b) Diseñar y supervisar la aplicación de los instrumentos de prevención, de control y de rehabilitación ambiental relacionados con los residuos sólidos y peligrosos, el control y reuso de los efluentes líquidos, la calidad del aire, ruido, radiaciones no ionizantes, las sustancias y productos peligrosos, y el saneamiento. c) Proponer los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y Límites Máximos Permisibles (LMP), incluyendo la aplicación de estándares de nivel internacional en los casos que no existan ECA o LMP equivalentes aprobados en el país. d) Formular y proponer los criterios para la elaboración de los planes de prevención, descontaminación y de tratamiento de pasivos ambientales y planes de emergencia ambiental, y efectuar el seguimiento. e) Conducir el proceso para la Declaratoria de Emergencia Ambiental, en coordinación con el Instituto Nacional de Defensa Civil y el Ministerio de Salud, los Gobiernos Regionales y otras entidades con competencia ambiental. f) Proponer y promover la implementación de las políticas para la gestión integral de sustancias y productos químicos, en coordinación con las entidades correspondientes.

Fuente: Artículo 40º del Decreto Supremo N° 007-2008-MINAM

VICEMINISTERIO DE GESTIÓN AMBIENTAL
DIRECCIÓN GENERAL DE EDUCACIÓN, CULTURA Y CIUDADANÍA AMBIENTAL
<p>La Dirección General de Educación, Cultura y Ciudadanía Ambiental tiene las siguientes funciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Proponer, promover e implementar la estrategia de educación ambiental coordinando con el Ministerio de Educación en lo que corresponda.

- b) Coordinar con los sectores, entidades públicas, privadas y la sociedad civil en los tres (03) niveles de gobierno, la implementación de acciones de promoción y fortalecimiento de la educación y cultura ambiental para el desarrollo sostenible.
- c) **Promover la implementación de mecanismos que faciliten la participación ciudadana en la gestión ambiental y realizar acciones de promoción de la ciudadanía ambiental.**
- d) Proponer y promover estrategias para la comunicación ambiental con el fin de promover la educación y ciudadanía ambiental.

Fuente: Artículo 41º del Decreto Supremo N° 007-2008-MINAM

VICEMINISTERIO DE GESTIÓN AMBIENTAL
DIRECCIÓN GENERAL DE INVESTIGACIÓN E INFORMACIÓN AMBIENTAL
<p>La Dirección General de Investigación e Información ambiental tiene las siguientes funciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Proponer las prioridades para la investigación, innovación y desarrollo tecnológico en materia ambiental, e integrar y fortalecer las acciones en esta materia de las entidades competentes del sector público y privado, con el objeto de proporcionar apoyo científico y técnico a los diferentes organismos y a la sociedad civil. b) Fomentar la investigación, recuperación y transferencia de los conocimientos y las tecnologías tradicionales como expresión de la cultura nacional y manejo de los recursos naturales. c) Promover el desarrollo y uso de tecnologías, métodos, prácticas y procesos eco eficientes del ciclo de producción y comercialización. d) Establecer los requerimientos de información ambiental de las entidades que forman parte del SNGA y proponer las normas para su generación, transferencia, organización y difusión. e) Establecer los métodos y procedimientos para la generación y sistematización de la información ambiental, en coordinación con el Viceministerio de Desarrollo Estratégico de los Recursos Naturales. f) Administrar el Sistema Nacional de Información Ambiental (SINIA), consolidando la información que le proporcionan los sectores público y privado, a nivel nacional, regional y local, desarrollando metodologías de estandarización de la información, registrándola, organizándola, actualizándola y difundirla en coordinación con el Viceministerio de Recursos Naturales y Desarrollo Estratégico.

Fuente: Artículo 42º del Decreto Supremo N° 007-2008-MINAM

7.2.2. TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS AMBIENTALES

El Tribunal de Solución de Controversias Ambientales del MINAM, esta encargado de resolver los conflictos de competencia ambiental y es la última instancia administrativa respecto de los procedimientos administrativos ambientales. En otras palabras, cuando dos instituciones ambientales reclamen la competencia de un caso o se nieguen asumir la misma será este Tribunal quien determine quién es competente y debe asumir competencia sobre el tema. Asimismo, todos los procedimientos administrativos ambientales resueltos en primera instancia en los diferentes sectores ambientales deberán ser resueltos en última instancia por este organismo colegiado. También puede resolver conflictos socio ambientales mediante la conciliación u otros mecanismos de solución de controversias extrajudiciales, teniendo el acta de conciliación y transacción los efectos de la cosa juzgada, sobre todo recordando lo resuelto por el tristemente célebre Primer Pleno Casatorio Civil del 2008.

El Decreto Legislativo N° 1013, establece que el citado Tribunal constituye instancia previa extrajudicial de carácter obligatoria antes de iniciar una acción contenciosa administrativa en materia ambiental fundamentalmente derivados de procedimientos sancionadores. Esto supone que los conflictos socio ambientales antes de ser llevados al poder judicial deben ser resueltos por este tribunal administrativo siendo la única excepción casos de tutela jurisdiccional urgente, donde se puede acudir directamente a una acción de amparo, de conformidad con el numeral 2 del artículo 46º del Código Procesal Constitucional.

ÓRGANO RESOLUTIVO
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS AMBIENTALES
<p>Es un órgano con autonomía técnica y funcional. Está constituido por una sala especializada, pudiendo el Ministro crear otras salas que resulten necesarias en función a la especialización y la carga procesal del Tribunal. Son funciones del Tribunal las siguientes:</p> <p>a) Resolver, en última instancia administrativa, respecto de los procedimientos administrativos que se precisen en el reglamento correspondiente. Estas Resoluciones agotan la vía administrativa, son de cumplimiento obligatorio y constituyen precedente vinculante en materia administrativa cuando así se establezca en la propia Resolución del Tribunal.</p> <p>b) Determinar, en caso de conflicto de competencia entre dos o más entidades públicas de ámbito nacional, regional y/o local, cuál de ellas debe actuar como autoridad competente cuando éstas se atribuyan funciones ambientales de carácter normativo, fiscalizador o sancionador sobre una misma actividad.</p> <p>c) Resolver conflictos en materia ambiental a través de la conciliación u otros mecanismos de solución de controversias extrajudiciales, constituyéndose en la instancia previa extrajudicial de carácter obligatorio antes de iniciar una acción judicial en materia ambiental.</p>

Fuente: Artículo 19º del Decreto Supremo N° 007-2008-MINAM

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS AMBIENTALES
<p>Son funciones del Tribunal las siguientes:</p> <p>a) Resolver en última instancia administrativa los recursos administrativos interpuestos contra los actos administrativos en materia ambiental emitidos por las instancias del MINAM. Aquí el MINAM, renuncia a la posibilidad de que este Tribunal sea segunda instancia del resto de sectores con competencias ambientales, lo cual hubiera sido lo idóneo, puesto que en la práctica al existir sólo una unidad ambiental por sector, se hace ilusoria la una auténtica revisión en segunda instancia de los temas ambientales cuestionados.</p> <p>b) Resolver en casos de conflicto de competencia entre dos o más entidades públicas de ámbito nacional, regional y/o local, cuál de ellas debe actuar como autoridad competente cuando éstas se atribuyan funciones ambientales de carácter normativo, fiscalizador o sancionador sobre una misma actividad; así como en el procedimiento administrativo de certificación ambiental de proyectos de inversión pública, privada y de capital mixto, y, de aprobación de otros instrumentos de gestión ambiental complementarios.</p> <p>c) Resolver conflictos en materia ambiental a través de la conciliación u otros mecanismos de solución de controversias extrajudiciales, constituyéndose en la instancia previa extrajudicial de carácter obligatorio antes de iniciar una acción judicial en materia ambiental, esta disposición tiene su excepción conforme se ha mencionado en el numeral 2 del artículo 46º del Código Procesal Constitucional.</p>

Recurso de Apelación

El recurso de apelación se interpondrá, contra los actos administrativos de carácter ambiental emitidos por las Direcciones Generales del MINAM, y no por entidades ambientales distintas lo cual es una penosa circunstancia pues se desaprovecha las bondades de un tribunal que pudo resolver en segunda instancia los procedimientos vinculados a asuntos ambientales del resto de sectores.

Tiene legitimidad para interponer el recurso de apelación, la persona natural o jurídica con derecho o interés legítimo afectados por un acto administrativo emitido por alguna de las Direcciones Generales del MINAM, en los procedimientos administrativos de carácter ambiental.

El recurso de apelación deberá ser interpuesto en un plazo no mayor de quince (15) días contados desde el día siguiente de la notificación del acto administrativo en materia ambiental, ante la Dirección General que emitió el acto.

Fuente: Artículos 4º, 22º y 23º del Decreto Supremo N° 015-2011-MINAM, Reglamento Interno del Tribunal de Solución de Controversias Ambientales

RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE COMPETENCIA AMBIENTAL ENTRE ENTIDADES POR EL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS AMBIENTALES
CONFLICTOS COMPETENCIALES A SER RESUELTOS
<p>El Tribunal es competente para resolver los conflictos de competencia en materia ambiental entre dos o más entidades, cuando en un caso particular éstas se atribuyan, positiva o negativamente, funciones ambientales de carácter normativo, fiscalizador o sancionador sobre una misma actividad, con excepción de los conflictos cuya resolución sea</p>

competencia de otros órganos del Estado.

El Tribunal es competente para resolver conflictos de competencia en materia de certificación ambiental de proyectos de inversión pública, privada y de capital mixto y de aprobación de otros instrumentos de gestión ambiental complementarios; previa opinión técnica y legal del órgano administrador del SEIA. Y aquí queda la duda de quien es el órgano administrador del SEIA, suponemos la Dirección General de Políticas, Normas e Instrumentos de Gestión Ambiental.

La resolución del Tribunal es de observancia obligatoria y agota la vía administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54° de la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611.

ENTIDADES EN CONFLICTO COMPETENCIAL AMBIENTAL

- Si son dos organismos de distintos sectores del Poder Ejecutivo con competencias ambientales, el Tribunal es competente sobre el conflicto de competencia.
- **Los órganos u organismos del Estado del nivel Regional y Nacional podrán someter sus conflictos de competencia al Tribunal, siempre que se verifique que no se trata de materias ambientales** bajo el control del Tribunal Constitucional, por el rango de la norma que atribuye la función en conflicto.
- **Las municipalidades distritales, provinciales o de centros poblados menores, podrán someter al Tribunal las controversias que tengan entre ellas**, entre ellas y los gobiernos regionales, o entre ellas y organismos del gobierno nacional, siempre que la función en conflicto no haya sido asignada por la Constitución o por sus respectivas leyes orgánicas, en cuyo caso la controversia la resuelve el Tribunal Constitucional.

CAPACIDAD Y ACTUACIÓN DE LAS ENTIDADES

- **Cualquiera de los órganos en conflicto**, de manera separada, o conjuntamente, podrá someter el conflicto de competencia ante el Tribunal, a través del Titular de la Entidad.
- **Los administrados que son interesados directos en el procedimiento materia de conflicto** de competencia también podrán solicitar ante el Tribunal la resolución de éste, para lo cual se oficiará a las Entidades en conflicto a fin que se sometan al procedimiento competencial.
- **La Defensoría del Pueblo podrá iniciar o participar, de oficio o a petición de parte**, en el procedimiento, en representación de una persona o grupo de personas, para la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad.

RESOLUCIÓN DE ÚLTIMA INSTANCIA

El Tribunal expedirá resolución dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la fecha en que declaró admitido el procedimiento de conflicto de competencia. Dicha resolución es irrecurrible y tiene plenos efectos frente a todos. Cuando se hubiere promovido conflicto negativo de competencias o atribuciones, la resolución, además de determinar su titularidad, puede señalar, en su caso, un plazo dentro del cual la entidad de que se trate debe ejercerlas.

Fuente: Artículos 39°, 40°, 41°, 42°, 43°, y 45° del Decreto Supremo N° 015-2011-MINAM, Reglamento Interno del Tribunal de Solución de Controversias Ambientales

RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS POR CONCILIACIÓN

Conciliación

El mecanismo alternativo que el Tribunal utilizará para la solución del Conflicto Ambiental será el de Conciliación, regulado por el Decreto Supremo N° 015-2011-MINAM y, de forma supletoria, por la Ley N° 26872, Ley de Conciliación y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 014-2008-JUS, siempre que dicha aplicación no resulte incompatible con las presentes normas específicas y sirvan para cubrir un vacío o deficiencia.

Materias Conciliables

De acuerdo a lo dispuesto por la Ley General del Ambiente, deberán someterse a resolución por el mecanismo de Conciliación regida por el presente Título, las controversias o pretensiones ambientales determinadas o determinables que versen sobre derechos patrimoniales, u otros que sean de libre disposición por las partes.

De la solicitud de resolución del conflicto como instancia prejudicial

Aquella persona natural o jurídica cuyos derechos patrimoniales o de libre disposición sean materia de controversia deberá acudir previamente y solicitar la solución de la misma ante el Tribunal.

Audiencia de Conciliación

La Audiencia de Conciliación es única y se realizará en el local de la Sala Especializada, en presencia del Vocal que ejerza la función de Conciliador en dicho caso y de las partes, pudiendo comprender la sesión o sesiones necesarias para el cumplimiento de los fines previstos en el presente Reglamento, teniendo en cuenta el plazo máximo de (30) treinta días calendario prorrogables sólo por acuerdo de las partes. A solicitud de ambas partes, la Sala Especializada podrá llevar a cabo la audiencia en un local distinto a su sede, siempre que se trate de uno adecuado para el desarrollo de la misma.

Valor del Acta de Conciliación

El Acta con acuerdo conciliatorio constituye título ejecutivo, en concordancia con lo establecido en la Ley de Conciliación y normativa complementaria.

Seguimiento de los acuerdos

La Secretaría Técnica del Tribunal, con apoyo de la Oficina de Asesoramiento en Asuntos Socio - Ambientales del MINAM, **realizará el seguimiento de los Acuerdos Conciliatorios alcanzados, emitiendo un reporte anual** que será elevado al Despacho Ministerial, para su posterior envío a la Presidencia del Consejo de Ministros.

Fuente: Artículos 48º, 49º, 50º, 53º, 54º, 55º y 56º del Decreto Supremo N° 015-2011-MINAM, Reglamento Interno del Tribunal de Solución de Controversias Ambientales

7.2.3. COMISIÓN MULTISECTORIAL AMBIENTAL

La Comisión Multisectorial Ambiental es un órgano de carácter permanente, su función es promover el diálogo y la concertación en asuntos ambientales entre el Estado y la sociedad, en consecuencia es una expresión del Principio Ambiental de Participación Ciudadana. Esta Comisión deberá coordinar estrechamente sus acciones con los Consejos Ambientales Regionales y Locales, de la misma manera con la Unidad de Conflictos Sociales de la Defensoría del Pueblo y la Oficina de Prevención de Conflictos Sociales de la Presidencia del Consejo de Ministros.

COMISIÓN MULTISECTORIAL AMBIENTAL

La Comisión Multisectorial Ambiental es el órgano encargado de coordinar y concertar a nivel técnico los asuntos de carácter ambiental entre lo distintos sectores y niveles de gobierno. Son funciones de la misma las siguientes:

- a) Coordinar y concertar políticas en los asuntos sometidos a su consideración.
- b) Proponer al Ministro la creación y composición de Grupos Técnicos.**
- c) Emitir opinión sobre el resultado del trabajo de los Grupos Técnicos y sobre los asuntos de carácter ambiental que someta a su consideración el Ministerio.
- d) Poner en conocimiento del Ministro los avances y resultados del trabajo de la Comisión.
- e) Proponer al sector correspondiente, las modificaciones a la normatividad nacional que considere pertinentes.**

La Comisión Multisectorial Ambiental está integrada por:

- Un representante del Ministro del Ambiente, quien lo preside.
- Los Viceministros de los diversos Ministerios o sus representantes de alto nivel y con capacidad de decisión.
- Los jefes de las entidades públicas que poseen competencias y responsabilidades ambientales.
- Un representante de los Gobiernos Regionales.
- Un representante de los Gobiernos Locales.

Dependiendo de los temas a ser abordados, la convocatoria precisará los Ministerios y entidades públicas cuya presencia es requerida.

Fuente: Artículos 14º y 15º del Decreto Supremo N° 007-2008-MINAM

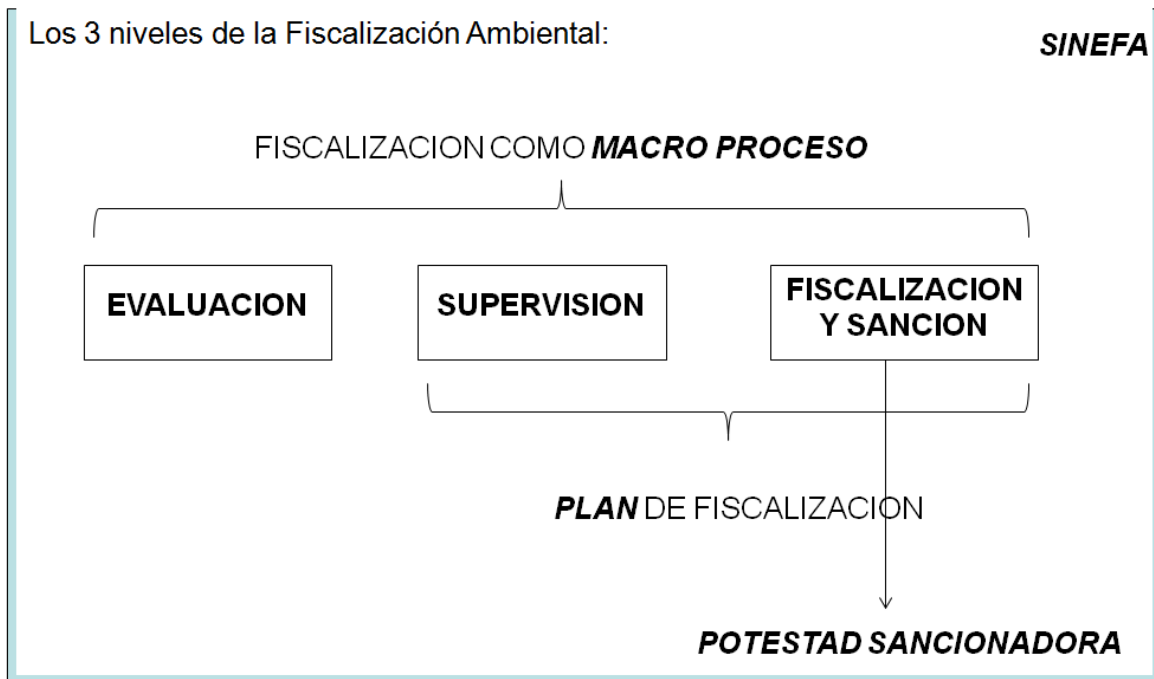
OFICINA DE ASESORAMIENTO EN ASUNTOS SOCIO-AMBIENTALES DEL MINAM

La Oficina de Asesoramiento en Asuntos Socio-ambientales tiene por finalidad asesorar en temas de manejo de conflictos sociales de origen ambiental y tiene las siguientes funciones:

- a) Asesorar a la Alta Dirección en la gestión de conflictos de origen ambiental.
- b) Coordinar y articular acciones con los tres (03) niveles de gobierno relacionadas con el manejo y transformación de los conflictos socio-ambientales.
- c) Identificar y monitorear los potenciales conflictos socio-ambientales y proponer estrategias de actuación del Ministerio y formular estrategias de actuación conjunta con los sectores involucrados.
- d) Efectuar el seguimiento de la conflictividad socio-ambiental en el Perú y proponer acciones de alerta temprana en coordinación con las entidades competentes.

Fuente: Artículos 31º al 32º del Decreto Supremo N° 007-2008-MINAM

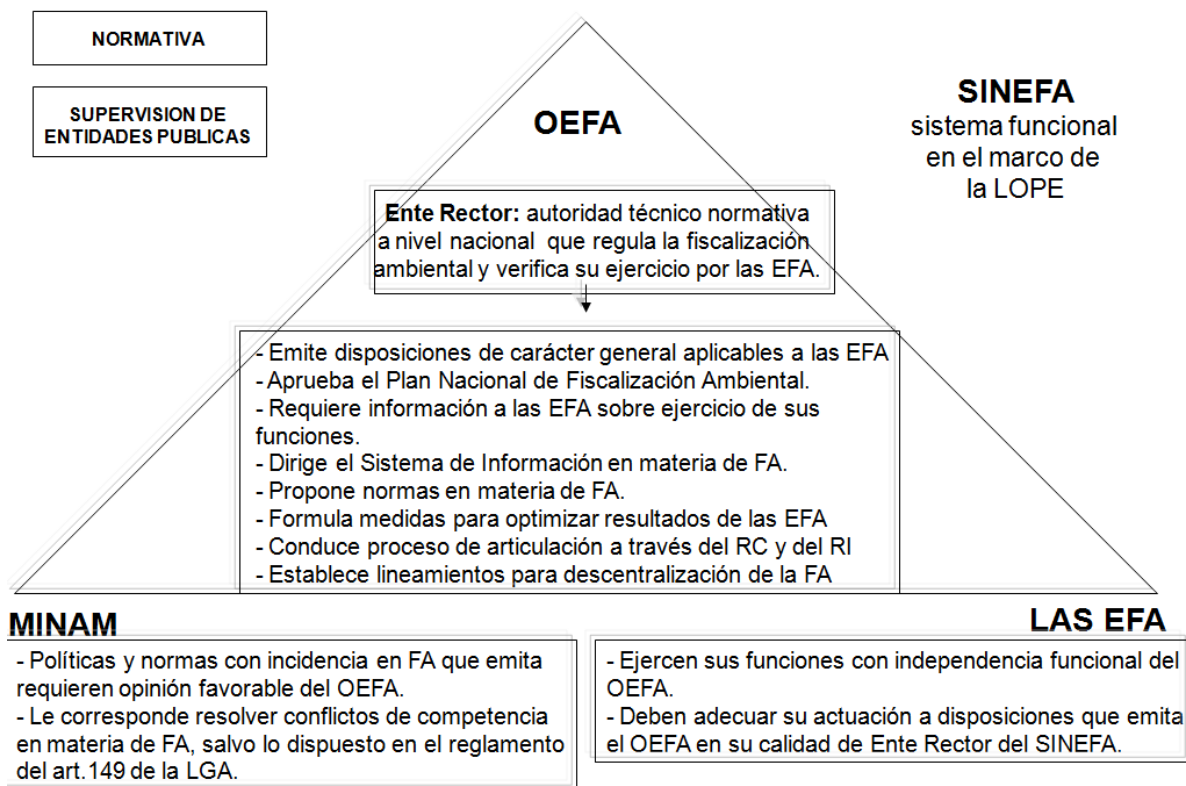
7.2.4. ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL–OEFA



Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos

Fuente: OEFA

Una de las grandes esperanzas para mejorar el control y fiscalización de la gestión ambiental que nos trae el Decreto Legislativo N° 1013, es el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental–OEFA, que es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de Derecho público interno, que estará encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental pero adscrito y supervisado por el MINAM. Se dice metafóricamente que la OEFA constituiría las garras y dientes del MINAM que le permitirán fiscalizar la gestión ambiental en los diversos sectores productivos tales como minería, hidrocarburos, electricidad, pesquería, industria, etc. De esta forma, OSINERGMIN deja la posta a la OEFA en las acciones de evaluación, supervisión, y fiscalización ambiental de las actividades mineras, hidrocarburíferas y eléctricas, proceso de transferencia que culminó en marzo del 2011. Adviértase que las sanciones administrativas en materia ambiental son compatibles con la exigencia de la restauración, rehabilitación o reparación de la situación alterada, según sea el caso, o de la compensación en términos ambientales, cuando lo anterior no fuera posible, impuestas mediante las medidas correctivas o medidas preventivas de conformidad con el artículo IX de la Ley General del Ambiente.



El OEFA, bajo la óptica del Decreto Legislativo N° 1013, tiene entre sus funciones las siguientes:

- 1. Dirigir y supervisar la aplicación del régimen común de fiscalización y control ambiental y el régimen de incentivos, así como fiscalizar y controlar directamente el cumplimiento de aquellas actividades que le correspondan por Ley.** A mayo del 2012, tres años después de creado el OEFA, no se aprobado un régimen común de fiscalización y control ambiental, y menos un régimen de incentivos, lo cual resulta muy lamentable especialmente porque actualmente conviven distintos sectores con diversos procedimientos sancionadores. Empero, la absorción de las capacidades sancionadora de las diferentes entidades ambientales es la forma como se uniformizara el régimen de fiscalización y control ambiental, el problema es que el OEFA todavía no dispone de la infraestructura mínima para ejercer dichas facultades, porque los propios sectores transferentes carecían de las mismas.

Nos queda claro que son infracciones ambientales pasibles de sanción el incumplimiento de las disposiciones establecidas por la Ley General del Ambiente, normas especiales, normas sectoriales, así como de sus normas complementarias y reglamentarias, debiendo aplicarse los principios del procedimiento sancionador establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General. El Grupo de Trabajo del Reglamento del régimen común de fiscalización y control ambiental y el régimen de incentivos del CONAM de Octubre 2006, ya consideraba como infracciones ambientales las siguientes:

- El incumplimiento de las obligaciones a cargo de los administrados derivadas de forma expresa en los instrumentos del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

- La construcción de cualquier instalación, el inicio de operaciones o el funcionamiento de una actividad sin contar con la Declaración de Impacto Ambiental o el Estudio de Impacto Ambiental, según corresponda, debidamente aprobado por la autoridad competente, siempre que el administrado este obligado a contar con los mencionados instrumentos conforme la normatividad vigente para tales efectos.
- El incumplimiento de las acciones definidas en los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, sea durante su vigencia o al final de ésta, incluyendo el incumplimiento de los plazos de adecuación establecidos por la normativa.
- El incumplimiento de los Límites Máximos Permisibles – LMP
- El incumplimiento de las normas sobre exposición poblacional a las radiaciones y al ruido.
- El vertimiento no autorizado de efluentes líquidos en cuerpos receptores.
- El incumplimiento de los Estándares de Calidad Ambiental cuando se demuestre que existe causalidad entre dicho hecho y el incumplimiento de obligaciones a cargo del administrado.
- El incumplimiento de las medidas u obligaciones a cargo de los administrados de los Niveles de Estados de Alerta Nacionales para Contaminantes del Aire, así como de las metas de reducción de emisiones y efluentes.
- El incumplimiento de obligaciones expresas a cargo de los administrados establecidas en los planes de descontaminación y tratamiento de pasivos ambientales, los planes de cierre, y los planes de contingencia señalados en la Ley General del Ambiente.
- La no presentación dentro de los plazos establecidos el Programa de Adecuación y Manejo Ambiental, el Plan de Cierre, o el Plan de Contingencia, cuando el administrado este obligado a presentarlos conforme a la normatividad vigente.
- La construcción u operación de cualquier instalación, o la realización de cualquier actividad sin contar con el Programa de Adecuación y Manejo Ambiental, el Plan de Cierre, o el Plan de Contingencia, debidamente aprobados por la autoridad competente, cuando el administrado este obligado a contar con ellos conforme a la normatividad vigente.
- La producción, importación, exportación, transporte, almacenamiento, comercialización o disposición final de bienes, productos, sustancias o residuos, prohibida conforme a Ley o cuando no haya sido autorizada previamente cuando así lo exija la normativa vigente.
- El incumplimiento o la demora en el cumplimiento de las obligaciones de presentación de información ambiental, incluidas las declaraciones periódicas, que deben ser realizadas por los administrados de conformidad con los artículos 42º y 130º numeral 1 de la Ley General del Ambiente.
- Obstaculizar las acciones de fiscalización ambiental dispuestas por la autoridad competente en el marco de lo establecido por la normativa vigente.

También se considera infracciones ambientales, aquellas que las autoridades competentes tipifican de manera expresa e inequívoca en las normas complementarias y reglamentarias a que hace referencia el artículo 135º de la Ley General del Ambiente, en los reglamentos sectoriales y especiales emitidos antes o después de la vigencia de la presente norma.

Con relación a **los incentivos ambientales** estos constituyen conductas susceptibles de ser premiadas con incentivos, aquellas medidas o procesos que por iniciativa de personas naturales o jurídicas son implementadas y ejecutadas con la finalidad de

reducir y/o prevenir la contaminación ambiental y la degradación de los recursos naturales, acciones que apoyen el cumplimiento de los objetivos de la Política Nacional de Educación Ambiental, más allá de lo exigido por la normatividad aplicable o la autoridad competente y que responda a los objetivos de protección ambiental contenidos en la Política Nacional, Regional, Local o Sectorial, según corresponda.⁵⁴⁶ Los incentivos son otorgados considerando los siguientes criterios:

1. Innovación y/o replicabilidad de la medida técnica o proceso.
2. Inversiones en investigación y desarrollo en tecnologías limpias.
3. Beneficios obtenidos a favor de la sociedad o el ambiente.

Son incentivos, entre otros, los incentivos tributarios, incentivos arancelarios, subsidios, bonos de descontaminación, créditos ecológicos, ecoetiquetados, reducción en el pago de las tasas administrativas, requerimientos menos frecuentes de reportes, informes u otras exigencias administrativas, difusión de experiencias exitosas, actividades de capacitación y asesoría, la publicación de promedios de buen desempeño ambiental, los reconocimientos públicos, que pueden ser formalizados mediante resoluciones o similares, la asignación de puntajes especiales en licitaciones públicas a los proveedores ambientalmente más responsables en los procesos de selección que convoquen entre otros.⁵⁴⁷

- 2. El OEFA ejerce la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias,** aplicando las sanciones de amonestación, multa, comiso, inmovilización, clausura o suspensión, por las infracciones que sean determinadas y ejerciendo su potestad de ejecución coactiva. Los administrados que cometan infracciones ambientales podrán ser sancionados según lo señala la Ley General del Ambiente con las siguientes sanciones coercitivas:

- a) Amonestación.
- b) Multa no mayor de diez mil (10,000) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha en que se realice el pago.
- c) Decomiso, temporal o definitivo, de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción.
- d) Paralización o restricción de la actividad causante de la infracción.
- e) Suspensión o cancelación del permiso, licencia, concesión o cualquier otra autorización, según sea el caso.
- f) Clausura parcial o total, temporal o definitiva, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la infracción.

La imposición de la sanción, incluido el pago de la multa, no exime del cumplimiento de la obligación. Lo recaudado por concepto de multas debe ser destinado preferentemente a las actividades de gestión ambiental en las zonas afectadas por la infracción ambiental y a compensar los gastos asumidos por las autoridades que

⁵⁴⁶ Artículo 44 del Proyecto de reglamento del régimen común de fiscalización y control ambiental y el régimen de incentivos del CONAM de Octubre 2006.

⁵⁴⁷ Artículo 43.1. del Proyecto de reglamento del régimen común de fiscalización y control ambiental y el régimen de incentivos del CONAM de Octubre 2006.

tuvieron que realizar acciones como consecuencia de la infracción ambiental, salvo disposición legal diferente.

3. **Elaborar y aprobar el plan anual de fiscalización ambiental y elaborar el informe de resultados de aplicación del mismo.**
4. **Realizar acciones de fiscalización ambiental.** La OEFA tiene facultades para fiscalizar las actividades más contaminantes en el país como son la minería, hidrocarburos, electricidad, pesquería, industria, etc.
5. **Supervisar que las entidades competentes cumplan con las funciones de fiscalización.** La OEFA, si bien tiene la facultad de supervisar las labores de los diversas entidades ambientales, el problema es que carece de capacidad sancionadora, esto es, que en caso el OEFA detecte irregularidades en el desarrollo de las funciones de estas entidades públicas no podrán sancionaras, tendrán que limitarse a dar cuenta de ello a la Contraloría General de la República, y el Ministerio Público, como se observa en el artículo 80º del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM. Recordemos que los conflictos socio ambientales como el Proyecto Tía María, Majes Sigua, Conga o el del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, han puesto en evidencia, la necesidad que existe de supervisar efectivamente la labor de las entidades públicas que aprueban los estudios de impacto ambiental, y supervisan su cumplimiento, y esa es una tarea que conforme la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Numeral 1, Inciso e), corresponde al OEFA, y su ausencia en dicha labor está ocasionando graves conflictos socio ambientales. La probanza efectiva de que se esta dando cumplimiento a la citada disposición implica demostrar, si en los años que existe el OEFA, del 2008 al 2012, este organismo público ha realizado supervisiones a las entidades con competencias de fiscalización ambiental tales como el Ministerio de Producción, Ministerio de Salud (DIGESA), Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, Ministerio de Defensa (DICAPI), Ministerio de Turismo y Comercio Exterior, Ministerio de Agricultura, entre otros, además de los diferentes gobiernos locales y regionales con competencias en fiscalización ambiental derivadas de la descentralización producida en el país en materia ambiental.
6. **Emitir opinión técnica sobre los casos de infracción ambiental que puedan dar lugar a la acción penal por la comisión de delitos ecológicos.** Al respecto debemos señalar que el texto original del artículo 149º de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente establece que: *“la formalización de la denuncia por los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del Libro Segundo del Código Penal, **requerirá de las entidades sectoriales competentes opinión fundamentada por escrito sobre si se ha infringido la legislación ambiental. El informe será evacuado dentro de un plazo no mayor a 30 días.**”* Dicho ello debemos indicar que el texto glosado pertenece a la versión de la Ley General del Ambiente, del 05 de octubre del 2005, que inevitablemente sufrió una derogación tacita cuando el 13 de mayo del 2008, cuando se promulga la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, numeral 1.f. que establece como una función propia y exclusiva del OEFA, **“el emitir opinión técnica sobre los casos de infracción ambiental que puedan dar lugar a la acción penal por la comisión de los delitos tipificados en la legislación pertinente.”** Y para que no queden dudas artículo 149.1 es sustituido de manera expresa el 02 de octubre del 2008, en merito al artículo 4 de la Ley N° 29263, Ley que

modifica diversos artículos del Código Penal y de la Ley General del Ambiente, quedando el nuevo texto de la siguiente forma:

“Artículo 149.- Del informe de la autoridad competente sobre infracción de la normativa ambiental

*149.1 En las investigaciones penales por los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del Libro Segundo del Código Penal, **será de exigencia obligatoria la evacuación de un informe fundamentado por escrito por la autoridad ambiental**, antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal. El informe será evacuado dentro de un plazo no mayor de treinta (30) días, contados desde la recepción del pedido del fiscal de la investigación preparatoria o del juez, bajo responsabilidad. Dicho informe deberá ser meritudo por el fiscal o juez al momento de expedir la resolución o disposición correspondiente.”*

Nótese, el cambio de entidades sectoriales a autoridad ambiental, esta dejando atrás de manera expresa un modelo que suponía la existencia previa de un informe técnico de varias autoridades sectoriales para el caso de delitos ecológicos, según corresponda, lo que ahora es superado por el establecimiento de un informe técnico de una única autoridad ambiental, que en este caso es la OEFA, unificando el sistema, adviértase que incluso el verbo usado es en singular no plural como en antaño. En otras palabras, el artículo 4 de la Ley N° 29263, Ley que modifica diversos artículos del Código Penal y de la Ley General del Ambiente, ha tomado en consideración de manera expresa la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, numeral 1, f), pues esta presuponiendo la emisión de la opinión técnica del OEFA, autoridad ambiental, en los casos de infracción ambiental que puedan dar lugar a la acción penal por la comisión de los delitos tipificados en la legislación pertinente.

Es una monstruosidad jurídica el Ministerio del Ambiente, pretende desconocer este marco legal, con el **Decreto Supremo N° 004-2009-MINAM**, del 16 de marzo del 2009, cuando contrariando la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, numeral 1, f) establece que: ***“la autoridad ambiental competente responsable de la elaboración del informe fundamentado a que se refiere el numeral 149.1 del artículo 149 de la Ley General del Ambiente, será la autoridad ambiental sectorial, sus organismos adscritos, los gobiernos locales y gobiernos regionales, así como los organismos reguladores o de fiscalización competentes en la materia objeto del proceso penal en trámite”***, esto es desnaturaliza la ley que pretende reglamentar, pues desconoce una de las funciones más importantes del OEFA, también desconoce la legislación precedente y de mayor rango normativo. Y lo peor es que hace que el rol principal del OEFA sea de carácter subsidiario, restaurando el régimen anterior, ya derogado cuando señala que: “en caso que exista más de una autoridad ambiental competente, o que el Fiscal tenga dudas respecto de la competencia asignada, o que la autoridad ambiental competente sea parte en el proceso, solicitará el informe correspondiente al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA. En este caso el OEFA podrá emitir el informe correspondiente o derivarlo de inmediato a la entidad que considere competente al efecto, para formular su informe.” O sea, sólo excepcionalmente opinara el OEFA en caso de delitos ecológicos, todo un

despropósito, y un incumplimiento flagrante de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, numeral 1, f).

Adviértase que el MINAM al aprobar el Decreto Supremo N° 004-2009-MINAM, recortando funciones del OEFA, contraviene el texto expreso de una norma de mayor rango como es la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, numeral 1, f), y además lo establecido por el artículo 4 de la Ley N° 29263, Ley que modifica diversos artículos del Código Penal y de la Ley General del Ambiente, y lo dispuesto por el Artículo 13° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, que establece que ningún sector vía reglamentación puede transgredir ni desnaturalizar una ley nacional.

POTESTAD REGLAMENTARIA
La potestad reglamentaria del Presidente de la República se sujeta a las siguientes normas:
1. El proyecto de norma reglamentaria es elaborado por la entidad competente. Se tramita acompañado de la exposición de motivos, los informes, estudios y consultas realizados.
2. Los reglamentos se ajustan a los principios de competencia, transparencia y jerarquía. No pueden transgredir ni desnaturalizar la ley. Se aprueban, dentro del plazo establecido, mediante decreto supremo, salvo disposición expresa con rango de ley.
3. Los proyectos de reglamento se publican en el portal electrónico respectivo y por no menos de cinco (5) días calendario, para recibir aportes de la ciudadanía, cuando así lo requiera la Ley.

Fuente: Artículo 13° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo

Ahora bien, según data oficial del MINAM, este sólo ha efectuado 133 informes técnicos sustentatorios de delitos ecológicos de parte del OEFA a nivel nacional, en el periodo 2008 al 2012, lo cual significa un número ridículo, a comparación de los delitos que se producen en todo el ámbito nacional, lo cual esta revelando el incumplimiento de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Numeral 1, Incisos f).

Concentremos nuestra atención en el artículo 1.1 del Decreto Supremo N° 004-2009-MINAM, que permite que cada sector emita la opinión técnica sobre si concesionario que el autorizo u promovió, está ocasionando con su actividad un delito ecológico, ello en nuestro concepto contraviene la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Numeral 1, Incisos f), por los siguientes razones:

- a) Por desconocer que la función de elaborar el informe técnico para delitos ecológicos es del OEFA, no de los sectores, conforme de manera expresa lo señala la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Numeral 1, Incisos f). Y es que no puede ser objetiva, independiente y valido que la misma autoridad que promovió y otorgo la concesión sea responsable de emitir el informe técnico sobre si cometió o no un delito ecológico el concesionario, mediante la propia actividad que la entidad autorizo y promovió, pues es evidente que el sector tiene directo interés en que se realice la actividad económica e incluso en su planificación por objetivos y resultados, se encuentra realizar el mayor número de concesiones posibles, e incrementar la ejecución de inversiones privadas. Es el caso, por ejemplo, del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, el cual promueve la inversión y concesiones de aeropuertos, es emblemático que pese a existir contaminación sonora por el ruido ocasionado por el sobrevuelo de aviones en el Callao, siempre opine el citado sector exonerando de responsabilidad al

concesionario, y no resguardando el derecho a un ambiente sano y equilibrado de los ciudadanos afectados. En esas condiciones, difícilmente se puede garantizar el cumplimiento del principio de prevención, y el respeto del derecho a un ambiente sano y equilibrado, contemplado en el numeral 22 del artículo 2º de la Constitución.

- b)** La forma como el MINAM está desconociendo la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Numeral 1, Incisos f) es absolutamente incompatible y contraria a la obligación del Estado Peruano, de conservar el ambiente y promover el desarrollo sostenible, en razón a que objetivamente existen intereses en conflicto en los sectores con competencias ambientales, en donde desempeñan la tarea de promoción de inversiones, y a la vez verifican que esta inversión cumpla con la certificación ambiental correspondiente, y a la vez elaborara el informe técnico para sustentar delitos ecológicos en contra del concesionario al cual promueve. En tal sentido, si tenemos en cuenta el derecho a un ambiente sano y equilibrado implica la obligación del Estado de promover un Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental óptimo para resguardar dicho derecho, lo que no se obtiene si no se permite que el OEFA ejerza las funciones establecidas en la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Numeral 1, Incisos e) y f).

- c)** No garantiza adecuada y efectivamente el derecho a un medio ambiente adecuado y equilibrado contenido en el art. 2.22 de la Constitución. En efecto, el Estado no es un tercero neutral, su función es proteger los derechos fundamentales. En este caso, debe proteger el derecho a vivir en un ambiente adecuado y equilibrado de la población que puede verse afectada por las actividades extractivas asegurándose que las entidades responsables de supervisar y fiscalizar en materia ambiental ejerzan sus funciones de manera independiente y sin injerencia de terceros, y ello no se observa en el presente caso, cuando se priva al OEFA de partes de sus funciones legales. Asimismo, se viola los siguientes principios ambientales de rango constitucional: desarrollo sostenible, conservación, y prevención, los cuales no pueden concretizarse con el actual diseño de aprobación de los EIA. (STC N° 3510-2003-AA, f.j. 2.e y STC N° 0048-2004-PI f.j. 18).

- d)** Advertimos que es obligación de los Estados de remover los obstáculos legales y no legales que impiden el ejercicio de los derechos fundamentales, contenida en el artículo 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos, obligación que ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵⁴⁸ En ese sentido, se requiere que una autoridad nacional en fiscalización ambiental que sea independiente de las funciones de la promoción y entrega de concesiones que requieren la certificación ambiental para garantizar un mínimo de neutralidad, imparcialidad y definitivamente ganar legitimidad social. En ausencia de una autoridad nacional ambiental fuerte que evalué los estudios de impacto ambiental, de manera diferenciada de la autoridad que promueve las concesiones que requieren de certificación ambiental, no se ha removido legales y no legales para el disfrute efectivo del derecho a un ambiente sano y equilibrado, ni para los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, ni para la sociedad en general.

⁵⁴⁸ Ver por ejemplo la sentencia de la Corte IDH en el Caso Bulacio versus Argentina, Sentencia del 18 de septiembre del 2003 y la sentencia del TC en el Exp. N° 02798-2004-HC/TC, f. j. 19.

En ese sentido, la adecuación de la normatividad del sector ambiente a la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Numeral 1, Incisos f), lo que traería consigo la adecuación del Decreto Supremo N° 004-2009-MINAM, y eventualmente su inaplicación por contravenir, como se ha expuesto, la obligación del Estado de garantizar de manera independiente, objetiva e imparcial el derecho a un ambiente sano y equilibrado de todos los peruanos conforme el numeral 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú.

7. Informar al Ministerio Público de aquellos hechos de naturaleza penal que conozca en el ejercicio de su función.

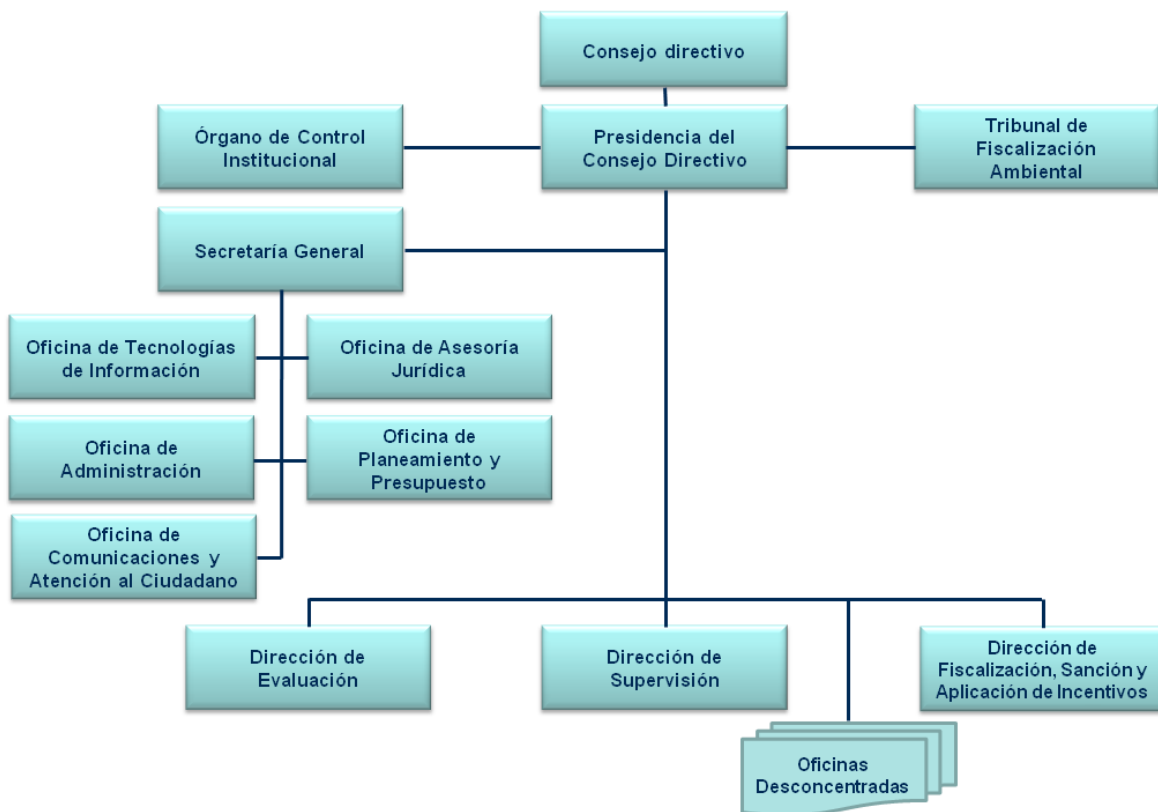
En este punto recordemos que se han creado en marzo del 2008 las Fiscalías especializadas en materia ambiental mediante la Resolución de Junta de Fiscales Supremos, de la Fiscalía de la Nación 038-2008-MP-FN-JFS que tienen por objeto prevenir e investigar estos delitos. Recordemos que en abril del 2006 se había dado el primer paso al constituirse las Fiscalías Especializadas en Delitos contra Recursos Naturales, el Medio Ambiente y la Tala Ilegal mediante la Resolución de la Fiscalía de la Nación 401-2006-MP-FN. Adicionalmente, luego de creado el Ministerio del Ambiente se ha fortalecido la división de la Policía Ecológica que ha sido separada de la de turismo, este fue uno de los primeros logros de este ministerio.

Una de las históricas debilidades de la institucionalidad ambiental ha sido la ausencia de un entidad con capacidad para fiscalizar y sancionar a los infractores ambientales, y además adoptar medidas de prevención, y mitigación derivadas de los daños o peligros al ambiente y la salud, que puedan traer una infracción ambiental. El Consejo Nacional del Ambiente (CONAM), nunca pudo hacer frente a dicha tarea pues no contaba con facultades para ello, en la medida que cada sector debía sancionar a los infractores de su competencia, cuestión que no ocurrió, en la forma esperada, en razón, a que muchos no tenía potestad sancionadora, en otros casos por desidia, y en otros supuestos como estrategia para “no desincentivar” inversiones en el país. Pese a todo, la aparición del OSINERG, contribuyó notablemente a la fiscalización y control del sector de hidrocarburos y electricidad, al punto, de que 2007, se le transfirió la competencia para hacer lo propio en el sector de minería, pasando a llamarse OSINERGMIN.

Si bien es cierto, la tendencia a la constitución de un Ministerio del Ambiente, en la región sudamericana era creciente, el Perú, se resistía a implementarlo, y parecía difícil de lograr, en el marco de un Estado, cuya burocracia en los 90 se había reducido, bajo la apotema, de un que un Estado pequeño es más eficiente, y la idea generalizada, de que el mercado se autoregula, permitiéndose solo excepcionalmente la intervención del Estado. Sin embargo, la oportunidad, llegó con la implementación del Tratado de Libre Comercio con EE.UU, cuyo Capítulo XVIII, comprometía al Estado Peruano, ha constituir una institucionalidad ambiental, la que pasaba por no disminuir los estándares ambientales, sino mejorarlos, para lo cual, se requería una mayor fiscalización, y un ente administrativo con presencia para lograrlo. En ese sentido, se creó el MINAM, mediante el Decreto Legislativo N° 1013, y como uno de sus organismos públicos adscritos más emblemático: el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA. Su implementación se consiguió a través de una serie de normas tales como: Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Ley N° 29325; el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, y el Resolución de Consejo Directivo N° 004-2010-OEFA-CD, Crean el Registro de Supervisores y Fiscalizadores y aprueban

Directiva "Procedimiento para la Contratación de Terceros Supervisores y Fiscalizadores para labores de Supervisión y Fiscalización Ambiental".

ORGANIGRAMA DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN - OEFA



La Ley N° 29325 crea el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, establece como ente rector del mismo al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA. Este Sistema tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental por parte de todas las personas naturales o jurídicas, así como supervisar y garantizar que las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y potestad sancionadora en materia ambiental, a cargo de las diversas entidades del Estado, se realicen de forma independiente, imparcial, ágil y eficiente, teniendo en cuenta las normas, políticas, planes, estrategias, programas y acciones destinados a coadyuvar a la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales, al desarrollo de las actividades productivas y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales que contribuyan a una efectiva gestión y protección del ambiente.

El Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental lo conforman jerárquicamente: **a)** el Ministerio del Ambiente (MINAM); **b)** el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA); **c)** las Entidades de Fiscalización Ambiental, Nacional, Regional o Local. Nótese que el MINAM asume un rol supervisor con relación al OEFA, lo que le resta autonomía a la misma, y puede imprimirle un matiz político ha algunas de sus decisiones más importantes, especialmente las que puedan afectar la popularidad del gobierno de turno. Por otra parte, las **Entidades de Fiscalización Ambiental Nacional, Regional o Local** son aquellas con facultades expresas para desarrollar funciones de fiscalización ambiental, y ejercen sus competencias con independencia funcional del OEFA, tal es el caso del Ministerio del Ambiente (SERNANP), Ministerio de Agricultura, el

Ministerio de Defensa (DICAPI), el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, el Ministerio de Vivienda y Saneamiento, el Ministerio de Salud (DIGESA), las Municipalidades, y los Gobiernos regionales en el ámbito de sus competencias ambientales.

**ESTADO DE TRANSFERENCIA DE POTESTAD SANCIONADORA
EN MATERIA AMBIENTAL EN LOS DIFERENTES SECTORES**

Sector	Potestad Sancionadora
Minería	OEFA (2010)
Hidrocarburos	OEFA (2011)
Electricidad	OEFA (2011)
Industria	OEFA (junio 2012)
Pesquería	OEFA (marzo 2012)
Transporte	MTC
Defensa	DICAPI
Ambiente	SERNANP
Saneamiento	No tiene
Agricultura	Si tiene (Dirección General Forestal y Fauna Silvestre, ANA, etc.)
Turismo	No tiene
Presidencia del Consejo de Ministros	OSINFOR

Fuente: Resolución del Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD; Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM; Decreto Supremo N° 002-2011-MINAM; Resolución de Consejo Directivo N° 001-2011-OEFA/CD; Decreto Supremo N° 009-2011-MINAM; Resolución de Consejo Directivo N° 007-2011-OEFA/CD; y Resolución de Consejo Directivo N° 009 -2011-OEFA/CD; Decreto Supremo N° 019-2010-MINAM

ORGANISMO DE EVALUACION Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL (OEFA)

Organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental.

COMPETENCIAS

La Ley N° 29325, otorga al OEFA la calidad de **Ente Rector del citado Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental**, el cual tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental por parte de todas las personas naturales o jurídicas, así como supervisar y garantizar que las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y potestad sancionadora en materia ambiental, a cargo de las diversas entidades del Estado, se realicen de forma independiente, imparcial, ágil y eficiente.

El inciso d) del artículo 11 de la Ley N° 29325, establece que el OEFA tiene, entre otras, la función fiscalizadora y sancionadora, la cual comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA.

FUNCIONES BASICAS

- a) **Dirigir y supervisar la aplicación del régimen común de fiscalización y control ambiental** y el régimen de incentivos previstos en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, así como fiscalizar y controlar directamente el cumplimiento de aquellas actividades que le correspondan por Ley.
- b) **Ejercer la potestad sancionadora** en el ámbito de sus competencias, aplicando las sanciones de amonestación, multa, comiso, inmovilización, clausura o suspensión, por las infracciones que sean determinadas y de acuerdo al procedimiento que se apruebe para tal efecto, ejerciendo su potestad de ejecución coactiva, en los casos que corresponda.
- c) Realizar acciones de fiscalización ambiental en el ámbito de su competencia.
- d) Supervisar que las entidades competentes cumplan con las funciones de fiscalización establecidas por la legislación vigente.
- e) Emitir opinión técnica sobre los casos de infracción ambiental que puedan dar lugar a la acción penal por la comisión de los delitos tipificados en la legislación pertinente.
- f) Informar al Ministerio Público de aquellos hechos de naturaleza penal que conozca en el ejercicio de su función.

Fuente: Resolución de Consejo Directivo N° 003-2011-OEFA-CD, la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013 y Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325.

El OEFA contará con un **Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA)** que ejerce funciones como última instancia administrativa en procedimientos sancionadores en materia ambiental. Lo resuelto por el Tribunal es de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que esto se señale en la misma Resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas en el diario Oficial “El Peruano”. Asimismo, el artículo 11º del Ley N° 29325 son funciones generales del OEFA:

- a) Función Evaluadora:** comprende las acciones de vigilancia, monitoreo y otras similares que realiza el OEFA, según sus competencias, para asegurar el cumplimiento de las normas ambientales; entre estas tareas resulta evidente que se encuentra la identificación de pasivos ambientales de los diferentes sectores tales como pesquería, industria, hidrocarburos, etc.

DIRECCIÓN DE EVALUACIÓN DEL OEFA
<p>Está encargada de planificar, dirigir, coordinar, concordar y ejecutar actividades de vigilancia y monitoreo de la calidad ambiental que permita la identificación del estado de la calidad del ambiente y los recursos naturales; así como de los impactos ambientales y efectos potenciales de proyectos, planes o programas. A fin de cumplir sus funciones a nivel nacional, éste órgano podrá desarrollar las mismas a través del personal asignado a las oficinas desconcentradas.</p> <p>La Dirección de Evaluación tiene las siguientes funciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Normar y coordinar los procesos de vigilancia y monitoreo del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización ambiental con las Entidades de los niveles de gobierno nacional, regional y local. b) Coordinar con otras instituciones y dependencias con funciones de fiscalización ambiental la búsqueda o generación de información ambiental, para el establecimiento de las líneas de base o situación actual del entorno y su validación para la atención de casos. c) Formular los procedimientos, guías, manuales, protocolos, directivas y otros dispositivos técnicos para la estandarización de los procesos de vigilancia y monitoreo de la calidad ambiental del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. d) Elaborar y proponer a la Presidencia del Consejo Directivo, normas para el mejor cumplimiento de sus funciones, así como para mejorar el funcionamiento del Sistema Nacional de Gestión Ambiental. e) Desarrollar acciones de capacitación y asesoría técnica especializada a las entidades del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, en lo referente a la vigilancia y monitoreo de la calidad ambiental. f) Realizar las acciones de vigilancia y monitoreo de la calidad ambiental y los componentes del ambiente, a fin de obtener evidencia probatoria objetiva, que dará soporte y fundamento a los procesos de supervisión y fiscalización. g) Emitir informes técnicos como resultado de las acciones de vigilancia y monitoreo. h) Establecer y administrar los registros de los componentes de las líneas de base del ambiente a nivel nacional, sin demandar recursos adicionales al tesoro público. i) Elaborar y ejecutar, coordinadamente con los demás órganos de línea del OEFA, el Plan Anual de Evaluación y Fiscalización ambiental en lo que le corresponde. j) Absolver consultas y emitir opinión técnica en el ámbito de su competencia. k) Desarrollar coordinadamente con los demás órganos de línea los procedimientos para clasificar, calificar y acreditar a terceros que ejerzan funciones de evaluación, supervisión y fiscalización ambiental.

Fuente: Artículos 35º y 36º del Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, ROF del OEFA

- c) Función Supervisora Directa:** comprende la facultad de realizar acciones de seguimiento y verificación con el propósito de asegurar el cumplimiento de las normas, obligaciones e incentivos establecidos en la regulación ambiental por parte de los administrados.

DIRECCIÓN DE SUPERVISIÓN DEL OEFA
<p>La Dirección de Supervisión está encargada de dirigir, coordinar, controlar y ejecutar el proceso de seguimiento y verificación del cumplimiento a cargo de las personas naturales o jurídicas de derecho privado o público, de las normas y obligaciones establecidas en la regulación ambiental que sean de su competencia, así como de dirigir, coordinar y controlar el proceso de seguimiento y verificación del cumplimiento a cargo de las autoridades públicas con competencias de supervisión o fiscalización ambiental, respecto al Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental y el Régimen de Incentivos. A fin de cumplir sus funciones a nivel nacional, éste órgano podrá desarrollar las mismas a través del personal asignado a las oficinas desconcentradas.</p>

La Dirección de Supervisión tiene las siguientes funciones:

- a) Realizar las acciones de supervisión directa para asegurar el cumplimiento de las normas, obligaciones e incentivos establecidos en la legislación ambiental vigente a cargo de los administrados.
- b) Establecer coordinaciones con las autoridades del gobierno nacional, regional y local, a fin de garantizar el desempeño de la supervisión ambiental en el marco del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.
- c) Proponer a la Presidencia del Consejo Directivo, guías, directivas y otros dispositivos para una eficaz supervisión ambiental.
- d) Elaborar y conducir el registro de entidades supervisoras a nivel nacional.
- e) Brindar asistencia técnica, en materia de su competencia, a las entidades que forman parte del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.
- f) Efectuar el seguimiento y verificación del desempeño ambiental de las entidades públicas que ejercen funciones de supervisión y fiscalización ambiental, de acuerdo con la normatividad vigente.
- g) Elaborar y ejecutar, coordinadamente con los demás órganos de línea del OEFA, el Plan Anual de Evaluación y Fiscalización Ambiental, en lo que le corresponde.
- h) Proponer a la Presidencia del Consejo Directivo, normas para el mejor cumplimiento de las funciones de supervisión ambiental, así como aquellas relacionadas con la mejora del Sistema Nacional de Gestión Ambiental.
- i) Emitir el informe sustentado sobre la comisión de faltas o ilícitos administrativos sancionables de los casos que son puestos a su conocimiento y que ameriten la aplicación de una sanción.
- j) Proponer a la Presidencia del Consejo Directivo, la comunicación a ser dirigida al Ministerio Público ante hechos de naturaleza penal que conozca o le sean informados en el ejercicio de su función. Tratándose de ilícitos ambientales en zona de frontera, la propuesta de comunicación deberá incluir al Ministerio de Relaciones Exteriores.
- k) Establecer canales de comunicación para la coordinación en los aspectos de supervisión ambiental entre las entidades que ejercen funciones de supervisión y fiscalización ambiental.
- l) Desarrollar actividades de fortalecimiento de capacidades en las entidades que ejercen funciones de supervisión y fiscalización ambiental.
- m) Efectuar verificaciones de campo cuando el caso lo amerite.
- n) Establecer criterios y procedimientos específicos para la clasificación y calificación relacionados con la tercerización de las funciones de supervisión ambiental.
- o) Establecer los procedimientos para la supervisión ambiental directa y por terceros.
- p) Absolver consultas y emitir opinión técnica sobre los casos puestos en su conocimiento, en el ámbito de su competencia.

Fuente: Artículos 37º y 38º del Decreto Supremo No 022-2009-MINAM, ROF del OEFA

c) Función Supervisora de Entidades Públicas: comprende la facultad de realizar acciones de seguimiento y verificación del desempeño de las Entidades de Fiscalización Ambiental Nacional, Regional o Local. Esta es una de las funciones que viene incumpliendo el OEFA, puesto que al tener sólo la facultad de supervisión de entidades públicas, pero carece de potestad sancionadora sobre los funcionarios públicos de las entidades ambientales, en la práctica no tiene capacidad para obligar a los diversos sectores a exigirles se adecuen normas ambientales imperativas tales como el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, y tiene poco valor que pueda supervisar la forma en que se vienen aprobando los Estudios de Impacto Ambiental en los diversos sectores, pues no puede dictar medidas correctivas, y sanciones ante el descubrimiento de inconductas funcionales.

d) Función Fiscalizadora y Sancionadora aplicable a los administrados: comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA; y ello se realizara a través de la Dirección de Fiscalización, Sanción y aplicación de Incentivos de la OEFA.

DIRECCIÓN DE FISCALIZACIÓN, SANCIÓN Y APLICACIÓN DE INCENTIVOS DEL OEFA

Está encargada de dirigir, coordinar y controlar el proceso de fiscalización, sanción y aplicación de incentivos que resulten de su competencia. A fin de cumplir sus funciones a nivel nacional, éste órgano podrá desarrollar las mismas a través del personal asignado a las oficinas desconcentradas. La Dirección de Fiscalización, Sanción y

Aplicación de Incentivos tiene las siguientes funciones:

- a) Formular y proponer a la Presidencia del Consejo Directivo, normas relacionadas a la planificación, desarrollo y evaluación de las actividades y procesos de fiscalización, sanción y aplicación de incentivos del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, en los niveles de gobierno nacional, regional y local.
- b) Ejecutar las actividades de fiscalización, sanción y aplicación de incentivos del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, en el marco de las facultades transferidas conforme a ley.
- c) Formular y conducir los instrumentos de gestión ambiental necesarios para los procesos de fiscalización, sanción y aplicación de incentivos, tales como normas, guías, directivas y otros dispositivos legales y técnicos, con el fin de normalizar dichos instrumentos.
- d) Elaborar y proponer al Presidente del Consejo Directivo, normas para el mejor cumplimiento de sus funciones, así como para mejorar el funcionamiento del Sistema Nacional de Gestión Ambiental.
- e) Diseñar y administrar el Registro de Buenas Prácticas Ambientales, así como el Registro de Infractores y Sanciones Ambientales, sin demandar recursos adicionales al tesoro público.
- f) Elaborar, a solicitud del Ministerio Público, la opinión técnica sobre casos que puedan constituir delitos ambientales.
- g) Absolver consultas y emitir opinión técnica en el ámbito de su competencia.
- h) Desarrollar acciones de capacitación y asesoría técnica especializada a las entidades del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental y ciudadanía, en lo referente a la fiscalización, sanción y aplicación de incentivos.
- i) Elaborar en forma coordinada con los demás órganos de línea, así como dirigir y supervisar el cumplimiento del Régimen Común de Fiscalización y Control Ambiental.
- j) Elaborar en forma coordinada con los demás órganos de línea, así como dirigir y supervisar el cumplimiento del Régimen de Incentivos previsto en la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611.
- k) Elaborar en forma coordinada con los demás órganos de línea el Reglamento que regula las funciones de supervisión directa, fiscalización y sanción en materia ambiental.
- l) Elaborar y ejecutar, coordinadamente con los demás órganos de línea del OEFA, el Plan Anual de Evaluación y Fiscalización Ambiental, en lo que le corresponde.
- m) Emitir informes mensuales de los resultados de las acciones de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos.
- n) Imponer las sanciones administrativas y/o medidas correctivas que correspondan, en el marco de los procedimientos sancionadores que se inicien en esta dirección; por tanto, se constituye en la primera instancia administrativa.
- o) Determinar el órgano instructor al interior de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, diferenciando en su estructura la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción y/o medida correctiva.
- p) Realizar la instrucción fiscalización de las actividades bajo su competencia, a fin de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA
- q) Desarrollar coordinadamente, con los demás órganos de línea, el procedimiento para la determinación de las infracciones ambientales que puedan dar lugar a acción penal por la comisión de los delitos tipificados en la legislación pertinente, así como efectuar su correcta aplicación.
- r) Desarrollar coordinadamente, con los demás órganos de línea, el procedimiento para la determinación de las infracciones administrativas sancionables por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como efectuar su correcta aplicación.
- s) Desarrollar coordinadamente con los demás órganos de línea los procedimientos para clasificar, calificar y acreditar a terceros que ejerzan funciones de evaluación, supervisión y fiscalización ambiental.
- t) Elaborar en forma coordinada con los demás órganos de línea el régimen de inspección de actividades y/o instalaciones, en lo que le corresponde.
- u) Establecer mecanismos de articulación, coordinación, colaboración y participación con la fuerza pública, los sectores de los gobiernos regionales, gobiernos locales y ciudadanía en general, para el adecuado cumplimiento de sus funciones
- v) Coordinar la ejecución coactiva de las resoluciones emitidas en el marco de sus funciones.
- w) Elaborar en forma coordinada con los demás órganos de línea la escala de sanciones aplicables para cada tipo de infracción, establecidas en el artículo 136° de la Ley General del Ambiente.
- x) Disponer las medidas administrativas a que haya lugar conforme al ordenamiento jurídico.
- y) Disponer en el ámbito de su competencia, el otorgamiento de incentivos cuando corresponda.

Fuente: Artículos 39° y 40° del Decreto Supremo No 022-2009-MINAM, ROF del OEFA

Asimismo, sobre el proceso de transferencia de funciones del OSINERGMIN al OEFA se establece, en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Ley N° 29325, que mediante Decreto Supremo refrendado por los Sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA, así como el cronograma para la transferencia

del respectivo acervo documentario, personal, bienes y recursos, de cada una de las entidades. Por otra parte, las entidades sectoriales que se encuentren realizando funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental, tales como el OSINERGMIN, en un plazo de treinta (30) días útiles, contado a partir de la entrada en vigencia del respectivo Decreto Supremo, deben individualizar el acervo documentario, personal, bienes y recursos que serán transferidos al OEFA, poniéndolo en conocimiento y disposición de éste para su análisis acordar conjuntamente los aspectos objeto de la transferencia. Dentro de los treinta (30) días posteriores de haberse acordado todos los aspectos objeto de la transferencia con cada entidad, el Consejo Directivo del OEFA emitirá la respectiva Resolución que apruebe las mismas y determine la fecha en que el OEFA asumirá las funciones transferidas.

Así, mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, se dio inicio al proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA. Asimismo, el artículo 2° del citado Decreto establece que el proceso de transferencia de funciones se ejecutará conforme a los términos y plazos establecidos en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N°29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, complementados de acuerdo a lo establecido en el artículo 3° del indicado Decreto Supremo, y que como resultado de dicho proceso, se transferirán el acervo documentario, personal, bienes y recursos destinados al ejercicio y cumplimiento de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental, conforme a las disposiciones legales sobre la materia.

En ese sentido, mediante Acta N° 010-2010-CTOO, de fecha 06 de enero de 2011, la Comisión de Transferencia de OSINERGMIN y OEFA acordó los aspectos objeto de la transferencia de funciones entre el OEFA y el OSINERGMIN; y posteriormente mediante Sesión Ordinaria N° 005-2011, de fecha 1 de marzo de 2011, el Consejo Directivo del OEFA adoptó el acuerdo de aprobar los aspectos objeto de la transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de hidrocarburos en general y electricidad, entre el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA. Finalmente, en razón a ello, se aprueba **Resolución de Consejo Directivo N° 00 1 -2011-OEFA/CD**, la transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de hidrocarburos en general y electricidad, entre el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, dentro de los cuales, conforme lo reconoce el Ministerio de Energía y Minas, y el OSINERGMIN, esta expresamente la facultad de supervisión en materia ambiental.

- e) **Función Normativa:** comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, y otras de carácter general referidas a intereses, obligaciones o derechos de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que fiscaliza.



Fuente: OEFA

El artículo 14º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental establece que el OEFA podrá requerir el auxilio de la fuerza pública para el desempeño de sus funciones, el mismo que será prestado de inmediato bajo responsabilidad. Asimismo, en cumplimiento al principio de coordinación interinstitucional se establece en el mencionado artículo que las autoridades sectoriales así como los Gobiernos Regionales y Locales que en el ejercicio de sus funciones tomen conocimiento de incumplimientos ambientales, que son materia de fiscalización por parte del OEFA deberán, en el término de la distancia, poner tal situación en conocimiento de dicha dependencia.

El artículo 15º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental establece que el OEFA, directamente o a través de terceros, puede ejecutar las acciones necesarias para el desarrollo de sus funciones de fiscalización, para lo cual contará con las siguientes facultades:

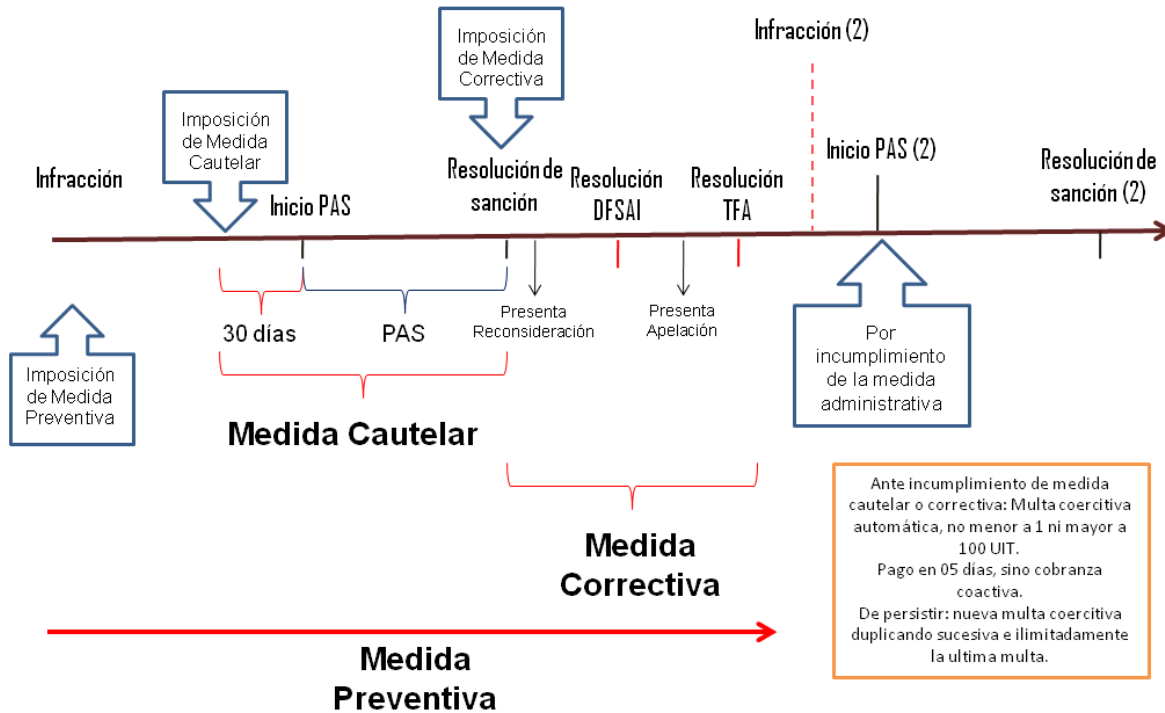
- a. Realizar fiscalizaciones sin previo aviso en aquellos establecimientos o lugares sujetos a fiscalización.
- b. Hacerse acompañar en las visitas de fiscalización, por peritos y técnicos, que estime necesario para el mejor desarrollo de la función fiscalizadora.
- c. Proceder a practicar cualquier diligencia de investigación, examen o prueba que considere necesario para comprobar que las disposiciones legales se observan correctamente y, en particular, para:
 - c.1 Requerir información al sujeto fiscalizado o al personal de la empresa sobre cualquier asunto relativo a la aplicación de las disposiciones legales.

- c.2 Exigir la presencia del empresario o de sus representantes y encargados, y de cualesquiera incluidos en su ámbito de actuación, en el centro fiscalizado o en las oficinas públicas designadas por el fiscalizador actuante.
 - c.3 Examinar en el establecimiento y lugar fiscalizado la documentación con relevancia en la verificación del cumplimiento de la legislación ambiental, tales como: registros, programas informáticos y archivos en soporte magnético, declaraciones oficiales y cualesquiera otros relacionados con las materias sujetas a fiscalización; obtener copias y extractos de los documentos para anexarlos al expediente administrativo así como requerir la presentación de dicha documentación en las oficinas públicas que se designen al efecto.
 - c.4 Tomar o sacar muestras de sustancias y materiales utilizados o manipulados en el establecimiento, realizar mediciones, obtener fotografías, videos, grabación de imágenes, levantar croquis y planos, siempre que se notifique al sujeto fiscalizado o a su representante.
- d. Recabar y obtener información, datos o antecedentes con relevancia para la función fiscalizadora, guardando confidencialidad exigida por ley respecto de los mismos.

Asimismo, el artículo 18º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental establece que los administrados son responsables objetivamente por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA. En ese sentido, no interesara el dolo o la culpa que podría haber ocasionado el incumplimiento de un deber funcional y la infracción de una norma, sino solamente si la conducta típica administrativa sea producido, quedando excluido de análisis la intencionalidad del administrado, con lo que se asegura que cualquier daño ambiental siempre sea sancionado independientemente de la existencia de negligencia o dolo en la infracción que lo desencadeno. Adviértase, además que las infracciones pueden ser clasificadas como Leves, Graves y Muy Graves. Su determinación debe fundamentarse en la afectación a la salud, al ambiente, en su potencialidad o certeza de daño, en la extensión de sus efectos, y otros criterios que puedan ser definidos por las autoridades del Sistema de conformidad con el artículo 19º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

Constituye un grave error lo señalado por el artículo 20 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental el cual señala que si en el procedimiento sancionador o en la instrucción preliminar, a solicitud de parte, se ofreciera la actuación de pruebas que implica que se incurra en gastos no previstos en la instrucción, estos serán de cargo del solicitante. Dichas pruebas se actuarán una vez que este haya realizado el respectivo depósito. En ese sentido, las poblaciones vulnerables más pobres que sufren contaminación ambiental quedarían a su suerte pues no podrán costear los gastos de actuación de las pruebas correspondientes, lo cual es absurdo. Es que acaso no es una obligación del Estado salvaguardar el derecho a un ambiente sano y equilibrado de todos los peruanos, y la propia actividad contaminante no debería generar el financiamiento para su supervisión y fiscalización ambiental, esa debería ser la lógica, y no el camino equivocado que toma el artículo 20º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental que sólo va generar conflictos socio ambientales e injusticia para los denunciantes con escasos recursos económicos.

Procedimiento Administrativo Sancionador a cargo del OEFA



RESOLUCIONES EMITIDAS por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos en los PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES a su cargo al 26.10.11

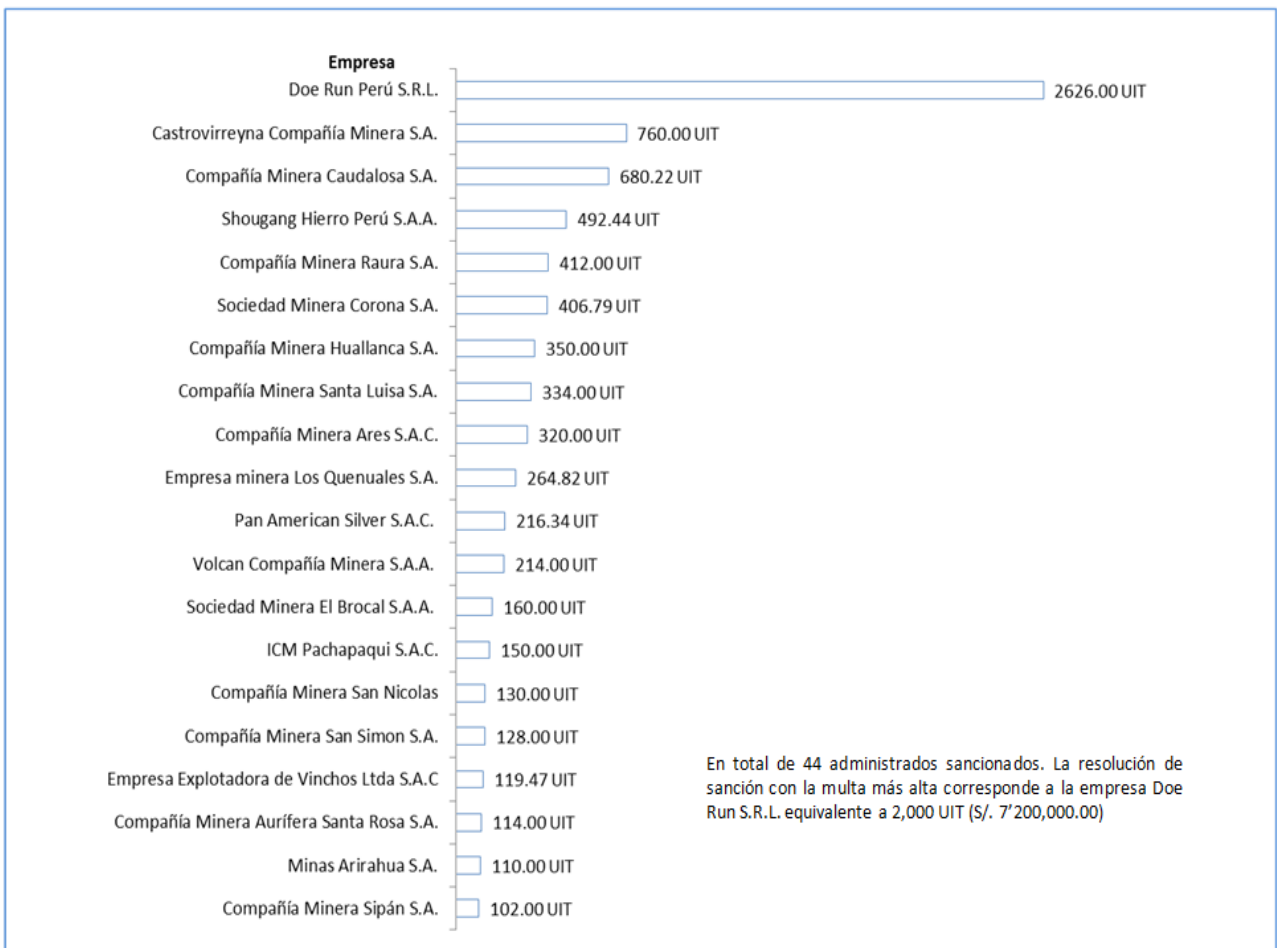


Respecto las labores de fiscalización que el OEFA realiza, a la fecha se han emitido un total de 105 resoluciones; en 20 se determina el archivo de las imputaciones y en **85 resoluciones se determina la imposición de sanción** (77 de primera instancia y 8 resolviendo los recursos de reconsideración interpuestos).

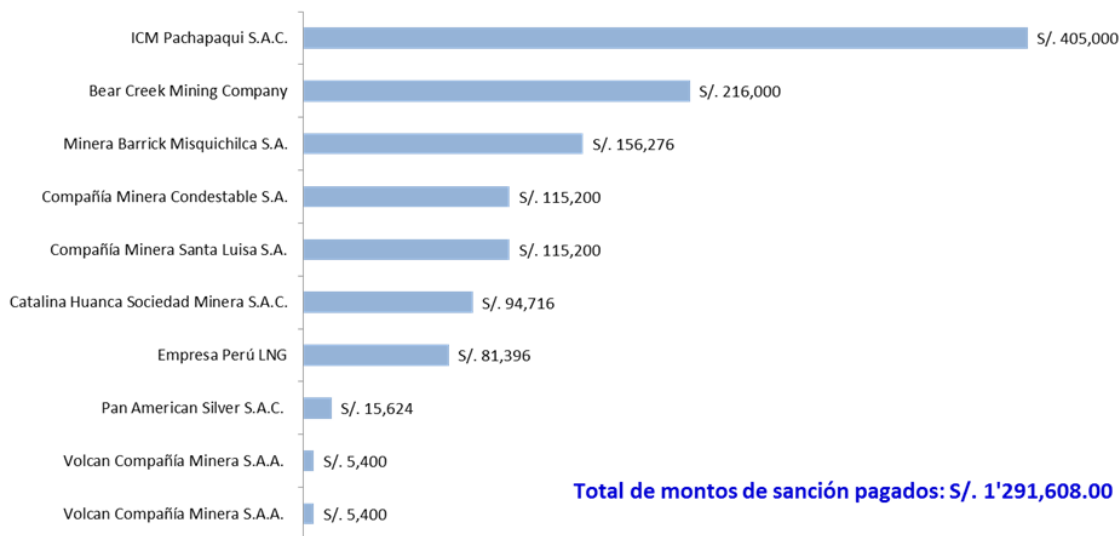
**MONTO TOTAL
de RESOLUCIONES de SANCION EMITIDAS al 26.10.11**

Multas en Minería	8,986.22 UIT	S/. 32'350,392.00
Multas en Hidrocarburos	100.31 UIT	S/. 361,116.00
Multa Total	9,086.53 UIT	S/. 32'711,508.00

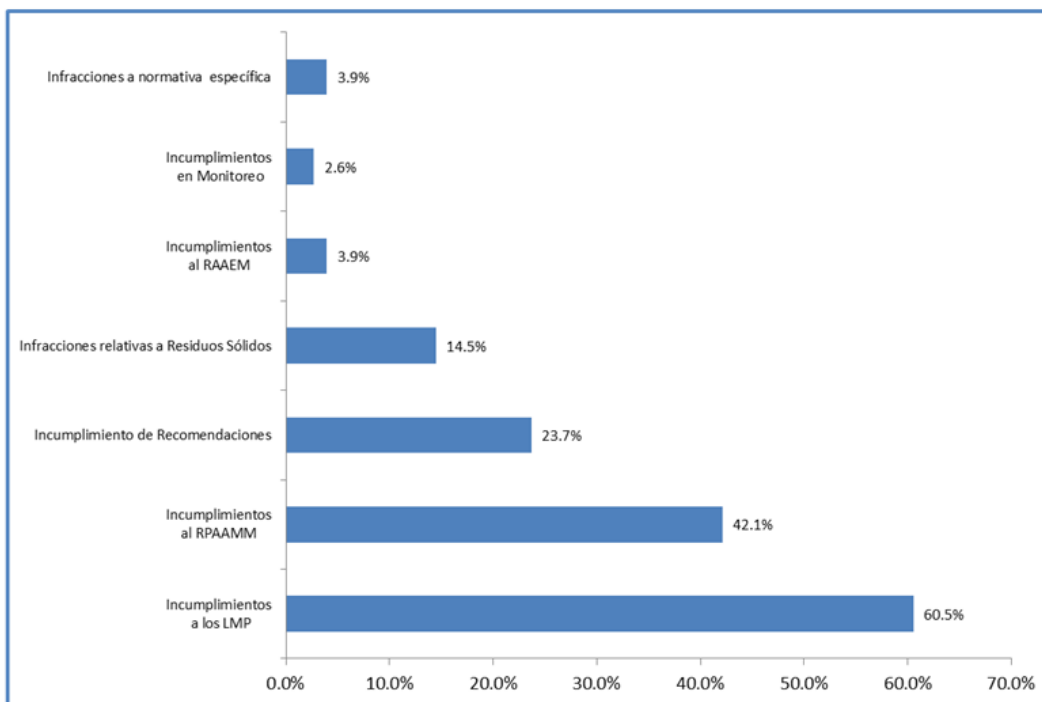
LAS 20 EMPRESAS MINERAS CON EL MONTO TOTAL DE SANCIONES MÁS ALTO AL 26.10.11



Montos de Sanción Pagados al OEFA hasta el 24/10/2011



INFRACCIONES MÁS RECURRENTES EN LAS RESOLUCIONES DE SANCIÓN EMITIDAS POR EL OEFA EN MATERIA DE ACTIVIDADES MINERAS



7.2.4.1. MEDIDAS CAUTELARES DEL OEFA

El artículo 21º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental establece que las medidas cautelares se pueden interponer antes de iniciarse un procedimiento sancionador o en cualquier etapa del mismo se podrán ordenar medidas

cautelares previamente a la determinación de la responsabilidad de los administrados, cuando ello resulte necesario para prevenir un daño irreparable al ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas. Así, el OEFA podrá dictar medidas cautelares para salvaguardar el derecho a un ambiente sano y equilibrado o la salud de las personas ante la inminencia o amenaza cierta de un daño ambiental aunque aún no se halla determinado responsabilidad administrativa previamente del supuesto infractor. Inteligentemente, además la norma prevé que las autoridades competentes podrán ordenar medidas cautelares genéricas o específicas tales como:

- a) Decomiso temporal de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción.
- b) Paralización o restricción de la actividad causante de la infracción.
- c) Cierre temporal, parcial o total, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la presunta infracción.
- d) Otras que sean necesarias para evitar un daño irreparable al ambiente, los recursos naturales, o la salud de las personas.

Recordemos que el numeral 5 del artículo 21 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental señala que el incumplimiento de una medida cautelar por parte de los administrados acarrea la imposición de una multa coercitiva no menor a una (1) Unidad Impositiva Tributaria (UIT) ni mayor a cien (100) UIT. La multa coercitiva deberá ser pagada en un plazo de cinco (5) días, vencido el cual se ordenará su cobranza coactiva. En caso de persistirse el incumplimiento se podrá imponer una nueva multa coercitiva, duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa coercitiva impuesta, hasta que se cumpla con la medida ordenada.

7.2.4.2. MEDIDAS CORRECTIVAS DEL OEFA

El artículo 22º numeral 1 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental establece que se podrán ordenar **las medidas correctivas necesarias para revertir, o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas**. Adviértase que medidas preventivas o medidas cautelares pueden convertirse al finalizar el procedimiento administrativo sancionador en medidas correctivas. Por otra parte, entre las medidas que pueden dictarse se encuentran las siguientes:

- a) El decomiso definitivo de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción.
- b) La paralización o restricción de la actividad causante de la infracción.
- c) El cierre temporal o definitivo, parcial o total, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la presunta infracción.
- d) La obligación del responsable del daño a restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según sea el caso, y de no ser posible ello, la obligación a compensarla en términos ambientales y/o económica.

- e) Otras que se consideren necesarias para revertir o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas.
- f) Otras que se consideren necesarias para evitar la continuación del efecto nocivo que la conducta infractora produzca o pudiera producir en el ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas.

Las medidas correctivas deben ser adoptadas teniendo en consideración el principio de razonabilidad y estar debidamente fundamentadas. El artículo 22 numeral 4 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental establece que el incumplimiento de **una medida correctiva por parte de los administrados acarrea la imposición automática de una multa coercitiva no menor a una (1) UIT ni mayor a cien (100) UIT**. La multa coercitiva deberá ser pagada en un plazo de cinco (05) días, vencido el cual se ordenará su cobranza coactiva. En caso de persistirse el incumplimiento se impondrá **una nueva multa coercitiva, duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa coercitiva impuesta**, hasta que se cumpla con la medida ordenada.

El artículo 23º de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, tiene especial atención por las medidas de restauración, rehabilitación, reparación, compensación y de recuperación del Patrimonio Natural de la Nación, el cual establece que sin perjuicio de imponer cualquiera de las sanciones establecidas, la autoridad competente puede además obligar a la persona natural o jurídica responsable del daño a restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según sea el caso, o a compensarla en términos ambientales cuando lo anterior no fuera posible, de conformidad con el artículo IX de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente. Asimismo, también puede la autoridad competente recuperar, retener o decomisar bienes, o productos derivados de los mismos, que se hayan originado como consecuencia de la extracción o aprovechamiento ilegal de los recursos naturales, en tanto constituyen Patrimonio Natural de la Nación de conformidad con la Constitución Política.

7.2.5. SERVICIO NACIONAL DE AREAS NATURALES PROTEGIDAS POR EL ESTADO - SERNANP

El Estado promueve el establecimiento e implementación de mecanismos de conservación in situ de la diversidad biológica, tales como la declaración de áreas naturales protegidas en todos sus niveles y el manejo regulado de otros ecosistemas naturales, para garantizar la conservación de ecosistemas, especies y genes en su lugar de origen y promover su utilización sostenible. En ese sentido, las áreas naturales protegidas del país conforman en su conjunto el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE), al cual se integran las instituciones públicas del Gobierno Central, Gobiernos Regionales, Municipalidades, instituciones privadas y las poblaciones locales que actúan, intervienen o participan, directa o indirectamente en la gestión y desarrollo de las Áreas Naturales Protegidas. El germen de la descentralización en materia ambiental estaba presente ya en esta norma fundamental para la conservación de la biodiversidad.

Las áreas naturales protegidas son la estrategia de conservación, in situ, más importante de la actualidad y tiene esencialmente como misión el mantener muestras representativas de unidades ecológicas tanto a nivel mundial como nacional. En términos más sencillos,

se busca mantener y proteger hábitats naturales que permitan preservar la biodiversidad del planeta y valores asociados a esta para efectos de no perjudicar procesos ecológicos y evolutivos que de manera directa e indirecta perjudicarán a futuras generaciones de la población a nivel local, regional y mundial.

La desaparición de espacios naturales y especies involucra la pérdida de servicios ambientales, material genético, conocimiento científico, conocimiento cultural, oportunidades para desarrollar bionegocios y ecoturismo, supresión de nuestra memoria y registro biológico, sobre todo pérdida de la posibilidad de haber vivido en armonía con nuestro entorno natural. Asimismo, el Plan de Acción de Durban (2003), nos permite reflexionar sobre la cada vez más presente participación de las comunidades indígenas y la necesidad de distribuir los beneficios del área natural protegida entre la población local. La idea es que los costos y beneficios de mantener las áreas naturales protegidas deben repartirse equitativamente entre la sociedad en general y no solo ser asumida por la población local. Ello podría ser posible a través de un impuesto ecológico o asignando parte de las regalías, compensaciones o el canon de las actividades mineras, hidrocarburíferas, pesqueras o forestales al desarrollo de programas de conservación y sociales en áreas naturales protegidas y sus zonas de amortiguamiento. Lo cierto, es que el costo de implementar un área natural protegida debe ser equitativamente distribuido así como sus beneficios.

La conservación por la conservación de la biodiversidad sin desarrollo sostenible de las poblaciones locales y el país es un despropósito, puesto que, se protege las muestras representativas de ecosistemas naturales en función a los servicios ambientales que brinda al país a través de mejor calidad de agua, aire, captación de carbono, insumos para nuevos fármacos, material genético, investigación científica o beneficios aún más concretos a la población local o regional como el desarrollo de bionegocios, ecoturismo, apicultura, piscicultura, artesanía, protección de desastres naturales, etc.

Sólo podrá sobrevivir un área natural protegida que promueva el desarrollo sostenible. Espacios naturales protegidos, que se conserven como castillos feudales y no permitan ningún tipo de aprovechamiento o actividades económicas de la población local están destinados a desaparecer, en la ignorancia de quien no sabe por qué conserva y para quién conserva. Un Área Natural Protegida además de la conservación de la diversidad biológica debe cumplir simultáneamente con la promoción del desarrollo sostenible del país a través de valores asociados a este, tales como promover la investigación científica y cultural, el desarrollo de actividades económicas sostenibles como el ecoturismo, sin olvidar la educación ambiental para el mantenimiento de condiciones naturales que protejan a las poblaciones locales de desastres naturales, el fortalecimiento de su identidad nacional a través de la conservación de sitios emblemáticos para la región y el país como ocurre en el caso del Santuario Histórico de Machupicchu, la Reserva Nacional de Paracas y el Santuario Histórico de Pomac. Actualmente, existen 71 áreas naturales protegidas, que abarcan aproximadamente el 14.53% de la superficie del territorio nacional, 6 áreas de conservación regional y 28 áreas de conservación privada a enero del 2011.

FUNCIONES DE LAS ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

Funciones reguladoras	Funciones ambientales	Funciones Económicas	Funciones Sociales	Funciones productivas	Funciones portadoras
Regulación del clima	Equilibrio climático	Desarrollo planificado de actividades productivas	Seguridad alimentaria	Provisión de recursos genéticos, medicinales	Recreación y turismo
Protección contra la erosión y control de sedimentos	Mantenimiento de la capacidad productiva del suelo	Desarrollo de actividades agropecuarias. Desarrollo de actividades energéticas	Seguridad alimentaria Seguridad en el abastecimiento de agua	Provisión de energía	Belleza escénica
Protección de cuencas	Mantenimiento y equilibrio del ecosistema	Desarrollo de actividades productivas	Asentamientos de poblaciones humanas Seguridad alimentaria	Mantenimiento y equilibrio del ecosistema Seguridad en el abastecimiento de energía Seguridad alimentaria	Desarrollo de la actividad turística
Hábitats para la reproducción especies de flora y fauna	Mantenimiento del ecosistema	Provisión de frutos, fibras, látex, miel, proteína Desarrollo de actividades extractivas y productivas	Seguridad en el abastecimiento de agua Seguridad en el abastecimiento de energía	Provisión de medicina natural Provisión de alimento de buena calidad	Satisfacción de necesidades de recreación.

Fuente: Parques y Progreso. Áreas Protegidas y Desarrollo Económico en América Latina y el Caribe. UICN/ Banco Interamericano de Desarrollo. 1993. p. 4.

La gobernanza de las áreas naturales protegidas es la manera de dirigir la gestión del área natural protegida, promoviendo una sinergia entre la obligación del Estado de promover la conservación de la biodiversidad y la participación de la sociedad civil para alcanzar dicho fin. En nuestro concepto ello implica básicamente lo siguiente:

a.) **La gestión socio ambiental del área natural protegida como mecanismo de alivio de la pobreza.**⁵⁴⁹ Esta directriz implica la construcción de documentos de gestión y su implementación teniendo como referencia la conservación de la biodiversidad en armonía con la promoción del bienestar real de la población de la población asentada en el área y su zona de amortiguamiento.

La consideración de los factores sociales y económicos que rodean las áreas protegidas se ha convertido en un componente importante del diseño y las políticas relativos a las áreas protegidas. Esta realidad se refleja a nivel internacional, al tener las exigencias como finalidad la aceptabilidad social, la transparencia y el apoyo al desarrollo sostenible. Como se señala el Informe Nacional del Ambiente en el Perú (Geo Perú) “es difícil pensar en un auténtico desarrollo sostenible si más del 50%, 14 609 000 de peruanos y peruanas, vive en situación de pobreza.”⁵⁵⁰ En consecuencia estimamos se debe destinar y distribuir equitativamente una parte de los beneficios que genera el área natural protegida al mejoramiento de la calidad de vida de la población involucrada en la conservación del ANP. La promoción de proyectos de

⁵⁴⁹ Entendida como las interacciones entre estructuras, procesos y tradiciones que determinan como se ejerce el poder, como se toman las decisiones y como los ciudadanos tienen forma de expresarse (Gobernabilidad). Lineamientos Generales para la Gestión de las Áreas de Conservación Municipal. GTZ, PEAM, EPS-Moyobamba Municipalidad Provincial de Moyobamba. Lima- Perú. Junio. 2006. p.9.

⁵⁵⁰ Informe Nacional del Ambiente en el Perú (Geo Perú). PNUMA. CONAN/ Presidencia del Consejo de Ministros. Lima – Perú. 2006. p.47.

desarrollo social asociados a la conservación del área natural protegida es una variable implícita en dicha tarea.⁵⁵¹

- b.) La participación ciudadana de la población local en la toma de decisiones de la gestión de las áreas naturales protegidas.** El fortalecimiento del Comité de Gestión, el Consejo de Coordinación de los Comités de Gestión, los contratos de administración, el sistema de concesiones y autorizaciones, el sistema de compensación a propietarios, la implementación concertada de la elaboración y ejecución de los documentos socio ambientales de planificación son labores fundamentales para legitimar la gestión de las áreas naturales protegidas y promover la real participación ciudadana.⁵⁵²
- c.) La conservación ambiental efectiva.** Esto es determinar que el desempeño en la gestión del ANP, efectivamente está contribuyendo a la conservación de la biodiversidad y de muestras representativas lo que se puede traducir en monitoreos, límites máximos permisibles propios de las ANPs, indicadores ambientales y la implementación del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. El monitoreo biológico y social en este punto es fundamental, necesitamos conocer la situación del área periódicamente para adoptar las decisiones correctas, esta es una tarea que debería traducirse en los planes operativos, planes maestros, planes de uso público y planes específicos.
- d.) Fortalecimiento de estrategias de conservación in situ asociadas a las ANPs.** Las áreas naturales protegidas complementarias así como la zonificación ecológica y económica de la zona de amortiguamiento y otras formas de conservación deben ser alentadas, promovidas y fortalecidas. En ese sentido, la promoción de otras formas de conservación in situ es importante para efectos no permitir que el área natural protegida se convierta en una isla de conservación sin posibilidad de conectarse funcionalmente a otros ecosistemas asociados. Ello también permitirá la formación de corredores biológicos y de conservación fundamentales para la conservación.

Para lograr dichos objetivos se requería fortalecer al ente rector de las áreas naturales protegidas por el Estado (SINANPE), y transformarlo de una dependiente y limitada Intendencia de Áreas Naturales Protegidas a una institución más autónoma y fuerte, cosa que se ha logrado con la creación del “**Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - SERNANP**”. Las funciones básicas de este organismo público son las siguientes:

- Dirigir el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE) y asegurar su funcionamiento como sistema unitario.
- Aprobar las normas y establecer los criterios técnicos y administrativos así como los procedimientos para el establecimiento y gestión de las Áreas Naturales Protegidas.
- Orientar y apoyar la gestión de las áreas naturales protegidas cuya administración está a cargo de los gobiernos regionales y locales y los propietarios de predios reconocidos como áreas de conservación privada.
- Establecer los mecanismos de fiscalización, control, las infracciones y sanciones administrativas correspondientes; y ejercer la potestad sancionadora en los casos de

⁵⁵¹ Cfr, Vásquez, Enrique y Otros. Los desafíos de la lucha contra la pobreza extrema en el Perú. Universidad del Pacífico. Lima- Perú. 2004

⁵⁵² En dicho contexto el acceso y transparencia de la información de gestión de las áreas naturales protegidas especialmente la referida a los gastos y financiamiento para la conservación del ANP será prioritario en la labores de planificación.

incumplimiento, aplicando las sanciones de amonestación, multa, comiso, inmovilización, clausura o suspensión, de acuerdo al procedimiento que se apruebe para tal efecto.

- Asegurar la coordinación interinstitucional entre las entidades del gobierno nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales que actúan, intervienen o participan, directa o indirectamente, en la gestión de las áreas naturales protegidas.
- Emitir opinión previa vinculante a la autorización de actividades orientadas al aprovechamiento de recursos naturales o a la habilitación de infraestructura en el caso de las áreas naturales protegidas de administración nacional.
- Emitir opinión sobre los proyectos normativos referidos a instrumentos de gestión ambiental, considerando las necesidades y objetivos de las áreas naturales protegidas.

Sin duda, junto con la gran cantidad de espacios protegidos que se han creado en los últimos años, debemos destacar la aprobación del Decreto Supremo N° 019-2010-MINAM, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 14 de diciembre de 2010, referido al Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador por afectación a las áreas naturales protegidas de administración nacional - ANP, el cual será aplicado cuando se configuren actos calificados como “infracciones” dentro de ANPs.

7.2.6. PROCURADURÍA PÚBLICA AMBIENTAL, LA POLICÍA ECOLÓGICA Y FISCALÍA ESPECIALIZADA EN MEDIO AMBIENTE

La Procuraduría Pública adscrita al MINAM podría tener entre sus funciones iniciar de oficio las acciones legales para resguardar el ambiente y sobre la que recaiga la legitimidad para obrar en los casos de daño ambiental puro. Resulta fundamental el fortalecimiento de la Policía Ecológica sobre todo en el ámbito de la Amazonía, las áreas naturales protegidas por el Estado y aquéllas bajo administración de gobiernos regionales, locales y privados. El aumento del número de efectivos de la Policía Ecológica así como asistencia técnica y capacitación es una labor clave en la materialización de la capacidad de fiscalización ambiental del Estado. La tutela de la justicia ambiental quedará plenamente cautelada con el establecimiento de Jueces y Fiscales especializados en materia ambiental. Adviértase ahora que toca por hacer para mejorar este lúgubre panorama de fiscalización ambiental, lo primero que debería hacerse es la constitución de un fideicomiso o el otorgamiento de cartas fianzas para garantizar el pago de las multas en instancia administrativa, y en tanto se impugnan judicialmente, las mismas generen intereses legales y compensatorios. Asimismo, la constitución de un fideicomiso con el fin de supervisar el proyecto extractivo, o el establecimiento de una tasa administrativa por fiscalización ambiental, sería fundamental para equipar adecuadamente al OEFA con el fin de que cumpla con su rol de contralor ambiental, y un proyecto de Camisea, podría generar dicho mecanismo a partir de destinar un 5% de las regalías del proyecto, decisión que claramente tendría que ser de consultada con todos los beneficiarios por regalías. En todo caso, lo idóneo sería que las empresas del Consorcio Camisea sean quienes en virtud del principio de internalización de costos asuman los costos de las tareas de fiscalización ambiental del proyecto energético a través de una tasa y adicionalmente la constitución de un fondo de fiscalización ambiental a cargo del MINAM.

7.3. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DE CONTRALORÍA APLICADO A LAS AUTORIDADES CON COMPETENCIAS AMBIENTALES

La Ley N° 29622, Ley que modifica la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional, establece

que en su artículo 1º, “Incorpórese el subcapítulo II “Proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional” en el capítulo VII del título III de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Adviértase, que antes mediante Ley N° 28422 se ratificó a la función que le permite a la Contraloría General efectuar acciones de control ambiental y sobre los recursos naturales, así como sobre los bienes que constituyen el Patrimonio Cultural de la Nación. En ese sentido, se puede concluir que las omisiones funcionales de autoridades con competencias ambientales pueden ser sancionadas por la Contraloría General de la República, en tanto, que el OEFA, sólo puede supervisar y fiscalizar a dichas entidades ambientales, y al carecer de potestad sancionadora, debería coordinar con la Contraloría General para efectos de posibilitar un mejor desempeño del sistema de control y fiscalización ambiental del Estado.

El artículo 45º de la Ley N° 27785 es contundente cuando establece que “la Contraloría General ejerce la potestad para sancionar por cuanto determina la responsabilidad administrativa funcional e impone una sanción derivada de los informes de control emitidos por los órganos del Sistema de Control. La referida potestad para sancionar se ejerce sobre los servidores y funcionarios públicos, con prescindencia del vínculo laboral, contractual, estatutario, administrativo o civil del infractor y del régimen bajo el cual se encuentre, o la vigencia de dicho vínculo con las entidades objeto de control. Son exceptuadas las autoridades elegidas por votación popular, los titulares de los organismos constitucionalmente autónomos y las autoridades que cuentan con la prerrogativa del antejuicio político. En la práctica ello implicaría que las autoridades con competencias ambientales podrán ser sancionadas administrativamente directamente por la Contraloría General por las omisiones funcionales en que incurran por ejemplo para aprobar instrumentos de gestión ambiental, certificaciones, autorizaciones, permisos, o emitir opiniones técnicas.

El artículo 46º de la Ley N° 27785 establece que las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional son aquellas en las que incurren los servidores y funcionarios públicos que contravengan el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen. Entre estas encontramos las siguientes conductas:

- a) Incumplir las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades para el desarrollo de sus actividades, así como las disposiciones internas vinculadas a la actuación funcional del servidor o funcionario público. En el caso de los funcionarios que despliegan competencias ambientales de la entidad sujeta de control sería por ejemplo el supuesto en el cual debiendo adecuarse a una nueva normatividad dentro de un plazo determinado no lo hacen. También este el supuesto de la entidad que omite fiscalizar a los administrados o aprobar normas técnicas como límites máximos permisibles en perjuicio de la salud de la población.
- b) Incurrir en cualquier acción u omisión que suponga la transgresión grave de los principios, deberes y prohibiciones señalados en las normas de ética y probidad de la función pública. Este es el caso de un funcionario de la entidad ambiental que tiene vínculos directos con la actividad económica que fiscaliza (minería, petróleo, gas, forestal, etc.).

- c) Realizar actos persiguiendo un fin prohibido por ley o reglamento. El otorgamiento de una concesión de recursos naturales en un espacio donde esta prohibido realizar dicha actividad es un buen ejemplo de esta infracción.
- d) Incurrir en cualquier acción u omisión que importe negligencia en el desempeño de las funciones o el uso de estas con fines distintos al interés público. Este sería el caso de la sustracción de un informe público en materia ambiental, y la no restitución del mismo, pese a su importancia.

POTESTAD SANCIONADORA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA EN CASO DE INFRACCIONES GRAVES O MUY GRAVES	
Tipos de sanciones	Gradación de las sanciones
a) Inhabilitación para el ejercicio de la función pública de uno (1) a cinco (5) años. b) Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, sin goce de remuneraciones, no menor de treinta (30) días calendario ni mayor de trescientos sesenta (360) días calendario.	Son graduadas de acuerdo a los siguientes criterios: a) La reincidencia o reiterancia en la comisión de las infracciones. b) Las circunstancias en las que fue cometida la infracción. c) Grado de participación en el hecho imputado. d) Concurrencia de diversas infracciones. e) Efectos que produce la infracción. f) Gravedad de la infracción cometida.
INDEPENDENCIA DE RESPONSABILIDADES	
La responsabilidad administrativa funcional es independiente de las responsabilidades penales o civiles que pudieran establecerse por los mismos hechos, en tanto los bienes jurídicos o intereses protegidos son diferentes. Los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad para procesar administrativamente y sancionar al funcionario o servidor público que hubiera incurrido en responsabilidad administrativa funcional, salvo disposición judicial expresa en contrario.	

Fuente: Artículos 47º, 48º y 49º de la Ley N° 27785

El artículo 51º de la Ley N° 27785 establece que el procedimiento para sancionar por responsabilidad administrativa funcional a los infractores está constituido por dos (2) instancias:

- a) **La primera instancia**, a cargo de la Contraloría General, está constituida por un órgano instructor y un órgano sancionador. Ambos poseen autonomía técnica en sus actuaciones. El órgano instructor lleva a cabo las investigaciones y propone la determinación de las infracciones y las sanciones ante el órgano sancionador. Este último, mediante resolución motivada, impondrá o desestimarás las sanciones propuestas.
- b) **La segunda instancia**, a cargo del **Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas**, resuelve las apelaciones contra las decisiones del órgano sancionador.

PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DE LA CONTRALORIA GENERAL	
Funciones del órgano instructor	Función del Órgano sancionador
f) Iniciar los procedimientos administrativos de determinación de responsabilidad administrativa funcional a partir de los informes emitidos por los órganos del Sistema. b) Efectuar las investigaciones solicitando la información y la documentación que considere necesarias para el ejercicio de las mismas, actuando las pruebas que considere pertinentes y evaluando los descargos presentados.	El órgano sancionador, a propuesta del órgano instructor, podrá disponer que las entidades separen del cargo al servidor o funcionario público, mientras dure la investigación y hasta que se emita el pronunciamiento sobre la existencia de responsabilidad administrativa funcional, siempre que se respete el derecho de defensa de aquel. Concluida la fase instructora, el órgano sancionador, sobre la base de la documentación remitida por el órgano instructor, impone, mediante resolución motivada, las

<p>c) Emitir pronunciamientos en los cuales señale la existencia o inexistencia de infracciones administrativas funcionales y, según sea el caso, presentar la propuesta de sanción ante el órgano sancionador.</p>	<p>sanciones que correspondan o declara que no ha lugar a la imposición de sanción.</p> <p>El órgano sancionador podrá disponer la realización de actuaciones complementarias siempre que sean indispensables para resolver el procedimiento.</p>
Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas	
<p>El Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas constituye la última instancia administrativa en el procedimiento sancionador. Es un órgano colegiado adscrito a la Contraloría General, con independencia técnica y funcional en las materias de su competencia y autonomía en sus decisiones.</p> <p>Las resoluciones del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas ponen fin a la vía administrativa y contra ellas procede la acción contencioso-administrativa.</p>	
Prescripción	
<p>La facultad para la imposición de la sanción por responsabilidad administrativa funcional, conforme a lo establecido en el presente subcapítulo, prescribe a los cuatro (4) años contados a partir del día en que la infracción se hubiera cometido o desde que cesó, si fuera una acción continuada. En todo caso, la duración del procedimiento sancionador no podrá exceder los dos (2) años desde que el órgano instructor da inicio a este.</p>	

Fuente: Artículos 53º, 54º, 56º y 60º de la Ley N° 27785

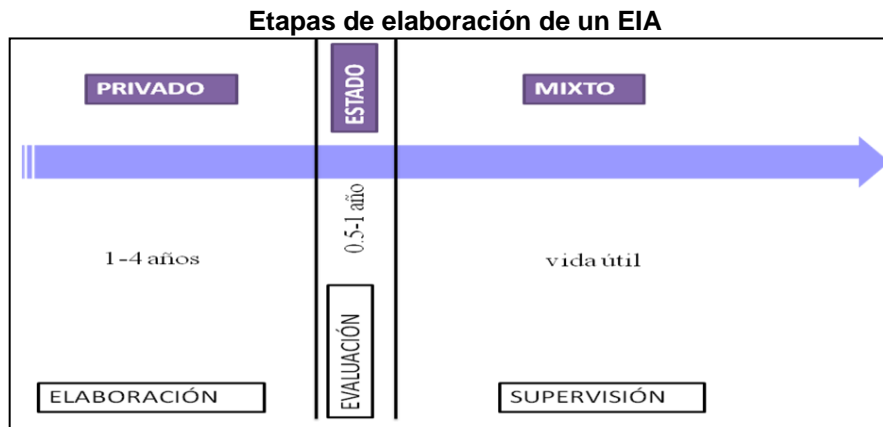
7.4. EL PERITAJE AMBIENTAL INTERNACIONAL Y LA INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL

Una realidad, que el Proyecto Tía María, Majes Sigua y Conga, han puesto en evidencia, es que el mecanismo de aprobación de los estudios de impacto ambiental, que se aplica también para el caso de actividades de hidrocarburos, es incompatible con la obligación del Estado de proteger el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado, contenido en el artículo 2.22 de la Constitución. Tres son los vicios que presenta el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y comprometen su independencia, objetividad y validez del mismo. El primero que el propio sector que promueve la actividad concesionada, sea el que a su vez expide la certificación ambiental (aprobación de EIA) conforme se observa del artículo 18.1 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, Ley N° 27446 y artículo 9º del Reglamento a la citada ley, aprobado por el Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM. El segundo vicio de fondo es que los EIA son elaborados por consultoras contratadas y pagadas por las empresas interesadas conforme el artículo 7º de la Ley N° 27446. El tercero la escasa voluntad real de los sectores de compartir información en casos de megaproyectos o proyectos vinculados a conflictos sociales como se ha observado en el caso de Inambari, y Conga. Y en ciertos sectores existe un cuarto vicio, pues el sector no sólo promueve la actividad extractiva, otorga la certificación ambiental, sino que fiscaliza la actividad, y eventualmente, expide el informe técnico para determinar si existe delito ambiental, y con ello se produce todo un conflicto de intereses.

No puede ser objetivamente independiente y válido que cada sector o ministerio puede aprobar el Estudio de Impacto Ambiental de las concesiones que el mismo promueve, en razón a que el sector tiene directo interés en que se realice la actividad económica e incluso en su planificación institucional por objetivos y resultados, se encuentra realizar el mayor número de concesiones posibles, e incrementar la ejecución de inversiones privadas. Es el caso, por ejemplo, del Ministerio de Energía y Minas, el cual promueve la inversión en electricidad, minería e hidrocarburos, y de otro lado, aprueba los EIAs de estas empresas. En esas condiciones, difícilmente se puede garantizar el cumplimiento del principio de prevención, y el respeto del derecho a un ambiente sano y equilibrado, contemplado en el numeral 22 del artículo 2º de la Constitución.

La forma como está diseñada la aprobación de los EIA es absolutamente incompatible y contraria a la obligación del Estado Peruano, de conservar el ambiente y promover el desarrollo sostenible, en razón a que objetivamente existen intereses en conflicto en los sectores con competencias ambientales como el MEM, en donde desempeñan la tarea de promoción de inversiones, y a la vez verifican que esta inversión cumpla con la certificación ambiental correspondiente. En tal sentido, si tenemos en cuenta el derecho a un ambiente sano y equilibrado implica la obligación del Estado de promover un Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental óptimo para resguardar dicho derecho, lo que no se consigue en el actual modelo de aprobación del EIA.

La Corte IDH exige en su jurisprudencia vinculante, como condición para la realización de actividades extractivas en territorios indígenas, que los EIA se realicen por entes realmente independientes, así señala que: *“El Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental”*. (Caso Saramaka, sentencia de fondo, párr. 129). Advertimos que independiente, implica que uno no depende de otro, que es autónomo, y sostiene sus opiniones sin admitir intervención ajena; y que ser objetivo, implica independencia de la propia manera de pensar, y ser desinteresado, del asunto puesto bajo su análisis, o sea no tener intereses en conflicto ni directa ni indirectamente. El Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental actualmente no ofrece garantías ni de independencia ni objetividad, puesto que la autoridad que evalúa el Estudio de Impacto Ambiental, tiene interés directo en la realización de la concesión, que su propio sector promueve. Ello finalmente, no garantiza en absoluto más que un conflicto de intereses, y no el derecho a un ambiente sano y equilibrado.



Elaborado por Rasul Camborda Vejarano

Adviértase que mientras la empresa privada se toma hasta cuatro (04) años para elaborar un estudio de impacto ambiental, con un equipo técnico multidisciplinario de una consultora ambiental contratada para dicho fin de manera estable, tenemos por otro lado al Estado que ha penas dispone de ciento veinte (120) días para realizar una evaluación del instrumento de gestión ambiental, con un equipo sin estabilidad laboral, y así es muy difícil asegurar la calidad de los estudios de impacto ambiental de los diversos sectores productivos. Lo ideal sería, como bien señala el profesor Rasul Camborda Vejarano, es que el Estado acompañe el proceso de elaboración de impacto ambiental a fin de asegurar los estándares ambientales óptimos correspondientes, lo que implica sin duda, que la consultora ambiental no tenga vínculo contractual con la empresa interesada sino

con el MINAM. Asimismo, tendría que asegurarse que la entidad fiscalizadora ambiental pueda garantizar una estabilidad laboral relativa a su personal para efectos de garantizar el cumplimiento del estudio de impacto ambiental.

El Tribunal Constitucional ha dejado abierta la posibilidad de que los EIA sean revisados por instituciones internacionales. Esto lo ha señalado en la sentencia recaída en el caso Majes Siguan II (Exp. N° 01939-2011-PA/TC) en relación con el Estudio de Balance Hídrico, cuando precisa que “el resultado del referido estudio podrá ser sometido a la opinión técnica de una especializada institución internacional de reconocida solvencia en la materia” (f. j. 44 y punto 3 del fallo). En ese sentido, se reconoce tácitamente que nuestro Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental no ofrece garantías de autonomía, independencia ni objetividad necesarios para resguardar el derecho a un ambiente sano y equilibrado, y es por ello que el TC, decide en última instancia prefiere que sea un tercero de reconocida solvencia en materia ambiental, el que dirima el conflicto socio ambiental de Majes Siguan II.

En esa misma línea se resolvió el caso del Proyecto Tía María mediante una evaluación del UNOPS, que levanto 180 observaciones al proyecto, razón por la cual el MEM observo el EIA, y cancelo el proyecto temporalmente. Lo propio ha pasado con el Proyecto Minero Conga, empero a diferencia del caso del Proyecto Tía María, donde la designación del UNOPS perteneciente a la ONU como el encargado de realizar la evaluación no recibió ninguna crítica, el peritaje ambiental internacional a que será objeto el EIA de Conga, que estaría compuesto por tres expertos internacionales, ha recibido duros cuestionamientos entre ellos:⁵⁵³

- “1. **Sobre el perito:** *¿Cuál es o ha sido el mecanismo de selección del perito? ¿Cuáles han sido los requisitos previstos como perfil del perito? ¿A cuánto ascienden los honorarios establecidos para quien o quienes realicen el peritaje? ¿Se trata de un perito o de un equipo de peritos? ¿Quiénes conformaron el comité seleccionador?*
2. **Sobre el proceso de convocatoria:** *¿Cómo fue hecha la convocatoria? ¿Quiénes presentaron su postulación?*
3. **Sobre el resultado:** *¿Bajo qué parámetros se definió que el peritaje se realice en 40 días? ¿Quiénes y cómo tomaron esta decisión? ¿Por qué el resultado esperado se limita a disipar dudas de la población, a mitigar el daño ambiental previsible y no a establecer la viabilidad del proyecto? ¿Por qué se afirma de plano que el proyecto va a ser ejecutado y que las cuatro lagunas serán de todas formas intervenidas?”*

Entonces, podemos concluir que existe una tendencia de facto que ha producido un cambio profundo en la institucionalidad ambiental y que todos los actores sociales han aceptado como incontenible, y que se deriva de la desconfianza de las poblaciones locales al sector evalúa y aprueba el EIA, y que ha dado lugar a que la mayoría de conflictos socio ambientales generados en el ámbito de la ejecución de un proyecto o la evaluación de un EIA sea resueltos por una entidad internacional de reconocido prestigio, lo que sólo nos deja dos opciones en la gestión ambiental: a) o nos resignamos a que nuestros conflictos socio ambientales sean resueltos por entidades o peritos ambientales internacionales; b) cambiamos nuestra estructura de gestión ambiental, y creamos una institucionalidad ambiental más fuerte, objetiva, independiente e imparcial. Un primer paso

⁵⁵³ Oficio N° 088 – 2011-MAGA/CR de fecha 23 de enero del 2012 dirigido por el congresista Mesías Guevara Amasifuen al Ministro de Energía y Minas, Jorge Humberto Merino Tafur

intermedio en ese sentido sería que la evaluación de los estudios de impacto ambiental sea realizada por el MINAM, para lo cual tendrían que ser transferidas las direcciones ambientales de los diversos sectores al MINAM.

PRESUPUESTO DEL SECTOR AMBIENTE

PLIEGOS DEL SECTOR	PRESUPUESTO INSTITUCIONAL MODIFICADO – PIM			
	PIM 2009	PIM 2010	PIM 2011	PIM 2012
MINAM	33,633,162	69,809,505	78,324,097	80,293,536
SERNANP	18,415,986	42,747,191	50,640,199	44,004,136
OEFA	7,500,000	14,861,000	43,821,144	52,691,275
IIAP	21,811,916	15,869,386	28,094,548	16,195,161
IGP	7,685,469	9,510,658	9,699,662	8,471,114
SENAMHI	28,778,995	33,019,872	32,130,231	39,060,449
TOTAL SECTOR	117,825,528	185,817,612	242,709,881	240,715,671



Elaboración propia

7.5. EL SECRETISMO DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS Y EL DERECHO AL ACCESO A INFORMACIÓN PÚBLICA

El Principio 1 de la Declaración de Río, establece que “los seres humanos constituyen el centro de preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible (...), siendo así, es natural que los seres humanos tengan un rol activo en las decisiones que se adopten para alcanzar el desarrollo sostenible.” En ese sentido, se entiende los Estados deben promover la participación ciudadana, y la transparencia y el acceso a la información pública, especialmente la ambiental, pues como señala el Principio 10 de la citada Declaración “el mejor modo de tratar cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados (...) así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones.” Y ello sólo se logra creando espacios de diálogos con la población, y mecanismos de acceso a la información pública vinculada a la gestión ambiental, cuestión en lo que el Estado Peruano viene fallando clamorosamente como lo atestigua la Contraloría General en el Proyecto Camisea, y más adelante se repitió en el caso del Proyecto de la Hidroeléctrica de Inambari, cuyo estudio de impacto ambiental sólo pudo accederse luego de que un juez constitucional ordene a la Dirección General de Electricidad la entrega de la citada información completa y no resumida. Más recientemente, el caso del Proyecto Minero de Conga, ofrece otro notable ejemplo de falta de transparencia al no permitirse el acceso al Estudio de Impacto Ambiental, el Informe del MINAM sobre el particular, el que no obstante haber sido hecho público, no obra en archivos del ministerio, y el propio Ministro Manuel Pulgar-Vidal omitió pedirlo y buscarlo ni bien asumió su cargo, no obstante haber sido el mismo, una de las razones del cambio ministerial de fines del 2011.⁵⁵⁴

Advirtamos que el artículo 23, numeral 1, inciso a), de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece que toda persona tiene derecho a participar directamente de los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes, y que ello no es posible de realizar, si se niega información pública en materia ambiental, que justamente servirá para tener certeza sobre los impactos positivos y negativos de un proyecto sobre el ambiente, y la salud de la población. De ahí, que el artículo 2° inciso 5 de la Constitución Política, garantiza el derecho de cualquier persona a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, y que nos debe permitir tener acceso a todos los documentos públicos que obran en archivo de las entidades públicas, con la excepción de aquellos que puedan comprometer la intimidad o la seguridad nacional, y hayan sido por ello declarados como confidenciales o reservados.

Recordemos que “la información pertenece a los ciudadanos. La información no propiedad del Estado y el acceso a ella no se debe a la gracia o favor del gobierno; éste tiene la información sólo en cuanto representante de los ciudadanos” como bien lo señala la Defensoría del Pueblo, en su célebre Informe Defensorial N° 60 del 2001, titulado “El acceso a la información pública y la cultura del secreto” en donde señala que en “el Perú se constata una antigua “cultura del secreto” expresada en la renuencia de las autoridades de proporcionar información sin justificación. Esta situación ha tenido negativas consecuencias pues ha permitido la existencia de poderes secretos y ocultos

⁵⁵⁴ Carta N° 001-2012-MINAM/SG suscrita por el Secretario General del Minam: “con relación al Informe respecto al Proyecto Minero Conga debo informarle que en el archivo documentario del Ministerio del Ambiente no se cuenta con el Informe solicitado, no obra copia alguna de dicho documento.” Y agrega: “de acuerdo a versiones periodísticas se conoce la existencia de un informe entregado a la Presidencia del Consejo de Ministros cuya versión final, como se señala, no consta en ningún registro de trámite oficial del Ministerio del Ambiente.”

que han carecido de control, fomentando la corrupción.”⁵⁵⁵ Ha transcurrido una década desde entonces y la cuestión no ha cambiado mucho pues se sigue observando renuencia de las autoridades a brindar información sobre las actividades desarrolladas por entidades que dirigen como se observa en los recientes conflictos socio ambientales donde la información ambiental era un bien privilegio de solo unos cuantos actores sociales, ejemplo el informe del MINAM sobre el EIA del Proyecto Minero Conga (2011), el cual se alega posteriormente nunca existió formalmente.

No olvidemos que una de las características esenciales de un Estado democrático y constitucional es la transparencia en la administración y gestión de los asuntos públicos. Tal característica genera la obligación en los funcionarios públicos de rendir cuentas sobre las decisiones que toman y también tiene como consecuencia que las personas puedan acceder a la información que obra en poder de las entidades estatales. De esta forma, los funcionarios públicos son gestores de una organización creada al servicio de la ciudadanía y, por ello, se encuentran expuestos a la fiscalización que la sociedad ejerce. De ahí la importancia de lo dispuesto en el artículo 2° inciso 5 de la Constitución que reconoce el derecho fundamental de acceso a la información pública a favor de todos los peruanos sin ninguna discriminación.⁵⁵⁶

La Defensoría del Pueblo siguiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, acertadamente señala, que las características del derecho al acceso a la información pública que esta debe ser información cierta, actual, precisa y completa. Carácter instrumental, autonomía diferencias con otros derechos. Esto es el derecho de acceso a la información que obra en poder de las entidades públicas comprende la facultad de obtener información «cierta, actual, precisa y completa» (Exp. N° 1797-2002-HD/TC, F.J. N° 15), es decir, una entrega parcial y falsa no satisface las exigencias constitucionales del mismo. Como lo ha indicado el Tribunal Constitucional este derecho «en su faz positiva (...) impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar», mientras que «en su faz negativa, exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa» (Exp. N° 1797- 2002-HD/TC, F.J. N° 16).⁵⁵⁷

Además, se trata de un «derecho instrumental», pues a través de su ejercicio permite satisfacer otros derechos de las personas. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en el caso «Wilo Rodríguez Gutiérrez» (Exp. N° 1797-2002-HD/TC, sentencia de 29 de enero del 2003, F.J. N° 10). Y es que, por ejemplo, permite ejercer el derecho de participación en la medida que obliga a las autoridades a informar sobre el uso de los fondos públicos; garantiza el derecho al medio ambiente sano pues permite obtener un estudio de impacto ambiental, o permite el ejercicio de la libertad de expresión pues para expresar una opinión se requiere contar con información suficiente, etc. Aunque presenta similitudes con los derechos de información y petición, se trata de un derecho autónomo cuyo contenido es distinto y que cuenta con un proceso constitucional específico –hábeas data– para su tutela. Se distingue del derecho de información en que el objeto del mismo se agota en obtener la información (copias, videos, etc.) que obra en poder de entidades públicas. En cambio, el objeto de la libertad de información es más amplio pues comprende los derechos «a) a comunicar libremente información veraz por cualquier

⁵⁵⁵ Defensoría del Pueblo. Informe Defensorial N° 60, titulado “El acceso a la información pública y la cultura del secreto”. Lima Perú. 2001. p. 9

⁵⁵⁶ Defensoría del Pueblo. Informe Defensorial N° 96, titulado “Balance a dos años de vigencia de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública 2003-2004”. Lima Perú. 2005. p. 9

⁵⁵⁷ Ibidem. p.16

medio de comunicación; derecho que a su vez comprende el de buscar y obtener información (aspecto activo); y, b) a recibir información en iguales condiciones (aspecto pasivo)» y no se circunscribe a las entidades públicas, sino que comprende la información con la que cuentan los sujetos privados.⁵⁵⁸

De otro lado, aunque existe una mayor similitud con el derecho de petición presenta una diferencia sustancial pues este consiste en solicitar a la autoridad competente algo a lo que no necesariamente se tiene derecho, y la autoridad sólo está obligada a responder en el plazo de ley. En cambio, tratándose del derecho de acceso, el solicitante siempre tiene derecho a la información solicitada salvo que exista una excepción justificada y la autoridad se encuentra obligada no sólo a responder sino a entregarla. Cabe indicar que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el contenido del derecho de petición en el Exp. N° 1042-2002-AA/TC, Caso Sindicato Unitario de Trabajadores Municipales del Rímac. En tal oportunidad sostuvo que comprende dos aspectos: «el primer aspecto es el relacionado estrictamente con la libertad reconocida a cualquier persona para formular pedidos escritos a la autoridad competente; y, el segundo, unido irremediamente al anterior, está referido a la obligación de la referida autoridad de otorgar una respuesta al peticionante». El propio Tribunal ha considerado que el derecho de acceso a la información pública es «una modalidad o concreción del derecho de petición» (Exp. 1797-2002-HD/TC, F.J. N°7). En consecuencia, el texto constitucional ha querido dotar a este derecho de autonomía, aunque guarde vinculaciones estrechas con otros derechos.⁵⁵⁹

Nótese que además de la Ley N° 27806. Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, TUO aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, en materia ambiental existe regulación específica para la implementación del derecho al acceso de información pública. En ese sentido, podemos citar el artículo 4 del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM, Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales, el cual establece que *“toda persona tiene el derecho de acceder a la información que poseen el MINAM o las entidades con competencias ambientales, con relación al ambiente, sus componentes y sus implicaciones en la salud; así como sobre las políticas, normas, obras y actividades realizadas y/o conocidas por dichas entidades, que pudieran afectarlo en forma directa o indirecta, sin necesidad de invocar justificación de ninguna clase.”* Claramente, esta norma legitima a cualquier persona a solicitar información al MINAM o entidades ambientales sobre por ejemplo el estado actual de adecuación de una norma ambiental de los sectores ambientales.

Asimismo, el artículo 5 del Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM, va mucho más allá, y señala que *“la información ambiental que las entidades con competencias ambientales, posean, produzcan o tengan disponible como resultado del ejercicio de sus funciones, tiene carácter público y está sujeta a los mecanismos de acceso a la información pública. Dicha información debe proporcionarse cuando ésta sea solicitada por cualquier persona natural o jurídica, en ejercicio del derecho de acceso a la información pública. Asimismo las entidades con competencias ambientales tienen la obligación de proporcionar la información que les sea requerida, que esté contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, y siempre que haya sido creada u obtenida por ella, o que se encuentre en su posesión o bajo su control como resultado del ejercicio de sus funciones. En el caso del MINAM y de*

⁵⁵⁸ Ibidem. p. 17

⁵⁵⁹ Ibidem. p. 17-18

manera enunciativa, es también pública la información siguiente: a) La relacionada con las facultades constitucionales a cargo de la entidad; b) La relacionada con los aspectos administrativos, financieros y presupuestarios; y c) Los casos previstos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA.” Así, si no se brinda esta información pública, ¿cómo podrá ejercerse la participación ciudadana, o la rendición de cuentas?, no habría manera, y estos derechos quedarían aniquilados en la negativa del funcionario a no informar a la ciudadanía por ejemplo, el estado actual del cumplimiento de una norma ambiental de interés general.

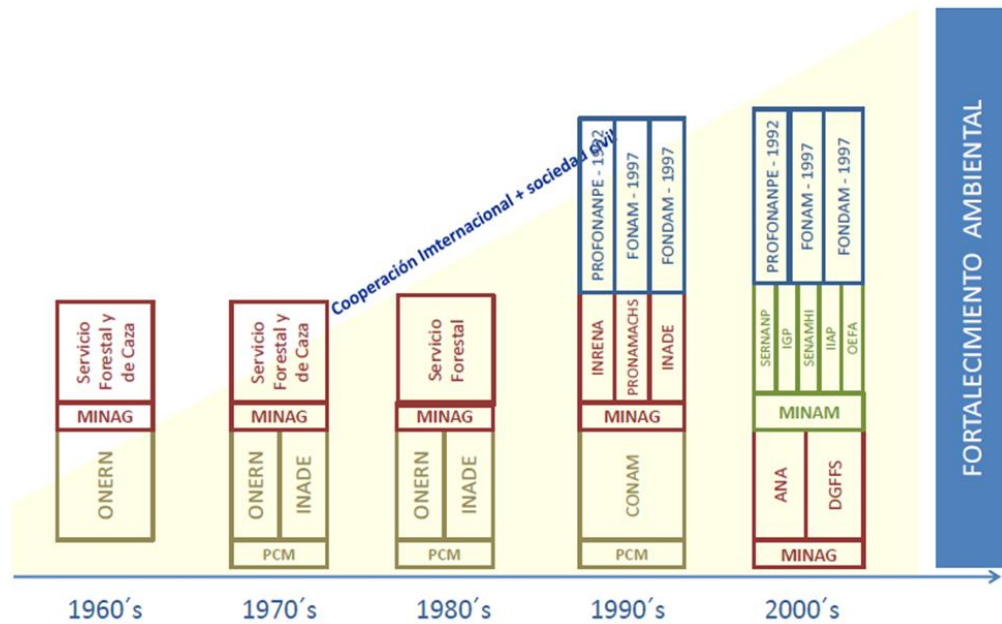
Advirtamos que resulta lamentable que el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SERNANP) no sólo tenga los costos más altos por acceso a la información pública, cinco veces más que otros sectores (50 céntimos por cara), y un extremo formalismo, sino que no brinda información so pretexto de que implica una tarea de elaboración que no están obligados a realizar. Así tenemos que cuando el 23 de noviembre del 2011 se le solicito *“información sobre el número de opiniones de compatibilidad así como opiniones vinculantes previas favorables que ha emitido el SERNANP en el periodo 2008-2011, precisando el proyecto de inversión y el sector, así como el número de ocasiones en que se ha solicitado que se declare la nulidad de actos administrativos o concesiones por haber omitido solicitar opinión técnica.”* El SERNANP responde mediante Carta N° 84-2011-SERNANP-TRANSPARENCIA señalando que *“la solicitud de información no implica la obligación de las entidades de la Administración Pública de crear o producir información con la que no cuenta o no tenga obligación de contar al momento de efectuar al pedido.”* Y agrega: *“lo solicitado en su Carta en cuestión, no se enmarca en los supuestos de atención de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, por lo que lamentamos no poder atenderlo.”*

Resulta criticable que se niegue información pública de la relevancia ambiental que era sumamente sencilla de ubicar mediante el sistema informático del trámite documentario del SERNANP, y como hemos expuesto, sin información suficiente, y oportuna el derecho de participación ciudadana se vuelve ilusorio. En ese sentido, es necesario que las organizaciones civiles sin fines de lucro, la Contraloría General de la República, y la Defensoría del Pueblo, aúnen esfuerzos para efectos de que se creen observatorios de transparencia de información pública, que digitalicen los documentos públicos, ordenada y sistematizada, que permita su fácil acceso a la población en general, para efectos de que sea posible tomar conciencia del desempeño de la gestión ambiental de las entidades públicas, y también permitir que la información ambiental se socialice, y cuanto mejor informada este la población involucrada en proyectos de inversión, menos conflictos sociales habrán generados por desinformación y secretismo tan común en los últimos años como lo muestran los casos del Proyecto de Hidroeléctrica Inambari, y el Proyecto Minero Conga.

7.6. HACIA UNA NUEVA INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL

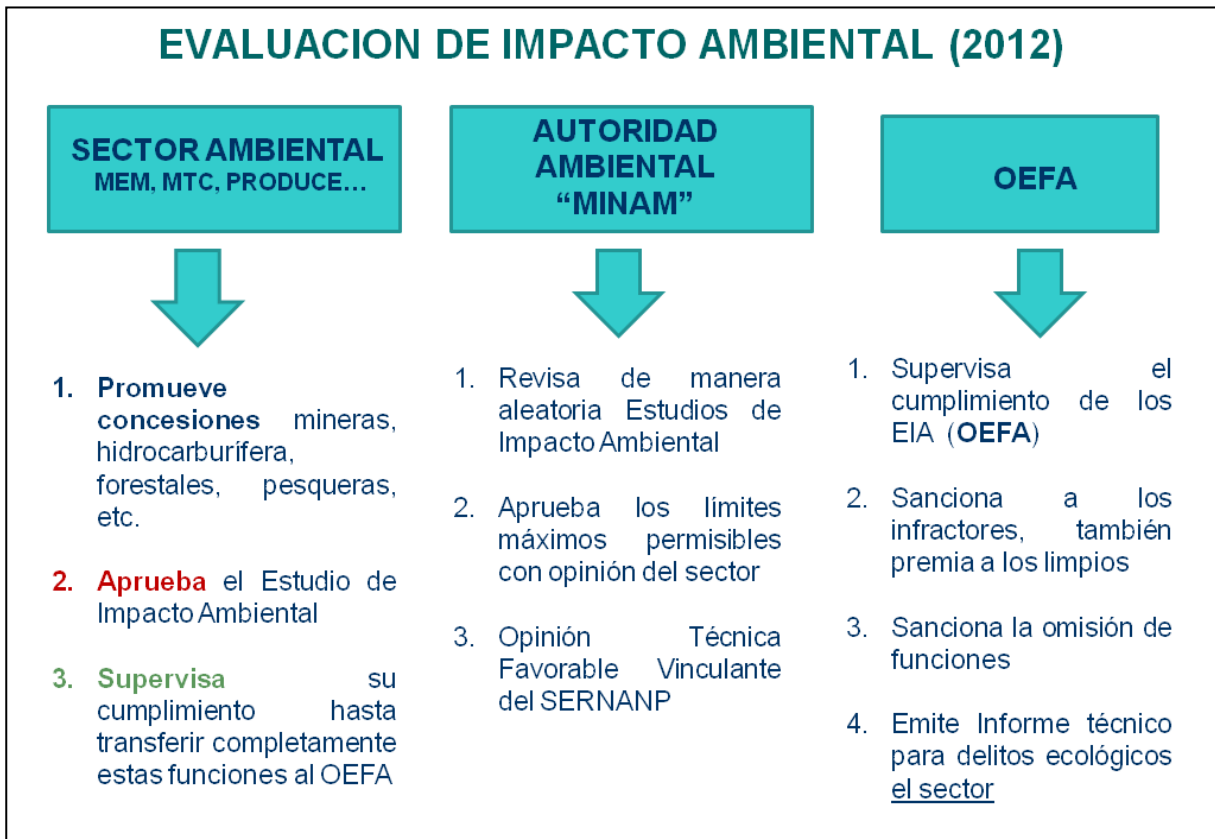
La institucionalidad ambiental nace irónicamente en un momento poco feliz para la economía del país, y con un Estado Empresario en la banca rota, y agobiado por una hiperinflación, a principios de los 90 del siglo pasado, con la aprobación del Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales, que pronto sedería terreno con la promulgación de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada en 1991, que buscaba desesperadamente atraer inversiones al país, y para ello garantizaba que la misma autoridad que promovía la concesión, sea quien aprobara el Estudio de Impacto Ambiental, que el mismo concesionario encargaba a una consultora que el mismo

pagaba, y todo quedaba literalmente en familia, pues los estándares ambientales de entonces era tan bajos que un EIA o PAMA aprobado no garantizaba el derecho a un ambiente sano y equilibrado aunque sí evitaba que se abrieran procesos penales por contaminación ambiental.



Fuente: MINAM (2010)

EVALUACION DE IMPACTO AMBIENTAL (2012)



Elaboración propia 2012

Con el devenir del primer quinquenio de los 90, los defectos del sistema de gestión ambiental, se hicieron evidentes, especialmente por el centralismo del gobierno, que hacía un vía crucis la aprobación de instrumentos de gestión ambiental, y que alentaba la informalidad, de la mano con una incapacidad del Estado de realizar una auténtica fiscalización ambiental. Ni siquiera la creación del Consejo Nacional del Medio Ambiente (1994) ni el Osinerg (1997) contuvieron el desastre en la gestión ambiental que se estaba empezando a generar a partir de la incapacidad de la burocracia estatal, y la irresponsabilidad de un sector del empresariado vinculado a las actividades extractivas y aprovechamiento de recursos naturales así como actividades industriales. Hacia el 2007, los conflictos socio ambientales generados por la minería, obligaron al gobierno de turno a transferir la facultad de fiscalización y sanción en la minería del Ministerio de Energía y Minas, al OSINERG, que paso a llamarse OSINERGMIN. Lamentablemente, ello no solucionaba los problemas estructurales de la gestión ambiental, y en el marco de los compromisos asumidos en el Proyecto Camisea, y la implementación del Tratado de Libre Comercio con EE.UU, al fin llegaron cambios más importantes aunque parciales todavía.

Así, mediante Decreto Legislativo N° 1013, se creó el Ministerio del Ambiente, aunque con escasas prerrogativas, su solo nombre inspiraba esperanza, en un país donde el tema ambiental había sido la última rueda del coche del desarrollo económico. Empero, la citada norma también es partida de nacimiento de la Autoridad Nacional del Agua (ANA), el SERNANP, y el limitado Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Se dijo mucho sobre las bondades de la nueva institucionalidad ambiental, el caso es que con ella vigente, no se han podido enfrentar siquiera los más importantes conflictos socio ambientales de la historia reciente de nuestro país, allí tenemos el Proyecto Camisea, Proyecto Tía María, Proyecto de Irrigación Majes Siguan, Proyecto de Hidroeléctrica de Inambari, y el Proyecto Minero Conga que tienen en común los siguientes aspectos:

- a) La autoridad sectorial de promover el proyecto de inversión esté implicada a la vez en la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental (EIA), y se permita que terceros vinculados a la empresa realicen el EIA.
- b) Escasa participación ciudadana y transparencia en el proyecto de inversión, así como limitado acceso a los estudios de impacto ambiental, usualmente solo al resumen ejecutivo, y al cumplimiento de las formalidades de enviar ejemplares a determinadas autoridades nacionales, regionales y locales, más no a población en general u organizaciones no gubernamentales.
- c) Ausencia de valoración económica ambiental y social en los estudios de impacto ambiental, lo que generó conflictos sociales no sólo con poblaciones locales sino con organizaciones no gubernamentales dedicadas a la conservación de espacios protegidos.
- d) En los casos que se implementó la participación ciudadana, esta fue una mera formalidad, y se procuró realizar en comunidades a favor del proyecto, lo que generó reacciones violentas de la población local en contra del proyecto, y la suspensión de audiencias públicas.
- e) En los casos en que se debió implementar la consulta previa a las poblaciones indígenas este derecho no fue respetado, y no se efectivizó, allí tenemos el caso del Proyecto Camisea.

- f) En todos se exigió que las autoridades ambientales incrementaran su presencia en la fiscalización ambiental cuya ausencia había generado en los últimos veinte años un aumento de pasivos ambientales, especialmente mineros.
- g) La constitución de mesas de diálogo o de trabajo para tratar de solucionar la ausencia de información completa, y la desconfianza que genera que sea la misma autoridad ambiental, la que promueve la concesión, y aprueba el EIA, ha generado un quiebre del sistema de gestión ambiental, al renunciar en la práctica el sector llamado a evaluar el EIA y delegar en una entidad de reconocida solvencia y trayectoria, la revisión y evaluación del instrumento de gestión ambiental, y esto era logrado mediante un acuerdo con la empresa involucrada, convenios de cooperación internacional (Proyecto Tía María) o la aceptación de un arbitraje de peritos internacionales (Proyecto Conga). De esta manera, se intentaba superar el inconveniente de la desconfianza que tenía el sector ambiental al vincularse a la promoción de la actividad económica que también iba certificar ambientalmente.

El problema de la falta de objetividad e independencia de las autoridades ambientales sectoriales y la propia autoridad nacional ambiental se debe fundamentalmente que la burocracia estatal está ligada fuertemente a la coyuntura política y económica del gobierno de turno, lo que sesga dramáticamente los aspectos técnicos de un análisis que no se basa en dichas consideraciones sino en la viabilidad ambiental y social de un proyecto, independientemente si ello es políticamente conveniente o no para la administración de turno. Así, las cosas el maquillaje realizado a la institucionalidad ambiental al crear el Ministerio del Ambiente, sin facultad para aprobar EIAs o revisar y anular los mismos en caso detectarse irregularidades, y además sin competencias sobre patrimonio forestal e hídrico, ha hecho del MINAM un verdadero convidado de piedra. Tampoco es una solución que el OEFA y el SERNANP sean organismos públicos adscritos al MINAM, y por lo tanto subordinados al mismo.

Pensemos que tipo de independencia y objetividad puede tener el Ministerio del Ambiente, o el Ministerio de Energía, con relación a la revisión de estudios de impacto ambiental, si un enfrentamiento sobre aspectos técnicos en proyectos de interés del gobierno de turno, le han costado el puesto a más de un ministro, uno de los más celebres lo pudimos observar en diciembre del 2011, en que se relevó de sus cargos a dos ministros, por sus diferencias sobre la viabilidad ambiental del Proyecto Minero Conga. Sumemos a ello que el puesto de Jefe del SERNANP, y Presidente del OEFA, lo decide el Ministro del Ambiente, en coordinación con la Presidencia del Consejo de Ministros, no ha sido casualidad, que con nuevo ministro varios jefes del SERNANP hayan sido relevados de sus cargos, lo que implicaba cambios en las direcciones de línea también. Lo mismo paso con el OEFA, que en setiembre del 2011, quedo descabezado luego que el Consejo Directivo del mismo, quiso hacer cambios institucionales drásticos, lo cual fue muy sencillo para el MINAM y a la PCM, que cesaron al Presidente del OEFA, y al consejero representante del MINAM. Así, las cosas, la institucionalidad ambiental está fuertemente politizada, y carece de independencia necesaria para hacer pesar las razones técnicas y jurídicas sobre las políticas y económicas.

Nuestra posición depende de una votación calificada en el Congreso de la República, y de una inevitable reforma constitucional con el objeto de crear órganos constitucionales autónomos, que garanticen la objetividad e independencia en la gestión ambiental, impidiendo que la coyuntura política, y el gobierno de turno, decida sobre la viabilidad de proyectos de inversión teniendo en cuenta los intereses de grupos políticos o económicos, y

no razones de índole técnico ambiental y social. Si a ello se suma que en estos organismos se garantice la meritocracia en la burocracia estatal que la conforman, pues la institucionalidad ambiental se verá fortalecida enormemente, y funcionara con similar éxito con el que lo hace la Contraloría General de la República, o la Defensoría del Pueblo, que si bien no son la perfección, cuentan con un relativo reconocimiento, eficiencia y legitimidad social, mayor sin duda que el que se concede a un organismo público o a un ministerio. La institucionalidad ambiental se basaría en cuatro instituciones ambientales con la calidad de órganos constitucionales autónomos:

- a) **El Servicio Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.-** Un organismo constitucional autónomo cuyo titular sea elegido por el Congreso de la República, y cuyo periodo dure cinco (05), y cuya principal función sea la revisión, evaluación y aprobación de los estudios de impacto ambiental de todos los sectores productivos, garantizándose con ello mayor objetividad e independencia técnica. Ello implicaría la fusión por absorción del Ministerio del Ambiente (MINAM), así como el de la Autoridad Nacional del Agua, que en un escenario como el descrito, podría convertirse en una dirección de línea similar transectorial que emitiría opinión en todos los proyectos de inversión que vayan afectar el recurso hídrico.
- b) **El Servicio Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.-** Un organismo constitucional autónomo en la fiscalización ambiental, permitiría superar las graves deficiencias que padece el OEFA, que estando subordinado a autoridades políticas, como el Ministro del Ambiente, o el propio Presidente de la República, no tiene la libertad para realizar una fiscalización ambiental independiente y autónoma, como aspira la población en general. De ahí, que sería sumamente importante, que se cree un órgano constitucional que tome la posta del OEFA, y cuenta con las atribuciones que se le dio al mismo, pero además potestad sancionadora sobre autoridades ambientales, incluyendo el propio MINAM, o eventualmente quien lo absorba, esto es el Servicio Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.
- c) **El Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado.-** El SERNANP mantendría sus mismas funciones, y sólo se elevaría su estatus al nivel de órgano constitucional autónomo, para efectos de garantizar mayor objetividad e independencia, y no se vuelvan a repetir circunstancias como las del Proyecto Camisea en donde se permitió la instalación de una planta de fraccionamiento en una zona de amortiguamiento de un espacio protegido a pesar de no demostrarse técnicamente que ello era la mejor opción posible como lo observo la propia Contraloría General de la República.
- d) **El Instituto Nacional de Protección y Defensa de Pueblos Indígenas.-** La institucionalidad ambiental no estaría completa, si es que no se establece un organismo autónomo constitucional que vele por asuntos vinculados a pueblos indígenas, cuya principal función se garantizar el respeto pleno de sus derechos fundamentales de los mismos, especialmente en el desarrollo de proyectos de inversión. Este órgano se hace imperativo, si tenemos en cuenta las varias veces que ha sido extinguido el INDEPA, y lo sustituiría al mismo, con mayores atribuciones y con la convicción que no va volver a ser extinguido, fusionado o desaparecido, por su nuevo estatus, y que contando con mayor la independencia y objetividad, pueda ganar rápidamente la confianza y legitimidad de los pueblos indígenas, especialmente si permite a los líderes de los mismos postularse como miembros de un consejo

consultivo, direcciones de línea, técnicos, o incluso la propia jefatura del organismo en su oportunidad.

Una de las claves para superar los conflictos socioambientales es la implementación de un efectivo y temprano proceso de participación ciudadana con las poblaciones locales, y lo propio respecto a la consulta previa de poblaciones indígenas. Existe un consenso creciente de que mientras se aplique en forma más temprana ambos mecanismos, se establecerán mejores relaciones de confianza y buena fe que permita desarrollar acuerdos legítimos y duraderos que permitan el desarrollo sostenible de la actividad extractiva.⁵⁶⁰ Empero, la falta de procesos formales de facilitación, negociación y resolución de conflictos⁵⁶¹ usando mecanismos independientes a nivel de gobierno y de la empresa es un problema que se debe resolver para llegar al escenario deseado, e impedir que se repitan las experiencias nefastas como los acuerdos de “tómalo o déjalo” que se produjeron en el ámbito de las comunidades del Proyecto Camisea.⁵⁶²

La distribución y manejo de beneficios (regalías, canon y contribuciones sociales) es otro de los puntos más sensibles pues las comunidades afectadas no ven reflejadas muchas veces en sus vidas los beneficios de las actividades extractivas. Las causas de ello pasan por la ausencia de transparencia en la rendición de cuentas, fallas en las instituciones públicas encargadas de ejecutar los recursos económicos derivados de la actividad extractiva, el divorcio entre el destino de los recursos y las necesidades de la población afectada, y sobre todo la falta de participación de la población local en la decisión final del destino de estos recursos. Todo ello eleva la percepción de las personas sobre la idea de que los verdaderos beneficiarios están lejos de la zona de explotación de hidrocarburos.⁵⁶³ Ya el Plan de Acción de Durban (2003), señalaba que se debe tener cada vez más presente la participación de las comunidades indígenas y la necesidad de distribuir los beneficios del área natural protegida entre la población local. La idea central de esta demanda social es que los costos y beneficios de mantener las áreas naturales protegidas se repartan equitativamente entre la sociedad en general y no solo ser asumida por la población local.

La superación de estas deficiencias también implica la construcción de un sistema de certificación ambiental independiente, consultoras encargadas de elaborar los estudios ambientales independientes (no remuneradas por la empresa interesada), monitoreo independiente (mejor aún conformada por miembros de las comunidades afectadas y financiada por un fondo fiduciario) y una supervisión efectiva de la actividad extractiva. También se debe validar entre los actores una metodología de valoración económica ambiental⁵⁶⁴ de los impactos socio ambientales generados a la población afectada, seguros ambientales⁵⁶⁵, límites máximos permisibles de ANPs⁵⁶⁶ y desde luego estándares de desempeño ambiental de las empresas de hidrocarburos en ecosistemas frágiles.

⁵⁶⁰ Cfr, Arensberg, Walter y otros. *Ibidem*. p. 7.

⁵⁶¹ Cfr, Colchester, Marcus/ Mackay, Fergus. *Forjando un espacio de negociación, pueblos indígenas, representación colectiva y el derecho al consentimiento libre, previo e informado*. Forest People Programme. Oaxaca. 2004.

⁵⁶² Cfr, Informe Defensorial N° 103. *El Proyecto Camisea y sus efectos en los derechos de las personas*. Lima- Perú. 2006; Morales Córdova, Miriam. *Presupuestos para una adecuada resolución de conflictos minero ambientales*. En *Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Industria Extractiva: Minería*. N° 59 Año XX. Asesorandina S.A. Lima- Perú. 2005.

⁵⁶³ Cfr, Arensberg, Walter y otros. *Ibidem*. p. 7.

⁵⁶⁴ Cfr, Galarza Contreras, Elsa. *La economía de los recursos naturales*. Universidad del Pacífico. Lima- Perú. 2004.

⁵⁶⁵ Cfr, Zubiri de Salinas, Mercedes. *El Seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Thonson Aranzadi. Navarra. 2005.

⁵⁶⁶ Cfr, Zubiri de Salinas, Mercedes. *El Seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Thonson Aranzadi. Navarra. 2005.

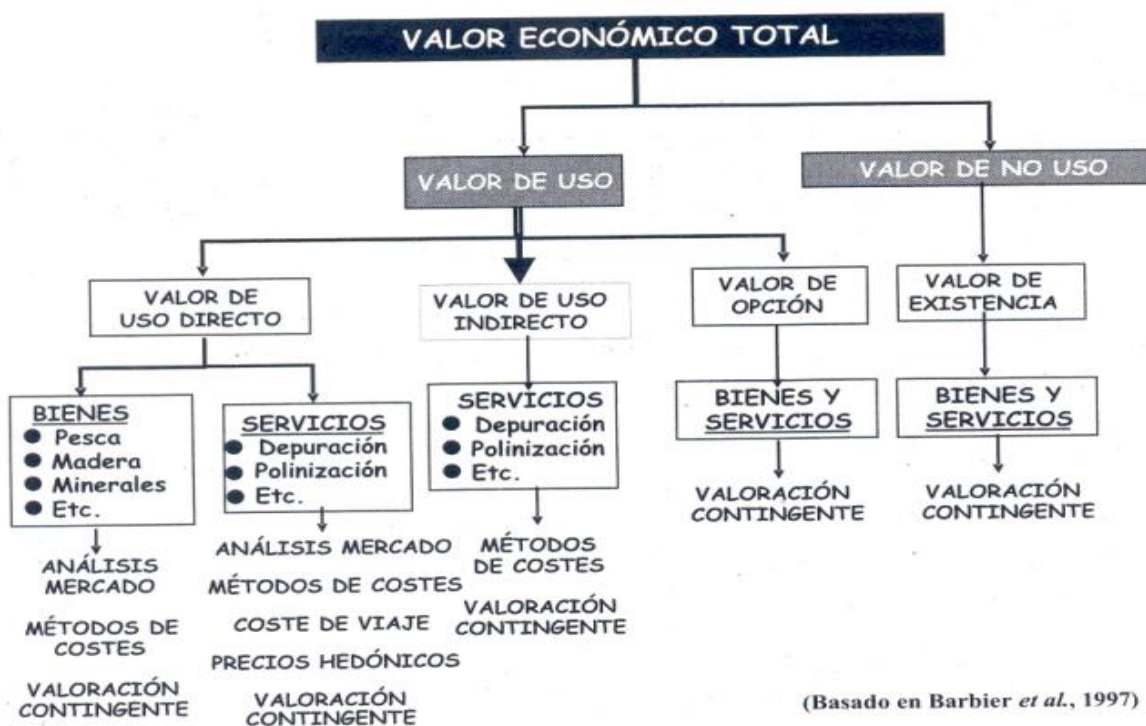


Figura 1.- Métodos de valoración propuestos desde la Economía Ambiental

La ausencia de valoración económica ambiental se debe fundamentalmente porque ningún sector se ha dado el trabajo de aprobar una metodología de valoración económica ambiental, y menos exigir dicho componente en los estudios de impacto ambiental, y la compensación económica que contemplan los instrumentos de gestión ambiental sólo tienen en cuenta el valor de uso de los recursos naturales, dejando en el limbo valores de no uso, como el valor del legado o el valor de existencia de los recursos naturales, que están más asociados a la función y valor social para las poblaciones locales de estos recursos sea por la forma como se asocia a sus valores culturales, más que el tema de servicios ambientales en estricto. La metodología para realizar valoración económica ambiental no será objeto del presente trabajo de investigación pero vale la pena señalar que existen varios métodos tales como la valoración contingente, métodos de costes, precios hedónicos, etc.

El Reglamento de Calificación de Empresas Petroleras, Decreto Supremo N° 030-2004-EM, modificado por el Decreto Supremo N° 001-2012-EM, establece que toda empresa para iniciar negociaciones con PERUPETRO debe estar debidamente calificada previamente por esta entidad, sin ello genere derecho alguno sobre el área del contrato.⁵⁶⁷ La responsabilidad ambiental de la sociedad matriz esta claramente definida al establecerse que la calificación de empresas petroleras extranjeras, será otorgada a su casa matriz o corporación, quien responderá solidariamente en todo momento por la capacidad legal, técnica, económica y financiera de la sucursal o de la sociedad que pueda establecer o constituir y registrar en el Perú.⁵⁶⁸ Ello quiere decir que teóricamente,

⁵⁶⁷ Artículo 2 del Decreto Supremo N° 030-2004-EM

⁵⁶⁸ Artículo 3 del Decreto Supremo N° 030-2004-EM y Artículo 15 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

si se cumplen las normas, no podría en el sector de hidrocarburos haber un caso similar a DOE RUN pues su matriz debería responder por sus deudas y pasivos ambientales, lo cual es un alivio. Asimismo, sería conveniente que en la calificación de potenciales empresas petroleras interesadas por explorar o explotar hidrocarburos en espacios protegidos en los cuales es posible compatibilizar esta actividad, se requiera no solo de la calificación técnica de PERUPETRO⁵⁶⁹ sino también de la opinión favorable del SERNANP que seguramente se asegurará que la empresa postora cuente con al menos 10 años de experiencia en ecosistemas frágiles o espacios protegidos.

Decisivo para implementar estas propuestas será el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en los proyectos energéticos que financie en los cuales deberá exigir que el Estado Peruano vele por estándares de desempeño socio ambiental aceptable así como implemente en los casos que corresponda el Derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, y derechos conexos.⁵⁷⁰ El control posterior que podría realizar el “Mecanismo de Investigación Independiente del BID” sería fundamental con mayor autonomía técnica administrativa y un rol de supervisión de los impactos socio ambientales más protagónico como lo reclaman las organizaciones ambientalistas e indígenas en el marco de las propuestas y condiciones mínimas para redefinir y mejorar este organismo del BID.

Nuestro país, si aspira un desarrollo de las actividades de hidrocarburos sostenible y responsable, debe constituir entidades de supervisión fuertes y con recursos suficientes para realizar evaluaciones de impactos ambientales y socio-culturales, promover el cumplimiento de altos estándares ambientales en los EIA y EIS, implementación de mecanismos de financiación para la conservación con recursos del CANON y aportes voluntarios de las empresas, pólizas de seguros ambientales, bonos de ejecución, fondos fiduciarios de mitigación (caso de la Reserva Nacional de Paracas), incentivos tributarios para la conservación, etc.⁵⁷¹

Se dice que para superar el mito del “mendigo sentado en un banco de oro”,⁵⁷² frase de Antonio Raimondi, debemos invertir los recursos derivados de las actividades extractivas en educación y tecnología escapando así de la “paradoja de la abundancia” en la que hemos caído en los últimos dos siglos.⁵⁷³ En ese orden, de ideas se requiere invertir más recursos provenientes del canon de nuestros recursos naturales en las universidades,⁵⁷⁴ colegios públicos y proyectos alternativos de desarrollo,⁵⁷⁵ y sobre todo en investigación científica de temas de interés nacional así como vinculados a los recursos que albergan nuestros espacios protegidos y biodiversidad en general como viene ocurriendo en países como Venezuela y Colombia. Adicionalmente, la compensación in natura de espacios degradados por la actividad extractiva es otra necesidad que a la luz del principio de responsabilidad ambiental debe implementarse, y permitir recuperar paisajes depredados

⁵⁶⁹ Artículo 9 del Decreto Supremo N° 030-2004-EM

⁵⁷⁰ Cfr, Forest Peoples Programme / Mackay Fergus El derecho de los pueblos indígenas al consentimiento libre, previo e informado y la revisión de las industrias extractivas del Banco Mundial. 2004.

⁵⁷¹ Rosenfeld, Amy y otros. El desarrollo petrolero en los trópicos, minimizando los impactos negativos ambientales y sociales. Vol. 2. Conservación Internacional.1996; Cfr, Carhuatocto Sandoval, Henry. Pasivos ambientales en hidrocarburos: el que contamina paga. En: Revista Jus Legislación Número 11/2006. Grijley. Lima- Perú. 2007.

⁵⁷² Cfr, Castro de la Mata, Gonzalo. Un mendigo sentado en un banco de oro. PROFONANPE- WWF. Lima- Perú. 2005; Barrantes Cáceres, Roxana. La economía de los recursos naturales: escasez, agotamiento, regalía, explotación y otros conceptos sujetos a evaluación moral (o redistribución estatal). En: Themis 56. Derecho Ambiental. Lima- Perú. 2008.

⁵⁷³ Cfr, Schuldt, Jurgén. ¿Somos pobres por que somos ricos?. Fondo Editorial del Congreso del Perú. 2005.

⁵⁷⁴ Cfr, Ismodes, Eduardo. Países sin futuro ¿Qué puede hacer la universidad?.Fondo Editorial PUCP. Lima- Perú. 2006.

⁵⁷⁵ Cfr, Schuldt, Jurgén. Bonanza macroeconómica y malestar microeconómico. Universidad del Pacífico. Lima-Perú. 2005; Banco Mundial. Perú, la oportunidad de un país diferente. Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento / Banco Mundial. Lima- Perú.2006.

sustituyéndolos por espacios ecológicos de similares características y biodiversidad, en los cuales incluso se pueda recuperar la fauna y flora puesta en riesgo debido a la actividad contaminante del agente. También resultaría compatible que las empresas mineras e hidrocarburíferas apoyen la consolidación de estrategias de conservación locales o regionales tales como los sistemas de conservación regional⁵⁷⁶ de los ámbitos en que operan o que contribuyan al establecimiento de áreas naturales protegidas que puedan compensar ambientalmente, una potencial degradación de los espacios naturales en que operan.

La creación de la Defensoría para el Proyecto Camisea, nos dejó una lección: un organismo con independencia, y autonomía es sumamente importante para la solución de conflictos socio ambientales en el inicio de un proyecto de inversión, durante el desarrollo del mismo, y hasta su cierre. Advertimos que si bien la experiencia de la mencionada Defensoría resulta buena, sería interesante que dichas funciones de mediación y arbitraje para prevenir conflictos socio ambientales en un proyecto, sean una tarea que asuma la Defensoría del Pueblo, a través su adjuntía de Medio Ambiente y Pueblos Indígenas, a fin de evitar interferencias del sector productivo involucrado, y contar esta vez no con una autonomía contractual de la Defensoría de Camisea, sino la autonomía constitucional que la caracteriza, que le permite tener la libertad de acción para tomar decisiones sostenibles en el tiempo en beneficios de los actores sociales involucrados.

Finalmente, advertir que el Proyecto de Ley N° 1461/2012-PE, de fecha 27 de agosto del 2012, que propone la creación del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles – SENACE, no es la solución a nuestro colapsado Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, al que solo pone paños húmedos, pues está destinado a tener las mismas taras institucionales que la mayoría de organismos técnicos especializados adscritos al Ministerio del Ambiente, esto es carecer de independencia y objetividad, especialmente porque su Consejo Directivo, estará altamente politizado al estar integrado por Ministros, y porque su principal hándicap es que se pueden excluir la revisión y evaluación de estudios de impacto ambiental, a propuesta de un sector interesado, lo que en la práctica implica continuar el mismo status quo vigente. Nuestra recomendación a la Presidencia de la República tenga la valentía y grandeza de proponer la creación de Órganos Constitucionales que ofrezcan independencia y objetividad necesaria para proteger espacios protegidos, pueblos indígenas y el ambiente.

⁵⁷⁶Cfr, Solano, Pedro y Monteferri, Bruno. Áreas de Conservación Regionales y Áreas de Conservación Municipales. Propuestas para su consolidación. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Lima- Perú. 2009.

CONCLUSIONES

1. Con relación al Capítulo I, establece los aspectos metodológicos de la tesis, que apunta a determinar cuáles son los factores de carácter normativo que determinan el probable no resguardo de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento de la Amazonia Peruana en las actividades económicas de hidrocarburos.
2. Con relación al Capítulo II, se hace un análisis del derecho a la consulta previa y otros derechos indígenas asociados al mismo, revisando para ello la normatividad internacional y nacional, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, hasta llegar al estado actual de desarrollo de dicho derecho, y mostrar las deficiencias en su implementación.
3. Con relación al Capítulo III, aborda la normatividad de concesiones en el sector de energía y minas, esto es en las actividades de hidrocarburos, minería y electricidad, para efectos de articularlas con el ejercicio de los derechos indígenas, y se concluye que en los mismos no se viene respetando los derechos indígenas como más adelante desarrollaremos.
4. Con relación al Capítulo IV, en el mismo se desarrolla el estado actual del derecho a la consulta previa y la propiedad comunal, en el contexto del aprovechamiento de los recursos naturales y el sistema nacional de evaluación de impacto ambiental. Advertimos en el mismo que la institucionalidad estatal en materia indígena a nivel del Estado, si bien siempre ha sido débil, en los últimos dos años ello se ha acentuado con la desaparición del INDEPA como Órgano Público mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINCU, y la extinción del Grupo Técnico de Coordinación Interinstitucional Camisea (GTCl CAMISEA), mediante Decreto Supremo N° 071-2009-EM. En ese estado de cosas, no sorprende porque está siendo tan difícil implementar por un lado el derecho a la consulta previa, y por otro, proteger a las poblaciones indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial. La asunción del Viceministerio de Interculturalidad del MINCU de las funciones del INDEPA, y aún mantener una unidad ejecutora que se llame INDEPA, no hace más que crear una duplicidad de funciones y debilitar aún más la institucionalidad indígena. Ciertamente, un Viceministerio es siempre un espacio político con escasa independencia, en tanto, un Órgano Público, es un ente técnico con mayor autonomía, de ahí que no auguramos que el Viceministerio de Interculturalidad no tenga las garantías suficientes para implementar políticas indígenas idóneas para proteger a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario.
5. Con relación al Capítulo V, analiza las inconstitucionalidades de las que está preñada la normatividad sobre consulta previa vigente, especialmente teniendo en cuenta que sin

una autoridad estatal indígena fuerte y autónoma, la legislación sobre protección de pueblos indígenas ha naufragado entre la desidia burocrática de los sectores responsables y la ausencia de voluntad política de los gobiernos de turno, así no sorprende que el régimen multisectorial ni el comité de gestión de protección de PIAV, ni el documentos de planificación para la protección de estas poblaciones se hallan elaborado, actualizado o puesto en vigencia la escasas normas al respecto. Todo ello se traduce en el incumplimiento del Ministerio de Cultura a la Primera Disposición Complementaria y Transitoria del Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, esto es que adecuen a la citada norma, y a la Ley N° 28736, las siguientes reservas territoriales existentes: a) La Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, creada por Decreto Supremo N° 028-2003-AG; b) La Reserva Territorial del Estado a favor pueblos indígenas en aislamiento ubicados en el departamento de Madre de Dios, creada por Resolución Ministerial N° 427-2002-AG; c) La Reserva Territorial "Mashco-Piro", creada por Resolución Directoral Regional N° 190-97-CTARU/DRA; d) La Reserva Territorial a favor del Grupo Étnico Murunahua, creada por Resolución de la Dirección Regional Agraria N° 189-97-CTARU; e) La Reserva Territorial a favor del Grupo Étnico Ishconahua, creada por Resolución Directoral Regional N° 201-98-CTARU/DRA-OAJ-T. Asimismo, tampoco ha dado cumplimiento a la Segunda Disposición Complementaria y Transitoria del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, esto es que remita a la Presidencia del Consejo de Ministros un anteproyecto de ley que establezca las infracciones a la Ley N° 28736 y del Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, así como el procedimiento administrativo sancionador a aplicarse.

6. La Ley de Consulta Previa, recorta gravemente derechos de los pueblos indígenas como el derecho a la libre autodeterminación cuando se puede imponer una decisión estatal que afecta población indígena, corroe la institucionalidad indígena al no concebir una entidad independiente y objetiva que garantice sus derechos indígenas, o el mejoramiento de la existente (INDEPA), y desconoce abiertamente el propio Convenio 169 de la OIT cuando impide la adecuación de las medidas administrativas y legislativas que no fueron consultadas desde que se encontraba vigente dicho tratado, esto es desde el 02 de febrero de 1995, sin embargo, existe la esperanza que estas deficiencias puedan ser corregidas mediante mecanismos de garantía constitucional como acciones de cumplimiento, inconstitucionalidad, populares, y de amparo según sea el caso.
7. Se encuentra pendiente para la implementación adecuada del Derecho de Consulta Previa, la restitución del INDEPA como Organismo Público Técnico Especializado adscrito a la Presidencia de Consejo de Ministros conforme su Ley de creación, al haberse eliminado el mismo mediante normas inconsultas que por ello resulta inconstitucionales. Adicionalmente, la Ley de Consulta Previa debe ser corregida en el aspecto del responsable de la conducción del procedimiento de consulta previa que de ninguna manera puede ser la propia entidad proponente interesada, sino el Organismo Técnico Especializado, y en su ausencia, la Defensoría del Pueblo, podría realizar supletoriamente un rol de garante de los derechos colectivos de nuestros pueblos indígenas.
8. Para una mayor protección se debe promover normas que regulen la prohibición del desplazamiento de poblaciones indígenas, y la necesidad de regular el consentimiento

de la población indígena para supuestos específicos conforme los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el artículo 10º de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derecho de los Pueblos Indígenas, que supera en protección al artículo 16º del Convenio 169 de la OIT, cuando señala que los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios, y que no se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

9. Es imperativo promover una regulación específica sobre el derecho a la consulta previa y su relación a la autodeterminación de los pueblos indígenas, en cuanto, las autonomías que ha consagradas en la Constitución Política, artículo 89º, y lo dispuesto por la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 4º, según el cual “los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas”, y ello implica que se destine una partida del presupuesto nacional a las comunidades o pueblos indígenas, a fin de que puedan ejercer sus funciones constitucionales como la jurisdicción indígena o su autogobierno mediante sus instituciones tradicionales o propias.

10. Con relación al Capítulo VI, analiza las inconstitucionalidades de la normatividad de pueblos indígenas en aislamiento en los proyectos de hidrocarburos, y advierte que el Ministerio de Cultura debió abstenerse de emitir opinión técnica favorable sobre el Estudio de Impacto Ambiental para la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la locación de San Martín Este del Lote 88 hasta que no se restituya el estatus legal de Organismo Público al Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano (INDEPA) puesto que la norma, Decreto Supremo N° 001-2010-MC, que fusiona por absorción al INDEPA en el Ministerio de Cultura resulta inconstitucional al no haber sido objeto del derecho a la consulta previa no obstante afectar directamente a los pueblos indígenas del Perú, en estricto cumplimiento del numeral 1 del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, y vulnerarse por tanto el Derecho a la Identidad Étnica y Cultural previsto en el numeral 19 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Este problema se constata administrativamente cuando se observa la duplicidad de funciones existentes entre el Viceministerio de Interculturalidad y el INDEPA, conforme lo sostiene el Informe N° 053-2011-INDEPA/J-OAJ del INDEPA.

Ya parece una historia sin fin, volver a repetir, lo que cae por su propio peso, la inconstitucional del inciso c) del artículo 5º de la Ley N° 28736, Ley para la protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento Voluntario y en Situación de Contacto Inicial, y el artículo 35º del Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, aprobado por el Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES, en razón a que desconocen la intangibilidad de una reserva territorial indígena anulando la protección al derecho a un ambiente sano y equilibrado, la integridad biológica y cultural, la vida, la salud, integridad cultural, la dignidad, el derecho al territorio, a la propiedad, y a la posesión ancestral de pueblos indígenas en aislamiento voluntario como los que habitan en la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti, y otros, con lo cual contravienen los numerales 1, 16, 19, y 22 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú. En ese sentido, estas normas al ser inconstitucionales

deben ser inaplicadas en el presente caso, y con ello permitir el respeto absoluto de la intangibilidad de las reservas territoriales indígenas, y prohibirse toda actividad extractivas de terceros en estos territorios.

- 11.** Con relación al Capítulo VI, se construye en el mismo una institucionalidad objetiva e independiente garante de derechos constitucionales ambientales e indígenas. Advertimos que la estructura vigente del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental viene amenazando de manera cierta e inminente los derechos fundamentales de las poblaciones indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial pues el artículo 18.1 de la Ley N° 27446 y artículo 9 del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM así como el artículo 7° de la Ley N° 27446 resultan incompatibles con el artículo 2.22 de la Constitución, por dificultar el efectivo cumplimiento de la obligación del Estado de proteger el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado, al establecerse en las mismas que sea la propia autoridad que promueve y aprueba una concesión de hidrocarburos, esto es el Ministerio de Energía y Minas (MINEM), sea el que evalúa y aprueba el Estudio de Impacto Ambiental, y ello no garantiza el derecho constitucional antes mencionado, especialmente porque adicionalmente se permite que exista una relación de subordinación entre la empresa interesada y la consultora que elabora el Estudio de Impacto Ambiental.
- 12.** La Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, viene siendo amenazada por los actos administrativos derivados de la evaluación del Estudio de Impacto Ambiental para la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la locación de San Martín Este del Lote 88, que de ser aprobado, autorizaría que se realicen actividades de exploración de hidrocarburos que afectan la intangibilidad de la reserva, poniendo en grave riesgo la vida, la salud, la integridad física y cultural, y ambiente de poblaciones indígenas aisladas. Asimismo, sea constatado la renuencia del MEM de implementar la consulta previa favor de Comunidad Nativa de Segakiato, Cashiari y otras poblaciones indígenas afectadas por la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la locación de San Martín Este del Lote 88, dejando el camino expedito para eventualmente exigir vía una acción de amparo o una acción de cumplimiento el respeto del derecho constitucional colectivo vulnerado, cuyo resultado podría retrotraer el procedimiento de evaluación de impacto ambiental hasta el momento en que se produjo el vicio antes mencionado.
- 13.** Se ha determinado que el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, se encuentra colapsado, y desacreditado a nivel nacional e internacional, como lo demuestra un caso emblemático como el Proyecto Camisea y recientemente el Proyecto Minero de Conga, y reclama un cambio institucional urgente, con el objeto de obtener la institucionalidad ambiental que tanto reclama la sociedad, y se convierta en un verdadero custodio del derecho a un ambiente sano y equilibrado, y la participación ciudadana. En ese sentido, se requiere constituir un órgano constitucional autónomo, o en el peor de los supuestos un organismo público, que se encargue de evaluar los estudios de impacto ambiental, y de aprobarlos, garantizando en el proceso la independencia de las consultoras ambientales respecto al titular del proyecto, neutralidad y autonomía al momento de evaluar el estudio de impacto ambiental, implementación de una auténtica participación ciudadana, transparencia y acceso a información pública ambiental, términos de referencias para estudios de impacto ambiental serios, valoración económica ambiental, nos enrumbara compensaciones justas, y respeto a los derechos constitucionales de las poblaciones locales afectadas

por el proyecto. La postergación de una decisión como la propuesta sólo generara aumento de conflictos socioambientales, y a un nuevo peritaje ambiental realizado por un organismo internacional, o peor aún expertos internacionales, no siempre de reconocida solvencia moral y técnica.

RECOMENDACIONES

1. AL MINISTERIO DE CULTURA (MINCU).- Las reservas indígenas para los pueblos indígenas en situación de aislamiento o de contacto inicial son intangibles. En ellas: a) No podrán establecerse asentamientos poblacionales distintos a los de los pueblos indígenas que habitan en su interior; b) Se prohíbe la realización de cualquier actividad distinta a la de los usos y costumbres ancestrales de los habitantes indígenas; c) No se otorgarán derechos que impliquen el aprovechamiento de recursos naturales.⁵⁷⁷ Asimismo, considerando que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado⁵⁷⁸ recomendamos que el MINCU:

-Inicie las acciones administrativas y legales que correspondan a fin de que se excluyan todos los territorios en que se ubican las reservas territoriales para pueblos indígenas en aislamiento voluntario de actividades extractivas, concesiones u otras formas de aprovechamiento a fin de dar cumplimiento al artículo 5º de la Ley N° 28736.

-Inicie las acciones administrativas y legales que correspondan a fin de que se excluyan todos los territorios en que se ubican propuestas de reservas territoriales para pueblos indígenas en aislamiento voluntario de actividades extractivas, concesiones u otras formas de aprovechamiento en cumplimiento estricta aplicación del principio de prevención y precautorio aplicables a estos casos contenidos en la Ley General del Ambiente, Ley General de Salud, y normatividad especial del sector salud.

-Inicie las acciones administrativas y legales que correspondan a fin de que se excluyan todos los territorios en que se ubican propuestas de reservas territoriales para pueblos indígenas en aislamiento voluntario de actividades extractivas, concesiones u otras formas de aprovechamiento en cumplimiento estricta aplicación del principio de prevención y precautorio aplicables a estos casos contenidos en la Ley General del Ambiente, Ley General de Salud, y normatividad especial del sector salud.

-Se implemente mecanismos de protección eficaces para proteger a estos pueblos indígenas, lo que implica puestos de control en lugares estratégicos de ingreso a las reservas territoriales indígenas, resolver los expedientes en trámite sobre propuestas de reservas territoriales indígena así como categorizarlas, excluir estos territorios de todo tipo de concesiones, aprobación de normas que sancionen a

⁵⁷⁷ Artículo 5º de la Ley N° 28736

⁵⁷⁸ Artículo 1 del Constitución Política del Perú

aquellos que tomen contacto de manera dolosa con estos pueblos indígenas, aprobación de planes de protección por cada reserva, campañas de sensibilización sobre estos temas a las poblaciones locales involucradas, entre otros.

-Con relación al Estudio de Impacto Ambiental para la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la locación de San Martín Este del Lote 88, reiteramos que considerando la condición de intangibilidad de la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti, y otros, recomendamos que realice las gestiones que corresponda a fin de que se excluya a los territorios de dicha reserva de cualquier actividad de exploración o explotación de actividades de hidrocarburos, teniendo en cuenta su carácter intangible, y la extrema vulnerabilidad biológica de los pueblos indígenas que la habitan. Lamentablemente, esta recomendación que se le hizo llegar al MINCU oportunamente ha sido desatendida, al dar su opinión favorable, a través del Viceministerio de Interculturalidad, al citado EIA mediante Resolución Ministerial N° 041-2012-MC, no publicada en el Diario Oficial El Peruano; el Oficio N° 073-2012-DGIDP/MI/MC, y el Oficio 202-2012-INDEPA/J sin excluir la citada reserva de la zona la ampliación del Programa de exploración de hidrocarburos antes citado.

-Para que todo ello sea posible, resulta fundamental fortalecer la institucionalidad del Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano-INDEPA, y respetar la vigencia de la Ley N° 28495, que crea el citado instituto, y además se permita la participación activa de representantes de pueblos indígenas en los órganos directivos del mencionado ente en cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 1.b del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT.

-Finalmente, recomendamos el cumplimiento a los numerales a), c) y f) del artículo 4 así como el artículo 5° de la Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, emitiendo normatividad sectorial, actos administrativos u opiniones técnicas correspondientes, que tengo por objeto la exclusión de las reservas territoriales indígenas de todos los ámbitos de concesión especialmente las de los sectores de energía y minas, agricultura, y forestal, en mérito de la protección que merecen nuestros pueblos indígenas en aislamiento voluntario.

2. AL MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS (MINEM).- El Estado debe garantizar “los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, asumiendo las siguientes obligaciones para con ellos: a) Proteger su vida y su salud desarrollando prioritariamente acciones y políticas preventivas, dada su posible vulnerabilidad frente a las enfermedades transmisibles; b) Respetar su decisión en torno a la forma y el proceso de su relación con el resto de la sociedad nacional y con el Estado; c) Reconocer su derecho a poseer las tierras que ocupan, restringiendo el ingreso de foráneos a las mismas; c) Establecer reservas indígenas.⁵⁷⁹ En ese sentido, recomendamos que el MINEM considerando la condición de intangibilidad de la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti, y otros, realice las gestiones que corresponda a fin de que se excluya a los territorios de dicha reserva de cualquier actividad de exploración o explotación de actividades de hidrocarburos, teniendo en cuenta la extrema vulnerabilidad biológica de los pueblos indígenas que la habitan. Lamentablemente, esta recomendación

⁵⁷⁹ Artículo 4° de la Ley N° 28736

que se le hizo llegar oportunamente al MINEM ha sido desatendida pues el 13 de abril del 2012, mediante Resolución Directoral N° 102-2012-MEM/AEE de la Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos, se aprueba el EIA para la ampliación del Programa de Exploración y desarrollo en la locación San Martín Este del Lote 88 con opiniones favorables de la Autoridad Nacional del Agua, SERNANP, y el Viceministerio de Interculturalidad del MINCU, sin considerar la exclusión de la Reserva Territorial del Estado a favor de los grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros.

3. **AL MINISTERIO DEL AMBIENTE (MINAM)**.- Se recomienda que el MINAM implemente acciones correctivas para efectos de dar cumplimiento a la adecuación al Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, cuyo plazo venció el 25 de marzo del 2010, sin que ningún sector se haya adecuado en mayo del 2012, y debe hacer efectivo el apercibimiento de iniciar acciones de control y penales contra los funcionarios responsables de tamaña negligencia en atención al artículo 80° del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, y al amparo del numeral c) del artículo 17° de la Ley 27446.

Se recomienda que el MINAM apruebe los términos de referencia para realizar valoración económica ambiental en los instrumentos de gestión ambiental de los diversos sectores productivos, y establecer la metodología que se acogería para dicho propósito, y en tanto, no se apruebe las referidas normas técnicas atienda las solicitudes de administrados sobre valoración económica ambiental a través de la Dirección General de Evaluación, Valoración y Financiamiento del Patrimonio Natural, al amparo del inciso g) del artículo 38° del ROF del MINAM, aprobado por el Decreto Supremo N° 007-2008-MINAM.

Se recomienda que el MINAM apruebe una norma que obligue al titular del proyecto de inversión a pagar una tasa (cuyo costo dependerá de la magnitud del proyecto) a efectos de que con la misma el MINAM contrate a la consultora que elaborara el Estudio de Impacto Ambiental respectivo, la que se elegirá por sorteo se elija entre las consultoras registradas, y que las mismas rindan cuentas al MINAM, no al titular del proyecto, quien solamente coordinara con la consultora. Recordemos que el numeral 4 del artículo 10.4 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental señala que el Ministerio del Ambiente tendrá la facultad de fiscalizar y sancionar las irregularidades y faltas que comentan las consultoras, mediante amonestación, multa suspensión o cancelación.

Se recomienda que el MINAM modifique los plazos, establecidos por la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental para la realización de la audiencia pública, realizada como parte de la revisión del estudio de impacto ambiental detallado, pues resulta muy apresurado que faltando cinco (5) días para que termine el periodo formal de consulta ciudadana, se realice la audiencia pública, debería ser no menos de 15 días antes, para tener tiempo de absolver dudas, y recibir las últimas observaciones, así como explicar cómo se están levantando las mismas. El proceso de participación ciudadana debe ser flexible y durar todo lo que haga falta, en busca de la transparencia, participación, y consenso con la población local.

Se recomienda el MINAM promueva la modificación del artículo 20 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental a fin de que los gastos que

implica la probanza de la denuncia sean solventados por los propios agentes económicos involucrados en la actividad fiscalizada para lo cual por ejemplo se puede implementar una tasa de fiscalización ambiental anual entre todos los titulares de proyectos de inversión o crearse un fideicomiso por proyecto que tenga por objeto el financiamiento de la etapa probatoria de las denuncias efectuadas por contaminación ambiental como garantía del principio de prevención, y cumplimiento del principio de internalización de costos.

4. **AL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL (OEFA).**- Se recomienda realice mayores labores de supervisión y fiscalización ambiental, lo que implica dotarse de la infraestructura, personal y logística suficiente para cumplir su labor a cabalidad. Asimismo, se sugiere en tanto no cuente con potestad sancionadora sobre entidades públicas con competencias ambientales coordine estrechamente con la Contraloría General de la República, para que esta dentro del ámbito de su competencia, inicie el procedimiento correspondiente contra el funcionario presuntamente responsable de una conducta funcional. Asimismo, se sugiere que el OEFA proponga al MINAM, un ante proyecto de ley que lo transforme en órgano constitucional autónomo, y con ello obtenga la independencia, y autonomía que requieren para realizar sus labores de fiscalización ambiental de manera eficiente, y solvente.

5. **AL MINISTERIO DE SALUD (MINSA).**- Se recomienda que el MINSA socialice los resultados del a) Plan de Salud de la Reserva Territorial Indígena Kugapakori, Nahua, Nanti, y otros (RTKNN); b) el Plan Integral de Atenciones de Emergencia en la RTKNN; y c) el Plan de Acción Epidemiológico para la RTKNN, y otros y para el Bajo Urubamba, e intensifique sus mecanismos de control del cumplimiento de estos documentos de planificación.

6. **A LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (CGR).**- En el marco de sus facultades efectuó una acción de control preventiva en el sector de energía y minas para efectos de determinar si se respetó el derecho a la consulta previa a las comunidades indígenas afectadas en la Ampliación del Programa de Exploración y Desarrollo en la locación de San Martín Este del Lote 88 (EIA), teniendo en cuenta que ya el Tribunal Constitucional ha señalado en reciente sentencia, que el derecho a la consulta previa y el Convenio 169 de la OIT es exigible y vigente desde el 02 de febrero de 1995.⁵⁸⁰ Asimismo, en la Contraloría debería iniciar un acción de control preventivo contra el Ministerio de Cultura (MINCU) a fin de propiciar el cumplimiento de la Primera ni la Segunda Disposición Complementaria y Transitoria del Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, Decreto Supremo N° 008-2007-MIMDES. El significado y dimensiones del proyecto, justifican que inicie a la brevedad una acción de control preventivo no programada con dicho objeto.

Se recomienda que promueva acciones de control posterior a efectos de revisar el proceso de evaluación y aprobación de estudios de impacto ambiental, en los sectores que mayores conflictos socio ambientales vienen generando, e iniciar procedimientos disciplinarios contra los funcionarios públicos responsables de irregularidades, así como promover a través del Procurador del sector, acciones penales y civiles contra los responsables de dichas conductas funcionales. También la Contraloría General

⁵⁸⁰ Fundamento 7 de la STC N° 00024-2009-PI

de la República, con la Defensoría del Pueblo, deben iniciar una campaña de transparencia y acceso a información pública, promoviendo que todos los sectores con competencias ambientales cuelguen sus documentos de evaluación de impacto ambiental en sus páginas web, además de un observatorio que la propia empresa interesada debe abrir para efectos de difundir la documentación del caso, y la misma sea accesible a todos los interesados, y ciudadanos en general.

7. AL CONGRESO DE LA REPÚBLICA (CR).- El Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, se encuentra colapsado, y desacreditado a nivel nacional e internacional, se requiere de manera urgente una reestructuración del mismo, empezando por la creación de órganos constitucionales autónomos que aseguren el desarrollo sostenible del país. En ese sentido, se requiere que el Congreso de la República formule un proyecto de ley que permita reestructurar el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental en cuatro pilares institucionales, cuatro órganos constitucionales autónomos nuevos: a) el Servicio Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental; b) el Servicio Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental; c) el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado; y d) el Instituto Nacional de Protección y Defensa de Pueblos Indígenas, de esta forma se garantizaría una mayor independencia y objetividad de los organismos responsables de resguardar el ambiente, la salud y la cultura de los pueblos indígenas de nuestro país, en el marco de un proyecto de inversión.

8. A LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS.- Advertirle que el Proyecto de Ley N° 1461/2012-PE, de fecha 27 de agosto del 2012, que propone la creación del Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles – SENACE, no es la solución a nuestro colapsado Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, pues está destinado a tener las mismas taras institucionales que la mayoría de organismos técnicos especializados adscritos al Ministerio del Ambiente, esto es carecer de independencia y objetividad, especialmente porque su Consejo Directivo, estará altamente politizado por estar integrado por Ministros, y porque su principal hándicap es que se pueden excluir la revisión y evaluación de estudios de impacto ambiental, a propuesta de un sector interesado, lo que en la práctica implica continuar el mismo status quo vigente. Nuestra recomendación a la PCM es que tenga la valentía y grandeza de proponer la creación de Órganos Constitucionales que ofrezcan independencia y objetividad necesaria para proteger espacios protegidos, pueblos indígenas y el ambiente.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, VÍCTOR Y CHRISTIAN COURTIS. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2002.
- ALCALÁ-ZAMORA, NICETO. *Ensayos de derecho procesal*. Buenos Aires, Jurisprudencia, 1944.
- ANDERSON, BENEDICT. *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*. México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- ANDERSON, ELIZABETH. "Estrategias para mejorar las consultas del estado con los pueblos indígenas de la amazonia peruana", Universidad de Harvard, 2006.
- ANNINO, ANTONIO (com.). *Historia de las elecciones en Iberoamérica, siglo XIX. De la formación del espacio político nacional*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- BARRANTES CÁCERES, Roxana. *La economía de los recursos naturales: escasez, agotamiento, regalía, explotación y otros conceptos sujetos a evaluación moral (o redistribución estatal)*. En: Themis 56. Derecho Ambiental. Lima- Perú. 2008.
- BASADRE, JORGE. *La Historia de la República*. Tomo IX. Editorial Universitaria. Lima, 1983.
- BASADRE, JORGE. *LPerú: Problema y Posibilidad*. Fundación M.J. Bustamante de la Puente. Lima, 1994.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993, análisis comparado*. RAO Editores. Lima- Perú. 1999.
- BID-CED. *Fundamentos de Evaluación de Impacto Ambiental*. Chile. 2001.
- BRACKELAIRE, Vincent. "Situación de los últimos pueblos indígenas aislados en América latina (Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Venezuela)" Manuscrito.
- CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. *El aprovechamiento de recursos naturales en áreas naturales protegidas y territorios indígenas según el Tribunal Constitucional*. En: Gaceta Constitucional Tomo 15. Gaceta Jurídica. Lima- Perú. 2009.
- CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. *Implicancias del derecho a la consulta previa, en las futuras sentencias del Tribunal Constitucional*. En: Gaceta Constitucional Tomo 18. Gaceta Jurídica. Lima- Perú. 2009.
- CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. *Pasivos ambientales en hidrocarburos: el que contamina paga*. En: Revista Jus Legislación Número 11/2006. Grijley. Lima-Perú. 2007.
- CASTRO DE LA MATA, Gonzalo. *Un mendigo sentado en un banco de oro*. PROFONANPE- WWF. Lima- Perú. 2005.
- CASTRO, Augusto. *El desafío de las diferencias, reflexiones sobre el Estado moderno en el Perú*. CEP-IBC. LIMA- PERÚ. 2008.
- COLCHESTER, Marcus y MACKAY, Fergus. *Forjando un espacio de negociación, pueblos indígenas, representación colectiva y el derecho al consentimiento libre, previo e informado*. Forest People Programme. Oaxaca. 2004.
- COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe No. 40/04, Caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, 12 de octubre de 2004, párr. 197 – Recomendación 2.
- COMISIÓN NACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE – CONAMA. *Manual de Evaluación de Impacto Ambiental: Conceptos y Antecedentes Básicos*. Chile, enero de 1994.
- CONTRERAS, Carlos y CUETO, Marcos. *Historia del Perú Contemporáneo*. Instituto de Estudios Peruanos. Lima, 2007

- COTLER, Julio. *Clases, estado y nación en el Perú*. Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1978.
- CUEVA, NEPTALÍ. “La vulnerabilidad de los indígenas en aislamiento”, en Asunta Santillán *et al.* (eds.) *Hacia una reglamentación de la ley n° 28736 régimen especial transectorial de protección a favor de pueblos indígenas en aislamiento y en contacto Inicial*. Lima, Derecho, Ambiente y Recursos Naturales, 2007.
- DAS, VEENA. “La subalternidad como perspectiva”, en Rossana Barragán y Silvia Rivera (com.), *Debates Post coloniales: una introducción a los estudios de la subalternidad*. La Paz, Editorial Historias, 1997.
- DE BERNARDIS, MARCELO. *La garantía procesal del debido proceso*. Lima, Editorial Cuzco, 1995.
- DE LA PUENTE, LORENZO. *Legislación Ambiental en la Minería Peruana*. Lima, IDEM, 2005.
- DE SOTO, HERNANDO. *El misterio del capital. Por qué el capitalismo triunfa en occidente y fracasa en el resto del mundo*. Lima, Editorial El Comercio, 2000.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO. *La idea de derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992.
- DÉMELAS-BOHY, MARIE-DANIELLE. *La invención política. Bolivia, Ecuador y Perú en el siglo XIX*. Lima, Instituto Francés de Estudios Andinos / Instituto de Estudios Peruanos, 2003.
- DONNELLY, JACK. *Derechos humanos universales: en teoría y en la práctica*. México, Gernika, 1994.
- DUCHACEK, IVO. *Nations and men, an introducing to international politics*. Illinois, Dryden Press, 1975.
- ESCOBAR ROZAS, FREDDY. “El derecho subjetivo”, en *Revista Ius et Veritas* (Lima), año IX, n° 16 (2000).
- ESPARZA LEIBAR, IÑAKI. *El principio del debido proceso*. Barcelona, Bosch, 1995.
- ESPINOSA, JUAN. *Diccionario republicano*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú / University of The South-Sewance, [1853] 2001.
- FARRELL, MARTÍN D. “¿Hay derechos comunitarios?”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (Alicante), n° 17-18 (1995).
- FERNÁNDEZ, CARLOS. *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*. Lima, Universidad de Lima, 1990.
- FERNÁNDEZ, EUSEBIO. “El problema del fundamento de los derechos humanos”, en Walter Gutiérrez y Carlos Mesía (comp.), *Instrumentos internacionales y teoría de los derechos humanos*. Lima, Edición Oficial del Ministerio de Justicia, 1995.
- FUKUYAMA, FRANCIS. “¿El fin de la historia?”, en *Revista Clave* (Madrid), n° 1 (1990).
- GARCÍA MONTUFAR, GUILLERMO. “La globalización y los sujetos de normas internacionales”, en *Actualidad Jurídica* (Lima), n° 92 (jul. 2001).
- GAMBOA, CÉSAR. “¿Excepciones al modelo electoral gaditano?: las elecciones directas en el Perú del siglo XIX”, en *Revista Elecciones* de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (Lima), n° 2 (dic. 2003).
- _____. “Los filtros electorales decimonónicos: órganos electorales y procedimiento electoral”, en Cristóbal Aljovín (ed.), *Historia de las elecciones en el Perú, estudios sobre el gobierno representativo*. Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2005.
- _____. “Los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas en la Comunidad Andina (CAN)”, en autores varios, *Aportes andinos sobre derechos humanos*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Agencia Suiza para la Cooperación y el Desarrollo – COSUDE / Unión Europea / Ediciones Abya Yala, 2005.
- _____. “El carácter político de los derechos colectivos”, en *Revista Cátedra, Universidad Nacional Mayor de San Marcos* (Lima), n° 10 (dic. 2003).

- _____. *Reservas territoriales del estado a favor de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial*, Lima, Derecho, Ambiente y Recursos Naturales DAR, 2006.
- GARGARELLA, ROBERTO. *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona, Paidós, 1999.
- _____. *Los fundamentos legales de la desigualdad: el Constitucionalismo en América, 1776-1860*. Madrid, Siglo XXI de España, 2005.
- GALARZA CONTRERAS, Elsa. *La economía de los recursos naturales*. Universidad del Pacífico. Lima- Perú. 2004.
- GARCÍA MONTUFAR, Guillermo. *Derecho de Minería* (Curso Universitario) Primera Parte. Lima, Facultad de Derecho de la UNMSM, 1965. p.115
- GTZ. *Lineamientos Generales para la Gestión de las Aéreas de Conservación Municipal*. GTZ, PEAM, EPS-Moyobamba Municipalidad Provincial de Moyobamba. Lima-Perú .Junio. 2006.
- GONZÁLEZ, JOSÉ A. “La reforma constitucional en materia indígena”, en *Cuestiones Constitucionales* (México), n° 7 (jul.-dic. 2002).
- GRÜNER, EDUARDO. “Introducción. El retorno de la teoría crítica de la cultura: una introducción alegórica a Jameson y Zizek”, en Slavoj Zizek y Fredric Jameson, *Estudios culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*. Barcelona, Paidós, [1993] 1998.
- HARO, RICARDO. “Tendencias contemporáneas en el derecho constitucional”, en *Revista Jurídica del Perú* (Lima), año LI, n° 24 (jul. 2001).
- HOYOS, ARTURO. *El debido proceso*. Bogotá, Temis, 1998.
- ISMODES, Eduardo. *Países sin futuro ¿Qué puede hacer la universidad?*Fondo Editorial PUCP. Lima- Perú. 2006.
- ITURRALDE, DIEGO A. “Entre la ley y la costumbre veinte años después: evaluar las normas y sistematizar las prácticas”, en Laura Giraudo (ed.), *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales CEPC, 2008.
- JAMESON, FREDRIC. “Sobre los estudios culturales”, en Slavoj Zizek y Fredric Jameson, *Estudios culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*. Barcelona, Paidós, [1993] 1998.
- KYMLICKA, WILL. *Liberalism, community and culture*. Oxford, Clarendon Press, 1989.
- _____. *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona, Paidós, 1995.
- _____. “Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal”, en *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política* (1996).
- _____. “The sources of nationalism: commentary to Taylor”, en Robert Kim y Jeff McMahan (com), *The morality of nationalism*. Oxford, Oxford University Press, 1997.
- KREIMER, OSVALDO. “Una lectura a través del proyecto de declaración americano sobre los derechos de los pueblos indígenas”, en Magdalena Gómez (com.), *Derecho indígena*. México, Instituto Nacional Indigenista, 1997.
- LANEGRA QUISPE, Ivan. *El (Ausente) Estado Ambiental. Realidades*. Lima – Perú. 2008.
- LAFER, CELSO. *La reconstrucción de los derechos humanos, un dialogo con el pensamiento de Hannah Arendt*. México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- LAPORTA, FRANCISCO J. “Comunitarismo y nacionalismo”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (Alicante), 17-18, 1995.

- LARREA, JUAN. *Derecho constitucional ecuatoriano*, vol. I, 6ª ed. Guayaquil, Corporaciones de Estudios y Publicaciones, 2000.
- MACKAY, FERGUS. *Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional*. Lima, Asociación Pro Derechos Humanos, 1999.
- MARIÁTEGUI, José Carlos. *7 ensayos de la realidad nacional*. El Comercio. 1928. Lima- Perú.
- MORALES CÓRDOVA, Miriam. *Presupuestos para una adecuada resolución de conflictos minero ambientales*. En Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Industria Extractiva: Minería. N° 59 Año XX. Asesorandina S.A. Lima- Perú. 2005.
- MADIOT, YVES. *Droits de l'homme et libertés publiques*. Paris, Masson, 1976.
- MARIÑO, FERNANDO. *Derecho internacional público*. Madrid, Trotta, 1995.
- _____. "Desarrollos recientes en la protección internacional de los derechos de las minorías y de sus miembros", en Luis Prieto Sanchís (com.), *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos*. Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996.
- MASSINI, CARLOS. *Filosofía del derecho, el derecho y los derechos humanos*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.
- MATO, DANIEL (com.). *Estudios Latinoamericanos sobre la cultura y transformaciones sociales en tiempos de globalización*. Buenos Aires, CLACSO, 2001.
- MERLE, MARCEL. *Sociología de las relaciones internacionales*. Madrid, Alianza Editorial, 1978.
- NINO, CARLOS S. "Kant versus Hegel, otra vez", en *La Política: Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad* (Barcelona), n° 1 (1996).
- OLIVÉ, LEÓN. *Multiculturalismo y pluralismo*. México, Paidós, 1999.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO E. *Delimitación conceptual de los derechos humanos en los derechos humanos. Significación, status jurídico y sistema*. Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979.
- _____. *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 1999.
- Patrón Alvarez, Patricia. ¿Energía o REDD? Primero EAE Evaluación Ambiental Estratégica en el Perú: próximos pasos. DAR. Lima-Perú. 2011.
- PIZZOLO, CALOGERO. *Globalización e integración*. Buenos Aires, Ediar, 2002.
- PRIETO, LUIS. "Igualdad y minorías", en Luis Prieto Sanchís (com.), *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos*. Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996.
- PUCP. *Lecciones aprendidas sobre la Defensoría para el Proyecto Camisea. Centro de Análisis y Resolución de Conflictos*. Lima- Perú. 2010.
- QUIJANO, ANÍBAL. "Colonialidad del poder, cultura y conocimiento en América Latina", en Santiago Castro Gómez, Oscar Guardiola Rivera y Carmen Millán De Benavides (eds.), *Pensar [en] los intersticios: teoría y práctica de la crítica poscolonial*. Bogotá, CEJA, 1999.
- KAPSOLI, WILFRED Y REATEGUI, WILSON. *El campesino peruano 1919 – 1930*. Editorial UNMSM. LIMA PERÚ. 1987.
- RAWLS, JOHN. *Teoría de la justicia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- _____. *Liberalismo político*. México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- REMIRO, ANTONIO ET AL. *Derecho internacional*. Madrid, Mac Graw-Hill, 1997.
- REY MARTÍNEZ, FERNANDO. "La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo. La impronta calvinista del constitucionalismo norteamericano", en *Revista Jurídica del Perú* (Lima), año LI, n° 22 (may. 2001).
- RIVERA CUSICANQUI, SILVIA. "Pachakuti: los horizontes históricos del colonialismo interno", en Xavier Albó y Raúl Barrios (com). *Violencias encubiertas en Bolivia*, t. I. La Paz, CIPCA-Aruwiyiri, 1993.

- RUGGIERO ROMANO Y ALBERTO TENENTI. *Fundamentos del Mundo Moderno*. México, Siglo XXI, 1971.
- ROSANVALLON, PIERRE. *La consagración del ciudadano. Historia del sufragio universal en Francia*. México, Instituto Mora, [1992] 1999.
- ROSPIGLIOSI, FERNANDO. *El arte del engaño*. Lima, Tarea, 2000.
- _____. *Montesinos y la fuerzas armadas*. Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2000.
- RUBERT, XAVIER. *De la identidad a la independencia. La nueva transición*. Barcelona, Anagrama, 1999.
- RUBIO, MARCIAL. *Estudio de la Constitución Política de 1993*, t. I. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.
- Ruiz Molleda, Juan Carlos; Roel Alva, Luis. Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia. Instituto de Defensa Legal. Lima Perú. 2011
- RUIZ RODRÍGUEZ, SEGUNDO. *La teoría del derecho de autodeterminación de los pueblos*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- SALDAÑA, JAVIER. “Críticas en torno del derecho subjetivo como concepto de los derechos humanos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (México), nº 86 (may.-ago. 1996).
- SANDERS, KAREN. *Nación y tradición: cinco discursos en torno a la nación peruana, 1885-1930*. Lima, Fondo de Cultura Económica / Instituto Riva Agüero, 1997.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*. Nota intr. y rev. trad. Carlos Lema. Madrid, Trotta, 2009.
- SARTORI, GIOVANNI. *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid, Taurus, 2001.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de regulación y emancipación*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia / ILSA, 1998.
- STAVENHAGEN, RODOLFO. *Adenda al Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, Adición Misión a Guatemala Doc. E/CN.4/2003/90/Add, de 10 de febrero de 2003, presentado de conformidad con la Resolución 2001/57 de la Comisión Derechos humanos de Naciones Unidas, 59º período de sesiones.
- SCHMITT, CARL. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 1982.
- SMITH, MICHEL. “Modernización, globalización y estado nación”, en *Política Internacional, Revista de la Academia Diplomática del Perú* (Lima), nº 45 (jul.-sept. 1996).
- SCHULDT, Jürgen. *¿Somos pobres porque somos ricos?* Fondo Editorial del Congreso del Perú. 2005.
- SCHULDT, Jürgen. *Bonanza macroeconómica y malestar microeconómico. Universidad del Pacífico*. Lima-Perú. 2005.
- SQUELLA, AGUSTÍN. *Estudios sobre derechos humanos*. Valparaíso, Universidad de Valparaíso, 1991.
- STAVENHAGEN, RODOLFO. “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, en autores varios, *Construir democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*. Nueva Sociedad, 1996.
- _____. “El marco internacional del derecho indígena”, en Magdalena Gómez (com.), *Derecho indígena*. México, Instituto Nacional Indigenista, 1997.
- TDA, DAR. *Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales*. Año 1 N° 1. Palestra. Lima- Perú. 2011.
- TIBÁN, LOURDES. *Derechos colectivos de los pueblos indígenas en el Ecuador: aplicabilidad, alcances y limitaciones*. Quito, INDESIC / Fundación Hans Seidel, 2001.

- TORBISCO, NEUS. *Minorías culturales y derechos colectivos: un enfoque liberal. Tesis doctoral de derecho*. Barcelona, Universidad Pompeu Frabra, 2000.
- TORRES Y TORRES LARA, CARLOS. “Los derechos fundamentales de las personas jurídicas y la constitución económica”, en *Revista del Foro* (Lima), año LXXIV, n° 1 (ene.-jun., 1987).
- TRUJILLO, JULIO CÉSAR, GRIJALVA, AGUSTÍN Y ENDARA, XIMENA. *Justicia indígena en el Ecuador*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2001.
- VAN BOVEN, THEODOOR C. (1984): “Criterios distintivos de los derechos humanos”, en Karel Vasak (ed.), *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*. Barcelona, Serbal / UNESCO.
- VASAK, KAREL. “Los derechos humanos como realidad legal”, en Karel Vasak (ed.), *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*. Barcelona, Serbal / Unesco, 1984.
- VÁSQUEZ, Enrique y otros. *Los desafíos de la lucha contra la pobreza extrema en el Perú*. Universidad del Pacífico. Lima- Perú. 2004.
- VILLARÁN, MANUEL VICENTE. “Costumbres electorales”, en *Páginas escogidas*. Lima, P.L. Villanueva.
- VILLORO, LUIS. *Estado plural, pluralidad de culturas*. México, Paidós, 1999.
- VINDING, DIANA. *El mundo indígena 2004*. Copenhague, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas-IWGIA, 2004.
- WAGNER, ALLAN. “Una conceptualización de las relaciones políticas externas de la Comunidad Andina. Guía de discusión”, en autores varios, *Hacia una política exterior común de la Comunidad Andina*. Bogotá, CEJA, 1999.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Ponencia: *Tomando en Serio y Superando el Derecho de Consulta Previa: El Consentimiento y la participación –Apropósito de la integración de la Declaración y el Convenio 169 OIT por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Saramaka vs. Surinam-*. Presentada en el Curso sobre “Consulta Previa”. V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Bogotá Octubre 2008.
- ZIZEK, SLAVOJ. “Multiculturalismo, o la lógica cultural del capitalismo multinacional”, en Slavoj Zizek y Fredric Jameson, *Estudios culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*. Barcelona, Paidós, 1998.
- ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes. *El Seguro de responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Thonson Aranzadi. Navarra. 2005.

FUENTES ELECTRÓNICAS

- ANDINA. *Reportan muerte de persona que contactó a nativos aislados en el Manu*. En: <http://www.andina.com.pe/Espanol/noticia-reportan-muerte-persona-contacto-a-nativos-aislados-el-manu-387885.aspx>, consultado el 23.11.2011.
- BENAVIDES, Roque. Reabre polémica sobre consulta previa. En: *Diario 16 del 14.09.11*. Ver: <http://www.diario16.com.pe/noticia/9394-roque-benavides-reabre-polaemica-sobre-consulta-previa>
- INFORME N° 011-2009-DP/AMASPPI.PPI. p. 16-17. *Informe sobre los decretos legislativos vinculados a los pueblos indígenas de la Comisión multipartidaria Encargada de Estudiar y Proponer Soluciones a la Problemática Indígena*. En: http://www.rightsandresources.org/documents/files/doc_956.pdf
- PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. *Sobre los sucesos de Bagua La Comisión Especial para investigar y analizar los sucesos de Bagua (PCM)* En: <http://www.pcm.gob.pe/Prensa/ActividadesPCM/2009/Diciembre/bagua/Informe%20Final>

%20de%20la%20Comision%20Especial%20para%20Investigar%20y%20Analizar%20los%20Sucesos%20de%20Bagua.pdf (Consultado el 01 de setiembre del 2012)

ROEL ALVA, Luis. *Decreto Supremo N° 010-2011-MINAM atenta contra el derecho al medio ambiente.* En: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=605> (Consultado el 01 de mayo del 2012).

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *Razones para declarar inconstitucional la forma de aprobación de los EIA en el Perú.* En Servindi, <http://servindi.org/actualidad/55401>, (Consultado el 01 de diciembre del 2011).