



Lima, 15 de agosto de 2017

CARTA 029-2017/SPDA

Señor Congresista
Marco Arana
Presidente
Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología
Congreso de la República
Plaza Bolívar, Av. Abancay s/n - Lima

Presente. -

De mi consideración:

Mediante la presente comunicación me es grato saludarlo y a la vez remitirle la opinión legal de nuestra institución respecto del **Proyecto de Ley N° 1379/2016-CR, que propone “Proyecto de ley que modifica el Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para precisar la obligación de consultar el otorgamiento de la certificación ambiental”**, el mismo que se encuentra en la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología.

Esperamos que los aportes y comentarios remitidos sean de utilidad para la Comisión que tiene usted a su cargo.

Asimismo, reiteramos la disposición de nuestra institución para apoyar en las actividades de la Comisión que usted preside, cuando así lo requiera.

Hago propicia la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi especial estima y consideración.

Atentamente,

Isabel Calle
Directora
Programa de Política y Gestión Ambiental
Sociedad Peruana de Derecho Ambiental



Opinión legal
Proyecto de Ley N° 1379/2016-CR

“Proyecto de ley que modifica el Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para precisar la obligación de consultar el otorgamiento de la certificación ambiental”

I. Antecedentes

Mediante el proyecto de ley N° 1379/2016-CR se propone la “ley que modifica el Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para precisar la obligación de consultar el otorgamiento de la certificación ambiental” (en adelante el “Proyecto de Ley”), el mismo que ha sido identificado por la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental mediante el portal web del Congreso de la República.

Conforme a lo señalado en el Proyecto de Ley el fin de esta iniciativa incluir el proceso de consulta previa en los procesos de toma de decisión de actos administrativos como los que aprueban normas reglamentarias y los que otorguen autorizaciones para el inicio de actividades o proyectos en los ámbitos geográficos donde se ubican los pueblos indígenas en cumplimiento del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los pueblos indígenas y tribales.

En este sentido, la SPDA emite opinión legal al Proyecto de Ley, a fin de contribuir con dichos aportes al proceso de revisión y evaluación legislativa que realiza el Congreso de la República.

II. Posición institucional

Desde la SPDA consideramos positiva la propuesta contenida en el Proyecto de Ley toda vez que tiene por objetivo la promoción del respeto y ejercicio de los derechos indígenas a través de la implementación de la consulta previa en los procesos de aprobación de normas y de evaluación y certificación ambiental sobre proyectos que pretendan explorar o explotar los recursos naturales, incluyendo los recursos del subsuelo.

III. Base jurídica

La base jurídica revisada y analizada para efectuar los comentarios y aportes al Proyecto de Ley es la siguiente:

- Constitución Política del Perú
- Convenio 169° de la Organización Internacional del Trabajo – OIT
- Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, Ley N° 27446
- Ley General del Ambiente, Ley N° 28611
- Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, Ley N° 29785
- Reglamento sobre transparencia, acceso a la información pública ambiental y participación y consulta ciudadana en asuntos ambientales, Decreto Supremo N° 002-2009-MINAM
- Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM



- Reglamento de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio 169, Decreto Supremo N° 001-2012-MC

III. Opinión

3.1. Consideraciones generales

El Perú es un país megadiverso y pluricultural que cuenta con 55 pueblos indígenas u originarios identificados hasta la fecha por el Ministerio de Cultura, los cuales se encuentran distribuidos en todo el territorio nacional. Corresponde precisar que la base de datos oficial del Ministerio no constituye una lista cerrada y por ende en el transcurso pueden ser incluidos más pueblos indígenas que cumplan las condiciones de identificación que en el marco jurídico se han establecido.

Según la OIT, los pueblos indígenas son aquella población cuyos miembros se reconocen, entre otras características, como una colectividad distinta de otras con las cuales convive y del conjunto social del país donde reside. Distinta en sus usos, creencias, en sus expresiones y lengua. Asimismo, se tiene que más del 50% de las poblaciones indígenas viven en espacios rurales y requieren especial atención por su condición de solvencia económica para su supervivencia.

En ese sentido, las poblaciones originarios o indígenas cuentan con un tratamiento jurídico especial que aseguran la promoción y protección de sus derechos. Así, el país se ha adherido al Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales que aseguran el cumplimiento de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, así como el deber constitucional del Estado de protegerlos.

3.2. Consideraciones específicas

3.2.1 Sobre la certificación ambiental

La certificación ambiental es el acto administrativo otorgado por la autoridad ambiental competente encargada de evaluar y aprobar los estudios de impacto ambiental de proyectos de inversión. La resolución que otorga la certificación ambiental constituye la viabilidad ambiental jurídica del proyecto de inversión.

En el caso peruano, la primera inclusión de la obligación de contar con un estudio de impacto ambiental data del Código de Medio Ambiente y de los Recursos Naturales del año 1990. En el artículo 8 de esta norma se estableció que *“todo proyecto de obra o actividad sea de carácter público o privado, que pueda provocar daños no tolerables al ambiente, requiere de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) sujeto a la aprobación de la autoridad competente”*. Corresponde precisar que, en esta oportunidad se estableció la regulación del EIA como instrumento mas no se definió una regulación específica de la evaluación de impacto ambiental como procedimiento.

Posteriormente, mediante Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), Ley N° 27446 del 2001, se establece que no podrá iniciarse la ejecución de proyectos ni actividades de servicios y comercio 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.

En el artículo 12.2° de la Ley del SEIA se establece que la resolución que aprueba el estudio de impacto ambiental constituirá la certificación ambiental, quedando así autorizada la ejecución de la



acción o proyecto propuesto. En el artículo 17° de la Ley General del Ambiente, Ley 28611 se establece que Los instrumentos de gestión ambiental podrán ser de planificación, promoción, prevención, control, corrección, información, financiamiento, participación, fiscalización, entre otros. Detallándose en el numeral 17.2 que la evaluación de impacto ambiental constituye un instrumento gestión ambiental de tipo preventivo.

Así, la aprobación del estudio de impacto ambiental habilita la posibilidad legal de iniciar obras, ejecutar y continuar con el desarrollo del proyecto de inversión conforme a los términos aprobados en el estudio. En este sentido, los compromisos y obligaciones consignados por el titular y aprobados por la autoridad son obligaciones ambientales fiscalizables.

Como vemos si bien el estudio de impacto ambiental no constituye una medida administrativa que autorice el desarrollo de actividades ni concede el derecho a explorar o explotar, una vez que este es aprobado es una herramienta clave en la gestión socio-ambiental de cualquier proyecto de inversión y en el caso de los esfuerzos de protección a los pueblos indígenas **puede ser completamente utilitaria por el nivel de información socio-ambiental que respecto de la intervención a realizarse contiene.**

Finalmente, un aspecto para tener en cuenta es el carácter objetivo del proceso de evaluación de impacto ambiental, en tanto procedimiento de evaluación previa que para ser aprobado requiere estar debidamente motivado y sustentado; ello puede dotar de la mayor seguridad jurídica posible a los actores involucrados en el proceso de consulta previa pues el derecho se insertaría como una etapa dentro de un procedimiento más grande.

3.2.2 Sobre el derecho/ proceso de consulta previa

El derecho a la consulta previa ha sido reconocido como un derecho fundamental de los pueblos originarios e invocado en sendas sentencias del Tribunal Constitucional. Sin embargo, la trascendencia de la consulta previa también radica en su instrumentalidad ya que la habilitación plena del derecho a la consulta previa permite a su vez la protección y respeto de otros derechos colectivos de las poblaciones indígenas reconocidos también en el Convenio 169 de la OIT tales como su derecho a la autodeterminación y subsistencia como población indígena.

Es en esta línea que según lo establecido en la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MC 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.

Es en este contexto que desde la SPDA consideramos que el Estado debe establecer con claridad y precisión el momento en que una medida legislativa o administrativa que afecte directamente a los pueblos indígenas debe ser materia de consulta, precisando la oportunidad para ejercer efectivamente este derecho.

Al respecto, el principio de oportunidad al que se hace referencia en la Ley de Consulta Previa consiste en que el proceso debe realizarse de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser



adoptada por las entidades estatales; sin embargo, si bien la interpretación e implementación de las entidades estatales sobre los principios y disposiciones del marco sobre consulta previa debe darse siempre de buena fe y conforme a los objetivos del derecho a la consulta previa; aún es necesario definir con mayor detalle este punto para evitar que el derecho sea entendido como un requisito formal y porque consideramos **que no sólo debe darse de forma previa sino que debe realizarse en etapas o momentos clave** a fin de garantizar la verdadera inclusión de los acuerdos o consentimientos productos de los procesos de consulta previa a los procesos de toma de decisión del Estado.

La Defensoría del Pueblo ha señalado que “la consulta previa debería realizarse durante el proceso de evaluación de impacto ambiental. Así, el pueblo indígena puede involucrarse y tener certeza de que los aspectos de su especial interés y preocupación sean adecuadamente considerados.” (Defensoría del Pueblo 2016b: 2). En ese sentido, tal como lo ha comunicado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “El derecho a la consulta previa cobra especial vigencia en la realización de planes o proyectos de desarrollo e inversión y en la implementación de concesiones extractivas en territorios ancestrales, puesto que tales planes, proyectos o concesiones, al menoscabar los recursos naturales que allí se encuentran, pueden afectar la supervivencia y la integridad cultural de los pueblos indígenas y sus miembros”.

Por ello, resulta indispensable reconocer que la aplicación de la consulta previa demanda medidas especiales, en función de las características de los pueblos indígenas y que, además, deberán ser implementadas en momentos previos del otorgamiento de la certificación ambiental. Es preciso recordar que la ejecución previa tanto de los mecanismos de consulta como de participación, aseguran la eficacia de los derechos que dichos mecanismos resguardan.

3.2.3 Sobre la consulta previa en el proceso de evaluación de impacto ambiental

Desde la SPDA, consideramos que la determinación de la oportunidad de aplicación del derecho a la consulta previa es un aspecto vital para el efectivo ejercicio del derecho, **el carácter previo no sólo involucra anterioridad, sino que debe ser interpretado acorde con el principio de oportunidad.** Consideramos que, si bien los sectores cuentan con la discrecionalidad normativa para definir cómo se incorpora la aplicación de este derecho y de las disposiciones de las normas sobre la materia en tanto son las entidades promotoras, sí es esencial que se formulen directrices claras para evitar escenarios de desprotección los cuales no sólo afectarán los derechos de los pueblos indígenas u originarios sino también los esquemas de seguridad jurídica en el que se deben desarrollar las inversiones.

A continuación exponemos argumentos por los cuales consideramos el proceso para la certificación ambiental es un momento idóneo para ejercer la consulta previa a los pueblos indígenas y por lo tanto una medida a ser consultada:

1. Actualmente, la forma en que se encuentra regulada la aplicación de la consulta previa en los sectores es respecto de medidas administrativas posteriores a la certificación ambiental, es decir cuando ya se han definido las medidas de prevención, mitigación y reparación de los impactos ambientales durante el ciclo de vida del proyecto.
2. Los instrumentos de gestión ambiental aprobados de los proyectos de inversión deben incluir información clara sobre la existencia y caracterización de pueblos indígenas u originarios en el



ámbito de influencia del proyecto de inversión. Debe existir una compatibilidad entre la información contenida en la línea base de los estudios ambientales y la información con la que cuenta el Estado; además el proceso de elaboración de la línea base del proyecto es una etapa temprana y oportuna para sincerar los sujetos del derecho a la consulta previa indistintamente de las medidas a ser consultadas.

3. Si bien el estudio de impacto ambiental es un instrumento técnico – administrativo la información que en este se incluye es determinante en los modos de vida de las poblaciones indígenas pues se describe la forma en que se realizará el proyecto de inversión y también la manera en que este impactará en el ambiente y los recursos naturales del área del proyecto.
4. Antes del inicio de operaciones de actividades extractivas y/o productivas no existe otro título habilitante que deba contar con información tan completa y desarrollada como el EIA. El nivel de certidumbre jurídica que genera un EIA aprobado puede ser mayor a cualquier proceso de consulta previa aislado, la propia resolución administrativa y la Estrategia de Manejo Ambiental del estudio pueden contener los compromisos y acuerdos resultantes del proceso de consulta previa y ser consideradas obligaciones fiscalizables.
5. Incluir a las poblaciones indígenas dentro del proceso de evaluación del EIA permitiría mejorar esta herramienta, dotando su proceso de elaboración y aprobación de mayor legitimidad y credibilidad por parte de la población indígena directamente impactada.
6. Se plantea que el proceso de consulta previa se realice una vez presentado el EIA por parte de los titulares y no antes ya que debe existir un documento base sobre el cual se realice la consulta previa. Asimismo, ésta debe realizarse antes de hacer las observaciones al EIA para que los acuerdos a los que se lleguen puedan ser recogidos en estas observaciones y los titulares puedan hacer las modificaciones y/o aclaraciones que sean necesarias.
7. Conforme a la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH se debe consultar en la primera etapa del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad; en este sentido, el aviso temprano proporciona un tiempo de discusión interna dentro de las comunidades y sirve para brindar adecuada respuesta al Estado. Bajo esta lógica no tiene sentido aplicar la consulta previa sólo cuando el otorgamiento del derecho ya ha sido consolidado ya que ello no tendría utilidad ni generaría que los aportes del proceso de consulta sean considerados o influyan en el proceso decisorio de la medida administrativa, lo cual significaría que el aviso de asignación de derechos sea meramente informativo.
8. La mayor fuente de conflictos sociales en el Perú se encuentra asociada a conflictos de naturaleza socioambiental; teniendo en cuenta que uno de los factores de este escenario es que la población ha perdido credibilidad en una herramienta tan fundamental como el EIA, la cual es y debería ser la herramienta preventiva más importante que desde el Estado pueda dar la confianza sobre el nivel de impactos ambientales y su adecuada gestión.



Un aspecto importante es que cualquier decisión de incluir la obligación de consultar la resolución administrativa que aprueba la certificación ambiental deberá considerar la flexibilización y ajustes de los plazos actuales para los procesos de certificación ambiental en sentido estricto y para IntegrAmbiente, plazos que en los últimos años vienen siendo acotados.

Es preciso mencionar, que el Servicio Nacional de Certificaciones Ambientales para las Inversiones Sostenibles – Senace ha establecido en su publicación “El Senace y su función de gestión social en el proceso de certificación ambiental” que *“El SENACE garantizará los derechos de los pueblos indígenas u originarios en consonancia con la normativa nacional e internacional. Dado los distintos criterios que tienen los sectores respecto a la consulta previa, el SENACE está realizando las coordinaciones con el Ministerio de Cultura y el Ministerio del Ambiente, el ente rector del SEIA, para definir el alcance de la consulta previa en los procedimientos de certificación ambiental. Adicionalmente, la Unidad de Gestión Social verificará durante el procedimiento de certificación ambiental, que se cumpla con incluir en el EIA-d información sobre la posible afectación a los derechos colectivos de los pueblos indígenas”*.¹

Por ello, ha establecido que la Unidad de Gestión Social de dicha entidad, verificará durante el procedimiento de certificación ambiental, que se cumpla con incluir información sobre posible afectación a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en el Estudio de Impacto Ambiental detallado; sin perjuicio de ello, aún no se habla concretamente de consulta previa.

IV. Conclusiones

Desde la SPDA consideramos que corresponde que el sistema jurídico nacional evolucione la forma de entender la aplicación de la consulta previa no sólo con fines formalistas sino sustantivos y que se puedan aprovechar instrumentos de gestión socio-ambiental existentes tales como los estudio de impacto ambiental para vincularlos a los fines de la consulta previa.

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental - SPDA

¹ Disponible en: <https://www.senace.gob.pe/wp-content/uploads/2016/10/dossier-gestion-social.pdf>