

Vulneración al derecho a la consulta previa en la amazonía peruana

LOS CASOS DE LA HIDROVÍA AMAZÓNICA Y EL LOTE 58



Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica



Plataforma Indígena Amazónica de Seguimiento a las Inversiones Chinas



VULNERACIÓN AL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN LA AMAZONÍA PERUANA.

LOS CASOS DE LA HIDROVÍA AMAZÓNICA Y EL LOTE 58

ELABORADO POR:

- Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica - COICA.
- Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana - AIDSESP
- Organización Regional de Pueblos Indígenas del Oriente - ORPIO
- Coordinadora Regional de Pueblos indígenas de San Lorenzo - CORPI-SL
- Organización Regional AIDSESP Ucayali - ORAU
- Consejo Machiguenga del Río Urubamba - COMARU
- Plataforma Indígena Amazónica de Seguimiento a las Inversiones Chinas
- Derecho, Ambiente y Recursos Naturales - DAR

EDITADO POR:

Derecho, Ambiente y Recursos Naturales
Jr. Huáscar N° 1415, Jesús María, Lima-Perú
Teléfonos: 511 - 340 3780 | 51 1 - 3403720
Correo electrónico: dar@dar.org.pe
Página web: www.dar.org.pe

DISEÑADO POR:

Nauttica Media Design S.A.C.
Calle Las Malvas 163, Dpto. 401, Salamanca, Ate, Lima - Perú
Teléfono: (511) 692-1503
Correo electrónico: info@nautticamedia.com
Página web: www.nautticamedia.com

FOTO DE PORTADA:

Ámbito de Hidrovía Amazónica. Foto: R. Mondragón/DAR
Complejo Energético del Urubamba. Foto: Ministerio de Defensa del Perú

Primera edición: Octubre 2020
Publicación: Febrero 2021
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2021-01963

Está permitida la reproducción parcial o total de este material, su tratamiento informático, su transmisión por cualquier forma o medio, sea electrónico, mecánico, por fotocopia u otros; con la necesaria indicación de la fuente cuando sea usado en publicaciones o difusión por cualquier medio.

La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de Rainforest Foundation Norway y Gordon and Betty Moore Foundation. El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva de sus autores; y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de Rainforest Foundation Norway y Gordon and Betty Moore Foundation.

ÍNDICE

- 4** Presentación.
- 6** El caso de la Hidrovía Amazónica.
- 12** El caso del Lote 58.
- 16** Protocolos de consulta previa como mecanismos para el fortalecimiento del derecho.
- 18** Solicitudes presentadas ante la CIDH.

Vulneración al derecho a la consulta previa en la amazonía peruana

LOS CASOS DE LA HIDROVÍA
AMAZÓNICA Y EL LOTE 58


Presentación

El derecho a la consulta previa en el Perú es tanto un derecho que permite que los pueblos indígenas sean consultados y dialoguen interculturalmente con el Estado sobre las decisiones administrativas y legislativas que pueden afectar su desarrollo, se encuentra respaldado por una base legal que tiene como principal fundamento la suscripción nacional y entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT. De acuerdo al Artículo 55 de la Constitución Política del Perú: «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional». En ese sentido, al ser dicho Convenio un tratado internacional de derechos humanos, y al contarse con la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0025-2005-PI/TC que reconoce el rango constitucional del Convenio 169, su cumplimiento era obligatorio desde su entrada en vigor en nuestro país, en el año 1995.

No obstante, es recién a partir de la Ley de Consulta Previa (Ley 29785, aprobada en el 2011) y su reglamento (DL 001-2012-MC, aprobado en el 2012), que se da inicio "oficialmente" a la implementación de consultas previas, con un desfase de 18 años frente a la entrada en vigor en el Perú del Convenio 169 de la OIT, periodo en el cual se aprobó una serie de medidas administrativas y legislativas que no fueron sometidas a consulta previa.

Una de las actuales debilidades de la consulta previa nace precisamente a consecuencia de ello. En el 2019, el Ministerio de Energía y Minas y el Ministerio de Cultura anunciaron una mesa técnica para definir qué sucedería con los proyectos que no pasaron por consulta previa entre 1995 y 2011, los cuales suman un total de 15 contratos de hidrocarburos firmados. Dentro de estos lotes, se encuentran los que sostienen la producción de gas natural, ubicados en la cuenca del Urubamba en el Cusco: los Lotes 88 y 56 del proyecto Camisea, y los Lotes 57 y 58, este último a cargo de la empresa china CNPC.

La propuesta de la Mesa Técnica fue homologar los procesos de participación ciudadana y hacerlos pasar como consultas, no obstante, el derecho a la participación ciudadana no es el mismo que el derecho a la consulta previa, su naturaleza y objetivo son distintos. A pesar de ello esta iniciativa sigue latente en el actual contexto de reactivación económica.



Otro de los retos que venía enfrentando este derecho es que el Reglamento de la Ley de Consulta incluía una excepcionalidad para no consultar servicios públicos (Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final). Esto aduciendo a que el beneficio o perjuicio de la medida que los aprueba no atañe exclusivamente a los pueblos indígenas, aunque la propia Ley 29785 no plantea esta excepcionalidad, es recién en el reglamento, al año siguiente de aprobada la ley, donde se incluía. Esta era una seria distorsión porque permitió que el Estado se negara inicialmente a respetar el derecho a la consulta previa en casos como la Línea de Transmisión Iquitos – Moyobamba, la Hidrovía Amazónica, entre otros, debiendo ser forzado por el Poder Judicial a implementarlo. Recientemente, el Poder Judicial ha emitido la sentencia A.P. N° 29126-2018, con fecha 13 de enero de 2021, por la que declara la expulsión del ordenamiento jurídico de las medidas que generaban esta excepcionalidad. Esta demanda fue interpuesta por la organización indígena Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) y el Instituto de Defensa Legal del Ambiente y Desarrollo Sostenible (IDLADS), con el apoyo de Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR). Luego de 5 años de proceso se ha logrado, por la vía judicial, fortalecer el derecho a la consulta previa.

No obstante, los desafíos de la consulta previa persisten. En este contexto, que se repite en diversos países de Latinoamérica, más de 40 organizaciones de la Región, entre ellas las organizaciones indígenas COICA y AIDSESP, Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR) y la Fundación para el Debido Proceso (DPLF) presentaron ante la CIDH diversos casos de vulneración a este derecho en la audiencia pública "El derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas", realizada el 9 de octubre de 2020.

El presente documento sintetiza la información y solicitudes presentadas desde Perú en dicha Audiencia a partir de la vulneración a este derecho en los casos del proyecto Hidrovía Amazónica y el Lote 58.



El caso de la Hidrovía Amazónica

El proyecto Hidrovía Amazónica es una iniciativa del Ministerio de Transportes y Comunicaciones - MTC que busca mejorar la navegabilidad de cuatro ríos amazónicos: Marañón, Huallaga, Ucayali y Amazonas. Estos son los principales ríos amazónicos del Perú, los que forman áreas sumamente sensibles por su alto nivel de diversidad biológica y cultural. El proyecto está a cargo del consorcio COHIDRO, formado por la empresa peruana CASA y la empresa china SYNOHIDRO, actualmente llamada Power China; y cuentan con un contrato firmado con el Estado peruano en 2017 con duración de 20 años.

Uno de los componentes de este proyecto es el dragado de sedimentos en 14 zonas a lo largo de estos ríos. Estas actividades se desarrollan en un área habitada por 14 pueblos indígenas y más de 400 comunidades nativas. La realización del dragado implica intervenir los llamados "malos pasos", formaciones de acumulación de sedimentos en el fondo del río, para aumentar su profundidad y ancho.

Este proyecto genera diversas preocupaciones relacionadas a sus componentes. En el caso del dragado este podría afectar el equilibrio de los ecosistemas acuáticos y el comportamiento complejo de los ríos amazónicos. Así, perjudicaría la seguridad alimentaria de la población, afectando a más de 60 mil personas

de comunidades de la selva peruana que viven en el ámbito de estos ríos. Otros componentes, como el retiro de las quirumas o troncos encallados en el río, pueden generar la afectación a los modos de vida, cosmovisión de los pueblos indígenas y su relación con los medios acuáticos, al tener estos un valor espiritual. Asimismo, siendo este proyecto el primero de su tipo en realizarse en la amazonía peruana, es importante que el Gobierno genere normativa específica sobre hidrovías y transporte fluvial que permita dar garantías para el respeto de derechos, así como la posterior fiscalización del mismo, lo cual hasta la fecha no se ha realizado.



■ Foto: R. Mondragón/DAR

Sobre el derecho a la consulta previa en el proyecto Hidrovía Amazónica

En el 2015, como consecuencia de una resolución del Poder Judicial¹, el Ministerio de Transportes se vio obligado a realizar un proceso de consulta que, según ordena la Ley 29785 y su reglamento, se implementó en un proceso de cuatro meses. Luego de ese tiempo, las 424 comunidades nativas y las tres Organizaciones Regionales que las representan llegaron en conjunto con el Estado a 96 acuerdos que estuvieron divididos en tres partes: acuerdos generales, acuerdos para el contrato del proyecto, y acuerdos para los Términos de Referencia (TDR) del Estudio de Impacto Ambiental que se elaboraría años después. Durante el desarrollo de la consulta se identificaron varias observaciones

a la naturaleza del proyecto, como al propio proceso de consulta previa.

En primer lugar, el proceso fue llevado a cabo sobre información general en relación al proyecto y su diseño. Es decir, la información que se compartió estaba vinculada al Estudio de Factibilidad elaborado en 2008 y aprobado en 2012, donde se describen los componentes que son parte de la Hidrovía, explicando en qué consisten, como el dragado, el retiro de quirumas, la instalación de estaciones limnimétricas, entre otros. Esto hizo evidente que el Estado no cuenta con información técnica que permita tener una línea de base o punto de partida sobre lo que existe en el área de influencia del proyecto,

1. <https://www.servindi.org/actualidad/116292>

para que con ello se pueda analizar lo que el proyecto cambiaría o alteraría. Aquí se repitió un vacío más en la implementación de la consulta, y es que se desarrolla sobre medidas administrativas de bajo contenido o importancia sobre las implicancias del proyecto.



Foto: R. Mondragón/DAR ■

A pesar de ello, los pueblos indígenas lograron acordar con el Estado una serie de condiciones técnicas, de información, de desarrollo normativo, y salvaguardas sociales y ambientales. Entre ellas, el primer acuerdo señala que de identificarse nuevos impactos que no fueron parte de la consulta de 2015, se debe volver a desarrollar una consulta previa. Esto para efectos prácticos, supone la consulta de la medida que aprueba el Estudio de Impacto Ambiental, algo que no ha sucedido en el Perú hasta el día de hoy. Entre los demás acuerdos se exige que se cuente con estudios científicos detallados para la ubicación de las zonas de dragado, las quirumas que se retirarían, las características de la migración de las diferentes especies de peces, entre otros. Además, se

acordó incorporar los saberes de los pueblos indígenas y a sus sabios en la elaboración del EIA, y caracterizarlos para poder tener claridad sobre su relación con el río y el bosque. Así también, se acordó la elaboración de una serie de instrumentos legales que el Estado debió elaborar antes de concluir con el EIA.

Entre el 2018 y 2019 la empresa concesionaria elaboró el EIA, y este tuvo más de 400 observaciones de parte de una serie de instituciones del Estado²³. Y para diciembre de 2019, la misma empresa presentó una solicitud para desestimar la evaluación de su EIA que ya había iniciado meses atrás. Esta solicitud fue aprobada por el SENACE en enero de 2020⁴. Con ello, el proceso de certificación ambiental se encuentra detenido. El principal argumento de la empresa para solicitarlo fue que con el plazo restante no podía resolver las observaciones presentadas a su EIA. Principalmente, señalaba que no podía cumplir con incorporar la información de los estudios ecotoxicológicos que analizan zonas con pasivos ambientales o con potenciales altas concentraciones de sustancias tóxicas. Esto fue un acuerdo de la consulta previa del 2015, que señala que de encontrarse una alta concentración de estas sustancias, tal como lo hizo el EIA, se debe proceder a un estudio ecotoxicológico para analizarlas, que estaría a cargo del Estado peruano. Esto se incumplió, ya que al momento en que se presentó el EIA, el estudio ni siquiera se había iniciado, es recién en el mes de marzo de 2020, después de que se desistiera del proceso de evaluación del EIA, que el Estado peruano inició con los estudios ecotoxicológicos.

Estos procesos administrativos no condicionan el cumplimiento de los acuerdos del acta de consulta previa. Por el contrario, la debilidad del EIA y los hallazgos sobre impactos

2. <https://eva.senace.gob.pe:8443/AppIntegracionCMIS/rest/WebServiceECM/DownloadByGet?docId=a9aaee44-5045-4023-a1d5-70348dc7a404&z=>

3. <https://diariocorreo.pe/economia/eia-de-hidrovia-amazonica-recibio-400-observaciones-919398/>

4. <https://larepublica.pe/economia/2020/01/18/hidrovia-amazonica-senace-acepta-desistimiento-de-consorcio-para-continuar-con-eia/>

potenciales confirman la necesidad de someter a consulta previa dicho instrumento. Algo que ya el SENACE ha rechazado. Los criterios esgrimidos para esta negativa van en contra de los estándares de los instrumentos internacionales suscritos por el Estado peruano, garantes del derecho a la consulta.

Han pasado más de 5 años desde que concluyó la consulta previa del proyecto Hidrovía Amazónica, y aún hay acuerdos incumplidos referidos a los compromisos del Estado, como el desarrollo de normativa para el transporte fluvial, los proyectos comprometidos en el marco de la Comisión Multisectorial de la Hidrovía (también acuerdo de consulta previa), entre otros. La calidad del cumplimiento de los acuerdos que estuvieron dirigidos al contenido de los TDR del EIA fueron cuestionados por los pueblos indígenas, y reafirmados por las observaciones del propio Estado. El seguimiento al cumplimiento y la calidad con que se evalúan siguen siendo una vulneración a los estándares de la normativa peruana e internacional suscrita por nuestras autoridades.

Si bien el proyecto se encuentra paralizado, como señalamos anteriormente, el derecho a la consulta genera acuerdos de obligatorio cumplimiento. Varios de los acuerdos están condicionados al desarrollo de instrumentos administrativos (contrato) y de gestión ambiental (TDR del EIA-d). Hay otro grupo que se identifican como acuerdos generales, que responden al desarrollo normativo y la implementación de medidas complementarias en relación al proyecto. El cumplimiento se evalúa en relación a las acciones realizadas para su cumplimiento, la inclusión en instrumentos de gestión, la calidad de los contenidos y que hayan sido concluidos.



■ Fotos: R. Mondragón/DAR

Es fundamental señalar, que a pesar de esta situación, el contrato de concesión sigue vigente. Si bien el proceso de certificación ambiental se detuvo, el proyecto sigue vigente y es un proyecto priorizado en las medidas de reactivación económica, lo que representa un riesgo latente, y más en este contexto de COVID-19.



En el ámbito del proyecto Hidrovía Amazónica existen 424 comunidades nativas que dependen hoy más que nunca del río para sobrevivir, dado que el acceso a agua de calidad juega un rol clave en la prevención básica frente al COVID-19, enfermedad que viene agravando el riesgo de estos pueblos ya vulnerables. Frente a esta situación, las organizaciones indígenas representativas en relación al proyecto, AIDSESP, ORPIO, CORPI y ORAU, entre otras, se han declarado en emergencia y movilización permanente⁵ dada la gravedad de la situación, por la que vienen solicitando apoyo urgente a un Estado que contradictoriamente demora en atenderlos pero avanza con la reactivación de proyectos de inversión en hidrocarburos, carreteras e hidrovías en sus territorios.

Como muestra de ello, el Estado peruano incluyó a la Hidrovía Amazónica en la primera etapa de su plan de reactivación económica, mientras a la par, se debilitaba importantes mecanismos que protegerían a los ríos y sus defensores.

Por ejemplo mediante el archivamiento de la ratificación del Acuerdo de Escazú por el Perú, tras una fuerte corriente de desinformación para desprestigiar al que se transformaría en el primer acuerdo latinoamericano en pro de la información, participación, justicia ambiental y protección de las personas defensoras del ambiente⁶.

Asimismo, el Estado peruano planteó la posibilidad de realizar consultas previas virtuales con los pueblos indígenas⁷ como un modo de “destrabar” proyectos de inversión. Ello a pesar de que no permitiría un diálogo intercultural pleno y que las grandes brechas tecnológicas que enfrentan las comunidades no permitirían que esta modalidad funcione adecuadamente, evitando el goce pleno de este derecho indígena amparado en el Convenio 169 de la OIT. Si bien el rotundo rechazo expresado por los pueblos indígenas⁸ generó que el Estado diera marcha atrás, esta posibilidad no está descartada en el marco de la reactivación económica.

5. Ver pronunciamiento de AIDSESP y sus bases regionales.

6. Ver beneficios de la ratificación del Acuerdo de Escazú, Certezas sobre el Acuerdo de Escazú, y otros materiales sobre transparencia ambiental desarrollados por DAR.

7. Declaraciones de la Ministra de Economía y Finanzas María Antonieta Alva, dadas en conferencia de prensa presidencial del 30 de junio de 2020.

8. Ver como muestra pronunciamiento de AIDSESP.



Lejos de despertar riesgos para los ríos amazónicos y sus defensores, el contexto actual debería impulsarnos a priorizar la vida y salud, con procesos de reactivación económica que no afecten derechos y un enfoque de infraestructura para la vida donde se incorporen las necesidades locales de la población, el componente socioambiental desde la planificación de los proyectos, y se aseguren los mecanismos necesarios para proteger a los defensores de los ríos y del ambiente.

La hidrovía y otros casos evidencian que el centro de atención en relación al derecho a la consulta no recae exclusivamente en la relación entre la participación y los acuerdos. La relación entre la identificación de la medida y las condiciones previas a un proceso de consulta, y la relación entre los acuerdos finales y el seguimiento - cumplimiento resultan partes fundamentales de un todo que debe ser atendido como política de Estado para fortalecer este derecho.

Fotos de pág. 10 y 11 : R. Mondragón/DAR ■

El caso del Lote 58

El Lote gasífero 58 está ubicado en la zona del Bajo Urubamba, cuenca del Urubamba, departamento de Cusco y cuenta con una extensión de 3401.34 km². En términos socioambientales el proyecto resulta complejo, ya que se superpone a los territorios del pueblo indígena Machiguenga, y limita con la Reserva Territorial Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, cuyo objetivo es la protección de pueblos en situación de aislamiento y contacto inicial.

El Lote 58 se superpone de manera específica a las comunidades nativas Tangoshiari, Kirigueti, Kochiri, Camisea, Puerto Huallana, Mayapo, Ticumpinia, Camaná, Timpía, Chirumbia, Cashiriari, Segakiato, Shivankoreni y Poyentimari; así como a zonas de amortiguamiento de la Reserva Comunal Machiguenga, considerada como un área natural protegida de uso directo⁹ y al Santuario Nacional Megantoni, Parque Nacional Otishi y Reserva Comunal Ashaninka. Estas condiciones hacen necesario que las medidas, evaluaciones y demás mecanismos de gestión socioambiental sean rigurosas y dentro de los correspondientes marcos legales.

El Lote 58 es administrado por la empresa China National Petroleum Corporation – CNPC desde el año 2014¹⁰, cuando fue comprado a la empresa brasileña Petrobras. Este proyecto no solo se encuentra en operaciones en este momento, sino que ha generado una serie de instrumentos de gestión ambiental aprobados por el Estado peruano para el desarrollo de sus actividades:

Arriba: Marco Duarte ■
Abajo: DAR



9. COICA, "Informe EPU 2018: Vulneraciones de los derechos de los pueblos indígenas en la cuenca amazónica por inversiones chinas", p. 14.

10. Actualmente, CNPC cuenta con un contrato de licencia para la explotación y exploración del Lote.

2007

Cuando Petrobras era titular del proyecto, presentó ante el MINEM el Estudio de Impacto Ambiental y Social del proyecto de prospección sísmica 2D-3D y perforación exploratoria, que fue aprobado ese mismo año.

2015

Se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del Proyecto de 782,41 Km de líneas sísmicas 2D y perforación de 12 pozos exploratorios, para la prospección de 782,41 km de líneas sísmicas 2D y la perforación de hasta 12 pozos exploratorios.

Se aprobó la modificación del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de prospección de 782,41 km de líneas sísmicas 2D y perforación de hasta 12 pozos exploratorios para la ubicación del campamento Base Urubamba – Lote 58.

2018

SENACE otorgó la certificación ambiental del Proyecto de Desarrollo del Lote 58, mediante Resolución Directoral 00041-2018-SENACE-PE/DEAR¹¹, cuyo objetivo era la explotación comercial de gas en los yacimientos Urubamba, Picha, Taini y Paratori del Lote. Contemplaba la perforación/adecuación de 10 pozos de desarrollo para la extracción de gas y condensados, la construcción y operación de líneas de flujo y facilidades de producción para la recolección, proceso, transferencia y entrega de la producción de gas natural y condensados hasta los usuarios finales. Incluye la ampliación del campamento base Urubamba y la construcción de la locación Urubamba B y planta de procesamiento de gas.

2019

CNPC Perú presentó al SENACE su Informe Técnico Sustentatorio (ITS) del proyecto de Modificación de la ubicación del Proyecto de Sísmica 2D – Lote 58.

Todos estos instrumentos de gestión ambiental con procedimientos administrativos susceptibles de consulta previa para pueblos indígenas no pasaron por dicho proceso. Este dato es fundamental, ya para el año 2019, el Perú contaba con 24 años de entrada en vigor del Convenio 169 de la OIT, y con 7 años de implementación del reglamento de la Ley de Consulta Previa.

Ante ello, la responsabilidad por no haber implementado la consulta previa recae en el MINEM, en tanto era el ente rector del sector Hidrocarburos al momento de firmar el contrato; además aprobó el primer y segundo EIA. Asimismo, SENACE tampoco ha implementado la consulta previa en el marco de los EIA, como fue el caso del último EIA presentado en 2018, pues esta institución señala que no tiene competencia para realizar la consulta previa.



11. Ver: https://www.senace.gob.pe/download/comunicaciones/eia-meia/lote58/Ayuda-Memoria_Lote58-2018.pdf

.Al respecto, la organización indígena Consejo Machiguenga del río Urubamba (COMARU), en diciembre de 2019 presentó una carta solicitando dejar sin efecto el Decreto Supremo N° 014-2005-EM, que aprobó el Contrato de Licencia para la Explotación y Exploración de Hidrocarburos en el Lote 58 y sus modificaciones, por omitir el Convenio 169 de la OIT y vulnerar el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

En esa línea, la Defensoría del Pueblo se ha pronunciado mediante su Informe N° 001-2019-DP-AMASPPI-PPI¹², señalando la responsabilidad del SENACE en cuanto a la implementación de la consulta previa para EIA, en base al artículo 9 de la Ley 29785, "que vincula directamente a todas las entidades estatales incluidos los órganos del Poder Ejecutivo; en estricta aplicación de los principios de legalidad y jerarquía normativa". Siendo así, existen una serie de argumentos a desarrollar para argumentar la pertinencia, necesidad y obligación del Estado en el reconocimiento de este derecho.



Omisión al derecho a la consulta previa en el Lote 58

Un primer conflicto de interpretación radica en que el Estado peruano transfiere los derechos adquiridos por PetroBras a CNPC, incluyendo los instrumentos de gestión ambiental (EIA) aprobados hasta ese momento (2013). Sin embargo, CNPC en 2014 - 2015 presenta un nuevo Estudio de Impacto Ambiental para la realización de actividades de exploración sísmica. Este instrumento fue aprobado sin proceso de consulta previa. El argumento esgrimido fue que el contrato ya estaba firmado, que el Lote ya existía, y que por consecuencia no era necesario un proceso de consulta, ya que los permisos ya estaban otorgados. La lógica de esto, es no entrapar la actividad económica, con "engorrosos" trámites y permisos¹³, sino facilitarla y acelerarla.

Aquí, es importante recordar el ordenamiento jurídico nacional. La Ley y su Reglamento hacen señalamiento expreso al principio

de "previa" de la consulta, y esto en la interpretación de la norma ha construido un falso consenso en el Estado de que la consulta previa en el sector Hidrocarburos solo se hace antes de firmar el contrato (se consulta la resolución que lo aprueba) o antes de elaborar un Estudio de Impacto Ambiental (se consulta la resolución que aprueba los Términos de Referencia para la elaboración del EIA).

Esa condición previa omite la posibilidad de realizar una consulta durante otras etapas del ciclo de un proyecto, etapas que indudablemente también son susceptibles de afectación a los derechos de los pueblos indígenas. Además, esta forma de entender la condición previa de la consulta limita el acceso a información sobre el proyecto consultado, y reduce la capacidad de toma de decisión y de participación efectiva. Un elemento adicional, que

12. Ver: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/08/Inf-001-2019-PPI-Consulta-previa-y-EIA-proyecto-Coroccohuayco.pdf>; también: <https://www.defensoria.gob.pe/wpcontent/uploads/2019/06/NP-164-19.pdf>

13. Para ver un ejemplo de esto, el Estado peruano, permitió que la empresa Odebrecht acceda en 2014 a una transferencia del EIA elaborado en 2008 por la empresa Kuntur y aprobado en 2011. El argumento fue que la segunda empresa abandonó el proyecto, y la primera lo adquirió sin cambiar el trazo de lo que sería el denominado Gasoducto del Sur. <https://gestion.pe/economia/mayorga-hemos-aceptado-peticion-cesion-eia-kuntur-gasoducto-sur-81617-noticia/?ref=gesr>



■ Fotos: DAR

refuerza esta posición, es que la condición previa otorga estabilidad jurídica a las empresas, de esta forma, una vez consultado un proyecto, ya no se realizan más para no generar incertidumbre en el inversionista.

Con esta perspectiva, en el Perú aún no se ha realizado una consulta sobre el contenido de un Estudio de Impacto Ambiental, a pesar de ser este el instrumento donde existe mayor claridad sobre los posibles impactos de cualquier actividad.

Así, CNPC, a pesar de realizar actividades en territorios de las comunidades, tales como desbroce de bosque o estudios para su exploración sísmica, como parte de la aprobación de un EIA, eludió la posibilidad de realizar una consulta previa¹⁴.

El proyecto ha ido avanzando en su desarrollo, y de hecho, el Lote 58 se encuentra entre los que generan mayores expectativas por sus reservas de recursos energéticos¹⁵. Sin embargo, las reiteradas solicitudes y exigencias de atención al derecho a la consulta previa llevaron a autoridades ambientales como el SERFOR a recomendar su realización¹⁶. Esto, sin embargo, no se ha realizado hasta el día de hoy. La expectativa por contar

con estos recursos para la matriz energética, refuerza el riesgo de ver a la consulta como una traba para la inversión o solo un trámite para obtener permisos de títulos habilitantes.

El caso del Lote 58 presenta el reclamo de los pueblos indígenas Machiguengas representados por COMARU ante la omisión del derecho a la consulta, y su exigencia de detener las actividades hasta que no se les consulte. Esto nos revela no solo los límites del derecho, sino sobre todo, los límites de la adecuación normativa, y la superposición de intereses particulares sobre los derechos de la población, en este caso indígena. Además, abre la necesidad de la reflexión sobre el futuro de un derecho que habiendo nacido del derecho a la autodeterminación de los pueblos, se ha venido reduciendo a un requisito más para la obtención de un permiso, o un simple trámite informativo. Hay experiencias en las que estos vacíos normativos han llevado a la creación de alternativas como los protocolos de consulta previa en Brasil. Herramientas que dan cuenta de cómo los pueblos quieren ser consultados. Esos caminos están construyéndose en la cuenca amazónica, toca ir aprendiendo de ellos.

14. <https://elcomercio.pe/economia/dia-1/china-cnpc-lote-58-problemas-noticia-606475-noticia/?ref=ecr>

15. <https://gestion.pe/economia/compania-china-confirma-reservas-lote-58-3-9-tcf-gas-natural-121574-noticia/>

16. <https://elcomercio.pe/economia/dia-1/gas-natural-minem-las-reservas-probadas-de-gas-natural-volveran-a-subir-en-los-siguientes-anos-camisea-noticia/>

Protocolos de consulta previa como mecanismos para el fortalecimiento del derecho



El debate sobre el desarrollo del derecho a la consulta, y las evidencias de su sistemática vulneración se han concentrado en los procedimientos técnicos del derecho. Así, los aportes se han enfocado en la identificación de las etapas del derecho a la consulta previa, sobre quiénes participan y cuánto dura el proceso. De esta forma, se ha posicionado un escenario entre quienes abogan por ordenar normativamente estos criterios procedimentales, y quienes promueven iniciativas autónomas propias de los pueblos indígenas para su implementación.

Actualmente existen experiencias a nivel regional, y en particular de la cuenca amazónica, de pueblos indígenas que están construyendo propuestas de protocolos de consulta previa. Estas propuestas nacen en países que, si bien han ratificado el Convenio 169, aún no tienen un desarrollo jurídico que permita tener claridad en la implementación del derecho a la consulta previa. En esa medida, los pueblos indígenas, apelando a su derecho a la autodeterminación, han construido protocolos como guías y condiciones para la implementación de la consulta previa. Esta experiencia está más desarrollada entre pueblos indígenas amazónicos del Brasil, pero viene influyendo en una serie de casos en Colombia, Ecuador y Perú. Estos protocolos, en su naturaleza, son herramientas para el fortalecimiento del derecho a la consulta.

En ese sentido, diferentes organizaciones indígenas amazónicas en el Perú vienen siendo parte de procesos de intercambio de experiencias sobre la naturaleza, elaboración y viabilidad de los protocolos de consulta previa. El acercamiento al debate sobre la existencia de protocolos en el Perú, considerando que contamos con la Ley 29785, y el Reglamento de la dicha Ley (DS 001-2012-MC), pueden enmarcarse en la siguiente dirección:

- a. Tomando en cuenta las continuas observaciones a la forma en que se implementa la consulta, es necesario reformar la Ley, pero también, reformar el Reglamento.
- b. La exigencia de los pueblos indígenas de que la evaluación como principio metodológico no corresponda solo a una etapa, sino sea un mecanismo que se realice permanentemente.
- c. La necesidad de acreditar y reconocer la participación de asesores de las organizaciones indígenas en los procesos de consulta.
- d. Las condiciones culturales, particulares de cada pueblo y que no se supera con traducción o interpretación, sino con procesos de construcción dialogada de los mecanismos y metodologías de todo el proceso y etapas de la consulta.
- e. Las condiciones de espacios, distancias y tiempos, dónde y cómo se realizan las consultas, son reiteradamente señaladas como problemas para su implementación.

Creemos que el devenir de las discusiones sobre los protocolos de consulta previa llevará a que este sea activo en nuestro país, y en la cuenca amazónica. Esto puede ir en la dirección de atender y presentar soluciones para los puntos señalados líneas arriba. Es necesario atender estas propuestas y evaluar la oportunidad de promover el reconocimiento de protocolos de consulta previa, en tanto fortalezcan el ordenamiento jurídico existente y se enmarquen en el derecho a la autodeterminación que poseen los pueblos indígenas en el marco del Convenio 169 de la OIT.

En este contexto donde los gobiernos latinoamericanos vienen promoviendo medidas de reactivación económica enfocadas en retomar y promover proyectos extractivos y de infraestructura, debemos pensar en qué pasará con el derecho a la consulta previa en este contexto, no solo en Perú, sino a nivel internacional. Es necesario reconocer las prácticas y propuestas de protocolos autónomos de consulta de los pueblos indígenas amazónicos y sus lecciones. Así, recuperar y apoyarnos en las formas tradicionales de toma de decisión de los pueblos indígena es clave, así como implementar estándares que fortalezcan la condición intercultural de la consulta.



■ Foto: Jimpson Dávila

Solicitudes presentadas ante la CIDH

En el marco de la audiencia pública “El derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas”, realizada el 9 de octubre de 2020, solicitada por 40 organizaciones de la Región, entre ellas las organizaciones indígenas COICA y AIDSESP, Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR) y la Fundación para el Debido Proceso (DPLF), se presentaron ante la CIDH las siguientes solicitudes en relación al derecho a la consulta previa:



1

Que se exija al Estado peruano el **cumplimiento pleno de los acuerdos del Acta final de la consulta previa del proyecto Hidrovía Amazónica**. A la fecha no existe pronunciamiento público del Gobierno sobre la situación de los acuerdos, a más de cinco años de haber concluido la consulta previa. Es necesario que se implementen mecanismos de seguimiento participativos, y adecuados culturalmente. La omisión permanente y condición unilateral para determinar los avances abonan en la desconfianza y el debilitamiento hacia el derecho a la consulta previa. Y de continuar las evidencias técnicas y científicas de las amenazas e impactos socioambientales que pueda causar este proyecto, se debe recomendar su no realización y archivamiento como proyecto priorizado por el Estado.

2

Exhortar al Estado peruano a que convoque y realice un proceso de consulta previa para las actividades a realizar en el Lote 58 de explotación de hidrocarburos, ubicado en el distrito Megantoni, en la región Cusco. En dicho proyecto existen instrumentos de gestión ambiental y títulos habilitantes que autorizan actividades que están vulnerando el derecho al territorio de los pueblos indígenas, los cuales están pendientes de consulta previa; por ello, es fundamental impulsar este proceso para prevenir afectaciones.



3

No deben existir excepciones en la implementación del derecho a la consulta. La Décimo Quinta Disposición Complementaria del Reglamento de Consulta Previa (DS 001-2012-MC) establece que no se realicen consultas previas para servicios públicos. Esta medida va en contra de lo que señala el Convenio 169, y las recomendaciones de adecuación normativa nacional a los marcos internacionales. En la medida que las medidas administrativas sean susceptibles de afectación a los derechos de los pueblos indígenas, son argumento suficiente, en el marco del Convenio 169, para la activación del derecho a la consulta.

En esa línea, **recomendamos reformar el Reglamento de la Ley 29785 y derogar la Décimo Quinta Disposición Complementaria.** Esta Disposición ha excluido de consulta previa a proyectos de carretera, líneas de transmisión eléctrica, entre otros, que han afectado el derecho al territorio y a la salud de los pueblos indígenas. La consulta previa puede ayudar a transformar potenciales conflictos sociales, y a incorporar desde la planificación, las necesidades locales de los pueblos indígenas, logrando que planes, programas y proyectos sean más eficaces en sus beneficios y resultados. Esta recomendación ha sido tomada en la reciente sentencia del Poder Judicial del 13 de enero de 2021 (A.P. N° 29126-2018) que declara la expulsión de estas medidas del ordenamiento jurídico nacional.

5

Es necesaria una **guía actualizada con orientaciones y criterios para la identificación de medidas susceptibles de consulta** en cada uno de los sectores del Estado. Esto es importante, porque a la luz de los nueve años de la Ley y ocho años del Reglamento, se han generados consensos dentro de los sectores que han privilegiado y reducido el momento de implementación de la consulta previa, a medidas administrativas no significativas en relación a impactos y medidas de prevención y mitigación de los mismos. Existe un debate sobre el sentido de oportunidad para la implementación del derecho a la consulta previa. En nuestro ordenamiento normativo, cada sector a cargo de la consulta es responsable de la identificación de la medida a consultar, sin embargo, esta debe pasar por una validación por el ente técnico responsable, en este caso, el Viceministerio de Interculturalidad. Este proceso debe tomar en cuenta las particularidades de las medidas administrativas de cada sector.

6

El debate sobre el sentido de oportunidad para la implementación del derecho a la consulta, también trae la discusión sobre cuándo esta responde al principio de previa. En relación a este debate, se necesitan mecanismos y procedimientos que permitan que se consulten medidas administrativas y legislativas referidas a planes, programas y proyectos, en sus etapas de planificación. Este debe ser un principio a desarrollar y a exigir su cumplimiento. Sin perjuicio de lo señalado líneas arriba, la existencia del consentimiento de los pueblos indígenas no restringe o limita que una medida referida a la etapa de implementación o cierre de un plan, programa o proyecto sean motivos de consulta previa. Es decir, **la consulta puede realizarse a medidas administrativas y legislativas que respondan a etapas de planificación, diseño, certificación ambiental, implementación, actualización y cierre de un plan, programa o proyecto.**

7

Fortalecer los mecanismos de seguimiento al cumplimiento de los acuerdos de los procesos de consulta previa, a través del fortalecimiento de la Comisión Multisectorial de Naturaleza Permanente para la aplicación del derecho a la consulta, creada mediante Decreto Supremo N° 021-2013-PCM. En relación al Reglamento de la Ley 29785, y a la implementación de los procesos de consulta previa, uno de los mayores déficits sigue siendo el **seguimiento y cumplimiento de los acuerdos de consulta previa.** Si bien son los sectores responsables de la consulta los que tienen que cumplir con la implementación de los acuerdos incluidos en las actas de consulta. Este es un cuello de botella que se fortalece con la inclusión en las actas de consulta, de compromisos que no se relacionan con la medida puesta en consulta. A su vez, para atender esta problemática, se creó la Comisión Multisectorial de Naturaleza Permanente para la aplicación del derecho a la consulta, mediante Decreto Supremo N° 021-2013-PCM, y modificada en su artículo 2, mediante Decreto Supremo N° 007-2019-MC. El objetivo de esta Comisión fue encargarle al Viceministerio de Interculturalidad el seguimiento a las actas de los procesos de consulta previa. Es necesario, en base a las competencias de control y fiscalización del Congreso de la República, solicitar información sobre el avance de esta Comisión, y exigir un plan de trabajo específico para el cumplimiento de sus objetivos. Existen casos como el de la consulta previa del proyecto Hidrovía Amazónica donde después de más de cinco años, aún existen acuerdos pendientes de cumplimiento. Es también competencia de esta Comisión Multisectorial, monitorear los casos donde las solicitudes de consulta hechas por los pueblos indígenas han sido rechazadas, casos como la solicitud de consulta en instrumentos de gestión ambiental como Estudios de Impacto Ambiental, o a consulta previa en hidrocarburos. Ya que existe una serie de lotes, entre los que están los que conforman el proyecto

Camisea, Lote 88 y 56, y los Lotes 58 y 57 donde nunca se realizó consulta, donde el Estado los asumió como zona gris, y donde las poblaciones exigen que sean consultados.

8

Un debate en desarrollo, y sobre el cual el Congreso de la República debe pronunciarse, como ya hizo la Defensoría del Pueblo, es la **necesidad de incluir entre las medidas administrativas sujetas a consulta previa, las que aprueben instrumentos de gestión ambiental como los Estudios de Impacto Ambiental**. Como hemos señalado en diferentes pasajes de este informe, el momento de consulta que se ha priorizado, sobre todo en actividades extractivas y de infraestructura, es previo a la firma de los contratos, o previo a la definición de Términos de Referencia para la elaboración de Estudios de Impacto Ambiental. En ese momento no se conocen los posibles impactos, los componentes definitivos de los proyectos o las medidas de prevención, mitigación y remediación de impactos.

En suma, se realiza una consulta vulnerando el principio de información plena. Esto puede subsanarse si es que la consulta se realiza también luego de elaborado el EIA, y sobre la medida administrativa que aprueba el contenido del EIA, así se contaría con mayor información, y las decisiones a las que se arriben tendrían mayor solidez. Esto ha sido rechazado por el SENACE, que es la institución encargada de aprobar los instrumentos de gestión ambiental. Por ello, es necesario un posicionamiento técnico que recomiende, en la línea de lo señalado por la Defensoría del Pueblo, que se deban consultar estas medidas administrativas que aprueban instrumentos de gestión ambiental.

9

En el contexto actual, donde los pueblos indígenas están azotados por la pandemia de COVID-19, se viene imponiendo la narrativa de la reactivación económica como necesidad fundamental, superponiéndose a la vida. En ese contexto, **exigimos que no se debilite la consulta previa, y no se continúe con promover CONSULTA VIRTUALES** mecanismos virtuales, que distorsionan no solo el derecho, sino su naturaleza de diálogo intercultural. Esto por la gran brecha de infraestructura e información que existe en los pueblos indígenas del Perú.

10

Algo por desarrollar para el fortalecimiento del derecho a la consulta previa es incorporar estándares en materia de derechos humanos. Incorporar lineamientos, tratados o convenciones de las que el Estado peruano es parte. Por ejemplo, **hacer referencia a los Principios rectores sobre empresas y derechos humanos de las Naciones Unidas**. En esta línea, si bien es el Estado el responsable de la implementación del derecho, es importante recordar las responsabilidades de la ciudadanía y del sector privado, de respetar estos derechos, sus marcos legales y procedimientos.

11

Es necesario, promover el reconocimiento de protocolos de consulta previa en tanto, fortalezcan el ordenamiento jurídico existente, y se enmarquen en el derecho a la autodeterminación que poseen los pueblos indígenas en el marco del Convenio 169 de la OIT.



En enero de 2021 el Poder Judicial del Perú emitió una sentencia (A.P. N° 29126-2018) que subsana la excepcionalidad que planteó el Reglamento de la Ley de Consulta desde el año 2012. Esta fue una de las peticiones presentadas ante la CIDH, dicha sentencia, además de disponer la expulsión del ordenamiento jurídico que permitía que proyectos de servicios públicos no sean consultados, también señala y ratifica los estándares de implementación del derecho a la consulta previa apoyándose en sentencias del sistema interamericano y universal de derechos humanos.

Las peticiones planteadas ante la CIDH en 2020 expresan el carácter de fundamental del derecho a la consulta previa para los pueblos indígenas. El garantizar una consulta plena y respetando los estándares del Convenio 169 de la OIT, permite no solo incluir las expectativas de los pueblos indígenas, sino asegurar su existencia. La consulta es una expresión del derecho a la libre determinación que tienen los pueblos indígenas, derecho a construir su futuro en base a su cultura y a sus necesidades particulares.



Fotos 1 y 2: J. Dávila / DAR
Foto 3: DAR



Con el apoyo de:

