

5

**REVISTA  
LATINOAMERICANA  
DE DERECHO Y  
POLÍTICAS  
AMBIENTALES**



**Promotores del quinto número de la Revista  
Latinoamericana de Derecho y Políticas  
Ambientales:**

**Universidad Nacional de la Amazonía Peruana**

Creada el 14 de enero de 1961, inició sus actividades el año 1962 mediante Ley N° 13498. Tiene como misión formar profesionales con calidad y excelencia, enmarcada en sus fines y principios de enseñanza, investigación científica y tecnológica y proyección social.

**Clínica Jurídica Actuar San Marcos**

Es una institución de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Está conformada por estudiantes de pregrado y docentes, quienes buscan promover la participación de la población en el fortalecimiento de la democracia, especialmente, fortaleciendo la acción social y pública que impulse la participación de sectores vulnerables.

**Coalición Regional por la Transparencia y la Participación**

Integrada por cinco organizaciones de la sociedad civil cuyos ejes de trabajo son la promoción de la transparencia, la participación ciudadana —a nivel de gobiernos locales y nacionales—, así como en los diversos procesos de integración regional y en organismos financieros multilaterales, en pro de la consolidación de un desarrollo sostenible y una gobernanza regional.

**Grupo Regional sobre Financiamiento e Infraestructura**

Conformada por cuatro organizaciones de la sociedad civil de la región de América. Monitorean instituciones financieras internacionales, defendiendo los derechos humanos, haciendo acompañamiento de casos en lo local; asimismo, trabajan en marcos normativos de transparencia y acceso a la información como en temas normativos medioambientales.



REVISTA LATINOAMERICANA  
DE DERECHO Y POLÍTICAS AMBIENTALES

LIMA, SETIEMBRE DE 2017





# REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO Y POLÍTICAS AMBIENTALES

Derecho, Ambiente y Recursos Naturales - DAR (Perú); Universidad Nacional de la Amazonía Peruana - UNAP; Clínica Jurídica Actuar de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos - UNMSM; Coalición Regional por la Transparencia y la Participación; Grupo Regional sobre Financiamiento e Infraestructura – GREFI; Asociación Ambiente y Sociedad – AAS (Colombia); y, Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables - FUNDEPS (Argentina)



LIMA, SETIEMBRE 2017

# **REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO Y POLÍTICAS AMBIENTALES**

*Año 5, N° 5, setiembre 2017*

## **DIRECTOR DE LA REVISTA:**

César Gamboa Balbín

## **RESPONSABLE DE EDICIÓN:**

Mayra Dongo, Erick Mormontoy

## **©Copyright:**

Derecho Ambiente y Recursos Naturales (DAR)

Jr. Huáscar 1415 - Jesús María - Lima, Perú

Telf. (511) 340-3720

dar@dar.org.pe

www.dar.org.pe

## **Diagramación:**

Media Praxis

Jr. Los Jazmines 423, Lince

Teléfono: 441-1901

## **Impresión:**

Aleph Impresiones S. R. L.

Jr. Risso 580, Lince

Teléfono: 634-7500

## ***Diseño de la portada:***

*Sonimágenes del Perú SCRL*

**HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2011-04538**

ISSN: 2222-2596

*Primera edición, noviembre 2017*

*Tiraje: 1000 ejemplares*

*Derechos reservados: Decreto Legislativo N° 822*

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de los editores.*

*Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo de Ford Foundation, Rainforest Foundation Norway, Charles Stewart Mott Foundation y a la Coalición Flamenca para la Cooperación Norte Sur - 11.11.11. Las opiniones expresadas en la presente revista no reflejan necesariamente la posición de dichas instituciones, del Consejo Editorial ni de las instituciones promotoras.*

***Impreso y hecho en Perú***

## **CONSEJO EDITORIAL**

MARC DOUROJEANNI

Ingeniero Agrónomo y Forestal de la Universidad Agraria  
La Molina (Perú) y Doctor en Ciencias.

AUGUSTO CASTRO

Director del Instituto de Ciencias de la Naturaleza, Territorio y Energías Renovables de la Pontificia  
Universidad Católica del Perú - INTE PUCP (Perú) y miembro del Directorio de Consejo  
Latinoamericano de Ciencias Sociales CLACSO.

RICARDO VERDUM

Investigador Senior de la Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil).

MARIANO CASTRO

Exviceministro de Gestión Ambiental del Ministerio del Ambiente de Perú y  
Catedrático en la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP (Perú).

Coordinador del Programa de Estudios Socioambientales en la  
Facultad Latinoamericana de Estudios Sociales - FLACSO (Ecuador).

RODIL TELLO

Profesor Principal de la Facultad de Ciencias Forestales de la Universidad Nacional  
de la Amazonía Peruana – UNAP (Perú).

PIERRE FOY

Docente de Derecho Ambiental en la Pontificia Universidad Católica del Perú – PUCP (Perú) y de  
Ecología Política en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos – UNMSM (Perú).

## **DIRECTOR**

CÉSAR GAMBOA



# Promotores del quinto número de la Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales:

## **Derecho Ambiente y Recursos Naturales**

Derecho Ambiente y Recursos Naturales (DAR) es una organización civil sin fines de lucro cuyo fin prioritario es contribuir a lograr una amazonía con bienestar y equidad socioambiental a partir de la gestión del conocimiento, la incidencia en políticas públicas, el empoderamiento de los actores, el fortalecimiento de la institucionalidad y la promoción de la vigilancia social en los ámbitos local, nacional y regional.

## **Coalición Regional por la Transparencia y la Participación**

La Coalición está integrada por cinco organizaciones de la Sociedad Civil cuyos ejes de trabajo son la promoción de la transparencia, la participación ciudadana –a nivel de gobiernos locales y nacionales-, así como en los diversos procesos de integración regional y en organismos financieros multilaterales, en pro de la consolidación de un desarrollo sostenible y una gobernanza regional. Pertenecen a la Coalición: Asociación Ambiente y Sociedad (AAS) de Colombia; Centro de Estudios para el Desarrollo Laboral y Agrario (CEDLA) de Bolivia; Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES) de Ecuador; Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR) del Perú; y, Conectas Direitos Humano (Conectas) del Brasil.

## **Grupo Regional sobre Financiamiento e Infraestructura**

GREFI está integrado por cuatro organizaciones de la sociedad civil de la región de América Latina y el Caribe (ALC): Asociación Ambiente y Sociedad (AAS) de Colombia; Derecho Ambiente y Recursos Naturales (DAR) de Perú; Fundar, Centro de Análisis e Investigación de México; y la Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables (FUNDEPS) de Argentina. Cuyo objetivo es: i) Monitorear e incidir frente a los diferentes actores del financiamiento en infraestructura regional, ya sea la banca multilateral o nacional, gobiernos, bloques regionales u otros actores económico-políticos, públicos o privados;

ii) Generar conocimiento sobre las dinámicas de financiamiento en la región y las tendencias de los actores nacionales e internacionales; y, iii) Desarrollar estrategias multi-actor y multi-nivel y proponer alternativas sustentables al proceso de financiamiento en infraestructura regional para el desarrollo.

### **Asociación Ambiente y Sociedad**

La Asociación Ambiente y Sociedad (ASS) es una Organización no Gubernamental, constituida como una entidad sin ánimo de lucro de acuerdo con las leyes colombianas, y fundada en el año 2012. AAS tiene como objetivo contribuir a la protección del medio ambiente con enfoque de derechos humanos, mediante la transformación de políticas públicas, empoderamiento de las organizaciones sociales y disminución de los impactos ambientales y sociales del desarrollo mediante el acceso a la información, participación y justicia ambiental.

### **Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables**

La Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables (FUNDEPS) es una organización argentina sin fines de lucro cuyo trabajo se dirige hacia la construcción de una sociedad más justa, equitativa e inclusiva, promoviendo un desarrollo sustentable que respete derechos humanos mediante la incidencia en políticas públicas a nivel local, nacional e internacional. Con estos fines, FUNDEPS realiza actividades de investigación, capacitación, incidencia, litigio estratégico y cooperación en general.

### **Clínica Jurídica Actuar San Marcos - Universidad Nacional Mayor de San Marcos**

Actuar San Marcos es una institución de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, reconocida mediante Resolución Decanal N° 783-D-FD-2009. Se encuentra conformada por estudiantes de pregrado y docentes y tiene entre sus objetivos: i) Realizar y fomentar la investigación, el análisis crítico, orientados a identificar soluciones a problemas en la sociedad peruana vinculados a la afectación de derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho; ii) Identificar y promover el desarrollo jurisdiccional de casos paradigmáticos en nuestra sociedad, considerando su incidencia en el fortalecimiento de los derechos humanos, la participación ciudadana en la toma de decisiones y el empoderamiento de sectores vulnerables; iii) Propiciar la utilización del método clínico en la formación universitaria, mediante la enseñanza del razonamiento jurídico en los ámbitos jurisdiccional, administrativo y legislativo; y, iv) Promover la participación de la población en el fortalecimiento de la democracia,

especialmente, fortaleciendo la acción social y pública que impulse la participación de sectores vulnerables.

### **Universidad Nacional de la Amazonía Peruana**

La Universidad Nacional de la Amazonía Peruana (UNAP), fue creada el 14 de enero de 1961 e inició sus actividades el año 1962 mediante Ley N° 13498. Su creación buscó dar respuesta a diversas acciones que la comunidad loretana venía realizando, hasta ese entonces, con el fin de contar con una institución de estudios superiores. Su misión es formar profesionales con calidad y excelencia, enmarcada en sus fines y principios de enseñanza, investigación científica y tecnológica y proyección social, con énfasis en el desarrollo sustentable de la Amazonía a fin de contribuir al progreso de la Nación.



## Presentación

---

Cuando en el 2011 se publicó el primer número de la Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales, la finalidad fue extender lazos entre la reflexión académica y la situación política y normativa ambiental. Derecho Ambiente y Recursos Naturales se complace nuevamente en promover esta iniciativa académica sobre reflexiones en torno a las políticas y marcos normativos en materia ambiental.

En la región vemos cambios cada vez más similares frente a la gestión ambiental y social de las inversiones, la lucha contra el cambio climático, la gestión de los bosques, de la Amazonía y la gobernanza ambiental. Por ello, este número de la Revista aborda las temáticas del Derecho Ambiental, los derechos indígenas, cambio climático y la regulación energética; a fin de promover la mejora de la gestión pública sobre los recursos naturales.

La Sección de Derecho Ambiental del presente número incluye un artículo que analiza el nexo causal por daños ambientales en el Perú; además de establecer recomendaciones y presentar experiencias jurídicas que han adoptado mecanismos de flexibilización de la carga de la prueba de la causalidad en materia ambiental (Ady Chinchay).

La Sección de Pueblos Indígenas, Industrias Extractivas y Recursos Naturales, cuenta con dos artículos donde, por un lado, se analizan las limitaciones y paradojas de los intentos de compatibilizar el diseño institucional de los procedimientos de aprobación de los EIAs y la consulta previa (Roger Merino); y, por otro, se presenta un análisis sobre el trabajo de la

Defensoría del Pueblo en materia de los Derechos de los Pueblos Indígenas (Daniel Sánchez).

La Sección Cambio Climático y REDD incluye un artículo sobre la titularidad de las reducciones de emisiones forestales en Perú, integrando tres sistemas de asignación de titularidad sobre las mismas (Hugo Che Piu).

La Sección Energía e Infraestructura presenta los mecanismos de diálogo en Lote 192 en la Amazonía Peruana, brindando detalles de este proceso (Sarah Kerremans); y, la relación entre la inversión del Banco Mundial y el debilitamiento de la institucionalidad ambiental (César Gamboa).

En pos de ampliar e integrar a distintos actores, además del apoyo de la Clínica Jurídica Actuar, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana (UNAP), Loreto-Perú; se ha incluido al Grupo Regional sobre Financiamiento e Infraestructura (GREFI); la Coalición Regional por la Transparencia y la Participación; la Asociación Ambiente y Sociedad (AAS) y; la Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables (FUNDEPS).

No queda más que agradecer al Consejo Editorial por su apoyo en la evaluación de los artículos presentados para este número. Asimismo, agradecemos a *Ford Foundation*, *Rainforest Foundation Norway*, *Charles Stewart Mott Foundation* y a la *Coalición Flamenca para la Cooperación Norte Sur - 11.11.11* por el apoyo para la publicación del presente número de la Revista.

Lima, setiembre de 2017

CÉSAR GAMBOA

Director de la Revista

## CONTENIDO

### Sección Primera

#### Derecho Ambiental

- La prueba del nexa causal por daños ambientales en el Perú:  
Análisis comparado  
**Ady Chinchay**..... 17
- Los efectos del ‘Paquetazo Ambiental’: Avances y retrocesos en el  
proceso de Ordenamiento territorial y Fiscalización ambiental en Perú  
**Esteban Valle Riestra** ..... 37
- Regulación vs. Desregulación en la gestión socioambiental en Chile:  
Una batalla constante  
**Ximena Salinas & Patricio Segura**..... 49
- Retroceso del régimen de licencias ambientales en Colombia  
**Valentin Estrada**..... 69

### Sección Segunda

#### Pueblos Indígenas, Industrias Extractivas y Recursos Naturales

- Paradojas de la consulta previa y la institucionalidad ambiental  
en el Perú  
**Roger Merino**..... 83
- La Defensoría del Pueblo y los Derechos de los Pueblos Indígenas  
**Daniel Sánchez** ..... 101
- El Derecho a la Consulta Ambiental en el Ecuador  
**Juan Auz**..... 129

- Consulta (in) consulta: avances y retrocesos de la legislación ecuatoriana  
**Sofía Jarrín** ..... 143

### **Sección Tercera**

#### **Cambio Climático y REDD**

- La titularidad de las reducciones de emisiones forestales en Perú  
**Hugo Che Piu** ..... 159

### **Sección Cuarta**

#### **Energía e Infraestructura**

- Mecanismos de diálogo en Lote 192 en la Amazonía Peruana: analgésicos en tiempos de caída del oro negro.  
**Sarah Kerremans** ..... 173
- Manchándose las manos: el Banco Mundial y el Paquetazo Ambiental  
**César Gamboa** ..... 185



**SECCIÓN 1**

---

Derecho Ambiental



# La prueba del nexo causal por daños ambientales en el Perú: análisis comparado

ADY CHINCHAY

Pontificia Universidad Católica del Perú  
<adychinchay@gmail.com>

**RESUMEN:** La autora aborda el análisis del nexo causal por daños ambientales, a fin de resaltar su importancia e iniciar una discusión en torno a la adopción de mecanismos de flexibilización de su prueba en el Perú. A partir de un análisis de Derecho y Política Comparada, la autora identifica experiencias jurídicas que han adoptado mecanismos de flexibilización de la carga de la prueba de la causalidad en materia ambiental y evalúa su implementación en el sistema jurídico peruano, teniendo en cuenta el distinto tratamiento que existe en materia civil y administrativa.

*Palabras claves:* Carga de la prueba, causalidad, daños ambientales, presunción de causalidad, causa probabilística.

**Title:** The proof of causation for environmental damages in Peru: A comparative analysis

**ABSTRACT:** The author discusses causation of environmental damages, in order to highlight its importance and initiate a discussion about the adoption of less strict evidentiary standards in Peru. From an analysis of Comparative Law and Politics, the author identifies legal experiences that have adopted less strict mechanisms of the burden of proof of causation, presumption of causation and probabilistic causation in environmental issues, and evaluates its implementation in the Peruvian legal system, taking into account the different treatment existing in civil and administrative Law.

*Keywords:* Burden of proof, causation, environmental damages, presumption of causation, probabilistic causation.



## I. INTRODUCCIÓN

Imaginemos una antigua presa de relaves mineros ubicada cerca de comunidades campesinas, quienes alegan que estos relaves se infiltran hacia las aguas subterráneas para luego aflorar en sus manantiales. Aunque se demuestra que el agua de dichos manantiales sí contiene concentraciones de minerales que contravienen los estándares de calidad ambiental (ECA), no se puede determinar con certeza si dichos minerales tienen su origen en la naturaleza, en la presa de relaves, o en ambas. En caso existan estudios técnicos especializados que permitan determinar su origen, estos no podrían ser realizados debido a su excesivo costo económico y al prolongado tiempo que implicaría su ejecución (meses o años), tiempo de espera que podría agudizar los impactos ambientales al punto de convertirlos en irreparables.

Supuestos como estos son enfrentados a diario por las autoridades de fiscalización ambiental y por los jueces civiles; por ello, este breve ensayo busca generar reflexión y discusión respecto a la adopción de mecanismos de flexibilización de la prueba del nexo causal por daños ambientales en el Perú, tanto en la vía civil como administrativa. En efecto, si estos mecanismos son aplicados bajo determinados presupuestos podrían obtenerse mejores resultados que adoptar una prueba estricta de causalidad que solo impediría la adopción de medidas de cese, remediación y de compensación ambiental.

El desarrollo de esta propuesta iniciará con una sucinta descripción de los elementos de la responsabilidad civil y de la responsabilidad administrativa para arribar en el análisis del nexo causal ambiental en sede civil y administrativa. Luego, presentará algunos ordenamientos jurídicos extranjeros que han adoptado ciertos mecanismos de flexibilización de la prueba de causalidad, y a partir de allí se analizarán las normas ambientales peruanas (civiles y administrativas). Finalmente, se propondrán los lineamientos básicos para una reforma legislativa, así como criterios interpretativos a ser aplicados por los tribunales civiles y administrativos.

## II. EL NEXO CAUSAL A LA LUZ DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN SEDE CIVIL Y ADMINISTRATIVA

La doctrina mayoritaria (De Trazegnies, 2003; Espinoza, 2007; Taboada, 2003; Franzoni, 1993; Monateri, 1998; Bianca, 1994; Díez-Picazo, 1999; Alpa, 2006) considera como elementos de la responsabilidad civil extracontractual a: (i) la antijuricidad, entendida como el deber genérico de no dañar a otro (*alterum non laedere*); (ii) el criterio de imputación, que pueden ser objetivo (Artículo 144° de la Ley General del Ambiente - LGA), por motivos de actividades o bienes riesgosos o peligrosos, por ser el representante legal, entre otros; y subjetivos como la culpa y

dolo (Artículo 145° de la LGA); si (iii) el nexo causal, que analiza si la acción generó el daño y si existen supuestos que quiebren esta causalidad (caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante de tercero e imprudencia de la propia víctima), y (iv) el daño entendido como todo aquel perjuicio ocasionado por un hecho.

El Derecho Administrativo Sancionador debe sus bases al Derecho Penal (Gómez, 2010; Baca, 2010; Alarcón, 2014); así el análisis causal del delito se encontraría inmerso en el elemento de tipicidad del ilícito penal (Villavicencio, 2013; Hurtado, 1987).

En materia administrativa, el Artículo 230° de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) menciona a algunos elementos de la responsabilidad administrativa bajo el nombre de principios de la potestad sancionadora administrativa. Estos principios son: legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, concurso de infracciones, continuación de infracciones, causalidad (que se configura mejor como un elemento que como un principio), presunción de licitud y non bis in ídem.

Por tanto, para imputar responsabilidad administrativa, la LPAG dispone la necesidad de causalidad (Numeral 4 del Artículo 230°), de tipicidad (Numeral 4 del Artículo 230°). Asimismo, para realizar dicha imputación se requiere analizar los criterios de imputación que pueden ser subjetivo (dolo y culpa) y objetivo (cuando se trate de infracciones ambientales conforme al Artículo 19° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental).

En consecuencia, se advierte que tanto en materia civil y administrativa se analiza la causalidad, pero con un alcance distinto. Mientras que en sede civil el análisis causal se da entre la acción y el daño (Artículo 1985° del Código Civil), en materia administrativa el análisis se da entre la acción y la infracción (Numeral 8 del Artículo 230° de la LPAG), puesto que el daño no constituye un elemento de la responsabilidad administrativa, sino solo un agravante. Esto quiere decir que, por regla, en materia administrativa el análisis de causalidad respecto del daño no se realiza para configurar responsabilidad sino solo para determinar si existe una agravante.

Al referirse a la causalidad entre la acción y la infracción, el profesor Morón (2011, p. 723-724) indica que: *“(...) la Administración no puede hacer responsable a una persona por un hecho ajeno, sino solo por los propios. Conforme a este principio resultará condición indispensable para la aplicación de cualquier sanción a un administrado que su conducta satisfaga una relación de causa adecuada al efecto, esto es, la configuración del hecho previsto en el tipo como sancionable. (...) No puede sancionarse a quien no realiza la conducta sancionable (...)”*.

El texto citado demuestra dos cosas: (i) que el análisis de causalidad en materia administrativa es utilizado solo para identificar si existen supuestos de ruptura del nexo causal entre la acción y la infracción (caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de tercero), como se advierte de la afirmación: “(...) *la Administración no puede hacer responsable a una persona por un hecho ajeno, sino solo por los propios*”; y (ii) que el análisis causal en sede administrativa entre acción e infracción se encuentra implícito en el análisis de la tipicidad (como en el Derecho Penal), tal como se advierte de la afirmación: “*Conforme a este principio [causalidad] resultará condición indispensable para la aplicación de cualquier sanción a un administrado que su conducta satisfaga una relación de causa adecuada al efecto, esto es, la configuración del hecho previsto en el tipo como sancionable [tipicidad]*”.

Si la infracción administrativa no genera daños ambientales, el análisis de causalidad entre acción e infracción culmina con el estudio de la tipicidad, puesto que solo se determina si se realizó una acción que calza con el tipo infractor, entonces, acción e infracción convergen en uno. Sin embargo, si esta acción generó un daño ambiental, se requiere pasar a un segundo análisis, el del nexo causal entre la acción/infracción y el daño.

A modo de ejemplo, en la práctica, la acción coincide con el tipo infractor (ejm: verter efluentes a cuerpos hídricos sin cumplir con los límites máximos permisibles de arsénico) estando implícito que el causante de la infracción es la empresa que vertió sus efluentes. No obstante, si el río al que se vertieron esos efluentes tiene altas concentraciones de arsénico, se deberá determinar si dicha empresa es la causante del daño ambiental. Para ello, el Derecho Administrativo debe hacer uso de la doctrina civil en la materia por ser la más adecuada cuando se trata de daños y por tener mayor desarrollo doctrinario.

Por lo tanto, para efectos del presente ensayo, cuando se haga referencia al nexo causal en sede administrativa, se realizará un análisis de dicho vínculo entre la acción/infracción y el daño ambiental, mas no entre la acción y la infracción. De modo similar, cuando se mencione al daño ambiental, este ensayo hará referencia a todo perjuicio ocasionado al ambiente y no a un riesgo de daño, y asumirá que la contravención a los ECA constituye un daño ambiental (este último punto será materia de un próximo artículo).

### **III. LA ESPECIAL NATURALEZA DE LOS DAÑOS AMBIENTALES QUE HACEN NECESARIO FLEXIBILIZAR LA PRUEBA DEL NEXO CAUSAL**

A pesar de que Latinoamérica y el Caribe son responsables de solo el 11% de las emisiones causantes del Calentamiento Global<sup>1</sup> y su responsabilidad histórica es

<sup>1</sup> <http://www.cepal.org/cgijnsa/noticias/noticias/0/46920/P46920.xml&xsl=/prensa/tpl/p1f.xsl&base=/prensa/tpl/top-bottom.xsl>.

menor que la de los países industrializados, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) advirtió en el mes de agosto de este año que las emisiones de gases de efecto invernadero producidas por la agricultura y la ganadería en América Latina se han duplicado en los últimos 50 años, además de ser la segunda región que genera más emisiones agrícolas a nivel global con un 17%, antecedida por Asia con un total del 44%<sup>2</sup>. Esto no es de sorprender, pues el desarrollo económico de la región ha estado en gran parte supeditado al desarrollo de actividades sujetas a los cambios del uso del suelo y la silvicultura (LULUCF por sus siglas en inglés), que para el periodo 1970 y 2004 incrementó en un 40%<sup>3</sup>.

Probar la causalidad de un daño no es sencillo y esta dificultad aumenta en los casos de daños ambientales, puesto que: “(...) *el nexo causal puede ser especialmente fácil de probar cuando hay un solo posible autor del daño y está identificado, los efectos de su conducta son conocidos científicamente, el tiempo entre ésta y la aparición del daño es relativamente corto, el daño puede atribuirse a un único suceso y hay una sola víctima para reclamar. Pero este escenario es prácticamente irreal*” (Ruda, 2015, p. 343). En efecto, la realidad ambiental supera en gran medida a la teoría, de tal modo que los tribunales civiles y administrativos deben hacer frente a supuestos como el presentado al inicio de este ensayo, siendo prácticamente imposible probar quiénes son los causantes, y en qué medida lo son.

En estos escenarios de especial complejidad, se conciben mecanismos de flexibilización de la prueba del nexo causal en materia ambiental, como: la teoría de la causalidad probabilística, aplicada sobre la base pruebas indiciarias; la inversión de la carga de la prueba; y la presunción del nexo causal.

La causalidad probabilística es aplicada si la conducta dañosa crea una situación de incertidumbre en la que no cabe discernir quiénes son sus víctimas o bien en qué medida lo son. Así, habrá causalidad cuando esta sea más probable que improbable (Ruda, 2005, p. 346-350). Esta teoría, reemplaza la certidumbre total por la obtención de una prueba indirecta, indiciaria o circunstancial, de la que se pueda deducir la existencia de causalidad en función a la experiencia y lógica del juzgador, dejando de lado el tradicional esquema de un juez legalista y pasivo (Mallea s/a, p. 13-14). La inversión de la carga de la prueba se justifica cuando el peso de esta prueba recae en aquel que pueda aportar evidencia con el menor costo (Peña 2005, p. 24). La presunción del nexo causal implica que, ante determinados indicios, el juez presume la existencia de la causalidad (Ruda 2005, p. 366); y para efectos del presente artículo, se considerará la presunción *iuris tantu*, admitiendo así prueba en contrario.

2 FAO (2014). América Latina genera altas emisiones agrícolas de gases de efecto invernadero. Centro de Noticias ONU. Recuperado de <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=30151#.VA9R1sJ5OSo>

3 Informe del Grupo de Trabajo III - Mitigación del Cambio Climático. (2007). IPCC Fourth Assessment Report: Climate Change. Tendencias de las emisiones de gases de efecto invernadero.

A pesar de existir intentos doctrinarios para diferenciar entre la causalidad probabilística (y prueba indiciaria), como el realizado por los profesores Patti (1987, p. 52) y Franzoni (2001, p. 195), la inversión de la carga de la prueba y la presunción del nexo causal; en la práctica, todos constituyen mecanismos de flexibilización de la prueba. Asimismo, las doctrinas que avalan estos tres mecanismos coinciden en señalar que su aplicación no es arbitraria, sino que es realizada bajo determinados supuestos.

La aplicación de cualquiera de estos mecanismos tiene mayor aceptación en sede civil que en sede administrativa sancionadora, puesto que esta última se fundamenta en los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro* administrado. El primero implica que la administración debe probar los hechos constitutivos de la infracción y el segundo permite la absolución del administrado (empresa) cuando exista duda de su responsabilidad (Caballero, 2007, p. 28 y Morón, 2005, p. 32).

Dada la especial naturaleza de los daños ambientales y de su gran dificultad para probar con certeza nexo causal, los efectos positivos de la adopción de mecanismos de flexibilización de la prueba del nexo causal sí deberían adoptarse tanto en sede civil como administrativa, siempre y cuando dichos mecanismos no sean aplicados arbitrariamente, sino bajo determinadas circunstancias: (i) que la presunción de causalidad sea *iuris tantum* (lo que acarrea implícitamente inversión de la carga de la prueba), (ii) que se haya establecido la certeza —o por lo menos una probabilidad preponderante— de la idoneidad de la actividad o de la instalación para producir los daños imputados, y (iii) que se haya advertido el no cumplimiento de obligaciones ambientales administrativas.

Bajo dichas circunstancias se considera que los principios de presunción de inocencia y de *in dubio pro reo* (administrado) en el Derecho Administrativo Sancionador no son vulnerados por dos razones. Primero, no se discute la aplicación de estos principios en el análisis de tipicidad (si el acto realizado por el administrado coincide con el tipo base), sino en el análisis de causalidad de la agravante (daño). Segundo, los principios de la potestad sancionadora son garantistas por estar pensados para proteger a administrados que se encuentran en situación de desventaja frente a la administración (Minjus 2015, p. 25). No obstante, en materia ambiental, estos administrados no están indefensos ante el Estado, puesto que constituyen —en su mayoría— empresas que igualan —e inclusive sobrepasan— el poder de información, tecnológico y económico de una autoridad estatal.

Asimismo, se considera más ventajoso adoptar mecanismos de flexibilización que no adoptarlos, debido a que: (i) aumentaría el número de medidas de remediación y de compensación ambiental (tanto en sede civil como administrativa), (ii) en sede civil, es menos costoso (en términos de dinero, tiempo e información)

que la empresa pruebe la ruptura del nexo causal que las víctimas prueben la existencia del nexo causal, aspecto que puede repetirse en sede administrativa, y (iii) se incentivaría a las empresas a adoptar medidas de prevención efectivas.

i. Aumento de medidas de prevención y de compensación ambiental: Las medidas de remediación y compensación en sede civil y administrativa son necesarias para lograr que el ambiente sea rehabilitado, de modo tal que si se adoptasen mecanismos de flexibilización de la prueba del vínculo causal, las entidades de fiscalización ambiental podrían acusar e iniciar procedimientos administrativos con la presunción o inversión de la carga de la prueba, estando el administrado expedito para realizar su defensa en dicho procedimiento. De forma similar, si los particulares perjudicados con la contaminación no asumen los cuantiosos costos que implica probar el daño ambiental, habrá una ruptura de la barrera de acceso a la justicia, al ser menos engorroso para los perjudicados acceder a una compensación.

ii. La empresa se encuentra en mejores condiciones para probar la ruptura del nexo causal que los perjudicados y la administración para probar la existencia del nexo causal: Respecto del poder económico, los demandantes en sede civil (ciudadanos y pueblos afectados) no podrían costear la generación de pruebas y hacer estudios técnicos que permitan probar con certeza la causalidad; en cambio, las demandadas (empresas con gran poder económico) se encuentran en mejor posición para asumir la prueba de la ruptura del nexo causal. En sede administrativa, este razonamiento también puede ser aplicado, debido a que muchas empresas cuentan con mayor presupuesto que autoridades estatales.

En relación con el poder de contar y de generar información, es la empresa quien se encuentra en mejor posición técnica para conseguir información o, de ser necesario, generarla. En sede civil, sería injusto y desproporcionado solicitarle a la víctima que busque, costee e interprete información técnica altamente especializada. En sede administrativa, la información de la zona evaluada no necesariamente se encuentra a disposición del Estado Peruano, sino en poder del administrado (empresa); en efecto, las empresas realizan monitoreos y estudios técnicos adicionales a los contemplados en sus instrumentos de gestión ambiental que el Estado puede desconocer y que podrían ser claves para identificar el estado de la zona estudiada antes de que la empresa operara, o identificar su evolución una vez iniciadas las operaciones.

Con respecto al factor tiempo, durante la discusión del nexo causal y la obtención de pruebas, podrían incrementarse los costos ambientales de la futura remediación o, inclusive, el daño podría devenir en irreparable.

iii. Se generarían mayores incentivos que logren la adopción de medidas de prevención más efectivas: Ante un escenario de adecuada fiscalización ambiental, el incumplimiento de una obligación ambiental (infracción

administrativa) podría culminar en la imposición de una sanción y de una medida correctiva. Por ejemplo, si la infracción administrativa consistió en verter efluentes que incumplen los LMP (tipo infractor base), la administración podría dictar una medida correctiva de adecuación solicitando que la empresa mejore su planta de tratamiento de aguas residuales, y también podría dictar una sanción por el tipo base.

Esta sanción y medida correctiva (enfocada en corregir la infracción administrativa) puede resultar insuficiente cuando dicha infracción cause un daño ambiental que no pueda ser probado con certeza por la administración. Imaginemos que el vertimiento de efluentes sin cumplir LMP (tipo base) genera daño a un río (tipo infractor agravado), entonces, la administración no solo dictará una medida correctiva de adecuación (mejoramiento de la planta de tratamiento de aguas residuales), sino que adicionalmente, dictará una medida correctiva de remediación del río y aplicará una sanción más severa por el tipo agravado.

Si se adoptan mecanismos de flexibilización de la prueba del nexo causal, los costos de las medidas correctivas y sanciones por el tipo agravado serán mayores a la del tipo base; generando así incentivos para que las empresas adopten medidas de prevención más eficientes y adecuadas, destinadas a evitar daños ambientales.

#### **IV. ¿QUÉ DICEN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EXTRANJEROS RESPECTO A LA PRUEBA DEL NEXO CAUSAL EN MATERIA AMBIENTAL?: LA EXPERIENCIA ALEMANA Y ESPAÑOLA.**

Antes de abordar las normas sobre el nexo causal en Alemania y España se requiere hacer la distinción entre los tipos de daño a nivel ambiental. Los daños ambientales se clasifican en función del bien jurídico protegido: (i) daño ecológico puro o daño ambiental en sentido estricto, entendido como el daño al agua, aire, suelo, flora, fauna, ecosistema, paisaje, entre otros; y, (ii), daño ambiental tradicional, daño por contaminación o daño por influjo ambiental, entendido como aquel daño a la salud o vida de las personas como producto del daño ambiental (ALPA 2006, 529; GONZÁLES 2003, 26; PÉREZ 2009, 36; POZZO 2003, 3; RUÍZ 1996, 50; SANDS 2003, 876; VERNA 2006, 3-5; LOZANO 209, 92; ELÍAS 2011, 5).

- **Alemania**

La Ley alemana de Prevención y Reparación de Daños Medioambientales del 10 de mayo de 2007 - *UschadG*<sup>4</sup> incorporó al derecho interno la Directiva 2004/35/CE del 21 de abril sobre responsabilidad medioambiental, en relación

---

4 Umweltschadengesetz. (2007). Gesetz über die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden vom 10. Mai 2007, BGBl.

con la prevención y reparación de estos daños regida por la Ley Alemana de Responsabilidad Medioambiental conocida como *UmweltHaftungsgesetz* de diciembre de 1990.<sup>5</sup>

Ambas normas se complementan entre sí. Mientras la *USchadG* solo alcanza a los daños ecológicos puros y no prevé ninguna presunción del nexo causal, la *UmweltHaftungsgesetz* se restringe a los daños por influjo ambiental y sí prevé supuestos de presunción del nexo causal, conforme se deduce de su Sección 1<sup>6</sup>. Asimismo, la *USchadG* contiene reglas comunes y solo se aplica de forma subsidiaria cuando no existe una ley especial o cuando esta última otorgue un grado de protección menor.

En cuanto al nexo causal, la *USchadG* no prevé ninguna presunción del nexo causal, tal vez porque se aplica a los daños causados por todo tipo de actividades, tanto peligrosas (las contenidas en el Anexo 1), como no peligrosas. Así, es entendible que el legislador alemán no prevea presunción del nexo causal para los daños causados por actividades no peligrosas (contempladas en la *USchadG*), y sí prevea presunción del nexo causal para las actividades peligrosas (contempladas en la *UmweltHaftungsgesetz*).

Un supuesto de presunción del nexo causal (previsto en la *UmweltHaftungsgesetz*, aplicable para daños por influjo ambiental) se manifiesta cuando una instalación es de por sí adecuada para causar el daño que se produjo en los hechos del caso en particular. Como lo expresa el profesor Somma (1992, p. 1033), el dañado debe demostrar no solo la existencia del daño, sino también la concreta posibilidad que ese daño tenga relación con la producción de la empresa, cuyo titular ha sido citado en juicio. Tal presunción se rompe si la instalación ha sido debidamente explotada (según lo expresado en el párrafo 6, numeral 2).

De modo similar, el profesor Castañón (2006, p. 43), menciona uno de los supuestos considerados por la *UmweltHaftungsgesetz* (sección 6) para aplicar presunción del nexo causal, indicando que *“La Ley Alemana de Responsabilidad Ambiental, de 10 de Diciembre de 1990, encarna uno de los ejemplos más contemporáneos de presunción de imputación, ante un eventual hecho dañoso ambiental. Así, de acuerdo con el*

---

5 La *UmweltHaftungsgesetz* de 1990 era la norma más importante en materia de responsabilidad civil por daños ambientales en Alemania. Esta ley solo regulaba el daño ambiental tradicional, puesto que su párrafo 1 establecía que la responsabilidad por impactos ambientales se da cuando una persona sufre la muerte o lesiones a su integridad física o salud, o en caso de daños a la propiedad, debido a un impacto ambiental por actividades realizadas por una de las instalaciones indicadas en el apéndice 1, que indica que el operador de la instalación será responsable frente a la persona lesionada por los daños causados.

6 Ley Alemana de Responsabilidad Medioambiental (*UmweltHaftungsgesetz*). Section 1: Installation liability for environmental impacts: “If an environmental impact caused by an installation specified in Annex 1 causes a person’s death, injury to his body or damage to his health, or damage to an item of property, the operator of the installation shall have an obligation to compensate the injured person for the resulting damage.”

*artículo 6.1 de la citada ley, se presume que una instalación es la causa del daño cuya reparación se reclama, si dicha instalación es capaz de causar el daño. La capacidad se demostrará atendiendo a toda una serie de circunstancias, que son las siguientes: el funcionamiento de la instalación, los equipos utilizados, la naturaleza y concentración de las sustancias empleadas, los datos meteorológicos, el momento y lugar de acaecimiento del daño, la naturaleza y extensión del daño causado y cualquier otro factor que contribuya a demostrar que el daño puede haber sido causado por la instalación.”*

Por tanto, el ordenamiento jurídico alemán sí ha previsto la presunción del nexo causal bajo determinados supuestos que generen indicios razonables (no certeza plena) de que el procesado constituye el causante. Estos supuestos se fundamentan en las características de la instalación, dependiendo de si fue utilizada de conformidad con el uso para la cual fue pensada, esto es, si fue utilizada respetando sus obligaciones ambientales (permisos administrativos, órdenes o requerimientos fiscalizables y normas)<sup>7</sup>.

- **España**

La Ley de Responsabilidad Medioambiental N° 26 del 23 de octubre de 2007<sup>8</sup> traslada al Derecho español, la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. Esta ley se centra en el daño ecológico puro, consistente en el perjuicio a recursos naturales medioambientales, sean de

---

<sup>7</sup> Environmental Liability Act (UmweltHaftungsgesetz), section 6: Presumption of cause  
“(1) If an installation is likely to cause the damage that occurred on the basis of the given facts of the individual case, it is presumed that the damage was caused by this installation. The likelihood in the individual case shall be evaluated on the basis of the operating procedures, the facilities used, the type and concentration of the substances used and released, the meteorological factors, the time and place the damage occurred and the type of damage as well as all the other given facts that speak for or against the causing of damage in the individual case. (2) Paragraph 1 shall not be applicable if the installation was operated in accordance with its intended use. Operation in accordance with the intended use shall be deemed to exist if the specific operating obligations have been observed and there has been no disruption of operations. (3) Specific operating obligations are obligations deriving from administrative permits, requirements and enforceable orders and legal provisions, insofar as they aim to prevent environmental impacts that might cause the damage. (4) If there are mandatory controls to monitor a specific operating obligation in the permit, requirements, enforceable orders or legal provisions, compliance with this operating obligation shall be presumed if: 1. the controls were carried out during the period when the environmental impact at issue could have been caused by the installation and these controls provided no evidence of a contravention of the operating obligation, o 2. the environmental impact at issue took place more than ten years before the claim for damages was asserted.”

<sup>8</sup> Desarrollada mediante el Real Decreto N° 2090 del 22 de diciembre de 2008, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007.

titularidad pública o privada, dejando los daños por influjo ambiental al Derecho Común<sup>9</sup>.

Una de las principales novedades de esta ley es la regla de presunción de causalidad, conforme a la cual, si una actividad económica o profesional incluida en el Anexo III de dicha Ley es idónea para causar el daño (atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en la que ha sido desarrollada), se considera que lo ha causado<sup>10</sup>. La presunción admite prueba en contrario, aunque la ley no indique qué prueba sería necesaria para desactivar la presunción.

Por ello, al igual que el sistema alemán, las normas españolas han previsto la aplicación de la presunción del nexo causal cuando la instalación que habría causado el daño se encuentre en una lista que incluye instalaciones de combustión, producción y transformación de metales, industrias minerales, industria química, gestión de residuos, industria del papel y cartón, industria textil, industria del cuero, industria agroalimentaria y ganadera, consumo de disolventes orgánicos e industria del carbono<sup>11</sup>.

## **V. ¿QUÉ DICEN LAS NORMAS PERUANAS SOBRE EL NEXO CAUSAL POR DAÑOS AMBIENTALES EN SEDE CIVIL Y ADMINISTRATIVA?**

Una de las normas peruanas más importantes en materia ambiental es la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, la cual combina disposiciones civiles y administrativas en un mismo cuerpo normativo; así la naturaleza de cada artículo dependerá de una lectura conjunta y sistemática con otras normas ambientales. El Artículo IX de dicha ley es aplicable tanto en la vía administrativa como en la civil. Este adopta el principio de responsabilidad ambiental, mediante el cual, el causante de la degradación del ambiente está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados.

---

9 Para darnos cuenta de ello, basta dar lectura a su Artículo 5º que declara la no aplicación de la ley para reparar los daños que sufran los particulares en sus personas, bienes y derechos (daños no medioambientales).

10 Ley 26/2007, Ley de Responsabilidad Medioambiental de España; Artículo 3: Ámbito de aplicación. "1. Esta ley se aplicará a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales enumeradas en el anexo III, aunque no exista dolo, culpa o negligencia... Se presumirá, salvo prueba en contrario, que una actividad económica o profesional de las enumeradas en el anexo III ha causado el daño o la amenaza inminente de que dicho daño se produzca cuando, atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en que se ha desarrollado, sea apropiada para causarlo. (...)"

11 La Ley 26/2007 de España indica que la presunción del nexo causal se aplicará a aquellas instalaciones consideradas en su Anexo III, el cual nos remite al Anexo I de la Ley 16/2002 de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, que incluye una lista pormenorizada de instalaciones, separadas en función al rubro de la actividad.

Asimismo, aunque el proyecto original de la Ley General del Ambiente sí establecía una presunción del nexo causal, esta disposición fue eliminada posteriormente. El profesor Lanegra (2006) indica que el texto primigenio enuncia lo siguiente: *“En materias distintas a la penal, si por los antecedentes del caso o las responsabilidades legales atribuidas, el daño ambiental pudo haber sido originado por una acción u hecho atribuible a un agente, se presumirá la relación de causalidad entre éste y el daño ambiental. En estos casos el descargo corresponde al agente.”* Aunque se desconoce qué debería entenderse por los “antecedentes del caso” y “las responsabilidades legales atribuidas”, se debe reconocer la preocupación de los redactores del proyecto original por adoptar un mecanismo que permita flexibilizar la prueba del nexo causal para los perjudicados. Este aspecto no se advierte en la Ley General del Ambiente del 2005 aún vigente.

En sede civil, la Ley General del Ambiente no especifica los criterios a tenerse en consideración para la prueba del nexo causal, limitándose a establecer en su Artículo 146° los supuestos de ruptura del nexo causal (como la concurrencia de dolo de la víctima, el caso fortuito o fuerza mayor, y la no contravención de normas ambientales aunada al consentimiento previo por parte del perjudicado). Estos supuestos de ruptura del nexo causal guardan cierta similitud a los establecidos en el Artículo 1972° del Código Civil (caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante de tercero e imprudencia de la propia víctima).

Asimismo, el Artículo 196° del Código Procesal Civil es claro en expresar que todo aquel que afirma un hecho tiene la carga de probarlo.

En sede administrativa, tomando como base la Ley General del Ambiente y el Código Civil, el Numeral 3 del Artículo 4° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/CD, establece que en aplicación de la responsabilidad objetiva, una vez verificado el hecho constitutivo de la infracción administrativa, el administrado investigado podrá eximirse de responsabilidad solo si logra acreditar de manera fehaciente la ruptura de nexo causal, ya sea por caso fortuito, fuerza mayor o hecho determinante de tercero.

El Artículo 162° de la Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General establece que la carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio, correspondiendo a los administrados aportar pruebas. Asimismo, el principio de impulso de oficio es definido en el Numeral 3 del Artículo IV de la misma norma como aquel que permite a las autoridades dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias. Esta perspectiva es reforzada con la adopción del principio de presunción de licitud en materia sancionadora (Numeral 9 del Artículo 230° de la referida ley), mediante

el cual se dispone que las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia de lo contrario.

De conformidad con lo anterior, por regla no se admiten presunciones del nexo causal ni inversión de la carga de la prueba en sede administrativa sancionadora ni en sede civil. No obstante, el Derecho Civil es más proclive a adoptar doctrinas y teorías mediante desarrollo jurisprudencial. Por ende, aunque una reforma normativa para incorporar presunciones de causalidad sería deseable en sede civil, no sería necesaria. En cambio, el Derecho Administrativo Sancionador es más hermético y reticente a adoptar doctrinas y teorías por medio de la jurisprudencia administrativa, máxime cuando sus decisiones podrían contravenir los principios de legalidad, licitud e *in dubio pro administrado*. Por ello, se considera necesaria y urgente una reforma normativa a nivel administrativo que incluya supuestos de aplicación de presunción de causalidad o de inversión de la carga de la prueba.

Tomando en consideración ordenamientos jurídicos extranjeros que han adoptado mecanismos de flexibilización de la prueba del nexo causal, la reforma legal en el Perú puede ser construida conforme a nuestra experiencia en materia de fiscalización ambiental, previendo así supuestos que generen indicios razonables de la existencia de causalidad. Al respecto, se puede optar por atribuir presunción del nexo causal cuando el daño tuvo lugar dentro del ámbito de influencia de una instalación riesgosa o peligrosa; incluyendo así a todas las actividades económicas que requieran un instrumento de gestión ambiental para operar (esto es, que estén afectas a la ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental); u optar por establecer un listado de las actividades que se encontrarán afectadas por dicha presunción de nexo causal. Al respecto, la autora de este artículo se inclina por preferir la segunda opción.

Asumiendo que la mejor opción es adoptar un listado de actividades que permitan la presunción de causalidad, el profesor Ruda (2005, p. 368) compila una serie de supuestos adoptados en normas extranjeras; existiendo esta presunción cuando: (i) el daño se produjo “(...) dentro del ámbito de influencia de una instalación peligrosa para el medio ambiente y por sustancias utilizadas en su funcionamiento”, (ii) “(...) la instalación en cuestión haya emitido sustancias que por su tipo, concentración y la duración de la emisión fuesen idóneas para causar el daño”, (iii) “(...) el responsable haya vulnerado deberes de medición, protocolización o documentación”, (iv) “(...) se haya excedido los límites establecidos para evitar lesiones del medio ambiente (...) u otros deberes con el mismo fin”, (v) “(...) la instalación en la que se haya producido una perturbación del funcionamiento regular sea idónea para causar el perjuicio del medio ambiente”, y (vi) “(...) que lisa y llanamente no exista ninguna otra causa posible”.

Sobre la base de los criterios previamente mencionados, se presenta una propuesta de lista —meramente enunciativa— de supuestos que justifiquen la

adopción de estos mecanismos de flexibilización. Así, se presumirá la existencia de nexo causal por daños ambientales cuando:

- (i) Exista incumplimiento de una obligación ambiental que pueda conllevar a una infracción administrativa. Para ello, solo se requerirá que el incumplimiento esté relacionado con el daño; esto es, por ejemplo, que si el río fue contaminado con cobre y la empresa incumple sus LMP en el parámetro arsénico, no existirá relación entre el incumplimiento y el daño, ergo, no existirá nexo causal. En cambio, si ante las constantes lluvias, una poza de clarificación de agua se desborda e inunda pastizales con agua incorrectamente tratada, deberá asumirse una presunción de causalidad.
- (ii) La instalación en cuestión haya emitido sustancias que, por su tipo, concentración y duración de la emisión o vertimiento fuesen idóneas para causar el daño. Este supuesto podría calzar con el caso presentado al inicio de este artículo, consistente en una presa antigua de relaves mineros que no posea material impermeable en su estructura, ubicada cerca de manantiales y ríos que han sobrepasado los ECA. De este modo, la administración no tendría que asumir los costos de estudios técnicos especializados que, a su vez, pueden demorar años en mostrar frutos.
- (iii) Que el responsable haya excedido los LMP u otros patrones (niveles máximos objetivos, etc) que tengan el mismo fin. Por ejemplo, si una empresa vierte sus efluentes con concentraciones de cobre que superan los LMP, y el río posee altas concentraciones de cobre, se debería presumir que dicha empresa es la causante del daño.
- (iv) No exista ninguna otra causa posible. Por ejemplo, si se detectó grandes cantidades de dióxido de azufre en el aire y en las personas que habitan una comunidad cercana a un complejo metalúrgico de cobre, plomo y zinc y, además no existe otra fuente de dióxido de azufre en la zona estudiada; entonces, se debe asumir que el causante del daño es la empresa.
- (v) El administrado incumplió con remitir al fiscalizador, los reportes de monitoreo periódicos que posean información respecto del componente ambiental afectado (agua, aire, suelo, flora, fauna, etc) o de las sustancias vertidas o dispuestas en dicho componente ambiental (efluentes, emisiones, etc). Ante este supuesto, la empresa tiene expedita la vía procedimental para presentar sus informes de monitoreo como pruebas a su favor.

En el escenario normativo actual —que no permite expresamente la presunción de causalidad, ni la inversión de la carga de la prueba— ¿qué puede hacer la administración para incrementar las medidas de remediación y de compensación ambiental? En respuesta, la administración podría considerar que en determinados supuestos (explicados en párrafos anteriores) existen indicios

razonables de causalidad, con lo cual daría por probada la causalidad, admitiendo solo argumentos tendentes a comprobar la ruptura del nexo causal; de este modo, la administración no vulneraría los principios de legalidad, licitud, ni *in dubio pro administrado*, porque consideraría a dichos indicios como prueba suficiente.

Al respecto, si bien la carencia de normas adecuadas dificulta la aplicación de un determinado mecanismo, ello de ningún modo puede ser un obstáculo o límite para que las instancias administrativas otorguen una compensación y/o ordenen a la empresa la adopción de medidas correctivas dirigidas a prevenir, cesar, remediar o compensar los daños ambientales.

Para ello, se requiere que la administración, los jueces contenciosos-administrativos y constitucionales (quienes deberán resolver estas controversias cuando las empresas soliciten la nulidad de la resolución en estancias administrativas) comprendan las características especiales de los daños ambientales, la dificultad de la prueba del nexo causal, así como el hecho de que los costos ambientales que implican adoptar mecanismos de flexibilización de la prueba de causalidad son incluso menores que no adoptarlos y que, en la mayoría de los casos, se enfrentan a sujetos que no se encuentran en estado de indefensión (como un trabajador al que le inician un procedimiento administrativo), sino a empresas que pueden tener mayor poder económico y de información que la entidad de fiscalización.

Finalmente es importante que estos funcionarios y servidores públicos entiendan la importancia de generar incentivos para que las empresas adopten medidas de prevención eficaces. Respecto a este último punto, las empresas son las únicas capaces de prevenir la generación de daños ambientales (prevención unilateral). Inclusive en aquellos supuestos en los que la certificación y la fiscalización ambiental hayan sido realizadas con éxito, es la empresa la única que puede adoptar mecanismos de prevención adecuados y remediar los impactos generados.

## VI. CONCLUSIONES

Los mecanismos de flexibilización de la carga de la prueba del nexo causal por daños ambientales constituyen un tema que, a pesar de su trascendencia, ha pasado desapercibido en los tribunales peruanos. Con el fin de iniciar la discusión en torno a la aplicación de estos mecanismos en el Perú, se identificó a la causalidad como un elemento presente tanto en sede civil como administrativa. Así, mientras que en vía civil la causalidad vincula la acción con el daño, en vía administrativa la causalidad tiene dos manifestaciones, la primera referida a la relación entre la acción y la infracción, que se encuentra inmersa en el análisis de tipicidad (tipo base); y la segunda referida al vínculo entre la infracción/acción y el daño (tipo agravado), siendo esta última la relación causal estudiada en este artículo.

Asimismo, la prueba del nexo causal por daños ambientales es extremadamente complicada debido a diversos motivos: que pueden existir dos o más posibles

autores no identificados; que no se puede determinar en qué proporción cada autor causó el daño; que no se puede conocer los efectos del daño; o bien que el daño se puede deber a dos o más hechos; que no se puede identificar a todas las víctimas; o, finalmente, que su prueba certera puede ser imposible o demorar años, tiempo de espera que podría generar que el daño se convierta en irremediable. Ante ello, se justifica la aplicación de mecanismos de flexibilización de la prueba como la causalidad probabilística, la presunción del nexo causal y la inversión de la carga de la prueba, que han sido asumidos —bajo determinados presupuestos— por ordenamientos jurídicos extranjeros como el alemán y el español.

Mientras que la aplicación de estos mecanismos de flexibilización en vía civil podría ser fácilmente realizada mediante la jurisprudencia sin requerir una reforma normativa; en vía administrativa su implementación es más compleja por enfrentarse a los principios de licitud, presunción de inocencia e in dubio pro administrado. Sin embargo, estos principios no se verían vulnerados si se permitiese prueba en contrario y si se aplicara bajo determinados supuestos que generen indicios razonables para que el juzgador pueda determinar que el demandado/administrado es el autor del daño (haber vulnerado una obligación administrativa, superar los LMP, o emitir sustancias que, por su cantidad y constancia, fuesen idóneas para causar el daño, entre otras).

La reforma legislativa es deseable. Sin embargo, la carencia de normas adecuadas no debería constituir un limitante para que la administración imponga medidas de remediación y compensación. Es vital sensibilizar a las instancias civiles y administrativas de las características especiales de los daños ambientales que dificultan su prueba, así como de que los costos ambientales que implican adoptar mecanismos de flexibilización son menores que no adoptarlos; de que se enfrentan a empresas que podrían tener mayor poder económico y de información que la misma entidad fiscalizadora; y de que los administrados son los únicos que capaces de prevenir la generación de daños ambientales (prevención unilateral), por lo que aplicar presunciones de causalidad, podría generar incentivos de adopción de mecanismos de prevención.

Si bien existen otros aspectos de vital importancia que no han podido ser abordados en este artículo, por motivo de espacio, el debate ha sido iniciado y se espera contar con mayores discusiones sobre el tema, futuras mejoras legislativas y una adecuada interpretación de las normas por parte de entidades fiscalizadoras a nivel ambiental.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alarcón , L. (2014) Los confines de las sanciones: En busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador. *Revista de Administración Pública*. 195. 135-167.

- ALPA, Guido (2006). *Nuevo tratado de la responsabilidad civil, Al cuidado de Leysser L. León*. Lima: Jurista Editores.
- Baca V. (2010). ¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano. *I Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, Mendoza.
- Bianca, M. (1994). La responsabilit . *Diritto civile* 5. Milano: Giuffr .
- Caballero G, J. (2007). *Procedimientos contencioso-administrativo: síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales y Fiscalía General del Estado*. Madrid: Dykinson.
- Casta n del Valle, M. Valoración del Daño Ambiental, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Recuperado el 30 de junio de 2016 de [http://www.pnuma.org/gobernanza/documentos/Valoracion\\_Dano\\_Ambiental.pdf](http://www.pnuma.org/gobernanza/documentos/Valoracion_Dano_Ambiental.pdf).
- De Trazegnies, F. (2003). *La responsabilidad extracontractual*. (Tomo I). (7ma ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Diez Picazo, L., Ponce de León. (1999). *Derecho de daños*. (1ra ed.). Madrid: Civitas.
- Elias Canta o, R. (2011). *La Responsabilidad Civil al Medio Ambiente*. Recuperado el 02 de febrero de 2014 de: <http://es.scribd.com/doc/61861329/La-Responsabilidad-Civil-Al-Medio-Ambiente>.
- Espinoza Espinoza, J. (2007). *Derecho de la responsabilidad civil*. (5ta. ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Franzoni, M. (1993). *Dei fatti illeciti*. En: Scialoja, A. y Branca G. (eds.). Dirigido por Galgano, Francesco. Commentario del codice civile. Zanichelli - Societ  Editrice. (II foro). Bolo a-Roma.
- Franzoni, M. (2001). *La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones*. En: León, Leysser (ed.), Estudios sobre la responsabilidad Civil, Lima: Ara Editores.
- Gómez Tomillo, M. (2010). *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*. (1ra ed.). Valladolid: Lex Nova.
- Gonzáles Márquez, J. (2003). "*La Responsabilidad por el Daño Ambiental en América Latina*". Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. México D.F., diciembre.
- Hurtado Pozo, J. (1987). *Manual de Derecho Penal: Parte General 1*. (2a ed.). Lima: EDDILI.
- Lanegra, I. (2006).  Es la Ley General del Ambiente una norma "disminuida"? Derecho Ambiental: diálogo y debate sobre Derecho y Política Ambiental e Indígena. Recuperado el 14 de abril de 2014 de: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechoambiental/2006/09/28/es-la-ley-general-del-ambiente-una-norma-disminuida/>
- Lozano Cutanda, B. (2009). *Derecho Ambiental Administrativo*, Madrid: Dykinson.
- Mallea  lvarez, M. Las Acciones derivadas del daño ambiental y el proceso ambiental en Chile. Recuperado el 15 de abril de 2014 de: [http://www.achidam.cl/Documentos/acciones\\_derivadas\\_dano\\_ambiental\\_y\\_el\\_proceso\\_ambiental\\_en\\_chile.pdf](http://www.achidam.cl/Documentos/acciones_derivadas_dano_ambiental_y_el_proceso_ambiental_en_chile.pdf)
- M njus. (2015). Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado el 28 de julio de 2016 de: <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/06/MINJUS-DGDOJ-Gu%C3%ADA-pr%C3%A1ctica-sobre-el-procedimiento-administrativo-sancionador.pdf>
- Monateri, P. (1998). *La responsabilit  civile*. En: Sacco, Rodolfo (ed). *Trattato di Diritto Civile*, Torino: UTET.
- Mor n Urbina, J. (2005). *Los Principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la ley peruana*.
- Mor n Urbina, J. (2011). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. (9na ed.) Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Patti, S. (1987). *Delle prove-disposizione generali*. En: Galgano, F. (ed). Commentario del códice civile Scialoja-Branca. Bologna: Zanichelli Editore.
- Peña Chac n, M. (2005). *Daño responsabilidad y reparación ambiental*. Recuperado el 30 de julio de 2016 de: [http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10\\_penachacon03.pdf](http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_penachacon03.pdf)
- Pérez, G. (2009). *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente en el Derecho Comparado. Prolegómenos - derechos y valores*. (Vol. XII). Bogotá.

## La prueba del nexo causal por daños ambientales en el Perú: Análisis comparado

- Pozzo, B. (2003). *Responsabilità per danno all'ambiente: valutazioni giuridiche ed economiche*.
- Ruda, A. (2005). *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente*. Cataluña: Universidad de Girona.
- Ruíz, R. (1996). *Hacia un nuevo tratamiento jurídico del daño ecológico en la ley ambiental chilena*. Ambiente y Desarrollo. (Vol. XII).
- Sands, P. (2003). *Principles of international environmental law*. (2a ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Somma, A. (1992). *Il danno ambientale nel sistema tedesco di responsabilità civile*. Padua: CEDAM.
- Taboada, L. (2003). *Elementos de la responsabilidad civil*. (2a ed.). Lima: Grijley.
- VERNA, V. (2006). *La responsabilidad por el daño ambiental en la nueva Ley General del Ambiente*. *Actualidad Jurídica*. (Tomo 144).
- Villavicencio, F. (2013). *Derecho penal: parte general*. Lima: Grijley.



# Los efectos del ‘Paquetazo Ambiental’: avances y retrocesos en el proceso de ordenamiento territorial y fiscalización ambiental en Perú<sup>1</sup>

ESTEBAN VALLE RIESTRA

Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR)  
<e.valleriestra.padro@gmail.com>

**RESUMEN:** Este artículo plantea los avances y retrocesos de la gestión ambiental en el Perú referente al ordenamiento territorial y fiscalización ambiental durante la última década, en la cual se elaboraron normas que determinaron los alcances y lineamientos de ambos aspectos, las mismas que fueron modificadas en 2014 por medio de la Ley 30230. Este cambió simplificó los procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión, pero limitó las facultades legislativas y sancionadoras del MINAM y el OEFA, respectivamente. Debido a esta ley, uno de los llamados ‘Paquetazos ambientales’, los progresos alcanzados en el proceso ordenamiento territorial se detuvieron y el Estado perdió hasta \$ 20 millones por las multas que se dejaron de cobrar.

*Palabras clave:* Perú, Gobernanza ambiental, Fiscalización ambiental, Ordenamiento Territorial, OEFA, Ministerio del Ambiente, Paquetazos ambientales.

**Title:** The effects of the ‘Environmental Package’: Progress and setbacks in the process of Territorial Planning and Environmental Control in Peru

**ABSTRACT:** This article deals with the advances and setbacks of environmental management in Peru in relation to two aspects: territorial planning and environmental control. In the last ten years, a set of rules were elaborated that specified the scope and guidelines of both aspects. However, in 2014, Law 30230, following an interest in the simplification of procedures and permits for the promotion and dynamization of investment in the country, generated a significant setback by making it impossible for MINAM to approve the National Policy of Land Use Planning and, in parallel, by cutting the sanctioning powers of the Environmental Assessment and Control Agency (OEFA). Through this law, one of the so-called ‘Environmental Paquetazos’, paralyzed the progress of the land management process and the State lost up to US \$ 20 million in uncollected fines, weakening environmental management in the country.

*Key words:* Peru, Environmental governance, Environmental control, Land use planning, OEFA, Ministry of the Environment, environmental issues.

---

1 Este artículo toma como insumo principal los aportes del informe de DAR “Ambiente y Recursos Naturales del Perú en el quinquenio 2011-2016”, elaborado por Marc Dourojeanni, Ernesto Raez y Esteban Valle Riestra, de próxima publicación.



## I. INTRODUCCIÓN

En los últimos 10 años la gestión ambiental en el Perú ha mostrado avances significativos, pero al mismo tiempo retrocesos notorios y preocupantes. Las mejoras introducidas al marco legal ambiental nacional lograron que el Estado peruano cuente con las herramientas necesarias para ser práctico en el control de sus recursos naturales y eficiente en la prevención de los impactos ambientales y sociales que generan las actividades económicas. Sin embargo, el interés de los gobiernos de turno por incentivar la inversión en los sectores extractivos derivó en un proceso de desmantelamiento de las reformas, el cual continúa hasta hoy.

En la última década, la gestión ambiental en el Perú ha logrado progresos relevantes, pero también retrocesos alarmantes. Las mejoras legales que se desarrollaron en el campo ambiental permitieron que el Estado tenga el control sobre los recursos naturales y se anticipe a cualquier impacto ambiental y social producido por las actividades económicas. Pese a ello, los intereses de los gobiernos de turno promovían la inversión de las actividades extractivas y lograron la modificación de las reformas.

Esta predilección se evidencia en las modificaciones normativas realizadas en los últimos gobiernos respecto al proceso de ordenamiento territorial – entendido en el contexto nacional como el proceso que busca crear herramientas de gestión ambiental para la correcta ocupación y uso ordenado del territorio (MINAM, 2016)-; y la definición de los alcances de la fiscalización ambiental – la capacidad del Estado para supervisar, evaluar y sancionar el cumplimiento de las obligaciones ambientales (OEFA, S/F)-. Luego de la creación del Ministerio del Ambiente en el año 2008, se le encargó a la Dirección General de Ordenamiento Territorial (DGOT) la gestión de los procesos de ordenamiento territorial, mientras que el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) asumió las competencias relativas a la fiscalización ambiental. En esta etapa se definieron los instrumentos necesarios para determinar el ordenamiento territorial y se motivó a los Gobiernos Regionales a promoverlos en sus territorios. También se fortaleció la capacidad sancionadora del OEFA, se establecieron y reglamentaron sus mecanismos de supervisión y se definió sus fuentes de financiamiento.

Sin embargo, distintos cambios introducidos en la normativa han perjudicado las mejoras, siendo la Ley 30230, “Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país” (julio de 2014), la mayor responsable del retroceso.

Dicha ley, considerada entre los Paquetazos Ambientales’ que fueron aprobados en esta época, fue elaborada en su totalidad por el Ministerio de Economía y Finanzas sin participación alguna del MINAM y bajo la gran presión ejercida por los gremios empresariales y de la industria extractiva, específicamente de la Sociedad Nacional

de Minería, Petróleo y Energía y la Sociedad Nacional de Hidrocarburos (Durand, 2016).

Esta presión hizo que el Gobierno se alinee al discurso en contra de la recargada cantidad de requerimientos administrativos que comprometen los proyectos productivos, a la cual acusaban de impedir la inversión de US\$ 22 mil millones<sup>2</sup>. Esto derivó en la implementación de nuevas normas que reducían el número y demora de los trámites, además de acelerar los proyectos de inversión, principalmente los mineros y petroleros.

Respecto a los temas que abarca este artículo, esta norma dejó sin efecto el poder para determinar usos y exclusiones de uso del territorio y limitó el poder fiscalizador de la OEFA, reduciendo la severidad de las sanciones por faltas que atenten contra el ambiente (Ver cuadro 1).

**Cuadro 1.** Artículos de la Ley 30230 que debilitaron el proceso de ordenamiento territorial y la fiscalización ambiental

ARTÍCULOS	DISPOSICIONES	ANÁLISIS
19° (y 12°)	Reduce y limita las facultades del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) para imponer sanciones. Establece un plazo de tres años durante el cual el OEFA "privilegiará las acciones orientadas a la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental" y solo tramitará "procedimientos sancionadores excepcionales" (en lo que era un trámite normal). En caso de imponerse sanciones por las infracciones, no podrán ser superiores al 50% de la multa que correspondería aplicar. El OEFA no podrá administrar directamente los dineros de las multas.	<i>Se rompe con la lógica de cálculo de las multas para favorecer a los infractores, las cuales fueron planteadas para que las sanciones superen el beneficio económico de las infracciones. Con esto se genera un incentivo erróneo para operadores irresponsables, perjudicando así el derecho a la salud ambiental de la sociedad.</i>
22°	Precisa que ni la Zonificación Económica Ecológica, ni el Ordenamiento Territorial asignan usos ni exclusiones de uso. La Política Nacional de OT deberá ser aprobada por el Consejo de Ministros; no se menciona la participación del Ministerio del Ambiente ni la de los gobiernos regionales, competentes según la legislación vigente.	<i>Le resta importancia al uso del Ordenamiento Territorial como proceso encargado de gestionar los territorios. Al perder sus facultades, los que podrían ser instrumentos de gobierno devienen en simples insumos. Se invisibilizan los roles que no son mencionados.</i>

Fuente: DAR, informe "Ambiente y Recursos Naturales del Perú en el quinquenio 2011-2016", S/F, S/P.

Sobre estos cambios normativos, a partir de la evaluación de sus objetivos y efectos, demostraremos que la gestión ambiental en el Perú presenta periodos de relativa fortaleza y otros de pronunciada debilidad. Partiendo de esta observación,

2 La República. Tramitología y conflictos traban \$ 22 mil millones en inversiones. Recuperado el 27 de septiembre de 2017 de <https://goo.gl/xabnGa>

detallaremos las implicancias de los principales cambios normativos en el Perú. Nos centraremos en el periodo que va desde el año 2011 hasta la actualidad utilizando la Ley 30230 como punto de referencia.

## II. ORDENAMIENTO TERRITORIAL

### Situación previa

Los primeros cambios normativos que sufrió el ordenamiento territorial buscaban especificar las herramientas necesarias para realizar este proceso. El objetivo del MINAM era que estas herramientas brinden un soporte técnico que permita definir los potenciales usos del territorio para colocarlos por encima de cualquier valoración social o política. La implementación de estos instrumentos complejizó aquello que de por sí ya era difícil de impulsar.

En 2011, el ordenamiento territorial se dividía en dos fases: como insumo previo, el proceso requería la elaboración de un estudio de Zonificación Ecológica y Económica (ZEE), posteriormente, la definición de un Plan de Ordenamiento Territorial (POT).

La DGOT, como se mencionó anteriormente, es la oficina encargada de conducir y guiar este proceso en todo el Perú. Pese a ello, los gobiernos regionales y locales son los únicos responsables de elaborar y aprobar los instrumentos necesarios para su elaboración. Y debido a la limitada capacidad de ambas entidades, los avances que se lograron bajo este modelo y a esa fecha fueron bastante modestos: apenas 6 regiones de 24 lograron la elaboración y aprobación de una ZEE<sup>3</sup>. Pero incluso en este contexto las experiencias eran diferentes: por un lado, mientras en la región San Martín el POT se implementaba en la toma de decisiones (Bernaola, 2015), en la región Cajamarca la ZEE era criticada por su metodología deficiente y su oposición a la gran minería (Glave, 2011; MINAM, 2016)<sup>4</sup>.

Pese a las dificultades, el ordenamiento territorial logró una especial atención durante ese período debido a las protestas generadas por los proyectos mineros Conga y Tía María.

Las deficiencias en la planificación del uso del territorio fueron señaladas como el detonante de estos conflictos, según el gobierno y expertos en el tema. Propusieron entonces impulsar nuevamente los procesos de ordenamiento para evitar las confrontaciones y prevenir los posibles daños socioambientales<sup>5</sup>. Debido a

3 Amazonas, Callao, Cusco, Madre de Dios, San Martín y Cajamarca.

4 MINAM indica que a pesar de que Cajamarca tenía aprobada la ZEE mediante ordenanza regional, ésta aún mantenía observaciones del ministerio que fueron absueltas posteriormente.

5 Andina. (2012). Ceplan: Ordenamiento Territorial contribuirá a reducir conflictos sociales. Recuperado el 1 de noviembre de <https://goo.gl/BzWyb7>. Semana Económica. (2011). Defensoría del Pueblo: Ordenamiento territorial ayudará a disminuir conflictos sociales. Recuperado el 26 de septiembre de <https://goo.gl/AHNIIm>.

esto, el interés por desarrollar los procesos de ordenamiento territorial para declarar zonas de uso y de exclusión de determinadas actividades, principalmente extractivas, incrementó a nivel regional y provincial.

Pese a la coyuntura, la DGOT reformó el proceso, agregando nuevos mecanismos para formular los POT, incrementando los pasos y procedimientos previos que si bien pretendían hacer más riguroso el recojo de información, encarecieron el proceso e incrementaron el tiempo necesario para su ejecución.

El MINAM sostiene que esta política buscó precisar y armonizar los aspectos técnicos y metodológicos de las herramientas usadas ya que, hasta el 2011, sólo la ZEE, el primer procedimiento de carácter general que conforma el proceso, se encontraba normado<sup>6</sup>, siendo necesario delimitar los alcances y ocupar los vacíos que se encontraban en el camino hacia la formulación de los POT mediante la elaboración de otros estudios complementarios (MINAM, 2016, pp. 58-59). Así, en mayo de 2013, el Ministerio incorporó dos nuevos Instrumentos de Gestión Ambiental (IGA) al proceso: a la ZEE se sumarían un conjunto de Estudios Especializados (EE) y un Diagnóstico Integrado del Territorio (DIT) como pasos intermedios hacia el POT<sup>7</sup>.

La nueva normativa hizo que los gobiernos sub nacionales modifiquen sus avances a las nuevas reglas del MINAM, retrasando el uso de la ZEE como instrumento para tomar decisiones. Pese a que el proceso se expandía, luego de tres años de aprobada la norma, el MINAM mostraba alcances, pero muy escasos: 13 Gobiernos Regionales culminaron sus procesos de ZEE, mientras que solo 7 se encontraban realizando los estudios especializados. A pesar de ello, ninguna región había empezado a elaborar un DIT, y mucho menos contaba un POT aprobado bajo este nuevo esquema.

### **Situación actual**

Introducir nuevos requerimientos hizo más complejo el OT, además de alargar los costos y tiempos para su ejecución. Sin embargo, la Ley 30230 deshizo cualquier oportunidad para que este proceso se use para limitar las inversiones extractivas, ya que determinó que ni este proceso ni la ZEE, conjuntamente, “asignan usos ni exclusiones de uso” del territorio, y estableció que la Política Nacional de Ordenamiento Territorial debía ser validada por el Consejo de Ministros. Consecuentemente, el ordenamiento territorial quedó definido como un proceso técnico y administrativo sin fuerza política. En el mejor de los casos,

---

6 DS N° 087-2004-PCM del año 2004 y DS N° 010-2006-CONAM/CD del año 2006.

7 Resolución Ministerial 135-2013-MINAM, Guía Metodológica para la Elaboración de los Instrumentos Técnicos Sustentatorios.

podría considerarse como un proceso para proyectar la ocupación ordenada del territorio riguroso en el recojo de información, con etapas y metodologías definidas y en donde participan los tres niveles de gobierno y la sociedad civil, pero sin la posibilidad de que su resultado excluya o restrinja usos ni derechos.

Estas precisiones metodológicas a los instrumentos y definición de los alcances del ordenamiento territorial han hecho que el avance esté aún lejos de la meta de cubrir todo el territorio nacional y, principalmente, de tener fuerza ejecutiva. Además, el MINAM sostiene que las precisiones obedecieron a la intención de que el ordenamiento territorial sea una herramienta que brinde un sustento técnico para la toma de decisiones en las regiones y no sea tomado como un mecanismo de negociación política (MINAM, 2016, pp. 9-222). Desde la sociedad civil, el carácter “referencial” que ahora posee el proceso le quita su finalidad regulatoria del territorio para garantizar el desarrollo sostenible<sup>8</sup>. En conclusión, los dispositivos y medidas creados por el MINAM restaron impulso al ordenamiento territorial.

Adicionalmente, la aprobación del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del MINAM<sup>9</sup> realizada en abril de 2017, acabó definitivamente con los avances conseguidos respecto al ordenamiento territorial. Esta norma, según el ex ministro del Ambiente Manuel Pulgar Vidal, hizo que el MINAM renuncie ilegalmente a las competencias con las que contaba para la conducción multisectorial de este proceso<sup>10</sup>. Tener la rectoría sobre el ordenamiento territorial implicaba poseer las facultades para armonizar los intereses de los distintos sectores bajo un solo criterio, enfocado en garantizar la sostenibilidad ambiental. Pero a pesar de que la asignación de estas competencias se encontraban respaldadas por la Ley General del Ambiente, el MINAM optó por restringir sus acciones a solamente lo concerniente al “ordenamiento territorial ambiental”, categoría que no se encuentra definida legalmente<sup>11</sup>.

De esta manera, la decisión del ministerio ha desconcentrado la dirección de los procesos y abandonado a su suerte los estudios y planes de ordenamiento territorial en marcha en las regiones, retrocediendo 16 años los logros conseguidos en materia ambiental.

---

8 Plataforma para el Ordenamiento Territorial. (2016). Organizaciones de la sociedad civil muestran preocupación por temas descentralización y ordenamiento territorial. Recuperado el 8 de agosto de <https://goo.gl/LOCwNy>.

9 Decreto Supremo N°002-2017-MINAM, 28 de abril de 2017.

10 Mongabay Perú. El Minam ha renunciado de manera ilegal a su facultad de ordenamiento territorial a nivel nacional. Recuperado el 30 de abril de 2017 de <https://goo.gl/AgWpNT>

11 SPDA Actualidad Ambiental. Fernando Neyra: Quitarle Ordenamiento Territorial al MINAM es retroceder 16 años de trabajo. (Entrevista). Recuperado el 2 de mayo de 2017 de <https://goo.gl/rQjmfz>

### III. FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

#### Situación previa

El OEFA es la institución que ha liderado los esfuerzos por fortalecer control ambiental sobre las industrias extractivas en Perú. Desde su entrada en funciones en 2010, ha centralizado progresivamente y perfeccionado las funciones vinculadas a la fiscalización ambiental, acabando con la dispersión e inoperancia predominante. El OEFA es actualmente competente en los sectores de minería (mediana y grande), energía (hidrocarburos y electricidad), pesquería (procesamiento pesquero industrial y acuicultura de mayor escala) e industria manufacturera (cerveza, papel, cemento, curtiembre, fundición de metales, biocombustibles, elaboración de bebidas, fabricación de productos minerales, entre otros).

Durante este periodo, la Ley 30011, que modificó la Ley del sistema nacional de evaluación y fiscalización ambiental<sup>12</sup>, fue posiblemente el mayor logro del MINAM y la mejor herramienta para fortalecer su posición, ya que abrió una etapa de consolidación y fortalecimiento para la entidad. Además, otorgó al OEFA la facultad de tipificar infracciones, determinar criterios de gradualidad (desde incentivos a las buenas prácticas hasta castigos por malas prácticas), escalas de sanciones y ejercer rectoría sobre las Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA) del ámbito nacional, regional o local. También definió un mecanismo para impedir que la ejecución de las sanciones impuestas por el OEFA pudiera ser bloqueada mediante procesos contencioso-administrativos y demandas judiciales, estrategia que venía siendo utilizada de manera recurrente por las empresas para esquivar el pago de las multas. Actualmente, la suspensión de la cobranza solo puede obtenerse mediante una cautela judicial que debe ser respaldada con la presentación de una contra-cautela o carta fianza que garantice el eventual pago de la sanción.

Amparado bajo la mencionada ley, el OEFA estableció un nuevo régimen de multas, con un tope máximo tres veces mayor al establecido en la ley original. Así mismo, le permitió a la entidad elaborar una tipificación extensa de transgresiones ambientales y escalas de sanciones para diferenciar actores formales, informales e ilegales, dando facultades para castigar los daños de las actividades legales sin sortear las ocasionadas por aquellas que ocurren en la margen. Además, el OEFA produjo una fórmula mucho más objetiva para el cálculo de multas ambientales, así como reglamentos y protocolos de intervención actualizados.

Finalmente, la Ley 30011 estableció como una de las fuentes de financiamiento del OEFA el Aporte por Regulación (ApR), un mecanismo según el cual las empresas deben aportar hasta 1% de su facturación anual para financiar

---

12 Ley N° 30011 - Ley que Modifica la ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Recuperado el 8 de abril de 2013 de <https://goo.gl/Sx9Uai>

las funciones de las entidades públicas regulatorias. Como consecuencia de la recaudación del ApR, el presupuesto del OEFA prácticamente se quintuplicó con respecto al 2011, y esto se reflejó de manera dramática en la operatividad del organismo: si el año 2011 se realizaron 39 acciones de evaluación de la calidad ambiental, en 2013 superó las 1.200 acciones y a partir de 2014 el OEFA ha realizado más de 2.000 evaluaciones por año. Así mismo, entre 2011 y 2015 se quintuplicó el número de supervisiones directas, llegando a más de 5.600 al año (MINAM, 2015, p. 19).

### **Situación actual**

Los avances normativos dispuestos a favor del OEFA otorgaron un poder y autonomía sin precedentes al organismo en lo administrativo y presupuestal, brindándole la capacidad para ejercer una sólida supervisión sobre las empresas extractivas. Sin embargo, la Ley 30230 debilitó los avances y redujo su efectividad. El Artículo 19° de dicha ley estableció un plazo de tres años (del 11 de julio de 2014 al 10 de julio de 2017) durante el cual el OEFA debería tramitar “procedimientos sancionadores excepcionales” que debían favorecer la aplicación de medidas correctivas sobre las transgresiones por encima de la aplicación de sanciones. Solo que al momento de la aprobación de la ley, el OEFA ya seguía un protocolo normal de fiscalización que privilegiaba la corrección por sobre la sanción. Es decir, los procedimientos “excepcionales” decretados correspondieron al procedimiento ordinario ya en aplicación.

El impacto de esa nueva regla fue lógicamente nulo. No así la segunda disposición contenida en el mismo Artículo 19° de la ley: durante ese plazo de tres años, el OEFA quedó obligado a sancionar las infracciones por la mitad del monto que correspondía aplicar. Es decir, se ofreció una rebaja de multas a los infractores ambientales, deshaciendo la lógica disuasiva que sustenta la escala de sanciones, donde el monto de la multa debe ser superior al posible beneficio esperado por incumplir la norma, reemplazándolo por un incentivo económico perverso, puesto que la rebaja hacía mucho más conveniente incumplir y pagar la multa en vez de invertir para prevenir o reparar los daños. Incluso, la norma solo permitía aplicar una multa bajo tres escenarios posibles: cuando las infracciones sean consideradas “muy graves”, es decir, que generen un daño real y acreditado sobre la vida y salud de las personas; cuando sean infracciones provocadas por actividades que no cuenten con autorizaciones u ocurran en zonas prohibidas; o cuando se trate de reincidencias en la misma infracción. Sobre esta última consideración, la norma respectiva fue modificada para facilitar su cumplimiento y favorecer a las empresas infractoras: se redujo el lapso de tiempo durante el cual una nueva infracción puede considerarse una reincidencia, de cuatro años a seis meses; es decir, un plazo ocho veces más corto.

En la práctica, la Ley 30230 resultó una amnistía para los infractores ambientales. Según investigaciones periódicas<sup>13</sup>, durante el primer año de vigencia de la norma, el 80% de los procesos contra empresas mineras que resultaron beneficiadas con rebaja de multas correspondieron a infracciones detectadas entre 2010 y 2011; es decir, hasta cuatro años antes de que se aplicara la ley 30230. El OEFA terminó suspendiendo la multa que debía aplicarse contra estas empresas a pesar de que en varios casos se trató de infracciones graves y muy graves. En total, en este periodo las multas no cobradas (rebajadas) a empresas mineras y petroleras sumaron entre 9.2 y 19.4 millones de dólares<sup>14</sup>. La mayoría de las empresas beneficiadas fueron las transgresoras reincidentes, destacando entre ellos Doe Run, el operador de la refinería de la ciudad de La Oroya, considerado uno de los lugares con mayores índices de contaminación en el mundo; y también Petroperú y Pluspetrol, cuyos derrames de petróleo en la Amazonía han sido frecuentes en los últimos años.

La sociedad civil no cesó en sus demandas por derogar los cuestionados artículos de la Ley 30230. En 2016, fueron presentados al Congreso los Proyecto de Ley N° 269/2016-CR y 657/2016-CR, que tenía como objetivo su derogación. Al año siguiente, y a tres meses de la caducidad de la ley, los proyectos de ley fueron aprobados y se derogó el artículo 19 de la Ley N° 30230. Sin embargo, las normas y procedimientos derivados de este artículo, que privilegian la reparación voluntaria de los daños antes que la imposición de una sanción disuasiva, aún se mantienen vigentes dentro del organismo<sup>15</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

Pese al interés del MINAM por convertir los estudios que conforman el ordenamiento territorial en instrumentos rigurosos en el recojo de información con capacidad de orientar la toma de decisiones basadas en criterios técnicos, y en convertir a la fiscalización ambiental en una función concentrada en un solo organismo, sólido y justo en la aplicación de sus sanciones; los cambios normativos introducidos en los últimos años han perjudicado buena parte de los avances logrados y reducido el alcance del control del Estado.

Los intereses de las industrias extractivas, manifestados a través de los gremios productivos y ejecutados por las entidades estatales enfocadas en la promoción de

---

13 Valle Riestra, E. y Castro, A. (2015). Los S/ 30 millones que no cobró el gobierno en multas mineras. Convoca. Recuperado el 3 de julio de <https://goo.gl/vsSMoY>

14 Betteta, M. (2015). Los millones perdonados a las petroleras. Convoca. Recuperado el 27 de octubre de <https://goo.gl/Tzxyzkj>

15 Servindi. La potestad sancionadora del OEFA ¿otra vez en peligro? Recuperado el 7 de mayo 2017 de <https://goo.gl/wDzzWN>.  
DAR. El fin de la impunidad: La historia del debilitamiento de la fiscalización ambiental. Recuperado el 1 de junio 2017 de <https://goo.gl/GTfupG>

## Los efectos del ‘Paquetazo Ambiental’: Avances y retrocesos en el proceso de Ordenamiento territorial y Fiscalización ambiental en Perú

las inversiones, han prevalecido sobre el interés por proteger el medio ambiente. El más claro ejemplo de la incidencia de estos intereses se evidencia con la ley 30230, la cual tuvo el propósito explícito de impedir que el ordenamiento territorial pueda determinar la exclusión de las actividades extractivas sobre el territorio y, asimismo, atar de manos al OEFA, bloqueando su capacidad para imponer sanciones a las infracciones ambientales. Pero no fue una norma solitaria, ya que las aprobadas posteriormente han profundizado esta tendencia, deshaciendo años de esfuerzos ambientales.

Ambos aspectos trabajados en este artículo corresponden a una sección dentro de los múltiples aspectos que conforman la gestión ambiental en Perú. Sin embargo, sirven como muestra para concluir la situación los esfuerzos del Estado por proteger y asegurar el aprovechamiento de los recursos naturales del país.

### **V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Bernaola, D. (2015). *Gobernanza en los procesos de ordenamiento territorial en la Amazonía peruana: las experiencias de San Martín y Loreto*. DAR.

Durand, F. (2016). *Cuando el poder extractivo captura el Estado: lobbies, puertas giratorias y paquetazo ambiental en Perú*. OXFAM - Perú.

Glave, M. (2011). *Ordenamiento territorial y desarrollo en el Perú. Notas conceptuales y balance*.

MINAM. (2015). *La fiscalización ambiental en el Perú (2011-2015): fortaleciendo los cimientos del derecho a un ambiente sano*.

MINAM. (2016). *El Ordenamiento Territorial en el Perú: 2011-2015*.

OEFA. El ABC de la fiscalización ambiental. Recuperado de <https://goo.gl/dL4Us3>



# Regulación vs. desregulación en la gestión socioambiental en Chile: Una batalla constante

XIMENA SALINAS

Comité pro Defensa de la Flora y Fauna (CODEFF)  
<xsalinasg@gmail.com>

PATRICIO SEGURA

Corporación Privada para el Desarrollo de Aysén  
<psegura@gmail.com>

**RESUMEN:** Este artículo se centra en la forma en que la ciudadanía ha batallado en Chile por la construcción de un país con mejores y mayores estándares socioambientales, a través de distintos mecanismos de incidencia y desarrollo de una institucionalidad ambiental. Tal trabajo, que se ha profundizado desde la década de los 60, ha colisionado con el actual paradigma neoliberal extractivista que se ha implantado en Chile (y todo el mundo, particularmente en América Latina) desde los años 70 a través de la dictadura de Augusto Pinochet, que luego fue eficientemente mantenido por los gobiernos de centro izquierda de la Concertación de Partidos por la Democracia y de derecha de la Alianza por Chile.

Este proceso se ha fortalecido a través de la institucionalidad política y de la cooptación social que ha avanzado en distintas áreas asociado a sectores productivos (energía, agroindustria salmoneera, minería, modelo forestal). Sin embargo, en los últimos años se ha producido un despertar social continuador de luchas locales desde los territorios, con énfasis en lo socioambiental, que han impulsado una serie de cambios que buscan trocar el modelo extractivista en distintos niveles: organización territorial, incidencia política e institucional y cambios normativos.

Este texto abordará los procesos históricos de institucionalidad ambiental y fortalecimiento de la participación ciudadana, así como los aspectos críticos actuales: el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, leyes sectoriales relevantes, políticas públicas en proceso y una conclusión sobre cuáles son las estrategias y acciones necesarias para continuar el trabajo en beneficio de un marco institucional de mayor representatividad y responsabilidad socioambiental.

*Palabras clave: medioambiente, chile, participación ciudadana, conflictos ambientales, neoliberalismo*

**Title:** Regulation vs. deregulation in social and environmental management in Chile:  
A constant battle

**ABSTRACT:** This article focuses in the way citizens in Chile had faced the need to construct a country with better social and environmental standards, by diverse actions to have a strong environmental institutionality. These efforts, which have been more profound since the 60's, had crashed with the present extractivist/neoliberal paradigm that was implanted in the early 70's in Chile (and in all the World, particularly in Latin America) by Augusto Pinochet Dictatorship. This social and economic model was maintained by the center-left Coalition (Concertación de Partidos por la Democracia), and right winged government (Alianza por Chile).

This process has been strengthened by the political institutionality and social cooptation that has been done in diverse productive areas (energy, agriculture, salmon farming, mining, forestry). Nevertheless, in recent years there has been a social awakeing, as a continuity of the local fights done byt the territories, focused in environmental issues. This phenomenon, has torced to series of changes that seek to transform the extractivist model in diverse levels: territorial organization, political and institutional effect, law changes.

*Keywords: Environment, Chile, Citizen Participation, Environmental Conflicts, Neoliberalism*

## I. INTRODUCCIÓN

Los primeros indicios de preocupación por la biodiversidad en Chile se remontan a los pueblos originarios. La coexistencia de atacameños, mapuches o yámanas<sup>1</sup> - por nombrar solo algunas culturas - con los ecosistemas locales, fue el primer acercamiento de la comunidad humana a la toma de decisiones colectivas sobre la biodiversidad.

Es cierto que en este caso el concepto de “ciudadanía” no es aplicable, pero sí en el sentido de cómo nuestra especie se ha relacionado con la naturaleza en estos territorios. Sea por la abundancia de recursos naturales o la escasa población, lo cierto es que los pueblos originarios no generaron grandes impactos en las áreas que habitaron. Por lo menos para amenazar la biodiversidad, entendida esta como “*la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas*”<sup>2</sup>, según sostiene el Convenio sobre la Biodiversidad Biológica de 1992.

Con la llegada de los españoles a Chile, la relación con la naturaleza siguió el mismo rumbo que se dio en gran parte de los territorios ocupados. Según se ha constatado, los dos principales medios de transformación de los ecosistemas, aún mayoritariamente prístinos, fueron “*la introducción de animales domésticos y cultivos exóticos*”<sup>3</sup>. Durante siglos, la principal preocupación de reyes y hombres públicos fue la producción y no particularmente la conservación de la naturaleza (incluido en este concepto las figuras modernas de preservación y protección). Es, como se sabe, el uso intensivo de los recursos naturales el *leitmotiv* por excelencia del proceso industrializador iniciado en Inglaterra durante la segunda mitad del siglo XVIII. Paradigma que, por cierto, no tenía por qué ser distinto para las clases dominantes de las colonias españolas, incluida la chilena.

A fines del siglo XIX, se generó un debate sobre la relación humana con la naturaleza: “*El tema del deterioro ambiental en Chile, particularmente en zonas mineras y urbanas, se hizo presente en el debate público desde principios del siglo XX, en sintonía con las dinámicas mundiales, como un componente de la ‘cuestión social’*”<sup>4</sup>, dicen los investigadores Ulianova y Estenssoro. Esto generó una

---

1 Museo Chileno de Arte Precolombino. Pueblos originarios de Chile. Recuperado el 14 de septiembre de 2015 de <http://www.precolombino.cl/culturas-americanas/pueblos-originarios-de-chile/>

2 Organización de las Naciones Unidas. (1992). Convenio sobre la diversidad biológica. Recuperado el 14 de septiembre de 2015 de <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>

3 Torrejón, F.; Cisternas, M.; y Araneda, A. (2004). Efectos ambientales de la colonización española desde el río Maullín al archipiélago de Chiloé, sur de Chile. Recuperado el 14 de septiembre de 2015 de [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-078X2004000400009&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-078X2004000400009&script=sci_arttext)

4 Ibid.

preocupación utilitaria sobre los ecosistemas, creándose toda una institucionalidad para el estudio, fomento y protección de los recursos.

## II. LA BIODIVERSIDAD EN LA MODERNIDAD

A esas alturas, alguna política pública ya se encargaba de la necesidad de conservar espacios naturales ambientalmente excepcionales (por esa época, aún no se utilizaba el concepto “*preservar*”). El 30 de septiembre de 1907 nace la Reserva Forestal Malleco, la primera área silvestre protegida del país. Treinta y cinco años después del primer parque nacional del mundo, el Yellowstone, y al que siguieron cuatro años más tarde la Reserva Forestal Desierto de los Leones, en México<sup>5</sup>. En 1903, el perito Francisco Moreno donó al Estado argentino 7.500 hectáreas para que “*sea consagrada como parque público natural*”<sup>6</sup>. Fueron los antecesores de la hoy Reserva Nacional Malleco, en Chile.

En 1940 se instituyen algunas de las actuales categorías de conservación: parques nacionales, reservas nacionales y monumentos naturales, que en 1970 quedan bajo la administración de la Corporación Nacional Forestal, la cual en 1984 obtiene el mandato legal de proteger los recursos naturales renovables. Previamente, en 1967, el país ratificaba la “*Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América*” (Convención de Washington) de 1940<sup>7</sup>. Y en 1994 suscribíamos el “*Convenio sobre la Diversidad Biológica*” de 1992, que establece que este tema es una “*preocupación común de la humanidad*”<sup>8</sup>.

Pero esta breve y no exhaustiva relación solo da cuenta del impulso del Estado, el cual tomó decisiones que no necesariamente responden a la participación de la ciudadanía sino, en algunos casos, a la visión de actores individuales como el de perito Moreno en Argentina a principios del siglo XX.

Autores reconocen como uno de los precursores del movimiento ecologista en Chile (como grupo organizado) al abogado de origen alemán Godofredo Stutzin. En 1955 creó la Unión de Amigos de los Animales<sup>9</sup> y en 1968 (entre otros junto a

---

5 Nelson, M. y Baird, J. (2008). The wilderness debate rages on: continuing the great new wilderness debate. Recuperado el 14 de septiembre de 2015 de [https://books.google.cl/books?id=W2HgLLux-jQC&printsec=frontcover&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.cl/books?id=W2HgLLux-jQC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)

6 Administración de Parques Nacionales de Argentina. Historia institucional. Recuperado el 14 de septiembre de 2015 de <http://www.parquesnacionales.gov.ar/institucional/historia-institucional/>

7 Searle, J.; Valenzuela, J.; y Rovira, J. Estrategia nacional de biodiversidad y convenios internacionales. Recuperado el 14 de septiembre de 2015 de [http://www.mma.gob.cl/librobiodiversidad/1308/articles-45421\\_recurso\\_3.pdf](http://www.mma.gob.cl/librobiodiversidad/1308/articles-45421_recurso_3.pdf)

8 Organización de las Naciones Unidas. (1992). Convenio sobre la diversidad biológica. Recuperado el 14 de septiembre de 2015 de <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>

9 Godofredo Stutzin. Global 500 Environmental Forum. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://www.global500.org/index.php/thelaureates/online-directory/item/407-godofredostutzin>

Juan Grau y Rafael Elizalde), el Comité pro Defensa de la Fauna y Flora, Codeff, la primera organización ambientalista del país<sup>10</sup>.

Ya en esa época, Elizalde fue uno de los primeros “*en Chile en definirse como profesional-conservacionista*”<sup>11</sup>. Una combinación que, es preciso señalar, es vista por ciertos investigadores, científicos y profesionales actuales con rechazo.

El debate sobre los cambios sociales que se requerían en Chile en la década de los 60, coherente con el modelo industrializador y extractivista del país de aquella época, no daba espacio para una discusión política amplia sobre la naturaleza no solo como despena o botadero. Las aspiraciones sociales se enmarcaban en un Chile industrializado y productivo, y la ausencia de estas condiciones permitía las desigualdades y la imposibilidad de emancipación de países subdesarrollados como el nuestro.

El golpe de Estado cívico-militar de 1973 y la urgencia en torno a las violaciones de los derechos humanos, invisibilizó aún más la preocupación por los ecosistemas, sumado a la opinión de ciertos sectores de izquierda - en un contexto de opresión militarizada - que veían en quienes se preocupaban por el mundo natural e incluso por la sobrepoblación, una especie de adhesión a concepciones ecofascistas<sup>12</sup>. Algo que en la actualidad incluso es utilizado por cierta derecha política para apuntar a una supuesta despreocupación del movimiento ecologista por el ser humano<sup>13</sup>.

Pese a ello, durante los años de dictadura surgieron diversas organizaciones no gubernamentales (ONGs) que reunieron a profesionales de izquierda con preocupación por los temas ambientales y/o que encontraron en esta acción una forma de activismo político menos controlado por los militares. El movimiento ambiental chileno fue, en la práctica, un alero en el cual poder resguardarse. En tal dimensión, la preocupación por la naturaleza se vinculó necesariamente al debate sobre el modelo de desarrollo chileno, de corte neoliberal y extractivista<sup>14</sup>.

Un paradigma que, de todas formas, incorporó en la Constitución de 1980 el artículo 19 número 8 que consagra el derecho a “*vivir en un medio ambiente libre de contaminación*”, agregando que “*es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley*

10 Comité Pro Defensa de la Fauna y Flora. ¿Qué es Codeff?. Recuperado de <http://www.codeff.cl/somos/presentacion/que-es-codeff/>

11 Ulianova, O. y Estensoro, F. (2012). El ambientalismo chileno: la emergencia y la inserción internacional. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0719-09482012000100008](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-09482012000100008) ;

12 Bookchin, M. (1989). Chapter 1: Looking for common ground. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://theanarchistlibrary.org/library/murray-bookchin-and-dave-foremandefending-the-earth-a-debate#toc4>

13 Ecofascism. Environmentalism is fascism. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://ecofascism.com>

14 Ulianova O., op. cit.

*podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente*<sup>15</sup>. Se sumó en la misma norma la aplicación de los recursos de protección cuando este derecho se vea amenazado y la ampliación de la posibilidad de limitar el ejercicio del derecho de propiedad cuando este colisione con la función social de “*conservación del patrimonio ambiental*”. Esto es calificado como un paso “*inédito*” en la historia constitucional chilena<sup>16</sup>, aunque encierra todavía la visión antropocéntrica al ser su objetivo no la protección de la biodiversidad sino “*el derecho a vivir (de nosotros, los seres humanos) en un medio ambiente libre de contaminación*”<sup>17</sup>. Este, al contrario de otros, no ha sufrido cambio alguno en los 35 años de historia reciente. Los gobernantes, al parecer, han tenido otras prioridades.

A principios de los 80 nace el Centro de Estudio y Promoción de Asuntos Urbanos (Cepaur), en 1985 el Centro El Canelo de Nos y en 1987 el Instituto de Ecología Política. Y en 1988 se conforma la Red Nacional de Acción Ecológica, como un crisol de organizaciones nacionales y locales que se articulan en pos de campañas de defensa y promoción ambiental local<sup>18</sup>.

### III. LA DEMOCRACIA EXTRACTIVISTA

Con la llegada de la democracia en 1990, la participación en estos espacios sufrió similar problema al que vivió gran parte de la sociedad civil en otros ámbitos: un grupo importante asumió funciones de gobierno (basado en la sintonía programática, pero también, en cierta medida, en la cooptación de actores desde el Estado); muchas agrupaciones dejaron de recibir gran parte del financiamiento internacional que les permitió sustentarse durante la dictadura, pasando a depender en número importante de fondos oficiales; el Estado y los partidos políticos incorporaron en parte las preocupaciones de la ciudadanía en esta materia y los ciudadanos -reconvertidos en consumidores- continuaron el proceso de privatización de la esfera personal, restringiendo su incidencia a lo que les permitiera su poder adquisitivo y adaptándose así al modelo social y económico impuesto. Las grandes decisiones, en general, quedaron a merced del ánimo de la clase gobernante. “*En el caso chileno, la concepción elitista se profundizó con la adopción de una particular versión de la ‘democracia consociativa’, según había sido propuesta por los teóricos de la gobernabilidad para escenarios de alta polarización... En Chile, en cambio,*

---

15 Ministerio del Interior. (1980). Constitución Política de la República de Chile. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=7129&idParte=&idVersion=1980-08-11>

16 Bermúdez, J. (2000). El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 [http://www.euv.cl/archivos\\_pdf/rev\\_derecho/rev\\_derecho\\_articulo\\_xxi.pdf](http://www.euv.cl/archivos_pdf/rev_derecho/rev_derecho_articulo_xxi.pdf)

17 *Ibid.*

18 Ulianova O., op. cit.

*se consideró que la participación ciudadana constituiría, en una sociedad fragmentada, heterogénea o 'sobreideologizada', un elemento de incertidumbre o amenaza desestabilizadora de la democracia"*<sup>19</sup>.

Con relación a la apropiación de los contenidos del movimiento ambiental, el programa de gobierno de Patricio Aylwin de 1989 incorporó un párrafo relacionado, como vagón de cola que se sumó al capítulo de derechos humanos<sup>20</sup>. *"Finalmente, se garantizará en forma efectiva el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Será responsabilidad del Estado velar por la protección de las riquezas nativas en materia de flora y fauna, por la calidad del aire y del agua, de los ríos, lagos, lagunas y del mar territorial, de los recursos renovables y no renovables, de tal modo que se mantenga el equilibrio ecológico necesario para la vida y que la naturaleza no sea destruida por la actividad de explotación y usos indiscriminados"*.

Y al asumir el nuevo gobernante, el 11 de marzo de 1990, expresó como uno de los objetivos de su administración *"defender al medio ambiente y la adecuada conservación de nuestros recursos naturales renovables"*<sup>21</sup>.

El resultado más concreto de este compromiso fue el envío en septiembre de 1992 del proyecto de ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, que luego de un año y medio de tramitación legislativa desembocó en la publicación de la Ley 19.300 en marzo de 1994<sup>22</sup>. Con ella se institucionalizó la Comisión Nacional del Medio Ambiente<sup>23</sup> - que ya venía operando - y el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que solo comenzó a aplicarse oficialmente en 1997 al promulgarse el reglamento respectivo<sup>24</sup>.

---

19 Delamaza G., op. cit.

20 La Época. (1989). Programa de gobierno de Patricio Aylwin. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <https://es.scribd.com/doc/34195404/Programa-de-Gobierno-Patricio-Aylwin>

21 Aylwin, A. (1990). El discurso con que Patricio Aylwin reinauguró la democracia. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://www.gob.cl/2014/12/15/el-discurso-con-que-patricio-aylwin-reinauguro-la-democracia/>

22 Ministerio Secretaría General de la Presidencia. (1994). Ley de Bases Generales del Medio Ambiente. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de [https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=1613&prmBoletin=808-12](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=1613&prmBoletin=808-12)

23 La ley solo planteó la creación de una Comisión Nacional y no un Ministerio (lo que ocurriría recién en 2008) por la opinión crítica del secretario ejecutivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, Rafael Asenjo, quien lo justificó señalando que "que es un tema global, es un elemento que cruza la totalidad del sector público. La idea es más bien involucrar a cada uno de los ministerios sectoriales desde su propia perspectiva, haciendo que incorporen la dimensión ambiental, y generar una instancia central de dirección e integración al más alto nivel político". Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://www.grn.cl/historia%20medioambiental%20de%20Chile.pdf>

24 Ministerio Secretaría General de la Presidencia. (1997). Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=70282>

En el Mensaje<sup>25</sup>, se habla expresamente de la participación ciudadana.

*“Este principio es de vital importancia en el tema ambiental, puesto que, para lograr una adecuada protección del medio ambiente, se requiere de la concurrencia de todos los afectados en la problemática. Por ello, el principio de la participación ciudadana se encuentra presente en todo el desarrollo del proyecto, tal vez no con la fuerza que algunos los hubiesen querido, o, para otros quizá consagrado con demasiada extensión”* señala, en coherencia con la hoy tan cuestionada política de los consensos que inició Patricio Aylwin y que queda plasmada en este pasaje del Mensaje: *“El proyecto recoge gran parte de las ideas vertidas en el proyecto de ley sobre medio ambiente presentado por la bancada de senadores demócrata-cristianos. También, se consultó la moción que sobre la misma materia presentaron senadores de Renovación Nacional”*<sup>26</sup>.

Sus ejes fueron que *“las organizaciones locales puedan informarse y, en definitiva, hasta impugnar los nuevos proyectos”*, que *“la sociedad civil representada por los académicos, el sector productivo, los trabajadores, las organizaciones no gubernamentales, serán escuchados”*, que se incorpore *“la descentralización del problema ambiental, para que de ese modo sean las propias regiones, las que decidan sobre los proyectos”*, que se ponga énfasis en la *“educación”* y que se fijen *“las normas de calidad ambiental”*.

Al explicitar este último eje aparece la tensión constante de la transición, coherente con la ideología imperante. *“Pero las decisiones respecto de ellas (las normas de calidad), deben tomarse informada y responsablemente, pues, en sus extremos, pueden conducir a país con normas tan holgadas, que en definitiva se transforme en verdadero basurero de sustancias contaminantes, o en un país con estándares tan exigentes, que no se puedan aplicar o, en que, de aplicarse, harían peligrar seriamente sus posibilidades de desarrollo. Por ello, este procedimiento de fijación de normas debe ser serio e informado”*.

Respecto a esto, se definen dos ideas centrales: por una parte, la protección del medio ambiente no podrá poner en duda el modelo de desarrollo heredado de la dictadura y, por la otra, se traspasa el poder a la tecnocracia. Dos conceptos que marcarán la transición en torno a lo que entendemos por participación ciudadana.

Esta postura fue rechazada por los principales dirigentes ambientales, quienes cuestionaron el compromiso del gobierno de centro izquierda con la protección de la naturaleza, calificándola de *“retroceso”* y que *“solo otorga seguridad a los empresarios”*<sup>27</sup>. Tal cual.

---

25 Ministerio Secretaría General de la Presidencia. (1994). Mensaje Ley de Bases Generales del Medio Ambiente. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=1410&prmTIPO=INICIATIVA>

26 *Ibíd.*

27 Camus, P. y Hajek, E. (1998). Historia ambiental de Chile. Recuperado el 15 de

Este proceso fue el que, a fin de cuentas, reunió a quienes tenían una mirada política de lo ambiental (dirigentes históricos del movimiento ecologista que venían abordando históricamente el tema) con comunidades locales que percibían que la institucionalidad no se hacía cargo de sus demandas territoriales, de “*vivir en un medioambiente libre de contaminación*”.

Durante la aplicación de esta legislación en las primeras dos décadas de transición democrática, se fueron sucediendo los conflictos. El proyecto **Gas Andes en el Cajón del Maipo**, las **centrales hidroeléctricas Pangue y Ralco en el Alto Bío Bío**, la **forestal Trillium en Magallanes**, la **celulosa Celco en el río Cruces y Mehuín**, el **paso del buque factoría pesquero American Monarch y su impactos en los recursos hidrobiológicos con presencia en Chile**, el **trazado de la línea 5 del Metro en Santiago**, el **proyecto Alumysa en Aysén**, la **minera de oro Pascua Lama en Guasco Alto**, el **paso del barco Akatsuki Maru con plutonio por aguas internacionales cercanas al mar chileno** y el **tranque de relaves El Mauro en Caimanes**, son solo algunas de las controversias medioambientales, quizás las de mayor connotación, que se han vivido en los territorios<sup>28</sup>.

Con diversos resultados y magnitud, se fue acumulando la presión sobre el modelo de desarrollo chileno.

#### IV. DOS DÉCADAS DE APRENDIZAJE

En esos años se comenzó a operar lo que se ha calificado como la “*doctrina Frei*”, que valida un sistema donde la biodiversidad o es una traba para el crecimiento económico o simplemente una despena desde la cual extraer recursos naturales. Y la noción de que esa era la opción conciliadora se fue instalando entre los dirigentes históricos y las nuevas generaciones del movimiento socioambiental, fuera este nacional o localizado.

El origen de tal visión estaría en un oficio enviado el 26 de agosto de 1996 y suscrito personalmente por el ex Presidente, donde habría acuñado la idea que “*ningún funcionario de su gobierno estaba en sus puestos para rechazar proyectos, sino para aprobarlos con condiciones*”<sup>29</sup>. Sin embargo, lo más cercano es un documento del 28 de agosto de ese año<sup>30</sup> relacionado con tal materia, donde no aparece mención alguna al respecto.

---

septiembre de 2015 de [http://www.grn.cl/historia%20 medioambiental%20de%20 Chile.pdf](http://www.grn.cl/historia%20medioambiental%20de%20Chile.pdf)

28 Ibid.

29 Larraín, S. (1996). Desafíos ambientales del desarrollo nacional. Evaluación desempeño 1997-2006 y propuesta institucional. Recuperado el 23 de septiembre de 2015 de [http://www.expansiva.cl/media/en\\_foco/documentos/11102006102434.pdf](http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/11102006102434.pdf)

30 Presidente de La República. (1996). Instructivo en materia de gestión ambiental a nivel regional. Revisado el 23 de septiembre de 2015 de [http://issuu.com/psegura/docs/inst\\_n\\_\\_1161-1996](http://issuu.com/psegura/docs/inst_n__1161-1996)

También se ha aludido a que tal tensión fue plasmada con dramática fuerza durante su discurso de inauguración de la represa Pangue el 6 de marzo de 1997, donde habría expresado que el “progreso económico” no se detendría “por consideraciones ambientales” y anunciara –con certeza- la futura construcción de la represa Ralco, en pleno proceso de evaluación ambiental<sup>31</sup>. “El golpe dado a la credibilidad ambiental del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental tras esta intervención, fue casi irreparable”<sup>32</sup>, señalan autores en un informe del Banco Mundial.

De todas formas, el actuar del ex líder DC no fue más que el inicio de una puesta en escena. Una que durante 20 años intentó convencer que en Chile la institucionalidad funcionaba, incluso la ambiental. Se la mostraba revestida de alto nivel técnico, pero estaba amarrada a la visión política de crecimiento económico con preeminencia por sobre otras consideraciones (y derechos). Y así fue impulsada por la Concertación durante su regencia del poder.

Al planteamiento de Frei en 1997, se sumó en 2003 el presidente Ricardo Lagos cuando dijo que “no me parece adecuado que en esta bahía de Chacabuco, vaya a existir Alumysa, pero sí me parece que tenemos puertos que de tal, sólo tienen el nombre, donde sólo es posible pensar en una instalación”<sup>33</sup>, echando por tierra las intenciones de la canadiense Noranda de avanzar en su proyecto de planta de aluminio en Puerto Aysén, donde - pese a la movilización ciudadana - está claro que pesó fuertemente el interés de la industria salmonera. A las dos semanas de sus palabras, los titulares retiraron el proyecto de evaluación<sup>34</sup>.

Con Michelle Bachelet en la presidencia, el panorama no fue distinto. Conocido es el caso de las gestiones de su ministro del Interior, Edmundo Pérez Yoma, para sacar adelante la termoeléctrica Campiche de AES Gener, luego de que la Corte Suprema revirtiera la resolución de calificación ambiental de la Comisión Regional del Medio Ambiente de Valparaíso por no considerar que el terreno donde se instaló no permitía tal uso industrial<sup>35</sup>. Más que responder a la ciudadanía de su país, a la

31 Ruthenberg, I. (2001). A Decade of Environmental Management in Chile. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de [http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2001/09/28/000094946\\_01091904003763/Rendered/PDF/multi0page.pdf](http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2001/09/28/000094946_01091904003763/Rendered/PDF/multi0page.pdf)

32 Ibid.

33 Diario El Llanquihue. (2003). Triple conflicto en la Patagonia. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://www.diariollanquihue.cl/site/edic/20030805223217/pags/200308052232715.html>

34 BNamericas. (2003). Noranda puts Alumysa on hold. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de [http://www.bnamericas.com/en/news/metals/Noranda\\_puts\\_Alumysa\\_on\\_hold?idioma=en](http://www.bnamericas.com/en/news/metals/Noranda_puts_Alumysa_on_hold?idioma=en)

35 Figueroa, J. (2011). Las gestiones conjuntas de los gobiernos de Chile y EE.UU. para salvar a termoeléctrica de AES Gener. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://ciperchile.cl/2011/03/01/las-gestiones-conjuntas-de-los-gobiernos-de-chile-y-ee-uu-para-salvar-a-termoelectrica-de-aes-gener/>

cual se debe todo gobierno, respondió a los intereses de la Embajada de Estados Unidos impulsando por vía administrativa el cambio de uso de suelo.

Esta fue la institucionalidad que entregó la Concertación el 11 de marzo de 2010 a Sebastián Piñera.

Durante la campaña presidencial de 2009, diversas organizaciones plantearon recurrentemente que la elección de un presidente de centroderecha generaría movilizaciones sociales sin precedentes desde el retorno de la democracia<sup>36</sup>. Pero todas vinculadas a aspectos económicos, materiales o incluso sociales.

Sin embargo, existe cierto consenso en que la temporada de movilizaciones masivas y cuestionamiento generalizado al modelo de sociedad de mercado (distinto a la sociedad con economía de mercado) llegó a uno de sus puntos más altos ante el rechazo a cinco represas en la Patagonia el año 2011, que luego continuó el movimiento estudiantil.

Paradójicamente, la oposición a HidroAysén se originó en la defensa del medio ambiente y no en la demanda por más beneficios materiales. El movimiento Patagonia Sin Represas logró convertir a la iniciativa de Endesa y Colbún en el proyecto símbolo de lo que no queremos como país y que de una u otra forma se refleja en cada uno de los conflictos socioambientales: antropocentrismo, mercantilización de la naturaleza, concentración del poder político y económico y el fracaso de la institucionalidad ambiental.

Claro está que la participación de la ciudadanía en los hechos de 2011 forma parte de un proceso mayor de empoderamiento social. Las movilizaciones previas y las posteriores, son parte del mismo fenómeno, entendiendo que la consciencia por el medio ambiente y la biodiversidad es una construcción colectiva e intergeneracional. Es un cambio de paradigma, que en concreto no puede quedar amarrado a las formalidades de quienes tienen otra visión de la sociedad.

Serán los principios éticos los que les muevan – la ética ecológica, según ha dicho Francisco I en su encíclica “*Laudato Si*”<sup>37</sup> -, no la norma elaborada por quienes se mueven en otro paradigma y que durante la transición arrebataron poder a los ciudadanos<sup>38</sup> al aceptar “*limitaciones a la soberanía popular y al poder de la mayoría*”, a cambio de instalarse como elite política de la transición. Así se fue legitimando que la vía institucional para avanzar hacia una mayor protección, conservación y preservación de la naturaleza no agota la participación de la ciudadanía. Más aún en una institucionalidad como la que impera en Chile.

36 Segura, P. (2012). HidroAysén: el camino sin retorno de la transformación social. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de [http://issuu.com/psegura/docs/5\\_hidroyaysen\\_fin](http://issuu.com/psegura/docs/5_hidroyaysen_fin)

37 Papa Francisco, op. cit.

38 Segura, P. (2013). Boeninger y la oportunidad perdida para socavar el legado de Pinochet. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2013/09/17/boeninger-y-la-oportunidad-perdida-para-socavar-el-legado-de-pinochet/>

## V. EL ROL DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ACTUAL INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL

Como se mencionó previamente, el hito fundamental en el desarrollo de la institucionalidad ambiental chilena es la dictación en 1994 de la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente que rigió la forma de hacer gestión ambiental por más de 15 años. Durante este periodo se formalizaron muchos procesos: la dictación de normas de calidad ambiental, las normas de emisión, que limitan la descarga permisible de contaminantes al medio ambiente; las resoluciones de calificación ambiental, que autorizan la ejecución de nuevos proyectos; y la dictación de planes de prevención y descontaminación de aquellas localidades cuya calidad ambiental estaba amenazada (prevención) y que ya era deficiente (descontaminación).

Sin embargo, tras una década, este modelo presentaría evidentes limitaciones. Así quedaría demostrado en el informe Evaluación del Desempeño Ambiental de Chile - realizado por la OCDE en 2005 - y que ofrecería una serie de recomendaciones que se han tratado de implementar, siendo uno de ellas el fortalecimiento de sus compromisos internacionales.<sup>39</sup>

Si bien el objetivo principal del programa de la OCDE sobre exámenes ambientales es el de ayudar a los países miembros y a países socios seleccionados a mejorar su desempeño individual y colectivo en cuanto a la gestión ambiental – todo esto mediante la ayuda a los distintos gobiernos individualmente a evaluar los avances en la consecución de sus objetivos ambientales, promover la realización constante de un diálogo de políticas y un aprendizaje entre pares, y estimular una mayor rendición de cuentas por parte de los Gobiernos, tanto entre sí como ante la opinión pública -, Chile logró los avances durante la última década, pero no han sido suficientes

Uno de ellos es la promulgación en el 2010 de la Ley 20.417, la cual creó el Ministerio del Medio Ambiente (MMA) en reemplazo de CONAMA. Y creó también el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, una superintendencia y un servicio de evaluación ambiental. No obstante, todavía no se han cosechado los beneficios ambientales de las reformas institucionales. Y según el segundo informe redactado por la OCDE y CEPAL, se requiere una implementación aún más rigurosa a fin de abordar las presiones que sufre el medio ambiente conforme el nivel de ingresos de Chile (OCDE).<sup>40</sup>

---

39 Conclusiones y recomendaciones. La evaluación de desempeño ambiental de Chile fue realizada conjuntamente por la OCDE y la CEPAL. Estas conclusiones y recomendaciones fueron revisadas y aprobadas por el Grupo de trabajo sobre desempeño ambiental de la OCDE en su reunión del 24 de enero de 2005, en la que participaron las delegaciones de los países miembros de la Organización y de Chile.

40 Organisation for Economic Co-operation and Development. (2016). OECD environmental performance reviews: Chile 2016. Recuperado de <http://oe.cd/epr-chile>

En esta lógica, el gobierno de la Nueva Mayoría (el actual, de Michelle Bachelet) buscó dar fuerza a una serie de leyes que sustenten el cuidado medio ambiental, tratando de incorporar y dar respuesta a una sociedad civil más atenta a exigir y ejercer sus derechos en materias socioambientales.

Es así como surge la **Ley 20.500 Sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública** (promulgada el 16 de febrero del 2011), que aborda dos aspectos no menores. El primero es la asociación entre las personas, sobre lo cual la ley establece el marco del derecho, sus límites, y el rol del Estado para facilitar la asociatividad de los ciudadanos y hacer más fácil y expedito el proceso de obtención de personalidad jurídica. El segundo aspecto es la **Política de Participación Ciudadana en la Gestión Pública**, la cual señala que el Estado reconoce a las personas el derecho de participar en sus políticas, planes, programas y acciones, por lo que los órganos de la Administración del Estado deberán establecer cuáles son las modalidades formales y específicas de participación que tendrán las personas y organizaciones sociales en el ámbito de su competencia.<sup>41</sup>

Considerando este escenario, se desprende un nuevo desafío: hacer valer la voz de la ciudadanía en los espacios abiertos para participar tanto en los distintos servicios públicos como en los procesos de consulta ante, por ejemplo, proyectos extractivistas de importancia, o de fortalecer a representantes de la sociedad civil en instancias internacionales. En este sentido, podemos rescatar el esfuerzo que se realiza con el **Foro de Participación Ciudadana de UNASUR**. Otro acápite se refiere sólo a la consulta indígena.

En esta carrera por cumplir las expectativas y recomendaciones de la OCDE, desde los distintos ministerios se han impulsado políticas nacionales como la energética, forestal y ambiental. Estas últimas con proyectos de ley que pretenden ordenar sus facultades a través del **Servicio Nacional Forestal (SERNAFOR)**<sup>42</sup> y la **Ley de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas (SBASP)**<sup>43</sup>. Ambas se encuentran en tramitación por el actual gobierno, con la intención de que se promulguen antes de las nuevas elecciones en noviembre de este año.

Quizás en donde se pone más a prueba la coherencia de los argumentos es en la real y efectiva participación ciudadana en estos procesos. Un ejemplo importante

---

41 Ministerio Secretaría General De Gobierno. Descripción Ley 20.500. Recuperado de <http://participacionciudadana.subdere.gov.cl/ley-20-500>

42 Corporación Nacional Forestal. (2017). Ingresó a Cámara de Diputados proyecto que crea Servicio Nacional Forestal. Recuperado de <http://www.conaf.cl/ingreso-a-la-camara-de-diputados-proyecto-de-ley-que-crea-el-servicio-nacional-forestal/>

43 Ministerio del Medioambiente. (2017). Los nuevos desafíos en la gestión ambiental moderna hacen necesario impulsar con fuerza la tramitación en el Congreso del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas. Recuperado de <http://portal.mma.gob.cl/los-nuevos-desafios-en-la-gestion-ambiental-moderna-hacen-necesario-impulsar-con-fuerza-la-tramitacion-en-el-congreso-del-servicio-de-biodiversidad-y-areas-protégidas/>

es en la reforma del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental<sup>44</sup>. En esta última instancia, la ciudadanía se organizó para entregar sus observaciones bajo la figura de **Comisión Sindical Cívico Parlamentaria (CSCP) para la Reforma al SEIA**, presentando un documento evaluativo de la propuesta<sup>45</sup>.

Asimismo, otro actual flanco de acción en donde es crucial la participación y exigencia de la ciudadanía es la **reforma del Código de Aguas**, un esfuerzo por recuperar sus derechos por el bien ciudadano tras ser el único país en el mundo que tiene privatizada el agua.

El Código de Aguas fue promulgado en 1981, durante la Dictadura de Augusto Pinochet. Junto a la propia **Constitución (1980)**, el **Código Minero (1983)** y la **Ley Eléctrica (1982)**, es el pilar que permite la mercantilización de bienes comunes escasos y fundamentales. Más allá de aspectos procedimentales, su corazón reside en la figura de derechos de aprovechamiento (consuntivos y no consuntivos), que dan a sus titulares “*la propiedad sobre ellos*” (Artículo 19 número 24 de la Carta Fundamental). Una propiedad perpetua, una vez entregada.

Su primera gran reforma data del año 2005, cuando se instituyeron principalmente estas nuevas figuras: ampliación del plazo para el remate de agua, el pago de una patente por no uso del derecho, la exigencia de una memoria explicativa de la solicitud, la posibilidad de renunciar al derecho de aprovechamiento constituido y las facultades de la Dirección General de Aguas para limitar el caudal de agua solicitado.

En marzo de 2011, un grupo de diputados ingresó un proyecto de ley para incorporar nuevas modificaciones con el fin dar prioridad al agua como un derecho humano, privilegiando el consumo de las personas, la sustentabilidad de los ecosistemas, las actividades de subsistencia y de comunidades indígenas, a través del fortalecimiento del caudal ecológico y el término de la propiedad perpetua de particulares.

Actualmente, la reforma se encuentra en segundo trámite constitucional en el Senado, luego de haber sido aprobada por la Cámara de Diputados en noviembre de 2016. En la Comisión de Recursos Hídricos, los acotados pero significativos avances están siendo morigerados, ante lo cual desde la sociedad civil se intentan proteger diversos aspectos que han significado un avance a la situación actual.

Uno de los objetivos del actual gobierno es aprobar esta legislación antes de que asuma una nueva administración, considerando el rechazo constante de algunos

---

44 Fundación Terram. (2016). Reforma al SEIA: informe incluye evaluación especial para mega proyectos. Recuperado de <http://www.terram.cl/2016/07/reforma-al-seia-informe-incluye-evaluacion-especial-para-mega-proyectos/>

45 FIMA. (2016). Informe de la Comisión Sindical Ciudadana Parlamentaria para la Reforma del SEIA. Recuperado de <http://www.fima.cl/infome-de-la-comision-sindical-civico-parlamentaria-para-la-reforma-del-seia/>

sectores de la coalición gobernante, la derecha y el empresariado representado por la Sociedad Nacional de Minería, el Consejo Minero, la Sociedad Nacional de Agricultura y la Asociación de Generadoras Eléctricas.

En paralelo, desde agosto de 2016 se encuentra paralizado el trámite de la **Ley de Protección de Glaciares**, ingresada por un grupo de diputados en mayo de 2014. Actualmente está radicada en la Comisión de Hacienda de la Cámara Baja, teniendo oposición tanto desde sectores de la sociedad civil, que consideran que no cumple su objetivo, como del empresariado - minero esencialmente -, que lo siente como una amenaza a sus intentos de expandirse hacia zonas que albergan estas masas de hielo.

## VI. CONCLUSIÓN

Cuando en 2010 se promulgó la ley que creó el Ministerio y la Superintendencia del Medio Ambiente y el Servicio de Evaluación Ambiental<sup>46</sup> (generando la última gran modificación a la Ley 19.300), y cuando hoy se discuten normas que crean el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas, se cae en cuenta que el esfuerzo realizado durante décadas por muchos, no ha sido en vano.

Cada carta, cada minuta, cada conversación, cada recurso de protección, marcha y barricada, cada participación en un taller o comisión, cada texto en un libro, han significado un aporte al cambio estructural que aún se requiere como sociedad. Porque los niveles de degradación ambiental<sup>47</sup>, los conflictos socioambientales y las amenazas a las comunidades y a la biodiversidad ahí están: la **Ley de Transmisión del Ministerio de Energía y sus polos de desarrollo como versión 2.0 de las zonas de sacrificio**<sup>48</sup>, la **Ley de Protección de Glaciares y la resistencia a afectar la minería**<sup>49</sup>, la **reforma del Código de Aguas y la lucha por mantener el régimen de propiedad sobre ellas**<sup>50</sup>, y la **inerencia del derogado Decreto 701 para mantener**

46 Ministerio Secretaría General de la Presidencia. (2010). Ley que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1010459>

47 Jorquera, C.; Vega, J.; Aburto, J.; Martínez-Tillería, K.; León, M.; Pérez, M.; Gaymer, C.; y Squeo, F. (2012). Conservación de la biodiversidad en Chile: Nuevos desafíos y oportunidades en ecosistemas terrestres y marinos costeros. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-078X2012000300002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-078X2012000300002&script=sci_arttext)

48 Ministerio de Hacienda y Ministerio de Energía. (2015). Proyecto de Ley que establece nuevos sistemas de transmisión de energía eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del Sistema Eléctrico Nacional. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de [https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=10660&prmBoletin=10240-08](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10660&prmBoletin=10240-08)

49 Delgado, V.; Arumi, J.; y Stehr, A. (2015). Todos los glaciares son vitales para el país. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/08/16/todos-los-glaciares-son-vitales-para-el-pais/>

50 Radio Estrella del Mar. (2015). ¿De qué lado estarás tú? Ciudadanía mira con lupa actuación de parlamentarios en votación por derechos de agua. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://www.radiodelmar.cl/rdm/de-que-lado-estaras-tu-ciudadania-mira-con-lupa-actuacion-de-parlamentarios-en-votacion-por-derechos-de-agua/#>

**un régimen que beneficia el modelo de monocultivo forestal** (antítesis de espacio para sustentación de la biodiversidad)<sup>51</sup>, son reflejo de una tarea que no termina. Y que no concluirá nunca, porque sobrepasarse con la naturaleza pareciera ser una conducta clásica en la historia de la humanidad, más aún cuando sustenta el paradigma industrial de la modernidad. Y lo contrario, querer protegerla también es una conducta esencial. De algunos, por lo menos.

Lo que está claro es que este debate no puede ser exclusivamente técnico, sino fundamentalmente político y ciudadano. Dejar en manos de técnicos e incluso funcionarios del Estado el destino de la naturaleza, el medio ambiente o la biodiversidad, es un lujo que no nos podemos dar como sociedad. Más aún en una que presenta una importante carencia de credenciales democráticas como la nuestra<sup>52</sup>.

Alguien dijo alguna vez que la participación ciudadana debía ser acotada. Que, al igual que un cirujano, el Estado no podía solicitar su opinión a todas las personas para operar, ya que debía hacerlo sobre la base de su conocimiento técnico, científico. La diferencia es que el cirujano sí debe informar del procedimiento a su paciente y debe, muchas veces, solicitar autorización.

Los desafíos de la participación ciudadana en Chile no escapan a los principios que sustentan una sociedad. El beneficio del ser humano como medida de todas las cosas y la naturaleza como instrumento a su servicio, va más allá incluso de la sociedad industrial y tiene sus raíces en la forma en que como especie – en general - nos hemos vinculado con las otras vidas que viajan en este planeta. Y hemos hecho mal las cosas tanto en el sentido ético (hacer lo correcto solo porque lo es, más allá de nuestros propios intereses), como en el sentido estratégico (si hacemos desaparecer las otras formas de vida, atentamos contra la nuestra también).

Darle fuerza a los espacios creados (gubernamentales o no), voz y herramientas de acción a quienes no desean más zonas de sacrificio locales en el país, es una tarea de largo aliento que se mantiene en la efervescencia plena. Con regulaciones o no, la batalla por un medio ambiente libre de contaminación y por los derechos de la naturaleza son parte de las garantías insertas e inherentes a los derechos humanos y la democracia. Y en nuestro caso, como país, adopta características de defensa de los territorios y justicia ambiental que busca ser escuchada y respetada.

---

51 González P. (2015). Las inciertas consecuencias de la política de fomento forestal en Chile. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://www.eldinamo.cl/blog/las-inciertas-consecuencias-de-la-politica-de-fomento-forestal-en-chile/>

52 Segura, P. (2015). Estado y ciudadanía, o cuando Leviatán no quiere ceder poder. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://www.elquintopoder.cl/ciudadania/estado-y-ciudadania-o-cuando-leviatan-no-quiere-ceder-poder/>

## VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Administración de Parques Nacionales de Argentina. Historia Institucional. Recuperado el 14 de septiembre de 2015 de <http://www.parquesnacionales.gov.ar/institucional/historia-institucional/>
- Aylwin, A. (1990). El discurso con que Patricio Aylwin reinauguró la democracia. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://www.gob.cl/2014/12/15/el-discurso-con-que-patricio-aylwin-reinauguro-la-democracia/>
- Bermúdez, J. (2000). El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 [http://www.euv.cl/archivos\\_pdf/rev\\_derecho/rev\\_derecho\\_articulo\\_xxi.pdf](http://www.euv.cl/archivos_pdf/rev_derecho/rev_derecho_articulo_xxi.pdf)
- BNamericas. (2003). Noranda puts Alumysa on hold. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de [http://www.bnamericas.com/en/news/metals/Noranda\\_puts\\_Alumysa\\_on\\_hold?idioma=en](http://www.bnamericas.com/en/news/metals/Noranda_puts_Alumysa_on_hold?idioma=en)
- Bookchin, M. (1989). Chapter 1: Looking for common ground. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://theanarchistlibrary.org/library/murray-bookchin-and-dave-foreman-defending-the-earth-a-debate#toc4>
- Camus, P. y Hajek, E. (1998). Historia ambiental de Chile. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://www.grn.cl/historia%20medioambiental%20de%20Chile.pdf>
- Comité Pro Defensa de la Fauna y Flora. *¿Qué es Codeff?*. Recuperado de <http://www.codeff.cl/somos/presentacion/que-es-codeff/>
- Corporación Nacional Forestal. (2017). Ingresó a Cámara de Diputados proyecto que crea Servicio Nacional Forestal. Recuperado de <http://www.conaf.cl/ingreso-a-la-camara-de-diputados-proyecto-de-ley-que-crea-el-servicio-nacional-forestal/>
- Delgado, V.; Arumi, J.; y Stehr, A. (2015). Todos los glaciares son vitales para el país. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/08/16/todos-los-glaciares-son-vitales-para-el-pais/>
- Diario El Llanquihue. (2003). Triple conflicto en la Patagonia. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://www.diariollanquihue.cl/site/edic/20030805223217/pags/20030805232715.html>
- Ecofascism. Environmentalism is Fascism. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://ecofascism.com>
- Figueroa, J. (2011). Las gestiones conjuntas de los gobiernos de Chile y EE.UU. para salvar a termoeléctrica de AES Gener. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://ciperchile.cl/2011/03/01/las-gestiones-conjuntas-de-los-gobiernos-de-chile-y-ee-uu-para-salvar-a-termoelectrica-de-aes-gener/>
- FIMA. (2016). Informe de la Comisión Sindical Ciudadana Parlamentaria para la Reforma del SEIA. Recuperado de <http://www.fima.cl/infome-de-la-comision-sindical-civico-parlamentaria-para-la-reforma-del-seia/>
- Fundación Terram. (2016). Reforma al SEIA: informe incluye evaluación especial para mega proyectos. Recuperado de <http://www.terram.cl/2016/07/reforma-al-seia-informe-incluye-evaluacion-especial-para-mega-proyectos/>
- Godofredo Stutzin. Global 500 Environmental Forum. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://www.global500.org/index.php/thelaureates/online-directory/item/407-godofredo-stutzin>
- González, P. (2015). Las inciertas consecuencias de la política de fomento forestal en Chile.

- Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de [http:// www.eldinamo.cl/blog/las-inciertas-consecuencias-de-la-politica-de-fomento-forestal-en-chile/](http://www.eldinamo.cl/blog/las-inciertas-consecuencias-de-la-politica-de-fomento-forestal-en-chile/)
- Jorquera, C.; Vega, J.; Aburto, J.; Martínez-Tillería, K.; León, M.; Pérez, M.; Gaymer, C.; y Squeo, F. (2012). Conservación de la biodiversidad en Chile: Nuevos desafíos y oportunidades en ecosistemas terrestres y marinos costeros. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-078X2012000300002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-078X2012000300002&script=sci_arttext)
- La Época. (1989). Programa de gobierno de Patricio Aylwin. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <https://es.scribd.com/doc/34195404/Programa-de-Gobierno-Patricio-Aylwin>
- Larraín, S. (1996). Desafíos ambientales del desarrollo nacional. Evaluación desempeño 1997-2006 y propuesta institucional. Recuperado el 23 de septiembre de 2015 de [http://www.expansiva.cl/media/en\\_foco/documentos/11102006102434.pdf](http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/11102006102434.pdf)
- Ministerio de Hacienda y Ministerio de Energía. (2015). Proyecto de Ley que establece nuevos sistemas de transmisión de energía eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del Sistema Eléctrico Nacional. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de [https:// www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=10660&prmBoletin=10240-08](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10660&prmBoletin=10240-08)
- Ministerio del Interior. (1980). Constitución Política de la República de Chile. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://www.leychile.cl/Nav%20egar?idNorma=7129&idParte=&idVersion=1980-08-11>
- Ministerio del Medioambiente. (2017). Los nuevos desafíos en la gestión ambiental moderna hacen necesario impulsar con fuerza la tramitación en el Congreso del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas. Recuperado de <http://portal.mma.gob.cl/los-nuevos-desafios-en-la-gestion-ambiental-moderna-hacen-necesario-impulsar-con-fuerza-la-tramitacion-en-el-congreso-del-servicio-de-biodiversidad-y-areas-protegidas/>
- Ministerio Secretaría General De Gobierno. Descripción Ley 20.500. Recuperado de <http://participacionciudadana.subdere.gov.cl/ley-20-500>
- Ministerio Secretaría General de la Presidencia. (1994). Mensaje Ley de Bases Generales del Medio Ambiente. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=1410&prmTIPO=INICIATIVA>
- Ministerio Secretaría General de la Presidencia. (1994). Mensaje Ley de Bases Generales del Medio Ambiente. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=1410&prmTIPO=INICIATIVA>
- Ministerio Secretaría General de la Presidencia. (1997). Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=70282>
- Ministerio Secretaría General de la Presidencia. (2010). Ley que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Recuperado de <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1010459> Revisado el 15 de septiembre de 2015.
- Museo Chileno de Arte Precolombino. Pueblos originarios de Chile. Recuperado el 14 de septiembre de 2015 de <http://www.precolombino.cl/culturas-americanas/pueblos-origarios-de-chile/>
- Organisation for Economic Co-operation and Development. (2016). OECD environmental performance reviews: Chile 2016. Recuperado de <http://oe.cd/epr-chile>
- Organización de las Naciones Unidas. (1992). Convenio sobre la diversidad biológica. Recuperado el 14 de septiembre de 2015 de <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>
- Presidente de la República. (1996). Instructivo en materia de gestión ambiental a nivel regional. Recuperado el 23 de septiembre de 2015 de [http://issuu.com/psegura/docs/inst.\\_n\\_\\_1161-1996](http://issuu.com/psegura/docs/inst._n__1161-1996)

## Regulación vs. desregulación en la gestión socioambiental en Chile: Una batalla constante

- Radio Estrella del Mar. (2015). ¿De qué lado estarás tú? Ciudadanía mira con lupa actuación de parlamentarios en votación por derechos de agua. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://www.radiodelmar.cl/rdm/de-que-lado-estaras-tu-ciudadania-mira-con-lupa-actuacion-de-parlamentarios-en-votacion-por-derechos-de-agua/#>
- Ruthenberg, I. (2001). A Decade of Environmental Management in Chile. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de [http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2001/09/28/000094946\\_01091904003763/Rendered/PDF/multi0page.pdf](http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2001/09/28/000094946_01091904003763/Rendered/PDF/multi0page.pdf)
- Searle, J.; Valenzuela, J.; y Rovira, J. Estrategia nacional de biodiversidad y convenios internacionales. Recuperado el 14 de septiembre de 2015 de [http://www.mma.gob.cl/librobiodiversidad/1308/articles-45421\\_recurso\\_3.pdf](http://www.mma.gob.cl/librobiodiversidad/1308/articles-45421_recurso_3.pdf)
- Segura, P. (2012). HidroAysén: el camino sin retorno de la transformación social. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de [http://issuu.com/psegura/docs/5\\_hidroaysen\\_fin](http://issuu.com/psegura/docs/5_hidroaysen_fin)
- Segura, P. (2013). Boeninger y la oportunidad perdida para socavar el legado de Pinochet. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2013/09/17/boeninger-y-la-oportunidad-perdida-para-socavar-el-legado-de-pinochet/>
- Segura, P. (2015). Estado y ciudadanía, o cuando Leviatán no quiere ceder poder. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de <http://www.elquintopoder.cl/ciudadania/estado-y-ciudadania-o-cuando-leviatan-no-quiere-ceder-poder/>
- Torrejón, F.; Cisternas, M.; y Araneda, A. (2004). Efectos ambientales de la colonización española desde el río Maullín al archipiélago de Chiloé, sur de Chile. Recuperado el 14 de septiembre de 2015 de [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-078X2004000400009&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-078X2004000400009&script=sci_arttext)
- Ulianova, O. y Estensoro, F. (2012). El ambientalismo chileno: la emergencia y la inserción internacional. Recuperado el 15 de septiembre de 2015 de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0719-09482012000100008](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-09482012000100008)



# Retroceso del régimen de licencias ambientales en Colombia

VALENTÍN ESTRADA

Asociación Ambiente y Sociedad

<valentin.estrada@ambienteysociedad.org.co>

**RESUMEN:** Este artículo realiza un recuento de las normas que han regulado el régimen de licencias ambientales en Colombia. Debido a las modificaciones a este régimen, son cada vez menos los proyectos, obras y actividades obligados a contar con licencias ambientales. Este proceso de flexibilización normativa ha sido impulsado por los últimos gobiernos, quienes han promovido un modelo de desarrollo industrial y extractivo en perjuicio del ambiente y las comunidades. Además, este documento hace un análisis puntual sobre la exigencia de la licencia ambiental en los sectores de infraestructura y minería. En cuanto al primer sector, haciendo uso de normas no ambientales, se eliminó la exigencia de esta autorización para una clase de obras. En cuanto a la minería, gracias a los diferentes regímenes de transición, se han avalado autorizaciones ambientales menos rigurosas que ponen en peligro el ambiente y generan múltiples conflictos con las comunidades.

*Palabras claves: Licencia Ambiental, Flexibilización normativa, Autoridad Ambiental Minería, e Infraestructura*

**Title:** Regression of the environmental licensing regime in Colombia

**ABSTRACT:** This article gives an account of the rules that have regulated the environmental licensing regime in Colombia. Due to the modifications made to this regime, less projects, construction works, and activities are requested to have environmental licenses. This process of regulation relaxation has been supported by the last governments; who have promoted a development model base on industrial and extractive activities. As a consequence of this, the environment and the communities have been affected. In addition, the document provides a punctual analysis about the requirement of environmental license in the infrastructure and mining sectors. On one hand, through the implementation of non-environmental laws, the government eliminated the requirement of this authorization to a specific type of infrastructure projects. On the other hand, the constant changes in the environmental licensing have led to the existence of different transition regimes, which have allowed the mining activity to have less stringent environmental authorizations; hence, this industry has affected the environment and generated multiple conflicts with communities.

*Key words: Environmental Licensing, Regulatory relaxation, Environmental Authority, Mining, Infrastructure*



## **I. INTRODUCCIÓN**

La licencia ambiental es el principal instrumento de planificación ambiental en Colombia. Esta permite establecer los impactos que generan un proyecto, obra o actividad (POA), con el fin de determinar las medidas correspondientes para impedir, mitigar, o compensar estos impactos. Por tal motivo, la Licencia Ambiental se configura como una herramienta de gran importancia para la planificación en la protección de los recursos naturales, en los procesos de participación y en la efectiva implementación del derecho de todos los colombianos a gozar de un ambiente sano, con el fin de garantizar un verdadero desarrollo sostenible (Rodríguez, 2011).

No obstante, desde la expedición de la Ley 99 de 1993 y el Decreto 1753 de 1994 - el cual reglamentó las licencias ambientales -, se empezó un proceso de transformación de este instrumento a través de la promulgación de varias normas que han disminuido su exigibilidad y rigurosidad. De esta manera, las licencias ambientales en 24 años han ido perdiendo fuerza como el principal instrumento de planificación y gestión ambiental de las autoridades ambientales en Colombia. En el siguiente análisis, se identificarán las normas que han generado este cambio en los sectores de minería e infraestructura.

## **II. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LAS LICENCIAS AMBIENTALES EN COLOMBIA:**

Mediante el artículo 12 de la Ley 23 de 19731, se introdujo la obligación a cargo del gobierno de crear los sistemas técnicos de evaluación para que los usuarios de los recursos ambientales participen en sus gastos de protección y renovación. Esta obligación se desarrolló por primera vez mediante los artículos 27 y 28 del Decreto Ley 2811 de 1974, “Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente”. Los mencionados artículos introdujeron, en el marco normativo colombiano, la Declaración de Efecto Ambiental (DEA), el Estudio Ecológico Ambiental (EEA) y la Licencia Ambiental (LA).

Los mencionados instrumentos de evaluación ambiental y la Licencia como autorización para el uso de los recursos, eran obligatorios para las actividades que pudieran producir deterioro grave a los recursos naturales renovables, al ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje. A pesar de estar contemplados en el código, estas disposiciones no fueron reglamentadas, por lo cual durante la vigencia de los artículos 27 y 28 nunca se exigió licencia ambiental (Sleman & Velásquez, 2016). No obstante, el Código contenía otras autorizaciones ambientales para el uso de los recursos renovables, como era el

---

1 Por el cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente y se dictan otras disposiciones.

caso de los permisos, concesiones o asociaciones, algunas de las cuales sí fueron exigidas por parte de la autoridad ambiental.

Posteriormente, La Constitución Política de Colombia de 1991 señaló mediante el artículo 80 el deber del Estado de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, así como de planificar el manejo y el aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Así, mediante esta norma se fundamentó nuevamente la obligación de contar con estudios y con autorizaciones ambientales, los cuales son importantes tanto para poder prevenir y controlar el deterioro, como para planificar el aprovechamiento de los recursos.

Como consecuencia, el Título VIII de la Ley 99 de 1993<sup>2</sup> consagró la Licencia Ambiental como autorización obligatoria para la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad que pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables, al medio ambiente o introducir modificaciones considerables al paisaje. El otorgamiento de esta autorización está sujeto al cumplimiento de las obligaciones de prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales que las actividades produzcan. Adicionalmente, señala que para otorgar todas las licencias es obligatorio que los interesados presenten un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y en algunos casos específicos el Diagnóstico Ambiental de Alternativas (DAA).

La mencionada Ley indica que la competencia para otorgar licencias a aquellas actividades que generan mayor impacto es del Ministerio de Ambiente, y dejó al arbitrio de la reglamentación la competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR). Por su parte, el artículo 52 estableció una lista no taxativa de 13 proyectos, industrias o actividades que requieren de licencia otorgada por el Ministerio para poder ser ejecutados. Mediante los decretos reglamentarios, tanto la lista de actividades sujetas a licencia como las competencias de las autoridades ambientales se han ido modificando.

El primer Decreto reglamentario de la Licencias Ambientales fue el 1753, aprobado el 03 de agosto 1994. Este fue producto de un trabajo conjunto entre el Ministerio de Ambiente, organizaciones sociales y el sector productivo, y contó con amplias discusiones con diferentes actores en el con el Consejo Técnico Asesor de Política y Normatividad Ambiental (Rodríguez, 2011). Por tal motivo, este decreto, a diferencia de aquellos que lo han modificado, contó con un gran fundamento técnico y con la participación de actores interesados en la norma.

---

2 Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones.

## Retroceso del régimen de licencias ambientales en Colombia

El decreto estableció la división de competencias para otorgar Licencias Ambientales entre el Ministerio de Ambiente y las CAR. Entre los POA sujetos a licencia ambiental por parte del Ministerio se encuentran la explotación hidrocarburos y de minerales a gran escala, la construcción de vías, ferrovías, aeropuertos y puertos. Además de ampliar los POA sujetos a licencia por parte del ministerio, este decreto determinó aquellos que le competían a las CAR, como es el caso de las actividades de mediana y pequeña minería, la construcción de aeropuertos nacionales, el establecimiento de estaciones de servicio de combustible, transporte y almacenamiento de desechos y sustancias peligrosas, entre otros.

Luego de expedido este decreto, algunas normas incluyeron actividades sujetas a licencia ambiental, como fueron los casos de los Decretos 2183 de 1996 y 1892 de 1999. Ambos introdujeron los proyectos de establecimiento de complejos turísticos, recreacionales y deportivos y algunas actividades urbanísticas como construcciones de urbanizaciones y centros comerciales en municipios que no contaban con planes de ordenamiento territorial. Igualmente, el Decreto 2820 de 2010 introdujo la exploración sísmica a realizarse en profundidades marinas inferiores a los 200 metros.

A pesar de las normas previamente mencionadas, la regla en la evolución de la normativa colombiana de licencias ambientales ha sido el desmonte POA, obligadas a contar con este instrumento para su desarrollo. Estas modificaciones empezaron con el gobierno del presidente Álvaro Uribe, quien - para atraer la inversión extranjera al país - realizó varias reformas a las normas ambientales con el objetivo de eliminar barreras al establecimiento de actividades extractivas e industriales y obras de infraestructura. Ejemplo de lo anterior fue la fusión de las carteras ministeriales de ambiente y vivienda, creando de esta manera el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, lo cual demostró la intención de ese gobierno de debilitar el sector ambiental y dar marcha atrás en la protección del medio ambiente.

Durante los 8 años de ese gobierno se expidieron 4 decretos que reglamentaban de forma general el licenciamiento ambiental. Fue el primero de estos el Decreto 1728 de 2002<sup>3</sup>, el cual fue derogado por el 1180 de 2003, este a su vez por el 1220 de 2005, el cual finalmente fue remplazado por el 2820 de 2010, firmado dos días antes de terminar el último periodo presidencial. Mediante estos decretos, se eliminaron más de 30 POA que eran objeto de licenciamiento tanto por parte del Ministerio como por parte de las CAR, algunas de gran impacto ambiental como la manipulación genética, la operación de estación de servicios de combustible, la fabricación de municiones

---

3 El cual derogó el Decreto 1753 de 1994.

y explosivos, el establecimiento de zonas francas, la construcción de aeropuertos regionales, la ejecución de algunas obras públicas en la red fluvial, importación de plaguicidas y algunas actividades del sector eléctrico.

Con esto quedó demostrada la intención del gobierno de flexibilizar el otorgamiento de licencias ambientales con el fin de incrementar la inversión y el desarrollo económico basado en las industrias y actividades extractivas. La entrada del actual gobierno significó la continuación de este pensamiento, el cual se tradujo en sus planes nacionales de desarrollo, documentos que le han dado gran importancia a la explotación minera y al desarrollo de infraestructura, como lo veremos más adelante. Sin embargo, es de señalar que bajo este mismo gobierno se reestructuró de nuevo el sector ambiental y se creó el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Posteriormente, las funciones que ostentaba el ministerio para otorgar licencias ambientales le fueron trasladadas a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales (ANLA).

En la misma línea que se venía del anterior gobierno, en 2014 se expidió el Decreto 2041, el cual deroga el 1220 de 2005 y se encuentra Compilado en el Decreto 1076 de 2015, "*compilatorio de las normas del sector ambiental*". Estas normas, de la misma forma como los decretos precedentes, eliminaron actividades sujetas de licenciamiento ambiental en sectores eléctricos, portuarios, de zoológicos, entre otros. Adicionalmente el Decreto 2220 de 2015 centralizó la expedición de licencias ambientales de aquellos proyectos que son considerados como de interés nacional en la ANLA, lo cual terminó de limitar las competencias de las CAR en proyectos que causan grandes impactos en sus territorios<sup>4</sup>.

Como se puede observar, durante los diferentes decretos que han regulado la obligación de licencias ambientales se han ido desmotando paulatinamente los proyectos, obras o actividades sujetos a ser licenciados, excluyendo proyectos que generan grandes impactos ambientales. En el mismo sentido, los decretos han modificado el procedimiento de otorgamiento de licencias ambientales a través de la reducción del tiempo, afectando la calidad de la información suministrada por los solicitantes y el análisis de esta por parte de las autoridades que otorgan las licencias, ocasionando que estos procedimientos sean ineficientes y generen pérdidas económicas y ambientales en perjuicio de los recursos naturales. (Zárate, Gómez, Castaño, & Gil, 2016).

Uno de los casos más preocupante son los Estudios de Impacto Ambiental que, como se comentó en un principio, son los instrumentos básicos para otorgar o no una licencia ambiental. Debido a la multiplicidad de reformas que ha sufrido la norma, los métodos para evaluar los impactos ambientales por

---

4 La sentencia C-035 de 2016, le devolvió las funciones de las CAR removidas por medio de este decreto.

parte de la autoridad se caracterizan por un alto nivel de inseguridad y sesgo. Esto es causado, entre otras cosas, por no incluir indicadores sobre el estado ambiental en los métodos para calificar los impactos ambientales, permitiendo así manipular los resultados y ubicar los impactos en categorías de menor complejidad, además de ocasionar la no correlación entre el impacto y los planes de manejo propuesto (Toro, Martínez, & Arrieta, 2013).

Cabe señalar que solo el primer decreto que regulo el Título VIII de la Ley 99 de 1993 contó con la participación de varios actores del sector, al igual que con documentos técnicos que soportaron las decisiones. Caso distinto fue lo sucedido con los otros decretos, los cuales deformaron la licencia ambiental sin contar con los debidos soportes para realizar tal cambio. Por lo tanto, este proceso de flexibilización se debió más a intereses políticos y sectoriales que ven a la protección ambiental como un obstáculo para el desarrollo (Sleman & Velásquez, 2016). En ese sentido, este proceso no es más que un retroceso injustificado al nivel de protección ambiental y de derechos colectivos alcanzado por vía constitucional, configurándose así una violación al principio de progresividad (Rodríguez, 2011).

### **III. NORMAS SECTORIALES QUE HAN ELIMINADO ACTIVIDADES QUE REQUIEREN LICENCIA AMBIENTAL**

Los decretos que directamente regulan las licencias ambientales no son los únicos en modificar o afectar esta figura. En Colombia, a través de diferentes normas sectoriales, se ha flexibilizado la obligación de presentar licencias ambientales, como son los casos de la Minería y de la infraestructura. Ambos sectores en los últimos dos gobiernos han sido considerados como primordiales para mejorar la economía en el país. Por lo tanto, como se verá a continuación, causan grandes impactos al ambiente.

#### **a. Infraestructura.**

Reducir la brecha de infraestructura - principalmente de transporte - que tiene Colombia con relación a los otros países de la región, con el fin de mejorar la competitividad del país, es una de las principales propuestas de los últimos gobiernos y desarrollada en diferentes normas. Tal es el caso del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, donde este sector fue determinado como una de las “locomotoras del desarrollo”. A partir de este plan se empezaron a impulsar grandes proyectos de infraestructura, como es el caso de la cuarta generación de concesiones viales (vías 4G), proyectos de navegabilidad fluvial como el de Río Magdalena y programas de ampliación de puertos marítimos y de aeropuertos.

Con el fin de poder llevar a cabo los proyectos de infraestructura, el mismo

documento sostiene la importancia de incentivar la participación de los privados por medio del esquema de Asociaciones Público Privadas, en el cual los privados se comprometen a obtener la financiación y a realizar - dependiendo de los casos -, el diseño, la obra, el mantenimiento y la operación de la infraestructura. Por tal motivo, el Estado Colombiano ha tomado medidas para de facilitar la realización de estos proyectos e incentivar la participación de los privados dentro de estos.

Una de estas medidas está ligada directamente con el régimen licencias ambientales, el cual en muchos casos es visto como un obstáculo para la realización de las obras y la participación de los privados como financiadores o ejecutores (Cruz, 2016). En ese sentido, mediante el artículo 44 de la Ley 1682 de 2013<sup>5</sup> - la cual no era una norma de carácter ambiental - se excluyeron los Proyectos de mantenimiento, rehabilitación y mejoramiento de la obligación de contar con licencias ambientales.

La mencionada Ley fue reglamentada por el Decreto 769 de 2014, el cual listó aquellas actividades que son consideradas de mejoramiento y que no requieren licencias ambientales, como es el caso de la construcción de carriles adicionales a las calzadas existentes, la construcción de líneas férreas paralelas a las existentes, dragado fluvial de mejoramiento, diques sumergidos para formación de canales navegables e incluso la construcción de segundas calzadas si el ANLA la determina como obra de mejoramiento.

Para suplir la falta de licencias ambientales dentro de estos proyectos, el ministerio determinó que debían cumplir con otro instrumento de gestión ambiental denominado “Programas de Adaptación de la Guía Ambiental” (PAGA). Este se debe realizar por parte del interesado, adoptando para cada proyecto un instrumentó técnico de manejo ambiental y social denominado “Guías Ambientales”. El PAGA como instrumento de control y gestión ambiental es menos riguroso que las licencias ambientales, tanto en su creación como en su aplicación.

Por lo tanto, el Estado Colombiano ha impulsado gran cantidad de proyectos de infraestructura del transporte, como las Vías 4G, la construcción de segundas y dobles calzadas, entre otros. Todos ellos, a pesar de sus impactos e importancia, son vistos como meros mejoramientos, rehabilitaciones o mantenimientos, cuando en esencia implican la realización de nuevos proyectos que deberían estar sujetos a una idónea evaluación ambiental (Sleman & Velásquez, 2016). Como caso paradigmático, el proyecto de navegabilidad del Río Magdalena no cuenta con licencia ambiental ya que su dragado ha sido considerado como de mejoramiento. Esto ha

---

5 Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias.

generado que gran cantidad de sedimentos se hayan depositado de manera irresponsables en brazos del río, canales de acceso a ciénagas y lugares de pesca artesanal, afectando gravemente la biodiversidad del río, su estructura física y las comunidades aledañas.

**b. Minería**

El sector minero ha sido ampliamente impulsado por los dos últimos gobiernos. Durante el gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010) se generaron documentos de políticas públicas y cambios normativos con el fin de aumentar la inversión nacional y extranjera en este sector, así como la producción y exportación de minerales. Entre los documentos de políticas públicas están el Plan de Desarrollo Minero 2006-2010 y el Plan de Desarrollo Minero Colombia visión 2019. Igualmente, se promulgo la Ley 685 de 2001 mediante la cual se aprobó un nuevo Código de Minas (Gonzalez & Johana, 2012). Como consecuencia, fue evidente el masivo otorgamiento de títulos mineros toda vez que de 2002 a 2010 la superficie de hectáreas con título minero pasó de 1,13 millones a 8,53 millones, incluyendo hectáreas tituladas dentro de parques naturales y ecosistemas sensibles, como es el caso de los páramos en el que se duplicó la titulación (Osorio, 2010).

Por su parte, el gobierno del presidente Juan Manuel Santos ha mantenido la misma línea. Tal es así que mediante el PND 2010-2014 identificó como otra de las cinco “locomotoras de desarrollo” - y tal vez como la principal de estas - el sector minero-energético. Mediante este plan se profundizó el modelo de desarrollo extractivista, interesado principalmente en la atracción de grandes compañías mineras, a las culés se les otorgan beneficios fiscales, laborales y tributarios con el fin de facilitar su inversión (Penagos, 2013).

En cuanto a las autorizaciones ambientales, desde el Decreto 2811 de 1974 se tiene la obligación de contar con autorizaciones ambientales para poder explotar los recursos naturales, las cuales serían otorgadas por el INDERENA como autoridad ambiental nacional del momento. Simultáneamente, el Decreto 2655 de 1988<sup>6</sup> señaló que la licencia ambiental se entiende implícita dentro del título minero. Esto quiere decir que, aunque el título contiene medidas e instrumentos de protección de los recursos ambientales, estos no excluían los permisos y autorizaciones que debía otorgar la autoridad ambiental. Esta concurrencia de autorizaciones ambientales estuvo vigente hasta el 9 de junio de 1993 por la sentencia C-216 de 1993, la cual declaró el decreto inexecutable de esta posibilidad.

---

6 Antiguo Código de Minas.

Por su parte, la Ley 99 de 1993 y el Decreto 1753 de 1994 señalaron la obligación de realizar un estudio de impacto ambiental con el fin de contar con una licencia ambiental previo al inicio de la actividad minera. Por lo anterior, los Decretos 501 de 1996 y 1481 de 1996 contemplaron como requisito para la inscripción en el registro minero nacional y la obtención del título minero, la presentación de la correspondiente licencia ambiental. En el mismo sentido, la Ley 685 de 2001<sup>7</sup> indicó que en caso de realizar cesión, integración de áreas o concesiones concurrentes, se está ante un nuevo contrato de concesión sobre el cual se deberá solicitar la licencia ambiental.

No obstante, debido a todos los cambios que sobrevinieron en cuanto al régimen de licencias ambientales, se establecieron múltiples regímenes de transición que han permitido que actividades mineras sin licencia pudieran seguir su operación bajo otras autorizaciones ambientales. Ejemplo de esto fue el caso de los Planes de Manejo, Recuperación o Restauración Ambiental (PMRRA)<sup>8</sup>, Medidas Ambientales Adicionales<sup>9</sup>, Planes de Manejo Ambiental<sup>10</sup>. Cabe señalar que en los primeros dos solo bastaba con la presentación, mientras el último sí requirió de la aceptación por parte de la autoridad, que - según el Decreto 500 de 2006 - equivale a una Licencia Ambiental así no cuente con su rigurosidad. También se presenta PMA para aquellos proyectos que no contaban con licencia, sin perjuicio de las sanciones a las que haya lugar.

Los regímenes de transición también han cambiado. Al principio, exigían ajustar los trámites de solicitud de licencia ambiental a la nueva norma en los casos en los que estos iniciaron con la norma anterior<sup>11</sup>. En la actualidad, por el contrario, se permite que sigan los trámites de adquisición de licencia ambiental o de las otras autorizaciones ambientales con los requisitos de las normas anteriores, incluso si una vez solicitado el instrumento este no es aprobado<sup>12</sup>. Por lo tanto, estos regímenes de transición tan permisivos se han encargado de perpetuar situaciones que perjudican el medio ambiente, debido a la nula determinación de un instrumento estándar para una actividad tan perjudicial. Esta posición del Estado se ha fundamentado en el respeto de los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas que ha dejado cada norma a favor de la industria minera (Gómez, Rincón, & Rodríguez, 2016).

---

7 Nuevo Código de Minas, derogando de esta forma el Decreto 2655 de 1988.

8 Decreto 1753 de 1994.

9 Decreto 1728 de 2002.

10 Decretos 1220 de 2005 y 500 de 2006.

11 Ley 99 de 1993, Decretos 1753 de 1994 y 1728 de 2002.

12 Decretos 1180 de 2003, 2820 de 2010 y 2041 de 2014.

Lo anterior ha ocasionado múltiples conflictos socio-ambientales, y aumentado la oposición de las comunidades en el territorio contra esta actividad. Al respecto, la Corte Constitucional, mediante diversas sentencias, ha reconocido la competencia de los entes territoriales para determinar si su suelo se usa o no para la minería, resaltando la importancia que tienen la participación de las comunidades para aceptar o no esta actividad en sus territorios y obligando al Estado a realizar estudios de fondo que den cuenta del estado de la minería en el país y sus efectos socio ambientales<sup>13</sup>.

El rechazo de las comunidades a la forma en la que se ha venido realizando la minería en el país y los peligros que esta ocasiona al ambiente, ha quedado en evidencia mediante los resultados de las consultas populares en contra de la minería realizadas en los municipios de Piedras y Cajamarca en el departamento del Tolima; Cabrera y Arbeláez en Cundinamarca; Tauramena en Casanare; Cumaral en el Meta y Pijao en el Quindío. En estas consultas, la ciudadanía decidió proteger el medio ambiente, la vocación agropecuaria de estos municipios y rechazar la actividad minera.

Otro conflicto emblemático con relación a la minería es el caso del Páramo de Santurban, que abastece de agua a más de 2 millones de personas y donde la compañía canadiense Eco Gold pretendía realizar el proyecto Angostura, el cual afectaba directamente más del 53% del páramo. La presión de diferentes organizaciones de la sociedad civil ocasionó que el proyecto no obtuviera licencia ambiental y que el Banco Mundial retirara su inversión en el proyecto.

#### **IV. CONCLUSIONES**

El régimen de licencias ambientales en Colombia ha sido modificado múltiples veces, generando un desmonte paulatino de actividades sujetas a ser licenciadas, de rigurosidad en el proceso de evaluación de los impactos ambientales, en la asignación de los planes de manejo ambiental y en el seguimiento de los POA una vez otorgada la licencia. Estas modificaciones no han tenido un sustento técnico, sino que responden a una política pública que pretende incentivar la inversión extranjera en actividades empresariales y extractivas con el fin de lograr un modelo de desarrollo económico que no tiene en cuenta el medio ambiente ni las comunidades que más dependen de este.

Como ejemplo de lo anterior, el Estado ha visto en la infraestructura y en la minería dos actividades capaces de generar el tan deseado desarrollo económico. Para lograrlo se han tomado decisiones que implican la eliminación de requisitos

---

13 Sentencia C-035 del 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz, C-192 de 2016 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza, T-445 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio.

ambientales, como es el caso de las licencias ambientales. En ese sentido, varios proyectos de infraestructura que conllevan graves impactos al ambiente - por ser determinados como de mejoramiento - no necesitan este instrumento. En cuanto a la minería, con el fin de incentivar esta actividad, se han permitido el uso de otras autorizaciones ambientales menos rigurosas que la licencia, las cuales por los regímenes de transición han perdurado en el tiempo y causado graves impactos al ambiente.

Ante este escenario, la sociedad colombiana, múltiples organizaciones de sociedad civil y la comunidad académica han expresado su inconformidad ante este proceso de flexibilización y los impactos que este significa para el ambiente y la población. Se ha demandado al Estado colombiano para que mejoren los procesos de evaluación y seguimiento de los POA, que le permita a la comunidad el acceso de información relevante para la toma de decisiones frente a los proyectos y que garantice la efectiva participación de las comunidades que se van a ver afectadas por las actividades a realizarse en su territorio.

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cruz, D. (2016). *Asociaciones público-privadas desde la banca multilateral*. (Vol. 1). Bogotá: Asociación Ambiente y Sociedad.
- Gómez, A.; Rincón, C. y Rodríguez, G. (2016). Los regímenes de transición del licenciamiento ambiental en Colombia vistos desde la actividad minera. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 19 (38), 161-181.
- Gonzalez, X. y Rocha, J. (2012). *El verdadero rostro de la locomotora minera y sus particularidades en el departamento del Chocó*. Bogotá: Centro de Estudios Para la Justicia Social, Tierra Digna.
- Osorio, C. (2010). El legado minero de Uribe. En la Silla Vacía. Recuperado el 2 de junio de 2017 de <http://lasillavacia.com/historia/18648>
- Penagos, I. (2013). Las huellas de la locomotora minera en el ordenamiento territorial obtenido de La Comisión Intereclesial de Justicia y Paz. Recuperado el 3 de junio de 2017 [http://jyp.megadatesystem.com/IMG/pdf/las\\_huellas\\_de\\_la\\_locomotora\\_minera\\_en\\_el\\_ordenamiento\\_territorial.pdf](http://jyp.megadatesystem.com/IMG/pdf/las_huellas_de_la_locomotora_minera_en_el_ordenamiento_territorial.pdf)
- Rodríguez, G. (2011). Las licencias ambientales y su proceso de reglamentación en Colombia. Foro Nacional Ambiental. Bogotá.
- Sleman, J. y Velásquez, C. (2016). La licencia ambiental: ¿instrumento de comando y control por excepción?. *Vniversitas*. (132), 483-514.
- Toro, J.; Martínez, R. & Arrieta, G. (2013). Métodos de evaluación de impacto ambiental en Colombia. *Revista de Investigación Agraria y Ambiental*. 4, (2), 43-53.
- Zárate, C.; Gómez, N.; Castaño, D. & Gil, V. (2016). Análisis de los tiempos para el otorgamiento de la licencia ambiental en Colombia. *Estudios de Derecho*. Vol. LXXIII, (161), 206-225.



## **SECCIÓN 2**

---

### Pueblos Indígenas, Industrias Extractivas y Recursos Naturales



# Paradojas de la consulta previa y la institucionalidad ambiental en el Perú

ROGER MERINO

Universidad del Pacífico (Lima, Perú)  
<RA.MerinoA@up.edu.pe >

**RESUMEN:** Los Estudios de Impacto Ambiental (EIAs) son la manzana de la discordia de la gestión ambiental en el Perú. Por un lado, las empresas exigen que sean aprobados mediante procedimientos ágiles, flexibles y técnicos y, por otro lado, organizaciones de la sociedad civil y organizaciones indígenas exigen que sean documentos fácilmente accesibles, producto de una profunda participación ciudadana. En dicho contexto, este artículo analiza las limitaciones y paradojas de los intentos de compatibilizar el diseño institucional de los procedimientos de aprobación de los EIAs y la consulta previa, con el objetivo de plantear un modelo institucional que tenga en cuenta la particularidad de la consulta previa en el desarrollo de industrias extractivas.

*Palabras claves:* Estudios de impacto ambiental, consulta previa, política ambiental.

**Title:** Paradoxes of prior consultation and the environmental institutionalality in Peru.

**ABSTRACT:** Environmental Impact Assessments (EIAs) are the apple of the discord of the environmental management in Peru. On the one hand, companies demand that they be approved through agile, flexible and technical procedures and, on the other hand, civil society organizations and indigenous organizations demand that they be easily accessible and a product of deep civic participation. In this context, this article analyzes the limitations and paradoxes of attempts to reconcile the institutional design of EIA approval procedures and the indigenous peoples' right to prior consultation. The articles' aim is proposing an institutional model that takes into account the particularity of the prior consultation in the development of extractive industries.

*Keywords:* Environmental impact studies, prior consultation, environmental policy.



## **I. INTRODUCCIÓN**

Los Estudios de Impacto Ambiental (EIAs) son la manzana de la discordia de la gestión ambiental en el Perú. Se discute acerca de cuál debe ser su contenido y sus implicancias, además, se plantean mecanismos para hacerlos más efectivos dado que se tiene como premisa que su inadecuado diseño explica los mayores males de la gestión ambiental y su mejora podría solucionar todos los problemas.

Así, por un lado, las empresas exigen que sean aprobados mediante procedimientos ágiles, flexibles, desburocratizados y técnicos, y por otro lado, organizaciones de la sociedad civil y organizaciones indígenas exigen que sean documentos fácilmente accesibles, producto de una profunda participación ciudadana. Este equilibrio entre participación y simplificación administrativa parece difícil de alcanzar, en un contexto de profunda desconfianza respecto a los EIAs, pues han estado a la zaga de importantes conflictos sociales en los últimos años. A estos problemas se agrega la discusión sobre la aplicación de la consulta previa a los pueblos indígenas en los procedimientos de aprobación de los EIAs y todas las aristas que esto implica.

En dicho contexto, el presente artículo analiza los intentos de compatibilizar el diseño institucional de los procedimientos de aprobación de los EIAs y el procedimiento de consulta previa con el objetivo de mostrar sus limitaciones y paradojas, así como para plantear un modelo institucional que tengan en cuenta la particularidad que debe tener la consulta previa en el desarrollo de industrias extractivas y grandes proyectos de inversión. Este análisis se realiza a partir de una reflexión mayor acerca de la institucionalidad ambiental en el Perú y la búsqueda de equilibrio entre simplificación administrativa y promoción de inversiones por un lado, y el respeto a los derechos de los pueblos indígenas, por el otro.

## **II. DEL CONFLICTO A LA POLÍTICA PÚBLICA: AVANCES, PARÁLISIS Y RETROCESOS DE LA INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL EN EL PERÚ**

Debido al gran incremento de conflictos socio-ambientales en el Perú a partir de la década de los noventa, producto especialmente del boom de la exportación de minerales (Bebbington y Bury, 2009), se han planteado diversas explicaciones acerca de la naturaleza de estos conflictos. Algunos ponen énfasis en la falta de canales institucionalizados para la participación política y la mediación de visiones sociales contradictorias (Panfichi, 2011; Vergara, 2011; Tanaka, 2012), inadecuados mecanismos de redistribución económica (Arellano, 2011), la falta de transparencia o la inadecuada gestión de conflictos (Barrantes, Durand y Zárate, 2005; Huamaní y Macassi, 2011). Este grupo de perspectivas ven los conflictos como problemas de “gobernanza”, pero tienden a

dejar de lado conflictos con alcances más estructurales y que no son fácilmente solucionables con ajustes institucionales (Merino, 2015).

Aunque las tipologías son una simplificación de la realidad, ayudan a entender analíticamente el problema. No obstante, un tema que ha suscitado un interés menor es si los conflictos tienen carácter programático, es decir, si son una mera reacción o si articulan una agenda capaz de formularse en términos de políticas públicas (De Echave y Diez, 2013). Así, por ejemplo, el conflicto de Bagua puso en la agenda pública el reconocimiento del derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas antes de aprobar normas de carácter legal o administrativo que pueda afectar sus derechos colectivos (en adelante, “la consulta previa”). Este derecho reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT y vigente en el Perú desde el año 1994, no había sido implementado y este conflicto promovió el desarrollo de una normativa e institucionalidad en la materia<sup>1</sup>.

Por su parte, el conflicto en torno a minas Conga surgió, entre otras cosas, debido a que el EIA aprobado por el Ministerio de Energía y Minas (MINEM), autorizaba la eliminación de una laguna para convertirla en un reservorio artificial. Las comunidades aledañas no estuvieron de acuerdo con esta medida y exigieron la paralización del proyecto. En el proceso, se observaron fuertes tensiones entre el Ministerio del Ambiente que dio una opinión crítica al EIA y el MINEM que defendía la solidez del estudio. El proyecto se mantiene paralizado hasta el día de hoy pero se abrió la discusión acerca de quién y cómo deben aprobarse los EIA. En específico, de si aquellos sectores productivos encargados de promover actividades extractivas debían ser también los responsables de evaluar la viabilidad ambiental del proyecto. Es así que en el año 2012 se crea el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles – SENACE, como organismo técnico especializado adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de evaluar los estudios de impacto ambiental detallados (EIA-d), competencia que le sería transferida de los sectores de modo paulatino, según el cronograma de transferencia de funciones.

La consulta previa bajo la rectoría del Viceministerio de Interculturalidad y la evaluación de los EIA-d bajo responsabilidad del SENACE, son dos ejemplos de cómo los conflictos sociales se pueden transformar en políticas públicas. Sin embargo, si bien la formulación de las políticas ha sido un proceso bastante complejo y contencioso, su implementación ha seguido un camino no menos tormentoso, con avances y retrocesos. En el caso de la consulta previa, el reglamento ha estado marcado por fuertes críticas de las organizaciones

---

1 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), en setiembre del 2011 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC, en abril del 2012.

indígenas debido a la exoneración de algunos supuestos relevantes del proceso de consulta (como los proyectos de infraestructura pública), los pocos supuestos de aplicación del consentimiento (no acorde con los estándares internacionales), la restrictiva definición de pueblo indígena (que hace posible excluir a las comunidades campesinas) entre otros temas (Merino, 2016). Además, se critica el poco avance en materia de consulta de actividades mineras.<sup>2</sup>

En el caso del SENACE, problemas de diseño y gestión han condicionado su proceso de implementación. Sobre el diseño, al no ser el ente rector del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), carece del empoderamiento político y la capacidad normativa necesaria para desarrollar todo su potencial<sup>3</sup>; además, cuenta con un Consejo Directivo compuesto por ministros de Estado<sup>4</sup> y no por funcionarios que puedan dedicarle una agenda de trabajo que haga posible el desarrollo de su política institucional. Respecto a los problemas de gestión, según el cronograma de transferencia<sup>5</sup>, esta entidad debió iniciar sus funciones en el segundo trimestre del 2015 y recién se aprobó la transferencia en materia de energía y minas el 28 de diciembre del 2015<sup>6</sup>. Además, con un año de retraso se aprobó el Reglamento del Título II de la Ley N° 30327, *Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible, y otras medidas para optimizar y fortalecer el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental*, que regula la Certificación Ambiental Global<sup>7</sup> (la gran medida anunciada para alcanzar la simplificación administrativa). Asimismo, a la fecha no se aprueban las disposiciones necesarias para la implementación de la Ventanilla Única de Certificación Ambiental<sup>8</sup>. Así, hay normas e instrumentos que han sido aprobados muy tarde o no han sido aprobados y que dependían del impulso político y capacidades técnicas del Ministerio del Ambiente.

Es importante reflexionar sobre las razones que impidieron el desarrollo de estas nuevas instituciones. En un clásico estudio, Marver Bernstein (1955) argumentaba que la gestación de la mayoría de agencias con roles regulatorios

---

2 Según información del Ministerio de Cultura (<http://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/>, visto: 08/2016), a la fecha se ha concluido un solo proceso de consulta previa en materia de minería (proyecto de exploración minera Aurora) y se encuentran en la etapa de diálogo los proyectos de exploración minera la Merced, Misha y Toropunto. La consulta previa se realiza aquí sobre la resolución que autoriza el inicio de actividades, más adelante discutiremos sobre las bondades de este esquema.

3 Como sí lo es el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental - SINEFA.

4 Ministros de Economía, Energía y Minas, Salud, Agricultura y Riesgo, Producción y Ambiente, son quienes presiden el Consejo Directivo.

5 Aprobado por Decreto Supremo N° 006-2015-MINAM.

6 Resolución Ministerial N° 328 -2015-MINAM.

7 Debió publicarse en junio del 2015 según la primera disposición complementaria final de la Ley N° 30327.

8 Debía aprobarse mediante Decreto Supremo según el Artículo 13 de la Ley N° 29968.

y supervisores está marcada por una fuerte lucha entre una mayoría ciudadana difusa que está a favor la regulación y una minoría poderosa que se opone a ella. Como resultado, se obtiene una normativa que rara vez provee directivas claras o poderes de *enforcement* adecuados. Además, los grupos sociales que demandaron la reforma a menudo terminan exhaustos por la lucha legislativa, satisfechos por el “premio simbólico” de la aprobación de la ley y dispuestos a dejar los “detalles técnicos” de la implementación a los expertos. Mientras los que apoyaron la reforma pierden interés rápido, aquellos sujetos a la regulación realizan acciones concertadas y sostenidas para prevenir una regulación fuerte (Sabatier, 1975). En este contexto, la agencia suele adoptar un enfoque cauto y con el tiempo la costumbre, actitudes y perspectivas de aquellos regulados prevalece en las acciones de la agencia hasta que terminan percibiendo que su primera misión es el mantenimiento del estatus quo. Cuando las preferencias de política pública del regulador y el regulado llegan a tal coincidencia, se dice que la agencia es “capturada” (Sabatier, 1975).

Otros señalan que la inercia en la gestión se debe a que los funcionarios sobreponen al interés general sus propios intereses individuales, como la retención del empleo, la reelección, la gratificación por el ejercicio del poder o el bienestar económico luego de dejar el cargo (Levine and Forrence, 1990). Al respecto, en los años setenta Ralph Nader popularizó la noción de “puerta giratoria”: las agencias se volvían cautivas de la industria porque anteriores ejecutivos del sector privado tomaban posiciones de gobierno influyentes en la regulación de la industria y eran seducidos por la posibilidad de pasar a trabajos más lucrativos en las industrias que estaban regulando (Makkai and Braithwaite, 1992).

Sin un estudio de campo más específico, es difícil determinar las razones de la falta de desarrollo de la institucionalidad ambiental y la consulta previa, además, la captura regulatoria o la puerta giratoria por sí mismas no parecen dar luces sobre este problema. En el caso del SENACE, el poco desarrollo institucional parece responder a un diseño defectuoso de política pública, la falta de capacidad técnica en el sector y al poco interés del Estado en impulsar la implementación de una entidad que es clave para la gestión ambiental.

### **III. ¿DESARROLLO ECONÓMICO O JUSTICIA AMBIENTAL? LA CERTIFICACIÓN AMBIENTAL GLOBAL**

El gran reto de la institucionalidad ambiental es alcanzar el equilibrio entre protección efectiva del ambiente con participación ciudadana, y la simplificación administrativa con reglas claras y razonables para el desarrollo de las inversiones. Esto es difícil de conseguir en un contexto local y global profundamente desigual. Sin ahondar en el concepto, la justicia ambiental implica que las decisiones

de política deben tener en cuenta las diferencias históricas en la distribución de externalidades ambientales que derivan incluso de una división colonial Norte-Sur, pero que también se expresan en la forma distinta de comprender el ecologismo: por ejemplo, el ecologismo occidental tiende a preocuparse más sobre cuestiones macro como la protección de la capa de ozono y el ecologismo local busca la protección del medio ambiente como medio de subsistencia (Gonzalez y Atapattu, 2015; Nixon, 2011; Martinez Alier, 2002) o como plataforma política para expresar el respeto a los derechos ciudadanos de las comunidades locales (Rival, 2010), o para disputar el monopolio de la ciencia en la definición de la naturaleza como “recurso” y no como ser vivo (De la Cadena, 2010).

Para alcanzar la justicia ambiental también es necesario entender la maraña institucional y legal que muchas veces tecnifica estas cuestiones, eliminando las diferencias y dejando de resolver los problemas de fondo. Para ello, es clave contar con un enfoque sistémico de los diferentes mecanismos e instrumentos que están en juego en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y las múltiples licencias ambientales conexas. El EIA es el corazón de este rompecabezas institucional pues desde su nacimiento en el *National Environmental Policy Act* (NEPA) de 1969 en los Estados Unidos, se ha difundido por todo el mundo, convirtiéndose en un instrumento internacionalmente aceptado para la gestión ambiental y la sostenibilidad (Jay et al., 2007; Benson, 2003).

A través de los años, los procesos para elaborar y aprobar los EIA se han vuelto más complejos y la aparición de otros permisos y sus procedimientos específicos han significado altos costos tanto para las empresas como para las entidades públicas encargadas de supervisarlas. A nivel comparado se señala que estos costos incluyen la conducción de investigaciones científicas de gran envergadura; la negociación con entidades públicas y organizaciones de la sociedad civil respecto al alcance del estudio; y el rediseño del proyecto debido a las decisiones de las autoridades (Sunding and Zilberman, 2002). No obstante, los resultados muchas veces no son los esperados porque el monitoreo y control posterior (*enforcement*) es a menudo débil, pues las agencias públicas suelen carecer de capacidades y recursos para realizarlos eficazmente (Li, 2008). A esto se agrega que la mayoría de agencias responsables de los EIA en América Latina deben consultar a otras entidades como parte del proceso (Acerbi et al., 2014), lo que resulta complejo en contextos de institucionalidad ambiental precaria y en donde los mecanismos de participación son débiles y no tienen en cuenta los requerimientos de los grupos afectados. Así, los EIA terminan siendo descriptivos, voluminosos, mal organizados y abrumadoramente técnicos. Todo esto hace que el procedimiento sea al final ineficiente, muy largo y costoso en relación a sus beneficios (Li, 2008).

Para superar esto, se ha desarrollado en Europa un esquema de “Emisión integrada de permisos ambientales”, regulado por la Directiva 96/61/EC sobre la Prevención y Control de la Contaminación Integrada (IPPC). Este mecanismo hace posible la creación de una ventanilla única que permita el procesamiento simultáneo de las diversas licencias requeridas, eliminando la dispersión de entidades y de las condiciones de licensamiento (Holzinger, 1999). Se trata de un sistema de *one-stop shopping*, donde el administrado tramita sus solicitudes ante una sola entidad que asegura la coordinación con otras agencias, incrementa la consistencia y predictibilidad del procesos de emisión de permisos y reduce la carga administrativa tanto del gobierno como de la industria (Pernas, 2003; OCDE, 2005).

Es preciso señalar que la Directiva 96/61/EC hace referencia a la “integración de permisos” y no a la integración de los permisos ambientales con el proceso de evaluación de los EIA. Hay diferencias fundamentales entre ambos instrumentos, tales como la amplitud (los EIA se aplican a un extenso número de actividades); tiempo de aplicación (los EIA tienden a aplicarse a etapas tempranas del planeamiento del proyecto), enfoque ambiental (los EIA tienden a ser más abiertos y consideran cualquier tema de preocupación, incluyendo uso de la tierra, biodiversidad, y la herencia cultural e histórica); y consideraciones sobre alternativas y medidas de mitigación (los EIA normalmente consideran un mayor espectro de alternativas y medidas de mitigación) (Knill and Winkler, 2006) Aunque son herramientas distintas, la posibilidad de interacción es muy alta, y esta es la razón por la que la Directiva 97/11 introdujo la posibilidad de unificar los EIA y los procesos de emisión de permisos para evitar la duplicación de esfuerzos (OCDE, 2005).

En España, estas Directivas comunitarias se implementaron a través de la Ley 16/2002, Ley de la Prevención Integral y Control de la Contaminación, en la cual se regula “La autorización ambiental integrada”. El objetivo es asegurar la coordinación interinstitucional y establecer un sistema de control y prevención que integra en un solo acto todas las autorizaciones ambientales. No obstante, se critica el modelo (Pernas, 2003) porque no se diseñó una integración obligatoria de los procesos de EIA y emisión de permisos, al establecerse que las municipalidades autonómicas, de acuerdo a sus prerrogativas legales, pueden integrar los dos procesos (Artículo 11.4). En Colombia, el Decreto 3573 del 2011 creó la Autoridad Nacional de Licensamiento Ambiental (ANLA) y el Decreto 2041 del 2014 regula la “licencia ambiental” como el permiso que implícitamente integra todas las autorizaciones para usar o afectar los recursos naturales renovables (Artículo 3), incluyendo la evaluación de los EIA. El Decreto 2041 también regula la “licencia ambiental global”, pero el término no hace referencia a la integración de otros permisos, sino al ámbito geográfico por el cual una licencia incluye toda el área de la explotación.

## Paradojas de la consulta previa y la institucionalidad ambiental en el Perú

En el Perú, se ha introducido este mecanismo en un contexto de por sí ya bastante complejo en términos normativos e institucionales. El procedimiento de evaluación de impacto ambiental lo lleva a cabo desde hace muy poco el SENACE para los sectores Energía y Minas, así como el de Transportes y Comunicaciones, pero solo respecto de los EIA-d. Los demás instrumentos (EIA semi detallados y Declaración de Impacto Ambiental - DIA<sup>9</sup>) siguen estando bajo la competencia de estos sectores, mientras que los otros sectores productivos siguen teniendo competencia completa respecto a todos los instrumentos de gestión ambiental hasta que transfieran las competencias al SENACE.<sup>10</sup> No obstante, algunos sectores y sub-sectores tienen reglas procedimentales propias, otros tienen reglas desfasadas u otros simplemente no cuentan con reglamento de protección ambiental.<sup>11</sup> Esto quiere decir que los plazos procesales, etapas, reglas de procedimiento, participación ciudadana, etc. se aplican de manera distinta para cada sub-sector, lo que no parece razonable. A esto se agrega que en estos procedimientos intervienen varias entidades para dar opiniones técnicas vinculantes o no vinculantes, de manera facultativa y obligatoria, (opinadores) lo que hace al proceso más complejo. Una vez obtenida la resolución que aprueba el estudio de impacto ambiental, los titulares deben obtener permisos ambientales conexos antes de iniciar actividades. Estos permisos implican procedimientos autónomos que se exigen ante diversas autoridades, como la Autoridad Nacional de Agua (ANA), el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (SERFOR), la Dirección General de Capitanías y Guardacostas (DICAPI). Para su emisión, muchas veces se requiere la intervención de otras entidades que brindan opinión técnica.

9 El Artículo 4 de la Ley del SEIA define estos instrumentos en los siguientes términos:  
Declaración de Impacto Ambiental (DIA): para proyectos cuya ejecución no origina impactos ambientales negativos de carácter significativo.

Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIA-sd): para proyectos cuya ejecución puede originar impactos ambientales moderados y cuyos efectos negativos pueden ser eliminados o minimizados mediante la adopción de medidas fácilmente aplicables.

Estudio de Impacto Ambiental Detallado (EI-d): para proyectos cuyas características, envergadura y/o localización, pueden producir impactos ambientales negativos significativos, cuantitativa o cualitativamente, requiriendo un análisis profundo para revisar sus impactos.

10 El Artículo 21° del Reglamento del Título II de la Ley N° 30327 (del cual hablaremos en breve), otorga indirectamente competencias al SENACE respecto a la DIA, al señalar que mediante la emisión de la resolución de clasificación del estudio como DIA, automáticamente se otorga la certificación ambiental. Esto parece estar en contradicción con el Cronograma de Transferencia de Funciones (Decreto Supremo N° 006-2015-MINAM) que comprende solo la revisión y aprobación de EIA-d y la propia Ley N° 30327 que modificó la Ley de Creación del SENACE para establecer que esta entidad iniciará un proceso de transferencia de los EIA-sd una vez concluido el proceso de transferencia de los EIA-d. En ningún caso se otorga competencia sobre las DIA.

11 De los 9 sectores que deberían contar con un Reglamento de Protección Ambiental, no se cuenta con estos instrumentos en los siguientes sectores: Transportes y Comunicaciones, Salud, Comercio Exterior y Turismo, Defensa y el sub-sector pesca (Sector Producción). Es preciso señalar que el reglamento de protección ambiental de las actividades de electricidad es del año 1994 y se encuentra desfasado.

Frente a esta complejidad, primero debió ordenarse el procedimiento mismo de evaluación de impacto ambiental. La Ley del SEIA y su reglamento establecen reglas procedimentales muy generales que no parecen idóneas para ser aplicadas por aquellos sectores que carecen de reglamento de protección ambiental. Lo ideal sería proponer un procedimiento estándar que pueda tener reglas especiales en términos sustantivos para cada sub-sector, pero con las mismas reglas procedimentales. Una vez definido este procedimiento se podrían crear mecanismos para integrar los permisos ambientales. Sin embargo, se eligió hacer lo contrario: integrar de manera poco articulada una serie de permisos ambientales con un procedimiento de evaluación de impacto ambiental desarticulado, incierto y desfasado en muchos casos.

Así, la Ley N° 30327 del 21 de mayo del 2015 en su Título II: “La Certificación Ambiental Global” (CAG), establece de qué manera se debe integrar al procedimiento de evaluación de los EIA-d, 14 permisos (títulos habilitantes) y sus opiniones técnicas que son emitidos por 5 entidades autoritativas.<sup>12</sup> Cabe señalar que las agencias especializadas no pierden la competencia para evaluar cada permiso, sin embargo, estas no emiten una resolución final sino un informe al SENACE, el cual debiese ser considerado para que la entidad emita la resolución final que resuelva tanto el pedido de aprobación del EIA como la emisión de permisos.

A diferencia del modelo Español donde la integración es una opción y el modelo Colombiano donde el procedimiento nace integrado, en el Perú el Reglamento del Título II de la Ley (Decreto Supremo N° 005-2016-MINAM) es muy confuso en este tema fundamental, pues señala que durante la etapa de presentación y evaluación del EIA, la Certificación Ambiental Global es obligatoria para los proyectos que requieren tramitar los títulos habilitantes, siendo facultativo el número de títulos habilitantes que se integran a la solicitud. El tema es que si se decide no integrar ningún título habilitante y tramitarlo ante los procedimientos ordinarios que siguen vigentes, entonces en realidad no

---

12 Esta es la lista: a) Acreditación de disponibilidad hídrica; b) Autorización para ejecución de obras de aprovechamiento hídrico; c) Autorización para ocupar, utilizar o desviar los cauces, riberas, fajas marginales o los embalses de las aguas; d) Autorización de uso de agua para ejecutar estudios, obras o lavados de suelos; e) Autorización para vertimientos de aguas residuales industriales, municipales y domésticas tratadas; f) Autorización para reúso de aguas residuales industriales, municipales y domésticas tratadas; g) Autorización de desbosque; h) Autorización sanitaria del sistema de tratamiento y disposición final de aguas residuales domésticas con infiltración en el terreno; i) Opinión técnica favorable del sistema de tratamiento y disposición sanitaria de aguas residuales domésticas y municipales, para vertimiento y reúso; j) Opinión técnica favorable para el otorgamiento de autorización del vertimiento y/o reúso de aguas residuales; k) Estudio de riesgo; l) Plan de contingencia; m) Opinión técnica vinculante para el otorgamiento de autorizaciones de extracción de materiales de acarreo en cauces naturales de agua; n) Derecho de uso de área acuática. Cabe señalar que de esta lista ni el estudio de riesgo ni el plan de contingencia constituyen “títulos habilitantes” ni “opiniones técnicas”.

se podría hablar de certificación ambiental global ni de su carácter obligatorio, sino de un procedimiento común de certificación ambiental que no ha sido derogado de acuerdo con la Ley de Creación del SENACE, el cronograma de transferencia, la normativa sectorial y la propia Ley N° 30327.<sup>13</sup>

Por otro lado, es preciso recordar que la Ley N° 30327 fue fuertemente criticada por la sociedad civil (DAR, 2015) especialmente en relación con los procesos de simplificación para el uso de la tierra, un tema regulado en su Título IV. Respecto a la CAG, una preocupación que podría emerger es el énfasis en la simplificación administrativa en lugar de la protección ambiental. Debe tenerse en cuenta que los requisitos procedimentales indirectamente contribuyen a la protección ambiental (Beijen, 2011), por lo que la simplificación administrativa no puede implicar reducción de estándares ambientales sino la coordinación y articulación entre entidades públicas con el fin de eliminar la duplicación de esfuerzos en la evaluación ambiental y proveer una evaluación participativa, independiente y técnica (Jay et al., 2007). Sin embargo, en contextos de institucionalidad débil, la CAG constituye un gran reto en materia de coordinación interinstitucional. En Europa, la aplicación de requerimientos integrados para la certificación ambiental en países con estructuras débiles generó controversias entre las diferentes agencias (Koutalakis et al., 2010). En Polonia y Hungría, las débiles capacidades de coordinación resultaron en problemas significativos entre los reguladores centrales y regionales que eran responsables de emitir permisos (World Bank, 2007).

En el Perú, contando con una institucionalidad débil y con un marco normativo e institucional poco claro respecto al procedimiento de evaluación de impacto ambiental, resulta forzado, por decir lo menos, introducir un mecanismo que antes de simplificar podría generar mayor caos, sobre todo si se incorpora a través de una normativa con varias inexactitudes y contradicciones. A este contexto de por sí problemático, se discute si debe introducirse la consulta previa a los pueblos indígenas, lo que resulta más que un reto, una utopía en el actual marco legal e institucional.

#### **IV. LA CONSULTA PREVIA Y LOS LÍMITES DE LA GOBERNANZA AMBIENTAL**

Debemos comenzar señalando que la consulta previa como institución de por sí tiene sus propios cuestionamientos de fondo. Algunos critican que se

---

13 La Ley N° 30327 reafirma que dichos procedimientos no han sido derogados al señalar en su Artículo 10.5 que: “La solicitud para la obtención de los títulos no otorgados en el procedimiento de Certificación Ambiental Global, se tramita ante las entidades autoritativas correspondientes, según las disposiciones legales especiales que los regulen”. Debe recordarse que la competencia administrativa solo se otorga o deniega de forma expresa por ley (Ley N° 27444, Artículo 61.1).

haya convertido en un instrumento de negocios para que las empresas alcancen el estatus de responsabilidad social (Rodríguez-Garavito, 2011), por lo que ha sido apropiada y reempaquetada por instituciones globales (Banco Mundial, BID, etc.) para ser insertada en la economía política global de tal forma que permita enfatizar la “participación” y no el derecho de los pueblos a otorgar su consentimiento (Szablowski, 2010). Otros critican la idea de que prevenga o resuelva conflictos sociales cuando en realidad genera tensiones entre las visiones locales de desarrollo y los objetivos de desarrollo estatal (Schilling-Vacaflor, 2014). Respecto a su regulación en el Perú, más allá de los cuestionamientos puntuales (ver sección 1), hay cuestiones más estructurales como el hecho de que su procedimiento está pensado para “convencer” e “informar” antes que para reconocer derechos, pues sus tres primeras etapas son: identificación de la medida, difusión y reflexión interna. Solo si no se acepta la medida surge el “diálogo intercultural”, cuando en un procedimiento realmente respetuoso de los derechos indígenas, el diálogo intercultural debería ser la primera etapa para identificar las prioridades de desarrollo de los pueblos antes de diseñar políticas públicas (Merino, 2016).

Dejemos por un momento las cuestiones de fondo y enfoquémonos en cómo podrían compatibilizarse los procedimientos de certificación ambiental y consulta previa. El Artículo 3° del Reglamento de la Ley N° 29785 establece que son promotoras aquellas entidades públicas responsables de dictar medidas legislativas o administrativas que serán objeto de consulta. Por su parte, el Artículo 6° del mencionado Reglamento, señala que, para el caso de recursos naturales, deberá consultarse a los pueblos indígenas que puedan ver afectados directamente sus derechos colectivos antes de aprobar la medida administrativa que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación o la que autorice a la Administración la suscripción de contratos con el mismo fin.

Por ello, el Ministerio de Energía y Minas emitió la Resolución Ministerial N° 209-2015-MEM/DM, que detalla las medidas administrativas, la oportunidad y el órgano de línea responsable de la consulta previa en el subsector energía. Por su parte, la Resolución Ministerial N° 362-2015-MEM/DM estableció lo propio para el subsector minería. Sin embargo, para cada caso se ha definido momentos distintos para aplicar la consulta: en el primer caso, el acto administrativo a consultar es el otorgamiento de la concesión, por lo que la consulta se da antes de otorgar este derecho; en el segundo caso, el acto administrativo a consultar es la resolución que autoriza el inicio de actividades, por lo que la consulta se da después del otorgamiento de la concesión, del procedimiento de evaluación ambiental y de la obtención de los permisos ambientales conexos. Por otro lado, mediante sentencia judicial emitida por el Juzgado Mixto de la Provincia de Loreto Nauta, se resolvió que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en

su condición de entidad promotora, realice la consulta previa sobre la Resolución Directoral que aprueba los términos de referencia para la elaboración del EIA del proyecto “Hidro vía Amazónica”; es decir, se ordenó consultar durante la etapa de clasificación del proyecto, supuesto de hecho diferente al regulado en los sub sectores Minería y Energía.

Lo señalado evidencia que aún no se desarrollan criterios uniformes y transversales que permitan identificar las medidas administrativas que deban ser objeto de consulta previa en los casos de industrias extractivas y grandes proyectos. Esto resulta muy grave teniendo en consideración los cambios institucionales que se están realizando en los procedimientos de certificación ambiental. ¿Qué hacer al respecto? Es el Viceministerio de Interculturalidad en coordinación con el SENACE y las entidades que viene realizando consultas previas en estas materias las que deberían trabajar conjuntamente para definir esta cuestión. No obstante, desde ya es posible identificar dos alternativas. Una interpretación legalista y restrictiva aconsejaría que no puede aplicarse la consulta previa en el procedimiento de certificación ambiental, pues según el Reglamento de la Ley de Consulta Previa solo son objeto de consulta tres tipos de actos administrativos: a) Normas reglamentarias de alcance general; b) El acto administrativo que faculta el inicio de la actividad o proyecto; c) El acto administrativo que autoriza a la Administración la suscripción de contratos con el mismo fin. Ninguno de estos supuestos se refiere a actos administrativos que se realizan en el marco del procedimiento de certificación ambiental. Cabe señalar que la resolución final de los procedimientos de certificación convencional y global no faculta el inicio de actividades, dado que posteriormente a estos actos, los titulares deben tramitar ante los sectores una nueva resolución que autorice el inicio de actividades y que, en esta interpretación, sería el objeto de consulta previa. Esta es la posición que la normativa del Subsector Minería ha asumido.

Sin embargo, esta interpretación legalista desconoce las normas y jurisprudencia vinculante internacional, las cuales señalan que el otorgamiento de concesiones debe ser objeto de consulta previa, así como que debe haber un involucramiento de los pueblos indígenas en las etapas de diseño, planeamiento y ejecución del proyecto. El Convenio 169 de la OIT y la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas no establecen específicamente cuáles son los actos administrativos objeto de consulta, señalan más bien que la consulta debe realizarse en general antes de “adoptar y aplicar” estas medidas (Declaración) o antes de “emprender o autorizar la prospección o explotación” (Convenio 169). Según la Guía del Convenio 169 de la OIT (2009), esto significa que la consulta debe realizarse no solo al momento de tomar la decisión de explorar o explotar, sino a lo largo de todo el ciclo del proyecto. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que la consulta se debe

hacer sobre las concesiones, incluyendo los EIA (Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 2012, pp. 206 y 207; Pueblo Saramaka vs. Surinam, 2007, pp. 146, 155, 156).<sup>14</sup> Asimismo, el Banco Mundial (2013), la Corporación Financiera Internacional (2012), el Banco Interamericano de Desarrollo (2006) y el Consejo Internacional de Minería y Metales (2013), en sus lineamientos y políticas respecto al relacionamiento con los pueblos indígenas, plantean que la consulta y participación indígena se lleva a cabo sobre el diseño del proyecto, análisis de alternativas, preparación y ejecución, es decir, sobre todo el ciclo del proyecto desde la concesión, e incluye el procedimiento de certificación ambiental, otorgamiento de títulos habilitantes e inicio de actividades.

Esta interpretación tiene el problema de no contar con un marco legal específico que defina las reglas para su aplicación, pues el actual marco normativo no permite establecer un procedimiento claro para una consulta previa que por naturaleza debe incluir entidades que otorgan concesiones, que realizan la evaluación ambiental, que evalúan u otorgan títulos habilitantes y que autorizan el inicio de actividades. En dicho contexto, esta posición requiere de una propuesta normativa específica de carácter transversal, en términos del ciclo del proyecto, y multisectorial, debido a la intervención de entidades de diferentes sectores. Y es que la lógica del proceso de consulta previa tal como está en la Ley y el Reglamento, es la lógica de consultas referidas a leyes, planes o políticas, actos que constituyen en sí mismos el punto final de un proceso de negociación política y donde tiene sentido un esquema de etapas que constituyen un antecedente necesario. En el caso de industrias extractivas y grandes proyectos de inversión, estamos ante un cúmulo de actos administrativos que se enmarcan en distintos procedimientos de carácter técnico y legal que tienen sus propios plazos legales y requerimientos administrativos.

Lo señalado hasta aquí debe ser el inicio de una reflexión mayor donde se tenga en consideración la necesidad de replantear no solo la consulta previa, sino también la gobernanza ambiental e intercultural para conectarla a derechos fundamentales o, mejor dicho, fundacionales como el territorio (Merino, 2013). Y es que el mero reconocimiento de derechos sin comprender el marco institucional en donde interactúan es insuficiente para superar la dicotomía entre justicia ambiental y desarrollo económico.

## **V. CONCLUSIONES**

El procedimiento de aprobación de los EIAs debe reflejar el equilibrio entre justicia ambiental y desarrollo económico, es decir, debe asegurar el ejercicio

---

14 La regulación de hidrocarburos sigue parcialmente orientada a exigir consulta previa para las concesiones.

de los derechos a la consulta previa y la participación y, a la vez, simplificar y reducir la carga administrativa en el desarrollo de este procedimiento. Esto no se podrá realizar, sin embargo, mientras bajo la influencia de discursos como la “tramitología” o el “destrabe de inversiones”, se lleven a cabo cambios normativos de manera abrupta y desarticulada, en busca de impactos inmediatos sin preocuparse de la coherencia del sistema en su conjunto. El resultado es que existen diferentes reglas procedimentales o carencia de reglas para la evaluación de impacto ambiental de acuerdo a cada sector o sub-sector, lo que se complejiza más con la introducción de una certificación ambiental global llena de ambigüedades e inexactitudes.

En este escenario, términos como “participación” o “consulta previa” caeren de contenido y quedan atrapados en una maraña legal e institucional que nadie sabe cómo aplicar realmente o es aplicada de manera no uniforme. Los pueblos indígenas buscan intervenir en las decisiones sobre los proyectos pero cada sector o sub-sector selectivamente define en qué momento debe aplicarse la consulta previa, como si se tratara de un simple tecnicismo legal antes que del reconocimiento de derechos esenciales.

En realidad, la discusión acerca de si la consulta previa debe realizarse antes de otorgar la concesión, durante la evaluación ambiental o antes del inicio de actividades termina siendo bizantina. No se trata de indigenizar los EIAs, se trata de comprender que en el caso de industrias extractivas y grandes proyectos de inversión no podemos hablar de la consulta previa de un solo acto administrativo, sino que estamos ante una situación en la que los pueblos indígenas deberían intervenir durante todo el ciclo del proyecto. Es claro que no puede aplicarse aquí las etapas establecidas en la Ley y Reglamento de Consulta Previa que están pensadas para actos legislativos o administrativos específicos. En estos casos, deben replantearse los arreglos institucionales teniendo en cuenta que lo que está en juego son las reglas de convivencia de los pueblos indígenas con un modelo de desarrollo que en los últimos años ha causado tensiones y conflictos cada vez más agudos.

¿Hasta qué punto este nuevo modelo institucional se trataría en verdad de consulta previa? o ¿es en realidad otra cosa que tiene que ver con la forma del Estado y los derechos territoriales?, estas son cuestiones por explorar. Y es que si bien los EIAs son la manzana de la discordia de la gestión ambiental en el Perú, la consulta previa puede ser concebida como una verdadera caja de Pandora no solo para la gobernanza ambiental, sino también para la gobernanza pública en general.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acerbi, M.; Sánchez-Triana, E.; Enríquez, S.; Tiffer-Sotomayor, R.; Gomes, A.; Siegmann, K.; et al. (2014). Environmental Impact Assessment Systems in Latin America and the Caribbean *34th Annual Conference of the International Association for Impact Assessment*. Chile: Conference Proceedings.
- Arellano, J. (2011). *¿Minería sin fronteras? Conflicto y desarrollo en regiones mineras del Perú*. Instituto de Estudios Peruanos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- Bebbington, A. and Bury, J. (2009). Institutional challenges for mining and sustainability in Peru. *Proceedings of the National Academy of Sciences*. 106, (41), pp. 17296-17301.
- Beijen, B. (2011). The implementation of European Environmental Directives: Are problems caused by the quality of the Directives?. *European Energy and Environmental Law Review*. p. 150.
- Benson, J. (2003). What is the alternative? Impact assessment tools and sustainable planning. *Impact Assessment and Project Appraisal*, 21, (4), pp. 261–280.
- Bernstein, M. (1955). *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton: Princeton University Press.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007). *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.
- DAR. (2015). Pronunciamiento: rechazamos los riesgos sociales, ambientales y constitucionales de la Ley N° 30327. Recuperado en julio de 2016 de [http://www.dar.org.pe/noticias/pronunciamiento\\_nro\\_30327/](http://www.dar.org.pe/noticias/pronunciamiento_nro_30327/)
- De Echave, J. (2011). *La minería peruana y los escenarios de transición. Transiciones Postextractivismo y alternativas al extractivismo en el Perú*. Lima: CEPES, RedGE.
- De Echave, J. y Diez, A. (2013). *Más allá de Conga*. Lima: RedGE.
- De la Cadena, M. (2010). Indigenous cosmopolitics in the Andes: conceptual reflections beyond “Politics”. *Cultural Anthropology*. (25), pp. 334–370.
- Gonzalez, C. y Atapattu, S. (2015). *International Environmental Law and the Global South - Introduction*. International Environmental Law and the Global. Cambridge University Press.
- Huamaní, G. y Macassi, S. (2011). *Gestión de conflictos socio ambientales*. Consorcio de Investigación Económica y Social, Lima.
- Inter-American Development Bank. (2016). *Operational policy on indigenous peoples and strategy for indigenous development*.
- International Council on Mining and Metals. (2013). Indigenous peoples and mining: position statement International Financial Corporation – IFC (2012). *Performance Standard 7: Indigenous Peoples*.
- Jay, S.; Jones, C.; Slinn, P.; Wood, CH. (2007). Environmental impact assessment: Retrospect and prospect. *Environmental Impact Assessment Review*. 27, (4), pp. 287 – 300.
- Knill, C. y Winkler, D. (2006). Convergence or divergence of national legal and administrative structures? Europeanisation effects of the environmental impact assessment in Germany and England. *Journal for European Environmental & Planning Law*. pp. 43-51.

## Paradojas de la consulta previa y la institucionalidad ambiental en el Perú

- Koutalakis, CH.; Buzogany, A.; Börzel, T. (2010). *When soft regulation is not enough: The integrated pollution prevention and control directive of the European Union*. *Regulation & Governance*, 4, pp. 329–344.
- Levine, M. and Forrence, J. (1990). Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis. *Journal of Law, Economics, & Organization*, 6, pp. 167 - 198.
- Li, J. (2008). Environmental Impact Assessments in Developing Countries: An Opportunity for Greater Environmental Security? *Foundation for Environmental Security and Sustainability (FESS)*. Working Paper No. 4.
- Makkai, T. y Braithwaite, J. (1992). In and out of the Revolving Door: Making Sense of Regulatory Capture. *Journal of Public Policy*, 12, (1), pp. 61–78.
- Martínez-Alier, J. (2002). *The environmentalism of the poor: a study of ecological conflicts and valuation*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Merino, R. (2013). Critical Human Rights and Liberal Legality: Struggling for “The Right to Have Communal Rights”. *Philosophy Study*, 3 (3), pp. 246-261.
- Merino, R. (2014). Prior Consultation Law and the Challenges of the New Legal Indigenism in Peru. *Hendu: Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 5, (1), pp. 19–28.
- Merino, R. (2015). The politics of extractive governance: Indigenous peoples and socio-environmental conflicts in Peru. *Extractives industries and the Society*, 28, (1), pp. 85–92.
- Merino, R. (2016). Law and politics of Indigenous self-determination: the meaning of the right to prior consultation. *Indigenous Peoples and International Law*. Routledge (forthcoming).
- Nixon, R. (2011). *Slow Violence and the Environmentalism of the Poor*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- OECD. (2005). *Integrated Environmental Permitting Guidelines for EECCA Countries*. Paris: OECD.
- Panfichi, A. (2011). Contentious representation and its impact in contemporary Peru. En: Crabtree, J. (Ed.), *Fractured Politics: Peruvian Democracy Past and Present*. University of - 100 - London Press, London.
- Pernas, J. (2003). La autorización ambiental integrada: la integración horizontal de las autorizaciones sectoriales y su relación con otros mecanismos preventivos. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 7, pp. 623-640.
- Rival, L. (2010). Ecuador’s Yasuní-ITT Initiative: The old and new values of petroleum. *Ecological Economics*, 70, pp. 358-365.
- Rodríguez-Garavito, C. (2011). Ethnicity.gov: Global Governance, Indigenous Peoples, and the Right to Prior Consultation in Social Minefields. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 18, (1), pp. 26 –305.
- SABATIER, P. (1975). Social Movements and Regulatory Agencies: Toward a More Adequate: And Less Pessimistic: Theory of Clientele Capture. *Policy Sciences*, 6, (3), pp. 301 – 342.
- Schilling-Vacaflor, A. (2014). Rethinking the Link between Consultation and Conflict: Lessons from Bolivia’s Gas Sector, *Canadian Journal of Development Studies*, 35, (4), pp. 503 - 521.
- Sunding, D. and Zilberman, D. (2002). The Economics of Environmental Regulation by Licensing: An Assessment of Recent Changes to the Wetland Permitting Process. *Natural Resources Journal*, 42, (1), pp. 59–90.
- Szablowski, D. (2010). Re-empaquetando el CLPI: las conexiones globales y el debate sobre el consentimiento indígena para la extracción industrial de recursos. *Anthopologica*, 2, pp. 217–238.

Roger Merino

- Tanaka, M. (2012). ¿Por qué el Estado no responde adecuadamente a los conflictos sociales? ¿Qué hacer al respecto? *Economía y Sociedad, CIES*. 79, pp. 36–43.
- Vergara, A. (2011). United by Discord, divided by consensus: national and sub-national articulation in Bolivia and Peru, 2000–2010. *Journal of Politics in Latin America*. 3, (3), pp. 65–93.
- Wood, CH. (1999). Comparative Evaluation of Environmental Impact Assessment Systems. Handbook of Environmental Impact Assessment. *Environmental Impact Assessment in Practice: Impact and Limitations*. (Vol. 2.). Oxford: Petts. Blackwell
- World Bank. (2013). Operational Policy 4.10. Indigenous Peoples.
- Zárate, P.; Durand, A. (2005). El desarrollo a la vuelta de la mina: percepciones sobre desarrollo, pobreza y minería. En: Barrantes, R.; Zárate, P.; Durand, A. (Eds.). *Te quiero pero no. Relaciones Entre minería, desarrollo y poblaciones locales*. IEP, Lima.

# La Defensoría del Pueblo y los Derechos de los Pueblos Indígenas

DANIEL SÁNCHEZ

Investigador Independiente  
<dsanchezvelasquez@gmail.com>

**RESUMEN:** Contribuir a la plena vigencia de los derechos de los pueblos indígenas de nuestro país es una preocupación constante de la Defensoría del Pueblo. Durante dos décadas de trabajo institucional, la Defensoría del Pueblo ha supervisado y recomendado al Estado con el objetivo de impulsar políticas públicas orientadas a atender a pueblos que históricamente han estado excluidos y discriminados. Próximos a la conmemoración del bicentenario de la independencia del Perú, reflexionar sobre la necesidad de establecer una agenda nacional que comprenda los problemas, demandas y preocupaciones de los pueblos indígenas, requiere de la realización de un balance de los avances producidos en los años recientes y de aquellas dificultades identificadas para la realización plena de sus derechos. El presente texto se propone aportar a dicha agenda desde la mirada de la Defensoría del Pueblo.

*Palabras clave: Defensoría del Pueblo, pueblos indígenas, interculturalidad, consulta previa, tierras y territorio.*

**Title:** the ombudsman and indigenous people's rights

**ABSTRACT:** A constant concern of the Ombudsman's Office consists of contributing to the full enforcement of human rights of the indigenous peoples. During two decades of institutional work, the Ombudsman's Office has supervised and made recommendations to the State in order to promote public policies aimed to support the peoples who have historically been excluded and discriminated. As the date to commemorate the bicentennial anniversary of the Independence of Peru approaches, the need to set forth a national agenda that comprises the problems, demands and concerns of indigenous peoples, requires the review of the progress made in the recent years and the difficulties that have been identified regarding their full exercise of rights. The following text intends to support this agenda, in the eyes of the Ombudsman's Office.

*Keywords: Ombudsman, indigenous people, Intercultural, consultation, lands and territories.*



## La Defensoría del Pueblo y los Derechos de los Pueblos Indígenas

*«Trabajamos en la línea de ocuparnos de los problemas pequeños para el Estado, pero grandes para las personas afectadas»*

*Jorge Santistevan de Noriega*

### **I. INTRODUCCIÓN**

El 2 de enero de 1997, la Defensoría del Pueblo abrió -en la ciudad de Satipo<sup>1</sup>- la primera oficina destinada a proteger los derechos indígenas. Exactamente dos años antes, el 2 de enero de 1995, había entrado en vigencia en nuestro país el Convenio N° 169 de la OIT. De esta manera, la Defensoría del Pueblo fue de las primeras entidades del Estado en adecuar su organización institucional para la atención de los nuevos desafíos que demandaría este convenio internacional. Desde ese día a la fecha, han transcurrido veinte años de ininterrumpida labor orientada a la defensa de los derechos de los pueblos indígenas.<sup>2</sup>

Estos años de trabajo le han permitido a la Defensoría del Pueblo contribuir decididamente en la dación de nuevas políticas públicas para la atención de estas poblaciones históricamente excluidas y discriminadas, influir en modificaciones normativas y, sobre todo, atender a miles de ciudadanos y ciudadanas indígenas que han visto en esta institución una instancia aliada para la protección de sus derechos individuales y colectivos.

El presente texto tiene por objeto presentar un balance de estas dos décadas de trabajo institucional, dando cuenta de los avances producidos en la protección de los derechos de los pueblos indígenas e identificando aquellas dificultades que aún los aquejan a fin de contribuir a la construcción de una agenda que permita, justamente, enfrentar el nuevo contexto político y social que vive nuestro país.

### **II. CONSTRUYENDO UNA INTERVENCIÓN ESPECIALIZADA EN ASUNTOS INDÍGENAS**

La Defensoría del Pueblo tiene una misión constitucional esencial: supervisar a la administración pública para que se respeten y garanticen los derechos fundamentales. Consciente de este mandato y de los problemas de vulnerabilidad que afectaban a la población indígena solicitó en 1996, el apoyo

<sup>1</sup> Resolución Defensorial N° 001-97/DP.

<sup>2</sup> Los responsables del Programa de Pueblos Indígenas han sido: Carlos Hernán Yañez Boluarte (enero 1997 a marzo 1998); Javier Aroca Medina (abril 1998 a marzo 2001); Liliam Astrid Landeo del Pino (abril 2001 a agosto de 2001); Pablo Alfredo de la Cruz Guerrero (enero de 2004 a agosto 2007); Vito Leonardo Verna Coronado (septiembre de 2007 a febrero de 2008); Alicia Abanto Cabanillas (marzo de 2008 a diciembre de 2012) y Daniel Sánchez Velásquez (enero 2013-actualmente).

técnico y asesoramiento de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y del Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica (CAAAP) para reflexionar sobre las líneas de trabajo que debía asumir prioritariamente en materia indígena.

Este acercamiento institucional permitió la elaboración del primer «Estudio-Diagnóstico de la situación de los Pueblos Indígenas y Comunidades Nativas de la Amazonía Peruana»<sup>3</sup>. Para el cual, se visitaron las comunidades nativas de Ucayali, Junín, San Martín y Madre de Dios; y como indicó el propio Jorge Santisteban, Defensor del Pueblo que acompañó a la comitiva, la situación de abandono en la que vivían muchas de las comunidades era dramática: la ausencia de servicios públicos; la precariedad en la protección de la propiedad de sus tierras; la aplicación de un modelo educativo que no respetaba sus lenguas ni su concepción cultural; así como altos niveles de contaminación sobre los recursos naturales dificultaban su subsistencia.

Frente a estos graves problemas, el Defensor tomó la decisión de crear una oficina especializada orientada a proteger y promover los derechos de las comunidades nativas. De esta manera, se creó el Programa Especial de Comunidades Nativas cuya primera oficina estuvo en la ciudad de Satipo (Junín).<sup>4</sup> Se eligió esta ciudad como una clara muestra de solidaridad y preocupación por los graves problemas de violencia, desplazamiento y despojo del territorio que venía sufriendo el pueblo Asháninka.<sup>5</sup>

En ese marco, las acciones inmediatas del Programa estuvieron *«dirigid(as) a contribuir al reconocimiento del derecho a la tierra de los pueblos indígenas de la selva, procurar el acceso de los servicios básicos de educación y salud, así como a intermediar en la relación de dichas comunidades dedicadas a la extracción de gas y petróleo en la Amazonía»*<sup>6</sup>. Asimismo, se conformó un grupo de trabajo para proponer modificaciones al Código Civil que permitieran que la inscripción

3 Defensoría del Pueblo. Primer Informe del Defensor del Pueblo Ante el Congreso de la República 1996-1998. p. 78.

4 Se firmó un convenio con la Municipalidad de Río Tambo para que la Defensoría del Pueblo tuviera un espacio de trabajo con organizaciones indígenas en la zona.

5 Defensoría del Pueblo. (1997). La Fortaleza de la Persuasión. pp. 127-128. El pueblo asháninka ha vivido diversos momentos críticos. Desde la colonización del Estado de los espacios territoriales tradicionales de los asháninkas en el siglo XIX, pasando por el reclutamiento y traslado forzado para la explotación de caucho donde se calcula que desaparición el 80% de sus miembros, hasta recientemente el ataque indiscriminado por parte de los grupos terroristas. Unos 10 000 asháninkas fueron desplazados forzosamente en los valles del río Ene, Tambo y Perené, 6000 asesinados y 5000 fueron capturados por Sendero Luminoso. Asimismo, se estima que entre treinta y cuarenta comunidades asháninka habrían desaparecido durante esta época. Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios, Pueblos indígena Asháninka, Ministerio de Cultura.

6 Defensoría del Pueblo. «Primer Informe del Defensor del Pueblo Ante el Congreso de la República 1996-1998» p. 406.

y el reconocimiento oficial de una comunidad no fuera un requisito previo para su existencia. También se promovieron investigaciones referentes a los procesos de consulta y de participación en proyectos de explotación petrolera.

En abril de 1998, se creó una segunda oficina de trabajo del Programa en la sede central de Lima, adscrita a la Adjuntía para los derechos humanos. Como parte de esta incorporación, se generaron dos nuevos objetivos: el de «sensibilizar a las autoridades sobre la importancia y obligación de respetar los derechos constitucionales de las comunidades nativas [y, el de] contribuir a la capacitación de las comunidades nativas sobre sus derechos constitucionales».<sup>7</sup>

Una de las necesidades primordiales fue fortalecer la presencia del Programa en Iquitos y en la selva sur a fin de ser un ente mediador entre las comunidades nativas y las empresas con derechos para la explotación de sus recursos y conseguir soluciones amistosas y pacíficas. Con el crecimiento de la Defensoría del Pueblo y la creación de nuevas oficinas defensoriales a nivel nacional en el año 2000, la oficina de Satipo dejó de pertenecer al Programa Especial de Comunidades Nativas para ser parte de la sede defensorial de Junín.

En este nuevo marco institucional, el Programa Especial de Comunidades Nativas empezó a funcionar como un órgano de línea encargado de analizar en profundidad los problemas estructurales que afectan a los derechos indígenas y buscar su solución mediante recomendaciones emitidas en informes y publicaciones.<sup>8</sup> Asimismo, debía elaborar lineamientos para una mejor intervención de las oficinas defensoriales frente a las quejas contra las entidades estatales de la zona amazónica.

La propia reflexión de la Defensoría del Pueblo conjuntamente con los pedidos de las organizaciones indígenas generó que el Programa Especial de Comunidades Nativas en el 2008 cambiara su nombre por *Programa de Pueblos Indígenas*.<sup>9</sup> Si bien la institución desde su funcionamiento brindó atención prioritaria a las comunidades campesinas andinas, el cambio de nombre significó una toma de posición institucional sobre el reconocimiento de las comunidades

---

7 Defensoría del Pueblo. «Segundo Informe del Defensor del Pueblo ante el Congreso de la República 1998-1999» p. 51.

8 “Análisis de la normatividad legal existente y personalidad jurídica de las comunidades nativas”, Informe Defensorial N° 12 de agosto de 1998. “Situación de los derechos humanos en Jaén, Bagua y San Ignacio”, Informe Defensorial N° 31 de 1999. “La Defensoría del Pueblo y los Derechos Territoriales de las Comunidades Nativas. El Conflicto Territorial en la comunidad nativa Naranjos”, Informe Defensorial N° 68 de 2002. “Pueblos Indígenas en Aislamiento y Contacto Inicial”, Informe Defensorial N° 101 de enero de 2006. “El Proyecto Camisea y sus efectos en los derechos de las personas”, Informe Defensorial N° 103 de marzo de 2006. “La Salud de las Comunidades Nativas. Un reto para el Estado”, Informe Defensorial N° 134 de mayo de 2008. “La Política Forestal y la Amazonía Peruana: Avances y obstáculos en el camino hacia la sostenibilidad”, Informe Defensorial N° 151 de julio de 2010.

9 Resolución Defensorial N° 029-2008/DP.

campesinas como parte de los pueblos indígenas. Esto simbólicamente significaba mucho pues -por esos años- el carácter étnico de las comunidades andinas era desconocido en diversos sectores del Estado.

En los últimos años, el Programa de Pueblos Indígenas ha venido supervisando la implementación de políticas públicas en favor de la educación intercultural bilingüe; la salud intercultural, la consulta previa; la protección de la tierra, el territorio y los recursos naturales; la protección de los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial; así como la promoción del fortalecimiento de la institucionalidad estatal indígena que permita una adecuada atención del Estado a los derechos antes mencionados.

Entre los principales logros se encuentran la contribución a la implementación de la política nacional de Educación Intercultural Bilingüe (EIB). En efecto, como parte de la labor de supervisión del cumplimiento de las obligaciones estatales vinculadas al derecho a la EIB, la Defensoría del Pueblo supervisó desde el 2010 a diversas instancias nacionales, regionales y locales de gestión de la educación y ha elaborado los Informes Defensoriales N° 152, “Aportes para una política nacional de Educación Intercultural Bilingüe a favor de los pueblos indígenas del Perú” y N° 163, “Avances y Desafíos en la implementación de la Educación Intercultural Bilingüe 2012-2013” que contienen un conjunto de recomendaciones al sector para garantizar los derechos de los estudiantes indígenas.

En atención a estas recomendaciones se ha conseguido importantes mejoras en la implementación de esta política. Así, medidas tales como el incremento del presupuesto, la reformulación de la actual Política Nacional de EIB, la construcción del Plan Nacional de EIB –sometido a consulta previa–, la formulación de una nueva propuesta curricular para la formación inicial de docentes EIB, la implementación de un modelo de acompañamiento pedagógico específico, los estímulos económicos para los docentes de escuelas EIB, entre otros, son avances concretos en la implementación de esta política que no se pueden desconocer y que, por el contrario, deben fortalecerse.

Asimismo, los resultados de la última Evaluación Censal de Estudiantes (ECE- 2014) en lengua originaria, comparados con los del 2012, muestran que el grupo de estudiantes indígenas que comprende lo que leen en quechua y aimara se han duplicado, mientras los que leen en lenguas amazónicas como el awajún y shipibo se han triplicado y cuádruplicado respectivamente. Asimismo, en comprensión lectora en castellano, el número de estudiantes con un nivel satisfactorio, según la ECE 2015, se ha incrementado en poco más de siete puntos porcentuales.

Un segundo aporte importante de la Defensoría del Pueblo ha sido la

aprobación de la Ley de consulta previa. Si bien la implementación de este derecho ha seguido un largo camino, los trágicos hechos ocurridos en Bagua en junio de 2009, llevaron a la institución a asumir un liderazgo en la exigencia de la implementación de este derecho colectivo.<sup>10</sup>

Es así que, haciendo uso de la facultad de iniciativa legislativa, el 6 de julio de 2009, la Defensoría del Pueblo presentó al Congreso de la República el proyecto de Ley marco del derecho a la consulta de los pueblos indígenas.<sup>11</sup> Esta acción sumada a la perseverancia de las organizaciones indígenas permitió que el Perú sea el primer país en contar con una Ley de Consulta Previa (Ley N° 29785). Desde entonces, se han llevado a cabo más de una veintena de procesos de consulta, sobre materias tan diversas como la creación de áreas naturales protegidas, la explotación de hidrocarburos y recursos minerales, la adopción de políticas nacionales, la reglamentación de normas y proyectos de infraestructura.<sup>12</sup>

También es importante destacar el trabajo realizado para la titulación de la Comunidad Nativa de Alto Tamaya Saweto. Durante 12 años, Edwin Chota Valera, Presidente de la Comunidad, recorrió oficinas de autoridades del Gobierno Regional de Ucayali, esperando la titulación de las tierras de su comunidad para protegerlas de las actividades de tala ilegal que, aprovechando

---

10 Estos hechos se desencadenaron tras un periodo de tensión entre el Estado y organizaciones indígenas de la selva, luego que el Poder Ejecutivo aprobara un conjunto de normas relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, consideradas por las organizaciones indígenas como lesivas a su derecho a la tierra, al facilitar la venta de tierras comunales. La Defensoría del Pueblo tuvo una decidida intervención antes, durante y después del conflicto que dejó como un trágico saldo 33 personas fallecidas (23 efectivos policiales, cinco pobladores de Bagua y cinco ciudadanos indígenas) y 200 personas heridas. Estas acciones fueron recogidas en el Informe de Adjuntía N° 006-2009-DP/ADHPD, "actuaciones humanitarias realizadas por la Defensoría del Pueblo con ocasión de los hechos ocurridos el 5 de junio de 2009, en las provincias de Utcubamba y Bagua, región Amazonas, en el contexto del paro amazónico" de 2 de julio de 2009, así como en la presentación realizada por la entonces Defensora del Pueblo, Beatriz Merino Lucero, ante la Comisión del Congreso de la República nombrada para investigar los sucesos ocurridos en las provincias de Bagua y Utcubamba, el 19 de enero de 2010.

11 El 6 de julio de 2009, la doctora Beatriz Merino Lucero, entonces Defensora del Pueblo, presentó al Congreso de la República el Proyecto de Ley N° 3370-2008-DP, Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas. Anteriormente, la Defensoría del Pueblo presentó al Congreso de la República el Informe N° 011-2009-DP/AMASPPI.PPI en el cual se da cuenta de las acciones de la institución con relación al dictamen recaído en los proyectos de ley N° 413/2006-CR, 427/2006-CR, 2016/2007-CR, a fin de regular el derecho a la consulta previa. Asimismo, a través de continuos pronunciamientos públicos, la institución exhortó al Congreso de la República a aprobar la norma.

12 A la fecha de este artículo, se han llegado a acuerdos en 23 procesos de consulta, de los cuales 5 procesos han concluido con la decisión que aprueba la medida administrativa que fue objeto de consulta, transcurriendo así por las 7 etapas del proceso previstas por la Ley del Derecho a la Consulta Previa.

la falta de títulos, ingresaban a extraer clandestinamente recursos forestales. Sin embargo, no fue atendido.

El 1 de setiembre de 2014, Chota y otros tres líderes de su comunidad fueron asesinados por taladores ilegales por exigir la titulación de sus tierras y por la defensa de sus bosques. Tras estos trágicos hechos, la Defensoría del Pueblo realizó una ardua supervisión y formuló recomendaciones a todos los niveles del Estado a fin de lograr la titulación de la comunidad de Saweto. El 19 de agosto de 2015, a casi un año de la muerte de sus líderes, sus viudas lograron obtener el título y la inscripción de la propiedad de sus tierras comunales.

De igual modo, la institución ha promovido la creación de la Dirección de Pueblos Indígenas del Ministerio de Salud y la aprobación de la Política de Salud Intercultural. En efecto, mediante el Informe Defensorial N° 169, “La defensa del derecho de los pueblos indígenas amazónicos a una salud intercultural” de enero de 2015, recomendamos al Ministerio de Salud, incorporar en su estructura funcional un órgano de alto nivel con capacidad normativa, funcional y administrativa encargado de coordinar, formular, proponer, normar y orientar el enfoque de interculturalidad en todos los niveles del sistema de salud y en las políticas del Sector. Dicha recomendación fue acogida e implementada por el Ministerio de Salud mediante la creación de la Dirección de Pueblos Indígenas dispuesta por el Decreto Supremo N° 007-2016-SA de 12 de febrero de 2016.

Asimismo, como parte del proceso de consulta previa de la Política de Salud Intercultural, el 18 de marzo de 2016, la Defensoría del Pueblo interpuso una demanda de amparo para garantizar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados en setiembre del 2014 durante dicho proceso y lograr, luego de 19 meses de demora injustificada, la aprobación de la mencionada medida. Como consecuencia de la demanda presentada, mediante Decreto Supremo N° 016-2016-SA de 2 de abril de 2016, se aprobó la Política de Salud Intercultural.

Otro logro importante ha sido la creación del Parque Nacional de Sierra del Divisor. En efecto, este es un área natural ubicada en la región Ucayali, de más de un millón de hectáreas que cuenta con una de las mayores riquezas biológicas del país. Sin embargo, su creación pasaba por un largo proceso iniciado en el año 2006, que incluía 20 meses de incumplimiento de los acuerdos arribados con los pueblos indígenas Matses, Ashéninka, Huambisa y Shipibo Conibo en un proceso de consulta previa.

Ante la falta de respuesta por parte de la Presidencia del Consejo de Ministros de aprobar el Decreto Supremo que establece la creación del Parque Nacional Sierra del Divisor, el 22 de octubre de 2015, la Defensoría del Pueblo interpuso una demanda de amparo. Frente a esta demanda, el 9 de noviembre de 2015, el Poder Ejecutivo aprobó la creación del Parque Nacional Sierra del

Divisor, mediante el Decreto Supremo N° 014-2015-MINAM.

Como se puede apreciar, estas y otras intervenciones de esta Oficina Especializada en Asuntos Indígenas de la Defensoría del Pueblo han tenido como finalidad acompañar a las organizaciones, a las comunidades y a los ciudadanos y ciudadanas indígenas en el complejo camino de lograr su reconocimiento por parte del Estado como sujetos de derecho.

### **III. DE OBJETO DE PROTECCIÓN A SUJETO DE DERECHO: LA INTERCULTURALIDAD COMO MARCO DE REFERENCIA DE LA ACTUACIÓN DEFENSORIAL**

El Perú tiene una gran diversidad étnica. Según el censo del 2007, más de cuatro millones de peruanos —es decir, cerca del 16% del total de nuestra población—, tiene como lengua materna a una lengua indígena. Asimismo, conforme recoge la última Encuesta Nacional de Hogares (ENAHO) del 2014, un 23.7% de los encuestados se auto identifica como indígena.

De acuerdo con cifras del Ministerio de Cultura, conviven en nuestro país por lo menos 55 pueblos indígenas organizados en comunidades campesinas y nativas. De ellos, los de mayor población son los quechuas que viven en diversas zonas de la sierra peruana; los aymaras, quienes viven en el altiplano; los asháninkas y los awajun, asentados en nuestra Amazonía. Además, el Perú es uno de los siete países donde viven pueblos indígenas en situación de aislamiento o en contacto inicial, como los Nahua o Nanti, cuya situación de extrema vulnerabilidad en términos inmunológicos, demográficos y territoriales merece una atención prioritaria del Estado.

Sin embargo, esta inmensa diversidad étnica no ha estado, necesariamente, acompañada de políticas estatales orientadas al reconocimiento de una mayor y mejor ciudadanía. Por el contrario, durante gran parte de nuestra vida republicana ha predominado un proyecto de integración nacional, donde las costumbres de los pueblos indígenas eran vistas como un atraso para la sociedad. En concreto, se buscaba asimilar a los indígenas pues eran percibidos como parte de sociedades rezagadas que había que proteger para su gradual desarrollo y la construcción de una nación homogénea.

El Presidente Belaúnde, por ejemplo, en uno de los pocos discursos en los que hizo referencia a los indígenas indicó “es absurdo pensar que hay lugares tan grandes como de sesenta u ochenta hectáreas ocupados solo por veinte o treinta familias indígenas. Estas familias tienen una vida primitiva, y la idea es concentrarlas en tierras especiales donde puedan cultivar de manera más permanente”.<sup>13</sup>

---

13 Declaraciones recogidas por el diario Expreso, 24 de junio de 1981, citado por Trapnell en:

Este paradigma asimilacionista no fue exclusivo de nuestro país. El Convenio 107 de la OIT, primer instrumento internacional sobre pueblos indígenas, adoptado en 1957, sugiere que las poblaciones indígenas viven en una condición de atraso social (artículo 1º) y que las costumbres que pretendan preservar no deben contradecir la política de integración nacional (artículo 7.2).

En este sentido, para que pudiesen sobrevivir, se creía indispensable fundirlas en la corriente nacional mayoritaria mediante la asimilación (artículos 4.b y 4.c)<sup>14</sup>, renunciando a toda característica culturalmente distinta, generando nuevas identidades como la mestiza. En efecto, como señala Espinoza en el *“juego de la identidades, que siempre son relacionales, una forma de afirmar lo que somos es a través de señalar lo que no somos. Es decir, si somos mestizos no somos ni blancos ni indios. En este sentido, ser blanco significaría identificarse con el extranjero, con el gringo, con España, con el conquistador, etc., y ser indio o indígena implicaría la posibilidad de ser sujeto de discriminación, abuso o explotación. En ambos casos, la opción por ser mestizos nos permite situarnos en un lugar imaginario en el que se nos abre la posibilidad de ser iguales, de convertirnos en ciudadanos que pueden gozar los mismos deberes y derechos que el resto de peruanos”*.<sup>15</sup>

Sin embargo, en la década del setenta cuando los pueblos indígenas comenzaron a hacerse más visibles y reclamaron en pos de mantener sus patrones culturales y sus valores colectivos, estas ideas fueron objeto de cuestionamientos a nivel internacional. La propia OIT señaló que “el enfoque integracionista del convenio era anticuado y su aplicación en el mundo moderno, perjudicial”<sup>16</sup>.

Los cambios sociales generados en dichas décadas<sup>17</sup> como el surgimiento

---

Espinosa de Rivero, Oscar. Desafíos a la ciudadanía multicultural en el Perú: el “mito del mestizaje” y la “cuestión indígena”. (p. 8.). Recuperado el 12 de julio de 2016 de [http://www.luc.edu/media/lucedu/dccirp/pdfs/articlesforresour/Article\\_-\\_Espinosa,\\_Oscar.pdf](http://www.luc.edu/media/lucedu/dccirp/pdfs/articlesforresour/Article_-_Espinosa,_Oscar.pdf)

14 En el sexto párrafo del preámbulo del Convenio N°107 se señala: “Considerando que en diversos países independientes existen poblaciones indígenas (...) que no se hallan integradas todavía en la colectividad nacional y cuya situación social, económica o cultural les impide beneficiarse plenamente de los derechos y las oportunidades de que disfrutaban los otros elementos de la población”. Agrega en el octavo párrafo: “Considerando que la adopción de normas internacionales de carácter general en la materia facilitará la acción indispensable para garantizar la protección de las poblaciones de que se trata, su integración progresiva en sus respectivas colectividades nacionales y el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo”.

15 Espinosa de Rivero, O. *Desafíos a la ciudadanía multicultural en el Perú: el “mito del mestizaje” y la “cuestión indígena”*. (p. 2). Recuperado el 12 de julio de 2016 de: [http://www.luc.edu/media/lucedu/dccirp/pdfs/articlesforresour/Article\\_-\\_Espinosa,\\_Oscar.pdf](http://www.luc.edu/media/lucedu/dccirp/pdfs/articlesforresour/Article_-_Espinosa,_Oscar.pdf)

16 Organización Internacional del Trabajo. (1957). Informe de la reunión de expertos sobre la revisión del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales. 107, p. 115.

17 “Segunda mitad del siglo XX, que profundos procesos de cambio –tales como el incremento

de los movimientos indígenas y la conmemoración del quinto centenario de la llegada de Colón a América, abren un espacio de reflexión que permitió otras corrientes de pensamiento, como el multiculturalismo, para el reconocimiento de la diversidad cultural y el ingreso de una agenda indígena en las estructuras estatales.

Los Estados se ven en la necesidad de reconocer jurídica y políticamente a culturas diferentes respecto de aquellas que habían sido históricamente hegemónicas dentro de sus territorios. En atención a ello, se busca establecer relaciones políticas más tolerantes (la Constitución de 1993 por primera vez en nuestra historia reconoce el derecho a la identidad étnica y cultural) y justas (se plantearon acciones afirmativas a favor de las minorías<sup>18</sup>) entre comunidades culturales distintas en base a un principio ético de respeto recíproco de las mismas.

Sin embargo, las críticas a este modelo, que por varias décadas buscó la aplicación de políticas públicas multiculturales, tienen como foco común la insuficiencia del planteamiento multicultural como proyecto de cohesión social. En efecto, el indígena aún seguía siendo objeto de protección. Las políticas que se implementaban en su favor no solo no les eran informadas sino que no había un instrumento que permitiera tomar en cuenta sus observaciones y propuestas. Asimismo, al ser políticas que tenían por objeto la tolerancia entre las diversas culturas, no estaban orientadas a transformar o acabar con los estereotipos y las estructuras de racismo y discriminación que subyacían en la sociedad.

Es en este punto en que se presentan las diferencias con el planteamiento intercultural. La interculturalidad como propuesta involucra un nuevo modelo donde se pone énfasis en la interrelación y diálogo entre las diferentes culturas que conforman el país<sup>19</sup>, de modo que exista una nueva visión en la elaboración de las políticas públicas y en la construcción e intervención social. Su aporte específico está en dar mayor importancia a la interacción entre los sujetos o entidades culturalmente diferenciadas y la relación entre ellas.<sup>20</sup>

---

de la urbanización e industrialización, las reformas agrarias, el crecimiento del Estado, las migraciones, entre otros—transformaron completamente este andamiaje de poder” (Pajuelo, 2006, p. 30).

18 Tubino (2002) señala que: “Las políticas de la diferencia se inspiran en el principio de la discriminación a la inversa que no es sino la aplicación del principio de la diferencia de la concepción política de la justicia de John Rawls al campo de la legislación” (pp. 51-76).

19 Tubino (2004) plantea de manera clara y sencilla estas importantes diferencias entre el multiculturalismo y la interculturalidad: “La palabra clave en el multiculturalismo es tolerancia, la palabra clave en la interculturalidad es diálogo y valoración del diferente. El multiculturalismo busca evitar la confrontación, pero no genera la integración. En su lugar genera sociedades paralelas. La interculturalidad busca generar relaciones de equidad a partir del reconocimiento y valoración de las diferencias” (p. 142).

20 Giménez, C. Pluralismo, Multiculturalismo E Interculturalidad. Recuperado el 4 de enero del

De esta manera, la interculturalidad va destacar el aprendizaje mutuo, la cooperación, el intercambio. No estamos ante un juego de palabras o debate nominativo, sino ante una cuestión de enfoque pedagógico y de avance sobre planteamientos anteriores, interesantes pero limitados. En este sentido, el Convenio 169 supuso un punto de quiebre en el modelo de tratamiento de los pueblos indígenas. Ya *«no se trata de “absorber” a estas poblaciones dentro de nuestras ideas de desarrollo, sino por el contrario, se trata de reconocerlas como comunidades diferentes, con sus propias necesidades, sus propias formas de organización, sus propias tradiciones, cultura y sus propias visiones de desarrollo nacional»*.<sup>21</sup>

En este marco, se reconoce su derecho a controlar sus propias instituciones y definir sus prioridades de desarrollo, dando fin al modelo de tutela indígena. Se busca romper con la relación asimétrica del Estado hacia la población indígena admitiendo la igualdad y necesidad de diálogo entre las partes para entender y reconocer sus necesidades específicas.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas del 2007 profundiza los derechos ya contenidos en el Convenio y abre un horizonte nuevo, al afirmar el derecho de los pueblos indígenas a su libre determinación.

En nuestro país, los avances por comprender y poner en marcha esta relación intercultural vienen siendo significativos. En épocas recientes se han registrado algunos cambios que buscan revertir esta subordinación cultural y han puesto el acento en el diálogo (consulta previa), la enseñanza (educación intercultural bilingüe), la sanidad (salud intercultural), o la justicia (reconocimiento a la jurisdicción especial) como herramientas para ese entendimiento social indispensable.

Sin embargo, las transformaciones requieren de un compromiso intercultural más profundo del Estado y de la sociedad, para que, sobre los cimientos de un acuerdo, el respeto por las diversas formas de ver el mundo conquiste el lugar merecido dentro de nuestras convicciones personales y de las prioridades públicas. Todo esto nos coloca ante una mayor exigencia: se requiere reconocer ideas y costumbres hasta ahora relegadas al escaparate de lo exótico y lo folclórico, para ser consideradas, ahora sí, como piezas válidas en el plano legal e institucional.

La falta de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de sus ciudadanos y ciudadanas en las políticas públicas ha hecho que, muchas de ellas,

---

2016: <http://red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/100416.pdf>

21 Defensoría del Pueblo (2003). Comentario al Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. (p. 10).

fracasen contribuyendo a perpetuar profundas desigualdades y condiciones de exclusión.

Por ejemplo, en los últimos años, el VIH/Sida entre el pueblo Awajún de Condorcanqui y Bagua (Amazonas) ha venido incrementándose de manera alarmante. La lejanía y el alto costo para movilizarse hasta el establecimiento de salud; la falta de profesionales y equipos médicos; el escaso presupuesto así como la distancia entre lo estipulado en protocolos de atención; y la realidad de la zona, impiden que esta población pueda acceder al tratamiento y recibir una atención de calidad.

Sumado a ello, hay elementos culturales que dificultan la comprensión de que una persona se encuentre “enferma” sin mostrar ningún síntoma (el VIH en una primera etapa es asintomática) o que, a diferencia de otras enfermedades, la cura no es una operación o la ingesta de una pastilla por un período determinado, sino de por vida, lo que genera que muchos indígenas consideren que no se trata de una enfermedad sino de “brujería” y abandonen el tratamiento.

En el 2014, la señora N.K.C., de la comunidad awajún de Achu, llegó a Lima en busca de una solución a sus problemas de salud. La pérdida de peso, de cabello y otras complicaciones no fueron asociadas a que había desarrollado un cuadro de sida, sino a que estaba “embrujaada”. Cuando se le diagnosticó, ya era tarde. Dejó el hospital y emprendió el retorno a su comunidad, donde falleció unas pocas semanas después. Esta dimensión cultural del VIH/sida, durante muchos años no ha sido tomada en cuenta en la estrategia de atención, lo que ha ocasionado el avance de la epidemia.

De la misma forma, en la provincia de Datem del Marañón, en la región de Loreto, es preocupante que solo el 5,8% de las mujeres indígenas hayan acudido a un establecimiento de salud para dar a luz<sup>22</sup>; aun cuando la cobertura de los controles prenatales para el mismo segmento poblacional llega casi al 78%. Esta situación pone de manifiesto que el servicio de parto institucional resulta todavía ajeno e invasivo a las mujeres indígenas. Asimismo, pese a existir desde el Estado la atención del parto vertical, en el marco de los derechos de las mujeres a participar activamente en la forma que desean ser atendidas, esta norma aún no se implementa en la práctica. Las mujeres indígenas usuarias de los servicios de salud han expresado que prefieren el parto domiciliario porque en sus casas pueden recibir el trato adecuado de acuerdo a sus costumbres y conocimientos. Ahí pueden recibir los cuidados de las parteras, madres o parejas que las ayudan en el trabajo de parto<sup>23</sup>.

22 OPS/OMS. (2015). Informe técnico: estado de salud y nutrición de los niños menores de 5 años pertenecientes a las poblaciones indígenas y no indígenas del Datem del Marañón en la región Loreto 2014. (pp. 29-32). Lima.

23 Defensoría del Pueblo. (2015). La defensa del derecho de los pueblos indígenas amazónicos a

Asimismo, el cumplimiento del esquema básico de vacunación en niños indígenas menores de doce meses en la referida provincia alcanza apenas el 15, 5%, frente al 58% de sus pares no indígenas. Si bien es cierto que esta baja cobertura se explica por la falta de disponibilidad de vacunas y equipos de cadena de frío, así como por la alta dispersión y lejanía en la que se encuentran, otra de las razones fundamentales es el rechazo que genera entre la población indígena la inmunización y sus supuestos efectos negativos. Esto se explicaría, en parte, por la poca o nula información que recibe la familia sobre la vacuna que se le aplica al menor y sus implicancias positivas en su salud. El desconocimiento del idioma local amplía la brecha cultural existente con la población indígena beneficiaria de estos servicios. Asimismo, la presencia de otros actores que, como parte de un discurso religioso, cuestionan el valor de la inmunización en la vida de los niños y niñas indígenas, también genera un impacto negativo en la implementación de esta política.

En atención a ello, debemos apuntar a consolidar que cualquier política que oriente el desarrollo del país no puede estar ajena al reconocimiento de la existencia de una gran variedad de culturas e interpretaciones diferentes que piden, con justificada razón, el respeto a sus formas de vida en la formulación e implementación de decisiones estatales orientadas a la atención de sus derechos.

#### **IV. LA AGENDA INDÍGENA Y LOS RETOS PARA LA VIGENCIA EFECTIVA DE SUS DERECHOS COLECTIVOS**

El crecimiento económico y la implementación de políticas redistributivas en América Latina han permitido que, durante la primera década del siglo XXI, más de 70 millones de personas lograran salir de la pobreza, según cifras del Banco Mundial. Estos resultados, sin embargo, no han generado el mismo impacto para la población indígena de la región. En algunos casos, las políticas redistributivas no han alcanzado a este sector vulnerable y, en otros, los logros económicos se han construido sobre la base de la afectación de sus derechos.

Esto sumado a la pérdida progresiva de sus tierras, el quiebre de las economías comunitarias, la dación de medidas que poco o nada han protegido sus derechos ancestrales, la migración del campo a la ciudad, entre otros, han agudizado la precaria situación económica de la mayoría de los pueblos indígenas.

En dicho contexto, los pueblos indígenas han asumido un rol importante como un actor político y social que busca posicionar y articular una agenda de propuestas hacia el Estado que permita la reivindicación y el goce efectivo

de sus derechos. Algunos de los retos pendientes son:

**1. Contar con información diferenciada y precisa sobre la situación de los pueblos indígenas a fin de construir y adoptar políticas públicas adecuadas.** La información desagregada por origen étnico con la que cuenta el Estado, así como los estudios comparativos entre las poblaciones indígenas con respecto al resto de la población. De ahí que, la Defensoría del Pueblo considera esencial para el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas, obtener información sobre pueblos indígenas en los censos de población dado que éstos son fuentes valiosas de datos de cobertura nacional.

La información que arrojan diferentes instrumentos de carácter cuantitativo, como el censo, resultan fundamentales para la toma de decisiones al entregarnos evidencias sobre sus principales problemas y necesidades, así como al contribuir con la medición del resultado de diferentes políticas públicas a lo largo del tiempo. La disponibilidad de información sobre el origen étnico de la población permitirá desarrollar análisis sociodemográficos para una distribución más equitativa de los recursos del Estado que puedan ayudarlos a mejorar sus condiciones de vida y sus posibilidades hacia el futuro.

Los resultados del censo adquieren relevancia también cuando la información permite a los propios pueblos indígenas el planteamiento de soluciones. El Estado ha jugado un rol central en la historia de dichos pueblos a través del diseño de políticas que han pretendido -bajo la excusa de solucionar las inequidades existentes- plantear estrategias que enfatizan aspectos cuantitativos, materiales o económicos, dejando a un lado aspectos sociales y culturales por considerarlos de menor importancia, pero que claramente forman parte de las demandas indígenas.

Si bien en los últimos seis censos de población se han obtenido resultados a partir de información sobre la lengua originaria, los resultados son insuficientes para identificar a la población indígena en su totalidad pues, como consecuencia de la discriminación sufrida y otros factores históricos, parte de ella ha dejado de hablar su lengua. El próximo censo del 2017 brindará una gran oportunidad para cambiar esta situación pues -por primera vez- se incluirá una pregunta sobre auto identificación.<sup>24</sup>

A fin de afrontar este importante reto, se espera alcanzar un consenso sobre la pregunta que permita recabar, de manera adecuada, la información de la

---

24 Si bien el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) ha incorporado esta variable en algunas encuestas, tales como la Encuesta Nacional de Hogares, la Encuesta Permanente de Empleo y la Encuesta Nacional de Programas Estratégicos, por su diseño muestral, ellas no permiten obtener información a nivel regional o local sobre la población indígena. Este nivel de desagregación, en cambio, sí es posible alcanzar en los Censos de Población y Vivienda.

población que integra cada uno de los 55 pueblos indígenas que hasta el momento han sido identificados por el Estado<sup>25</sup>. Sin embargo, también es necesario contar con información diferenciada en todos los registros administrativos.

En efecto, el Estado cuenta con diversos registros de carácter administrativo y operativo que utilizan para identificar datos de las actividades propias de su función, muchas de ellas relacionadas con la oferta de un servicio público y donde identifican a los usuarios del mismo. No tener registros administrativos imposibilita contar con información continua y actualizada sobre la población indígena usuaria de los servicios públicos.

En el sector salud, por ejemplo, la falta de conocimiento de las enfermedades de las y los integrantes de los pueblos indígenas dificulta la planificación y toma de decisiones de las autoridades sanitarias competentes.<sup>26</sup> En efecto, conocer la situación de la salud de un pueblo indígena permite caracterizar, medir y explicar el perfil de salud-enfermedad de una población, incluyendo los daños y problemas de salud, así como sus determinantes, con el fin de identificar necesidades y prioridades, las cuales son de utilidad para la definición de intervenciones y estrategias.

Sin embargo, la falta de aplicación o la aplicación inadecuada de la variable «pertinencia étnica» en el sistema de información del Minsa, sumado a las imprecisiones en los diagnósticos o los subregistros de atención, no permite obtener un diagnóstico cabal sobre las enfermedades que aquejan a las y los integrantes de los pueblos indígenas, ni identificar las brechas sanitarias entre los diferentes estratos poblacionales y explicar los factores que las determinan.

---

25 Para ello, se conformó un Comité Técnico Interinstitucional de Estadísticas Étnicas (CTIEE), creado mediante Resolución Jefatural N° 167-2013-INEI de 26 de junio de 2013, cuya finalidad es elaborar una propuesta metodológica y una pregunta de consenso que permita captar de forma correcta y objetiva la etnicidad de la población. La Defensoría del Pueblo participa en dicho Comité en calidad de observador, el cual está conformado por entidades de la administración pública (INEI y Ministerio de Cultura), organizaciones indígenas (CONAP, ONAMIAP), organizaciones afroperuanas (CEDEMUNEP, CEDET), organizaciones internacionales (Fondo de Población de las Naciones Unidas, Unicef), instituciones académicas (Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad del Pacífico) y organizaciones de la sociedad civil (GRADE, Chirapaq).

26 Un primer esfuerzo de acercamiento al tema lo constituye la elaboración de los estudios de “Análisis situacional de salud de los pueblos indígenas Shipibo-Konibo (2002), Nanti (2003), Achuar (2006), Matsigenka” (2006). Estos documentos fueron elaborados por la Oficina General de Epidemiología (OGE) del Minsa en el marco de un convenio de participación con la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (Aidesepe). Posteriormente, la OGE redactó el documento “Aportes metodológicos para la elaboración del análisis situacional de salud de los pueblos Indígenas de la Amazonía Peruana” (2012), el cual da pautas para lograr el conocimiento de los problemas de salud orientado a su priorización, utilizando una metodología de consulta con los propios sujetos. Finalmente, cabe señalar que en el 2014, se ha actualizado y publicado el ASIS Nanti.

Esto misma situación sucedía en el Sector Educación. Hasta el 2011, el Ministerio de Educación no había determinado ni la demanda ni las características del servicio de EIB. Sin duda, la creación del Registro de Instituciones Educativas EIB y del Registro de Docentes EIB constituye un paso importante en la ardua tarea de identificar, por un lado, a niños, niñas, adolescentes, jóvenes y adultos indígenas que deben ser atendidos con el servicio de EIB y, por otro, la oferta de docentes formados en EIB. Ahora se puede conocer en qué instituciones educativas está siendo atendida la población indígena y por qué tipo de docente, cuántas estudiantes y cuántos maestros pertenecen a los diferentes pueblos indígenas o dónde es predominante su presencia; todo ello permitirá garantizar un servicio educativo pertinente y de calidad.

Otro problema identificado es que no existe un registro con información centralizada y actualizada sobre el proceso de reconocimiento y titulación de las comunidades campesinas y nativas. Esta carencia no solo dificulta contar con el número oficial de comunidades tituladas, sino que también impide conocer el número de comunidades que faltan por titular. Sin esta información es complejo diseñar políticas y estrategias adecuadas para proteger el derecho de propiedad de las comunidades, así como su promoción y desarrollo.<sup>27</sup>

En efecto, en la actualidad hay tres bases de datos oficiales respecto del número total de comunidades campesinas y nativas. La primera corresponde a la información que el COFOPRI mantuvo hasta el 31 de diciembre de 2009. La segunda, a los datos reportados por el Censo Nacional Agropecuario (Cenagro) con información hasta el 15 de noviembre de 2012. Finalmente, tenemos la información brindada por las Direcciones Regionales Agrarias pero que no se encuentra actualizada. La ausencia de información oficial centralizada impide hacer una evaluación de la situación real del saneamiento físico de la propiedad rural y conocer el universo de predios rurales que están pendientes de titulación y cuántos títulos ya se han entregado.

En este sentido, se requiere contar con información diferenciada y precisa sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas –a partir de los censos, encuestas y registros administrativos- a fin de construir y adoptar políticas públicas orientadas a la reducción de brechas sociales y económicas.

**2. Fortalecer la institucionalidad indígena estatal.** El convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas prescriben la necesidad de que los Estados cuenten con una institucionalidad que logre una acción sistemática y coordinada de cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

---

<sup>27</sup> La Ley N° 24656 y el Decreto Ley N° 22175 comprometen al Estado a la promoción y desarrollo de las comunidades campesinas y las comunidades nativas.

Las propuestas más recientes sobre institucionalidad buscan la existencia de una entidad rectora en materia indígena que tenga la facultad de formular, aprobar, ejecutar y evaluar políticas para transversalizar la incorporación del enfoque intercultural en las políticas sectoriales. Esta labor en nuestro país en la actualidad la realiza el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura.<sup>28</sup>

Complementario a ello, las entidades estatales –del Ejecutivo y de los Gobiernos Regionales- sobre las que recae el diseño, ejecución o coordinación de políticas sectoriales de diverso orden y naturaleza (educación, salud, etc.) han empezado a crear en su interior espacios de diversa jerarquía especialmente consagrados a velar por la incorporación de los asuntos indígenas en el quehacer sectorial. Ejemplo de ello son el Ministerio de Educación con la Dirección General de Educación Básica Alternativa Intercultural Bilingüe y de Servicios Rurales (DIGEIBIRA), el Ministerio de Salud con la Dirección de Salud de Pueblos Indígenas, el Gobierno Regional de Loreto con la Gerencia Regional de Asuntos Indígenas y el Gobierno Regional de San Martín con la Oficina Regional de Pueblos Indígenas de San Martín (ORDEPISAM), entre otros.

Estos avances son, sin duda, destacables. Sin embargo, se percibe aún una ausencia de planificación a largo plazo. Constituye un reto para los próximos años consolidar lo avanzado en materia de institucionalidad estatal indígena y la existencia de espacios de participación para los pueblos indígenas que permitan tomar en cuenta la opinión, necesidades y expectativas de desarrollo de estos pueblos. En ese escenario se debe fortalecer el Grupo de Trabajo de Políticas Indígenas (GTPI), como espacio encargado de coordinar, proponer y dar seguimiento a las políticas públicas que involucran a estos pueblos, pues éste ha permitido formular una agenda común entre Estado y pueblos indígenas

---

28 La institucionalidad estatal en materia de pueblos indígenas ha sido diversa y ha estado asignada a diferentes sectores entre el periodo 2000 al 2011: Secretaría Técnica de Asuntos Indígenas (SETAI) del entonces Ministerio de la Mujer y Desarrollo Humano (PROMUDEH) en 1998; la Comisión Nacional de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano (CONAPA) adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros en el 2001; el Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano (INDEPA), como Organismo Público Descentralizado (OPD) con rango ministerial, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros en el 2005; la Dirección General de Desarrollo de los Pueblos Originarios y Afroperuano (DGPOA) del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES) en el 2007; el INDEPA como un Organismo Público Ejecutor (OPE) dentro del mismo sector MIMDES en el 2008; el INDEPA como Organismo Técnico Especializado (OTE), adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) en abril del 2010 y el Vice Ministerio de Interculturalidad (VMI) del Ministerio de Cultura en julio del 2010. Alza, B.; Carlos y Zambrano; Chávez, G. (2015). *Pueblos Indígenas y establecimiento de una agenda: cambios en la estructura institucional en el Estado Peruano (2000-2011)*. Lima.

sobre la base de ejes temáticos que las propias organizaciones indígenas han propuesto.<sup>29</sup>

**3. La priorización de políticas públicas que permitan la atención de sus derechos colectivos.** Una de las principales demandas de los pueblos indígenas es, sin duda, el respeto y protección de sus tierras y territorios. La adopción de procedimientos de reconocimiento y titulación en las décadas del setenta y ochenta permitieron el saneamiento físico y legal de un número importante de comunidades campesinas y nativas. Sin embargo, factores como el permanentes cambios normativos, el debilitamiento de la rectoría y de las instituciones responsables de dichos procedimientos, han ido limitado la eficacia y alcance de estos esfuerzos en los últimos años.

En el 2009, con la implementación del proceso de descentralización, se dispuso la transferencia de las labores de reconocimiento y titulación de tierras comunales a los Gobiernos Regionales<sup>30</sup>. La debilidad del Ministerio de Agricultura y Riego como rector que acompaña estos esfuerzos, no ha permitido a las instancias regionales contar con lineamientos necesarios para cumplir adecuadamente con dicha labor. La adopción de una política pública articulada, procedimientos adecuados y una pronta respuesta de las solicitudes presentadas por las comunidades interesadas constituye la gran tarea pendiente para la realización efectiva del derecho de los pueblos indígenas a sus tierras comunales.<sup>31</sup>

Luego del asesinato de Edwin Chota Valera y tres dirigentes de la comunidad nativa de Alto Tamaya Saweto, el Estado ha comprometido recursos económicos para atender la titulación de las tierras de los pueblos indígenas<sup>32</sup>.

---

29 Creado mediante Resolución Ministerial N° 403-2014-MC publicada el 7 de noviembre de 2014, el GTPI es un grupo de trabajo de naturaleza permanente, conformado por el viceministerio de interculturalidad y organizaciones nacionales representativas de los pueblos indígenas: AIDSESP, CONAP, ONAMIAP, FENMUCARINAP, CCP, CNA y UNCA.

30 Función establecida en el artículo 51°, "n" de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27867 de 18 de noviembre de 2002. El Decreto Supremo N° 088-2008-PCM determinó que esta tarea pase a los Gobiernos Regionales, estableciendo como plazo máximo el 30 de junio de 2009, término que fue posteriormente ampliado al 31 de diciembre del mismo año, de acuerdo a lo establecido en el Decreto Supremo N° 064- 2009-PCM.

31 La política de reconocimiento y titulación de tierras de comunidades campesinas y nativas ha sido motivo de supervisión de nuestra institución, cuyos resultados han quedado expresados en el Informe N° 002-2014/DP-AMASPPI-PPI de junio de 2014, el cual fue remitido a las instancias estatales involucradas en dicha labor, formulando un conjunto de recomendaciones que permitan resolver dicha problemática.

32 Principalmente, a través de la implementación de la tercera etapa del "Proyecto Catastro, Titulación, y Registro de Tierras Rurales en el Perú, Tercera Etapa - PRT3" financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Asimismo, como parte de otros convenios de cooperación con los gobiernos de Noruega y Alemania también se están destinando recursos para la titulación de tierras.

Estos esfuerzos necesitan ser articulados con el fortalecimiento de la rectoría y la mejora de las capacidades del personal de los Gobiernos Regionales a cargo de esta labor. Asimismo, deben ser implementados de manera participativa, recogiendo las posiciones y expectativas de los pueblos indígenas que se verán beneficiados con estas medidas.

Otra demanda importante de los pueblos indígenas busca abrir un debate sobre la titularidad de los recursos naturales ubicados al interior de sus tierras y territorios y la obtención de los beneficios que generan su explotación. En el caso peruano, el Estado ha reservado para sí la titularidad de estos recursos<sup>33</sup>. Sin embargo, asiste a los pueblos indígenas el derecho a ser partícipes de los beneficios que genere su explotación o acceder a indemnizaciones por cualquier daño ocasionado por estas actividades, siendo obligación del Estado garantizar estos derechos.<sup>34</sup>

Como parte de la explotación de hidrocarburos y minerales, el otorgamiento de beneficios se ha materializado a través de acuerdos suscritos entre los pueblos indígenas y las empresas a cargo de su explotación. La asimetría que existe entre ambas partes ha llevado a acuerdos con resultados diversos o que en ciertos casos no reflejan plenamente los intereses de estos pueblos. De otro lado, la participación indirecta de los beneficios, a través de mecanismos como el canon, no ha tenido los resultados esperados. La modalidad de la distribución de los recursos generados y los esfuerzos de las autoridades locales y regionales, han sido insuficientes para atender la situación de pobreza en la que aún se encuentra muchos de los pueblos indígenas, quienes han planteado la revisión de este mecanismo<sup>35</sup>.

Otro tema importante para los próximos años se encuentra vinculado con la mejora de los procesos de consulta previa. Es destacable que nuestro país cuente con una normatividad (Ley y Reglamento) sobre consulta previa y diversos instrumentos de gestión<sup>36</sup> que han permitido que, a la fecha, haya más de una veintena de procesos de consulta realizados, en especial en el sector

---

33 Artículo 66° de la Constitución Política del Estado.

34 Artículo 15° del Convenio N° 169 de la OIT.

35 Así es el caso de lo ocurrido en el marco del proceso de consulta del Lote N° 192, los pueblos indígenas y el Estado acordaron que se elaboraría una propuesta de modificación normativa del canon que permita una mejor distribución en beneficio de los pueblos indígenas.

36 Ejemplo de la implementación de estas medidas, podemos mencionar la Directiva N° 002-2013-VMI/MC "Procedimiento del Derecho de Petición de los pueblos indígenas para su inclusión en un proceso de consulta previa o para la realización del mismo en el Ministerio de Cultura", la Directiva N° 001-2014-VMI/MC "Lineamientos que establecen instrumentos de recolección de información social y fija criterios para su aplicación en el marco de la identificación de los pueblos indígenas u originarios"; así como otros instrumentos elaborados por el Ministerio de Cultura.

minero, que durante muchos años fue renuente a implementar el derecho a la consulta previa.<sup>37</sup>

Sin embargo, se encuentra aún pendiente hacer una identificación adecuada del momento oportuno para la realización de la consulta previa en el sector minería. En efecto, teniendo en cuenta una visión del ciclo de vida de un proyecto y la manera más óptima de satisfacer los objetivos que persigue la consulta previa, la oportunidad adecuada para su realización debe ser en el marco de aprobación de la certificación ambiental.

En efecto, realizar la consulta previa sobre la autorización de inicio de actividades de exploración minera dificulta, en la práctica, alcanzar acuerdos y modificar algunos aspectos del proyecto que puedan afectar derechos colectivos, toda vez que dicha autorización es una medida que se emite después de la evaluación ambiental y social, así como de todas las autorizaciones necesarias para que el proyecto se ejecute.

En este sentido, como hemos señalado en anteriores oportunidades, la consulta previa debería realizarse durante el proceso de evaluación ambiental. Así, desde tempranas etapas del diseño del proyecto minero, como puede ser la elaboración de la línea de base ambiental, el pueblo indígena puede involucrarse y tener certeza que los aspectos de su especial interés o preocupación sean adecuadamente considerados.

De esta manera, los pueblos indígenas pueden participar activamente en la determinación de los impactos sociales, las propuestas para el manejo de impactos ambientales, de actividades de desarrollo sostenible, las compensaciones de carácter social, entre otros, permitiendo con ello que el Estado y los pueblos indígenas puedan construir acuerdos adecuados sobre sus derechos colectivos.

De igual modo, se ha podido observar que los acuerdos arribados en los procesos de consulta realizados en minería e hidrocarburos versan sobre obligaciones y competencias funcionales del ente promotor como son supervisar, trasladar quejas o alcanzar copia de documentos existentes, y no –como la normatividad vigente exige– sobre las afectaciones de los derechos colectivos de los pueblos indígenas consultados.

---

37 La consulta previa a pueblos indígenas en el sector se ha llevado a cabo casi 20 años después de entrada en vigencia del Convenio N° 169 y a cuatro años de la aprobación de la Ley de Consulta. Con relación a las acciones realizadas por nuestra institución respecto a la implementación de procesos de consulta en el subsector minería. Décimo Octavo Informe Anual de la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República. Defensoría del Pueblo. (2014). pp. 130-131. También en, Sanchez, D. El MINEM obstaculiza la consulta previa. Recuperado el 12 de julio del 2016 de <http://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/minem-obstaculiza-consulta-previa-daniel-sanchez-v-noticia-1816326>

También es necesario mejorar la metodología que se viene aplicando en los talleres informativos. En los procesos de consulta vinculados a proyectos extractivos se apreció una explicación general de las implicancias y consecuencias de los proyectos pero no se relacionaron las posibles afectaciones a derechos colectivos con la actividad a implementarse dentro del territorio comunal.

Asimismo, el Estado debe brindar una pronta respuesta a las demandas de los pueblos indígenas ajenas a la materia consultada<sup>38</sup>. Cuando se arriben a acuerdos, la rápida adopción de la decisión sobre la medida consultada permitirá generar confianza sobre la utilidad de este mecanismo<sup>39</sup>. Es necesario también fortalecer la participación de las mujeres indígenas<sup>40</sup> y se requiere reforzar las capacidades de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas.

El corto camino transitado deja lecciones que resaltan la importancia de la consulta como un mecanismo de diálogo, que contribuye a la prevención de conflictos y la promoción de una cultura de paz. La próxima gestión gubernamental debe dar claras señales de apostar por la consulta como garantía de los derechos de los pueblos indígenas y de estabilidad para las decisiones e inversiones que promueva el Estado.

El correcto cumplimiento de las obligaciones del Estado con relación al derecho a la educación y a la salud es también causa de preocupación de los pueblos indígenas y de la Defensoría del Pueblo<sup>41</sup>. En efecto, durante muchos

---

38 A manera de ejemplo, durante el proceso de consulta del proyecto hidrovías amazónicas se adoptó como acuerdo la creación de un grupo de trabajo multisectorial para abordar las otras demandas planteadas por las organizaciones representativas de los 16 pueblos indígenas de las regiones de Loreto y Ucayali que fueron consultados, iniciativa que persigue brindar una respuesta articulada de diversos sectores para atender demandas no vinculadas con la medida consultada. En ese sentido, los procesos de consulta también constituyen un espacio valioso para que las entidades públicas recojan estas demandas y contribuyan a la realización de acciones conducentes a la atención de estas peticiones.

39 La demora en la adopción de las decisiones sobre medidas consultadas es una problemática que podría menoscabar la confianza de los pueblos que, de buena fe, han participado en procesos de consulta. Garantizar certeza y predictibilidad en la emisión de las decisiones es un gran pendiente sobre esta materia. Defensoría del Pueblo, "Décimo Octavo Informe Anual de la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República, enero - diciembre 2014", pág. 129.

40 La participación de las mujeres indígenas en los procesos de consulta aún es insuficiente, tal como la institución ha podido constatar en la supervisión que ha realizado a diversos procesos de consulta. En algunos casos, la presencia se hace visible solo en espacios informativos, mas no en espacios de toma de decisiones.

No obstante, un papel importante han desempeñado las organizaciones nacionales de mujeres indígenas, quienes tuvieron un rol activo en los procesos de consulta de la política nacional de salud intercultural, el reglamento de la ley forestal y otros procesos actualmente en marcha, como el reglamento de la ley de lenguas y la política nacional de educación intercultural bilingüe.

41 Como parte de la labor de supervisión del cumplimiento de las obligaciones estatales vinculadas al derecho a la educación intercultural bilingüe, la Defensoría del Pueblo ha elaborado: el Informe Defensorial N° 152, "Aportes para una política nacional de Educación Intercultural Bilingüe a favor de los pueblos indígenas del Perú" (2011), el Informe Defensorial N° 163, "Avances y

años los niños, niñas y adolescentes indígenas no recibieron la suficiente atención para asegurar una educación accesible y de calidad en su lengua y que valore su identidad cultural. Hay que destacar, por ello, que el Ministerio de Educación en los últimos años ha buscado revertir esta situación a través de la priorización de la Política de Educación Intercultural Bilingüe. Sin embargo, debemos ser conscientes que contar con un sistema educativo que permita a los estudiantes indígenas lograr óptimos niveles de aprendizaje es una meta de largo alcance.

De igual modo, en el campo de la salud, las altas tasas de desnutrición crónica y de elevada mortalidad infantil por enfermedades diarreicas e infecciones respiratorias agudas, así como la presencia de enfermedades como la malaria, la fiebre amarilla, la rabia o la prevalencia del VIH/sida forman parte de un cuadro preocupante para la salud de los pueblos indígenas. Es tan deficitaria la atención de salud que el 51.2% de las comunidades nativas carece de algún tipo de establecimiento. De acuerdo con lo que reporta el Censo Nacional Agropecuario 2012, una de cada dos comunidades nativas de nuestro país no estaría siendo atendida con estos servicios vitales.<sup>42</sup>

Asimismo, la falta de reconocimiento de las necesidades, percepciones y prácticas de las comunidades indígenas no contribuye a superar las barreras culturales, maltratos y posibles situaciones de discriminación que se presentan en la atención de salud. Una de las quejas más frecuentes recogidas en reuniones con representantes indígenas es que el personal de salud no habla su lengua y no conoce su cultura. Por otro lado, la contaminación producida por algunas empresas extractivas altera sus territorios y ello, junto con el bajo nivel educativo, la falta de sistemas de agua potable y servicios de saneamiento, entre otros, contribuye a agudizar su situación de vulnerabilidad.

Corregir esta situación demanda un esfuerzo planificado y sostenido que permita, entre otros, la asignación de un mayor presupuesto, la adecuación de la normativa y el incremento de la formación y capacitación del personal, a fin de superar las barreras comunicacionales con los pacientes e incrementar la confianza de las poblaciones indígenas en los servicios de salud. En este sentido, se abre una oportunidad con la Política de Salud Intercultural y la

---

Desafíos en la implementación de la educación intercultural bilingüe 2012-2013” (2013) y, actualmente, se viene trabajando en la elaboración de un tercer informe de supervisión sobre este tema. Respecto al derecho a la salud de los pueblos indígenas, la Defensoría del Pueblo ha elaborado el Informe Defensorial N° 134, “La salud de las comunidades nativas: un reto para el Estado” (2008) y el Informe Defensorial N° 169, “La defensa del derecho de los pueblos indígenas amazónicos a una salud intercultural” (2015).

42 Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). (2014). *IV Censo Nacional Agropecuario*. 1113 comunidades nativas censadas. p. 162. Lima.

recientemente creada Dirección de Salud de los Pueblos Indígenas para que se puedan realizar mejoras para la atención de la salud de los pueblos indígenas.

**4. Mayor participación política de los pueblos indígenas.** Garantizar que determinados colectivos históricamente excluidos, como los pueblos indígenas, tengan oportunidades de acceder a la participación política ha llevado al Estado a adoptar medidas como el establecimiento de cuotas electorales que aún tienen un alcance limitado. Actualmente, nuestro ordenamiento jurídico<sup>43</sup> fija un porcentaje mínimo del 15% de representantes de comunidades campesinas, nativas y pueblos originarios en las listas de candidatos de Gobiernos Regionales y Municipalidades provinciales<sup>44</sup>.

La vigencia de estas normas ha permitido una mayor participación de la población indígena. Empero, las dificultades en su aplicación requiere de medidas para evitar que este mecanismo se desnaturalice, ya que se observa que los puestos de consejeros regionales y regidores municipales han sido cubiertos por integrantes no indígenas de las agrupaciones políticas. Un reto importante es la modificación de la normativa electoral, con la finalidad de realizar los ajustes que permitan obtener una mayor efectividad en la aplicación de estas medidas afirmativas.

Una gran preocupación de las organizaciones indígenas es la ausencia de mecanismos especiales que garanticen su participación en la representación nacional. Si bien en los últimos años ciudadanos indígenas han accedido al parlamento, esta participación aún no reflejaría sus expectativas. Por ello, se requiere promover el debate de reformas normativas que permitan mejorar la calidad de la representación política de los pueblos indígenas en el Congreso de la República.<sup>45</sup>

**5. La protección de los pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial (PIACI).** El Estado ha logrado avances significativos en la última década al establecer un marco normativo específico para garantizar la protección de sus derechos<sup>46</sup>. Recientemente, el Estado concluyó el proceso de adecuación

---

43 Conforme a lo establecido en el artículo 191 de la Constitución Política, la Ley N° 27683, Ley de Elecciones Regionales y la Ley N° 2684, Ley de Elecciones Municipales, de acuerdo a la modificación realizada mediante la Ley N° 27734.

44 Artículo 12° de la Ley N° 27683 de 15 de marzo de 2002.

45 En el marco de las labores del Grupo de Trabajo de Políticas Indígenas (GTPI), las organizaciones indígenas de alcance nacional han expresado dicha preocupación a representantes del Jurado Nacional de Elecciones, quienes han expresado su interés de abordar esta problemática, con el apoyo técnico del Vice Ministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura.

46 La Ley N° 28736, Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial y su reglamento, el D.S. N°. 008-2007-MIMDES, son sin duda, las más importantes. En el 2005, la Defensoría del Pueblo emitió el Informe Defensorial N° 101 "Pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario y contacto inicial" (2005), el mismo que sirvió como documento referencial para la elaboración del marco normativo antes citado.

de tres Reservas Territoriales a Reservas Indígenas: Mashco Piro, Murunahua e Isconahua<sup>47</sup>, quedando pendientes aún dos Reservas Territoriales (Madre de Dios y Kugapakori, Nahua, Nanti). Asimismo, existen otras cinco propuestas de reservas indígenas<sup>48</sup> en proceso de evaluación por parte del Ministerio de Cultura, ente responsable de este proceso<sup>49</sup>.

Sin embargo, los casos de los avistamientos y encuentros con indígenas Mashco-Piro en Madre de Dios y la exposición a mercurio del pueblo indígena Nahua de Santa Rosa de Serjali, en Cusco y Ucayali, han evidenciado que los logros en el ámbito normativo deben estar acompañados de una implementación oportuna y dentro de los plazos legalmente establecidos. De lo contrario, implicará grandes riesgos para la protección de los PIACI en relación a su seguridad física, cultural y territorial<sup>50</sup>.

Los parques nacionales y otras áreas naturales protegidas son espacios que también albergan a pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial, utilizados como zonas de vida y tránsito, siendo el SERNANP y las comunidades indígenas aledañas grandes aliados para su protección. Un ejemplo claro de ello es la categorización del Parque Nacional de Sierra del Divisor, el cual no solo es un importante logro para la protección del medio ambiente, sino también para los pueblos en situación de aislamiento y las comunidades nativas aledañas, como es el caso del pueblo Isconahua<sup>51</sup>.

La implementación de mecanismos para la protección de la vida y territorio de estos pueblos; la culminación de los estudios de categorización para la adecuación de dos reservas territoriales a reserva indígenas; el reconocimiento de las pueblos en aislamiento de las cinco nuevas propuestas de reservas indígenas;

---

47 Decreto Supremo N° 007-2016-MC.

48 Cacataibo, Sierra del Divisor Occidental (Kapanahua), Yavarí Mirim, Yavarí Tapiche, Napo, Tigre, Curaray.

49 Además, la Ley N°28736 ha establecido una Comisión Multisectorial sobre el tema.

50 Ello ha motivado la intervención de la Defensoría del Pueblo formulando recomendaciones al Ministerio de Cultura en el caso del pueblo Mascho Piro, mediante el oficio N°0181-2015-DP/AMASPPI, del 24 de julio del 2015. Mientras que en el caso del pueblo Nahua, a través de dirigidos al Ministerio de Cultura y el Ministerio de Salud, Oficio N°57-2015-DACI-VMI/MC, del 28 de diciembre del 2015 y Oficio N° 055- 2015-2015-DP/AMASPPI-PPI, del 1 de setiembre del 2015, respectivamente.

51 Mediante el Decreto Supremo N ° 014-2015-MINAM, Decreto Supremo que aprueba la categorización de la Zona Reservada Sierra del Divisor en Parque Nacional Sierra del Divisor, publicado el 9 de noviembre del 2015. La Defensoría del Pueblo tuvo una firme posición al exigir al Estado la categorización de la zona Reservada Sierra del Divisor como parque nacional, en cumplimiento de los acuerdos del proceso de consulta previa realizado sobre el expediente de categorización, ante la demora por parte del Ejecutivo para la promulgación del decreto supremo requerido para brindar la categoría de parque nacional. Múltiples oficios e incluso una demanda de amparo forman parte de las actuaciones realizadas por la Defensoría del Pueblo para alcanzar dicho objetivo.

y la urgente implementación de la norma y guía técnica en salud<sup>52</sup> en las regiones y provincias que cuentan con estos pueblos, aún son grandes pendientes para la protección de los pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial que deberán ser abordados en los próximos años.

## V. REFLEXIÓN FINAL

La labor de supervisión de la Defensoría del Pueblo en estos veinte años ha contribuido a que el Estado mejore su atención a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. No cabe duda de que se advierten avances en diversos aspectos como educación y salud, consulta previa, uso de sus lenguas e idiomas originarios, protección de sus conocimientos tradicionales, entre otros.

Sin embargo, persiste un patrón de exclusión que mantiene a los pueblos indígenas en una situación de vulnerabilidad. Claramente, esta situación aún limita la capacidad de los pueblos indígenas en el ejercicio de sus derechos y en la posibilidad de beneficiarse de servicios básicos y medidas redistributivas implementadas por el Estado.

A pesar de ello, los pueblos indígenas no son más una población invisible, representan a un sector de ciudadanos y ciudadanas que han sabido afrontar, colectivamente, estas brechas y convertirse en actores de cambio que persiguen, sin renunciar a sus culturas y sus visiones de vida, una sociedad más justa y próspera.

Próximos a la conmemoración del bicentenario de la independencia del Perú, saldar la deuda histórica con los pueblos originarios debe ser un punto central de la agenda del Estado, a fin de trazar un nuevo horizonte en el que su participación en la vida económica, política y social permita alcanzar un Perú interculturalmente moderno, democrático, participativo e inclusivo.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Defensoría del Pueblo (1999). *Primer Informe del Defensor del Pueblo Ante el Congreso de la República 1996-1998*.
- Defensoría del Pueblo. (2000). *Segundo Informe del Defensor del Pueblo ante el Congreso de la República 1998-1999*.
- Defensoría del Pueblo. (2003). *Comentario al Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*.
- Defensoría del Pueblo. (2005). *Informe Defensorial N° 101. Pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario y contacto inicial*.
- Defensoría del Pueblo. (2009). *Informe de Adjuntía N° 006-2009-DP/ADHPD. Actuaciones humanitarias realizadas por la Defensoría del Pueblo con ocasión de los hechos ocurridos el 5 de junio de 2009, en las*

---

52 Resolución Ministerial N°799-2007/MINSA "Norma técnica de Salud: contingencia ante el contacto y mitigación de riesgos para la Salud en escenarios con presencia de indígenas en aislamiento y en contacto reciente". Resolución Ministerial N° 778- 2007/MINSA "Guía técnica: Atención de salud a Indígenas en Contacto reciente y en contacto inicial en riesgo de alta mortalidad".

## La Defensoría del Pueblo y los Derechos de los Pueblos Indígenas

- provincias de Utcubamba y Bagua, región Amazonas, en el contexto del paro amazónico.*
- Defensoría del Pueblo. (2015A). *Décimo Octavo Informe Anual de la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República (enero - diciembre 2014).*
- Defensoría del Pueblo. (2015B). *Informe Defensorial N° 169. La Defensa del Derecho de los Pueblos Indígenas Amazónicos a una salud intercultural.*
- Espinosa de Rivero, O. Desafíos a la ciudadanía multicultural en el Perú: el “mito del mestizaje” y la “cuestión indígena”. Recuperado el 12 de julio de 2016 de [http://www.luc.edu/media/lucedu/dccirp/pdfs/articulosforresourc/Article\\_-\\_Espinosa,\\_Oscar.pdf](http://www.luc.edu/media/lucedu/dccirp/pdfs/articulosforresourc/Article_-_Espinosa,_Oscar.pdf)
- Fuller, N. (2002). *Interculturalidad y Política. Desafíos y posibilidades, Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales el Perú.* Lima.
- Giménez, C. (2016). Pluralismo, Multiculturalismo E Interculturalidad. Recuperado el 4 de enero de 2016 de <http://red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/100416.pdf>.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2014). *Informe Técnico: Estado de salud y nutrición de los niños menores de 5 años pertenecientes a las poblaciones indígenas y no indígenas del Datem del Marañón en la región Loreto.* IV Censo Nacional Agropecuario. OPS/OMS (2015).
- Organización Internacional del Trabajo (1957). *Informe de la reunión de expertos sobre la revisión del convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957. (107), GB.234/5/4.*
- Pajuelo, R. (2006). *Participación política indígena en la sierra peruana. Una aproximación desde las dinámicas nacionales y locales.* Lima: IEP, Fundación Konrad Adenauer.
- Sánchez, D. (2015). El MINEM obstaculiza la consulta previa. Recuperado el 12 de julio de 2016 de <http://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/minem-obstaculiza-consulta-previa-daniel-sanchez-v-noticia-1816326>
- Tubino, F. (2004). *Interculturalidad y Estado-Nación.* Foro Latinoamericano sobre Interculturalidad, Ciudadanía y Educación. Cuetzalán, México.



# El Derecho a la Consulta Ambiental en el Ecuador

JUAN AUZ

Terra Mater

<juangauz@gmail.com>

**RESUMEN:** El presente artículo resalta y analiza las diferentes dimensiones del derecho humano a la participación en el contexto ambiental en Ecuador, tanto desde el punto de vista de los instrumentos internacionales como de la legislación nacional. Las conclusiones del barrido al corpus jure se someten posteriormente a un análisis casuístico de proyectos generadores de impactos ambientales en varias regiones del país, evidenciando la eficacia o no de la norma. Al finalizar el artículo, se exponen las limitaciones del marco jurídico y los potenciales obstáculos para garantizar integralmente el derecho a la participación en materia ambiental en el Ecuador.

*Palabras Clave:* Consulta Ambiental, Derecho Ambiental, Participación Ambiental, Derechos Humanos, Participación Ciudadana

**Title:** The Right to Consultation in Environmental Contexts in Ecuador

**ABSTRACT:** The article highlights and analyzes the different dimensions of the right to participate in an environmental context in Ecuador, both from the perspective of international instruments and from national legislation. The conclusions drawn from the analysis of the corpus jure are later transposed to case study of projects that generate environmental impacts in several regions of the country, substantiating the effectiveness or not of the norms. At the end of the article, the limitations of the legal framework and the potential obstacles that might preclude the fulfillment of the right to participation in environmental matters in Ecuador are stressed.

*Key Words:* Environmental Consultation, Environmental Law, Environmental Participation, Human Rights, Citizen Participation



## I. INTRODUCCIÓN

Los principios 1, 2 y 4 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, firmada en Estocolmo en 1972,<sup>1</sup> establecen que los seres humanos, por ser el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible, tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza. Debido a esto, al planificar el desarrollo económico, debe atribuirse suficiente importancia a la conservación de los recursos naturales y ecosistemas en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación. Además, el principio 23 de la misma Declaración determina que para la eficacia de esta planificación, y previo a una toma de decisiones que conciernen directamente al ambiente de un grupo humano, es determinante contar con la previa participación individual o colectiva de los posibles afectados.

Este antecedente, pionero del Derecho Ambiental Internacional, demuestra la conexión intrínseca y mutua entre un ambiente sano y el goce efectivo de otra diversidad de derechos humanos. Dicha conexión, desarrollada posteriormente tanto por académicos<sup>2</sup> como por procesos diplomáticos a nivel internacional<sup>3</sup>, destaca el valor estratégico de incorporar a los derechos humanos en cuestiones ambientales. Parte de los argumentos se basa en la premisa de que los derechos humanos, al estar relacionados a la especie, son considerados como exigencias primordiales de la sociedad, lo que implicaría que, tanto a nivel internacional como a nivel nacional, la aplicación de las normas relativas a los derechos humanos estaría más desarrollada que los procedimientos de derecho ambiental.

En ese sentido, se puede trazar una línea divisoria entre dos categorías de derechos humanos y su respectivo vínculo con un ambiente sano: la primera comprende a los derechos civiles y políticos, mientras que la segunda abarca a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).<sup>4</sup>

Empezando por la última categoría, la relación entre los DESC y el derecho a un ambiente sano es mucho más evidente ya que sin un ambiente sano difícilmente se podría gozar efectivamente de un derecho individual y colectivo a la salud o a una buena alimentación; o de un derecho a la libre determinación,

---

1 United Nations. United Nations Conference on the Human Environment: Final Documents (1972). 11 International Legal Materials 1416.

2 Anton, D. and Shelton, D. (2011). *Environmental Protection and Human Rights*. Cambridge University Press. Boyle, A. (2012). Human rights and the environment: where next?. *European Journal of International Law* 613.

3 United Nations Human Rights Council, Human Rights and the Environment. (2011). United Nations Human Rights Council, Human Rights and the Environment. (2012). United Nations Human Rights Council, Human Rights and the Environment. (2014).

4 Birnie, P.; Boyle, A. and Redgwell, C. (2009). *International Law and the Environment*. Oxford University Press.

si los recursos naturales, como condición material para su consecución, se diezman; o del derecho a un estándar adecuado de vida sin un aire limpio que respirar.

Respecto la categoría de derechos civiles y políticos, el vínculo no es tan inmediato, a excepción del derecho a la vida y a la privacidad familiar, que cuenta con el respaldo y el desarrollo de jurisprudencia por parte de cortes regionales de derechos humanos.<sup>5</sup> Por otro lado, los derechos de carácter procesal que están sujetos a análisis, como son el derecho a la información, a la participación y al acceso a la justicia, son relativamente más esquivos al determinar su contribución a la protección ambiental de manera directa. No obstante, la conexión se hace obvia al confirmar que dichos derechos envuelven de credibilidad, efectividad y legitimidad a los procesos de toma de decisiones gubernamentales, en tanto el involucramiento de los actores afectados por un proyecto que potencialmente conlleve impactos ambientales, sobre todo desde una etapa inicial, necesariamente crea mayor confianza y reduce el riesgo de conflictos subsecuentes, más aún si se implementan mecanismos de rendición de cuentas a lo largo de la vida del proyecto.

Por tanto, la participación pública podría definirse como un pre-requisito fundamental para el desarrollo sostenible, que se traduce en la disponibilidad de oportunidades, tanto para individuos como para organizaciones, en proveer insumos dentro de la toma de decisiones que tendrían un impacto en el ambiente, incluyendo legislación, políticas, directrices, estudios de impacto ambiental y proyectos. La participación, que puede presentarse en diversas formas, necesariamente va de la mano del derecho a la información pública, la cual debe ser presentada de manera veraz, precisa, accesible, oportuna y comprensiva.

La lógica detrás de los derechos procesales en materia ambiental radica en que la protección ambiental y el desarrollo sostenible no pueden ser temas manejados exclusivamente por los gobiernos, sino que es vital la incorporación de nociones de participación cívica en asuntos públicos, cuyos orígenes se reflejan en los derechos civiles y políticos.

Cabe destacar que, aunque las dos categorías de derechos antes mencionadas tienden a analizarse de manera separada, se debe considerar que su aplicación es interdependiente e indivisible.

Dicho esto, el presente artículo abordará, en primer lugar, el concepto de la participación en materia ambiental desde la dimensión del Derecho Internacional Público; y en segundo lugar, se analizará su incorporación al marco normativo

---

5 Fadeyeva v Russian Federation. (2005). ECHR App No 55723/00. López Ostra vs. Spain. (1994). ECHR App no 16798/90. Guerra and ors v Italy. (1998). ECHR App No 14967/89.

nacional y finalmente el análisis de su posterior aplicación en casos específicos que generan impactos socio-ambientales en comunidades locales.

## II. LA PARTICIPACIÓN AMBIENTAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>6</sup> como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>7</sup> y varios instrumentos regionales de derechos humanos<sup>8</sup>, contemplan el derecho al acceso a la información, con la salvedad que no se especifica su carácter ambiental. Esto cambió en 1992, durante la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, donde se adoptaron varios instrumentos de lineamientos para la construcción de la política pública en temas ambientales en general y de participación pública en particular - específicamente el Programa 21<sup>9</sup> -, y aún más significativo la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo<sup>10</sup>, donde en su Principio 10 formalmente se juntan los derechos a la información y a la participación ciudadana en la toma de decisiones en materia ambiental, estableciendo que toda persona debe contar con un apropiado acceso a la información pública concerniente al ambiente, y donde el estado debe facilitar y promover la conciencia pública y la participación difundiendo dicha información oportunamente.

A pesar de que la Declaración de Río no es un documento que las leyes de cada estado puedan asimilar, su mérito yace en delinear los puntos básicos que deben incorporar al momento de diseñar y ratificar la legislación internacional y nacional respecto del derecho a la participación de la ciudadanía en asuntos ambientales.

Fue tan relevante el aporte de la Declaración de Río, que varios de sus principios se ven reflejados en múltiples instrumentos y jurisprudencia internacionales y regionales. Desde la mención general dentro de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático<sup>11</sup>, hasta disposiciones más específicas en legislación regional europea como el Convenio de Espoo<sup>12</sup>

---

6 United Nations. (2009). Universal Declaration of Human Rights. Universal Declaration of Human Rights 1.

7 United Nations. (1967). Official documents United Nations Human Rights Covenants: International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, International Covenant on Civil and Political Rights, Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights. American Journal of International Law. 861.

8 Organization of African Unity. (1981). African Charter on Human and Peoples Rights.

9 Sitarz, D. Agenda 21: The earth summit strategy to save our planet. Recuperado de <<http://www.osti.gov/scitech/servlets/purl/6289330>>.

10 UN General Assembly. (1992). Rio Declaration on environment and development. 21 Agenda, 366.

11 United Nations Framework Convention on Climate Change. (1992).

12 Koivurova, T. (2007). The Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary

- que establece mecanismos de participación pública antes de la aprobación de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) -, o la Convención de Aarhus<sup>13</sup> - que tiene como objetivo principal proteger el derecho de cada persona y de las generaciones presentes y futuras a vivir en un ambiente sano, garantizando los derechos de acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia ambiental. Es importante también traer a colación instrumentos internacionales que protegen a grupos vulnerables cuyo contenido también trata sobre la protección del derecho a la participación, como el Convenio 169 de la OIT sobre los derechos de pueblos indígenas<sup>14</sup> y la Declaración Universal de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas.<sup>15</sup>

Por otro lado, la jurisprudencia de cortes regionales de Derechos Humanos también aborda la importancia de la participación pública. En el seno de la Corte Europea de Derechos Humanos, por ejemplo, los casos de *Tătar v. Romania*,<sup>16</sup> *Brânduse v. Romania*,<sup>17</sup> o de *Taskin v. Turquía*<sup>18</sup>, dejan en claro que los estados deben asegurar el acceso público a las conclusiones de los estudios sobre obras de infraestructura que pueden poner en riesgo los derechos de las personas, y garantizar el derecho a participar en la toma de decisiones relacionadas a cuestiones ambientales con el fin de proteger derechos vinculados.

De manera similar, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) también ha identificado la importancia de la participación como un mecanismo que permite fortalecer la gobernanza y superar tensiones entre derechos. Mucha de la jurisprudencia de esta Corte, atinente a la participación, ha sido analizada dentro del contexto de pueblos indígenas, donde casos como el de *Saramaka v. Surinam*<sup>19</sup> fueron claves para determinar la obligación de los estados de garantizar su efectiva participación en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro de su territorio.

Así mismo, casos como el de *Claude Reyes et al. v. Chile*<sup>20</sup>, en el cual los demandantes se vieron imposibilitados de evaluar un proyecto de deforestación

---

Context (Espoo Convention). *Making Treaties Work* (Cambridge University Press, Cambridge).

13 Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters. (1999). 38 *International Legal Materials* 517.

14 Tomei M. and Swepston L. (1996). *Indigenous and Tribal Peoples: A Guide to ILO Convention*. International Labour Office 1996.

15 The United Nations General Assembly (2007). *Declaration on the Rights of Indigenous People*.

16 Harrison, J. (2009). *International Law – Significant Environmental Cases 2008–09*. 21 *Journal of Environmental Law*. Pp. 501-506.

17 *Ibid* 508.

18 *Taskin and Others v. Turkey*. (2004). ECHR Judgment. Merits and Just Satisfaction.

19 *Saramaka People v Suriname*. (2007). Preliminary objections, merits, reparations, and costs. IACtHR Series C. 172.

20 *Claude-Reyes et al v Chile*. (2006). Merits, reparations and costs. IACtHR Series C. 151.

pues no contaban con la información relevante, ilustran cómo los estados vulneran el derecho a la libertad de expresión y de libre acceso a la información. En dicho caso, la Corte IDH, citando el Principio 10 de la Declaración de Río y el Convenio de Aarhus, determinó que el derecho a la información es fundamental para contar con una participación efectiva en la toma de decisiones.

Como hemos visto, la legislación y la jurisprudencia que vinculan a los derechos humanos con los derechos ambientales procesales son esenciales para impulsar un clima democrático donde las decisiones no se imponen, sino que se discuten abiertamente y con información relevante.

### **III. LA PARTICIPACIÓN Y LA CONSULTA EN LA NORMATIVA NACIONAL**

El artículo 1 de la Constitución despliega las bases declarativas de la participación del pueblo, cuya voluntad, como fundamento de la autoridad, se ejerce a través de las formas de participación constitucionales<sup>21</sup>. Dicha declaración está un poco más desarrollada en el artículo 61.2 y 95, donde se establecen el derecho individual y colectivo a la participación protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos.

Así mismo, el artículo 395.3 reconoce como uno de los principios ambientales la garantía de una participación activa y permanente de las personas afectadas por toda actividad que genere impactos ambientales, en su planificación, ejecución y control. Para esto, la Constitución propone dos tipos de consulta relacionada con posibles afectaciones ambientales: la primera se describe en el artículo 398, que establece que “[t]oda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente”<sup>22</sup> por el Estado, a través de un proceso legalmente constituido. La segunda está delimitada por el artículo 57.7, que establece el derecho a la consulta previa libre e informada de los pueblos y nacionalidades indígenas. Una de las diferencias entre las dos consultas es que, en la primera, la decisión de ejecutar o no el proyecto, sería adoptada por resolución debidamente motivada del Ministerio del Ambiente (MAE); mientras que en la segunda la Constitución se remite a sí misma y a la ley cuando no se haya obtenido un consentimiento, elemento que brinda mayor fuerza a la misma.

La misma distinción está presente en el artículo 81 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana<sup>23</sup>, el cual contempla el derecho a la consulta previa, libre e informada de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas,

---

21 Asamblea Constituyente Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador.

22 Ibid.

23 Ley Orgánica de Participación Ciudadana 2010 (RO No 175).

pueblos afroecuatorianos y montubios; y también en el artículo 82, referente a la consulta ambiental a la comunidad, con similares efectos que en la Constitución.

La Ley de Gestión Ambiental<sup>24</sup> obliga a obtener una calificación previa de los organismos de control, en este caso del MAE, para ejecutar proyectos de inversión públicos o privados que puedan causar impactos ambientales, para lo cual se deberá contar con la licencia ambiental respectiva tras la aprobación de un EIA. Así mismo, sus artículos 28 y 29 establecen que toda persona natural o jurídica tiene derecho a ser informada oportuna y suficientemente sobre cualquier actividad que pueda producir impactos ambientales y a participar en la gestión ambiental a través de consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado. Si se incumpliere con el proceso de consulta garantizado tanto en la ley como en la Constitución, la actividad se tornará inejecutable y se anularán los contratos respectivos.

El Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental, también conocido como Decreto Ejecutivo 1040<sup>25</sup>, enlista en su artículo 8 varios mecanismos de participación, como las audiencias, presentaciones públicas, reuniones informativas, asambleas, mesas ampliadas y foros públicos de diálogo, etc., que deberán implementarse de manera previa a la aprobación del estudio de impacto ambiental. El Decreto señala que, si la comunidad afectada no ejerciere su derecho a participar o se opongan a su realización, esto no constituirá causal de nulidad del proceso de participación social y no suspenderá la continuación del mismo. Y si una vez realizada la participación la comunidad se opusiera a la actividad o proyecto que genere impacto ambiental, esta no podrá llevarse a cabo, a menos que la autoridad competente insista en su realización, lo cual será resuelto por la instancia superior, es decir el MAE.

En el Capítulo V del Título III referente a la Participación Social del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente,<sup>26</sup> el MAE deberá informar a la población sobre la posible realización de actividades y/o proyectos, así como los posibles impactos socio-ambientales, con la finalidad de recoger sus opiniones y observaciones incorporar en los Estudios Ambientales aquellas que sean técnica y económicamente viables. El proceso de participación social es de cumplimiento obligatorio como parte de obtención de la licencia ambiental. En ese sentido, la participación social se realizará durante la revisión

---

24 Ley de Gestión Ambiental 2004 (Suplemento del Registro Oficial No 418).

25 Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental 2008 (Decreto Ejecutivo 1040).

26 Texto unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente 2003 (Decreto Ejecutivo 3516).

del estudio ambiental y en coordinación con el promotor de la actividad o proyecto.

Cabe señalar que es posible que la normativa citada anteriormente se derogue por la entrada en vigor del Código Orgánico del Ambiente (COA) a partir del 12 de abril de 2018.<sup>27</sup> Dicho Código, a su vez, derogaría la Ley para la Prevención y Control de la Contaminación Ambiental, la Codificación de la Ley que Protege a la Biodiversidad en el Ecuador, la Ley para la Preservación de Zonas de Reserva y Parques Nacionales, la Codificación de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, los artículos 114, 115, 116 y 149 de la Ley Orgánica de la Salud y el artículo 3 de la Ley de Hidrocarburos.

Por lo tanto, la normativa que regiría a partir del 2018 en materia de participación en un contexto ambiental, codifica e innova en algunos aspectos respecto de la normativa anterior. Por ejemplo, el artículo 3 del COA referente a los fines de la norma, establece que se garantizará la “participación de las personas de manera equitativa en la conservación, protección, restauración y reparación integral de la naturaleza, así como en la generación de sus beneficios”, y además se establecerán mecanismos que promuevan y fomenten la generación de información ambiental.

De igual manera, y en concordancia con lo anterior, el artículo 9.6 incluye al acceso a la información, participación y justicia en materia ambiental, como uno de los principios ambientales reconocidos por el COA. En tal virtud, los principios ambientales, para fines de la norma, constituyen los fundamentos conceptuales para todas las decisiones y actividades públicas o privadas de las personas, comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, en relación con la conservación, uso y manejo sostenible del ambiente, los cuales deben ser reconocidos e incorporados en toda manifestación de la administración pública, así como en las providencias judiciales en el ámbito jurisdiccional. En esa línea, se garantizará que toda decisión o autorización estatal que pueda afectar el ambiente será consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente, de conformidad con la ley<sup>28</sup>.

Las formas de participación ciudadana en la gestión ambiental forman parte de los instrumentos del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental. De tal forma que se canalizarán a través de un Consejo Ciudadano Sectorial para el Sistema Descentralizado de Gestión Ambiental y a través de Consejos Consultivos Locales integrados por representantes de la sociedad civil de la circunscripción territorial que corresponda para la formulación,

---

27 Asamblea Nacional. Código Orgánico del Ambiente. (2017). *Suplemento del Registro Oficial 983*. Quito, Ecuador.

28 Ibid.

observación, seguimiento, veeduría y evaluación de las políticas públicas en materia ambiental de los Gobiernos Autónomos Descentralizados<sup>29</sup>.

*El art. 184 determina que será el MAE quién deberá “informar a la población que podría ser afectada de manera directa sobre la posible realización de proyectos, obras o actividades, así como de los posibles impactos socio ambientales esperados y la pertinencia de las acciones a tomar. La finalidad de la participación de la población será la recolección de sus opiniones y observaciones para incorporarlas en los Estudios Ambientales, siempre que ellas sean técnica y económicamente viables. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la población respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto, será adoptada por resolución debidamente motivada de la Autoridad Ambiental Competente. En los mecanismos de participación social se contará con facilitadores ambientales, los cuáles serán evaluados, calificados y registrados en el Sistema Único de Información Ambiental”<sup>30</sup>.*

Con esto se concluye que la norma que entraría en vigor en 2018 es muy similar a la actualmente vigente, especialmente en lo referente a la finalidad de la consulta ambiental, la cual no tiene ningún efecto vinculante, sino que, por el contrario, la decisión de continuar o no con el proyecto correspondería tomarla al MAE como Autoridad Ambiental Competente. Si bien la norma es concordante con lo que determina la Constitución en su artículo 398 - respecto del rol de la instancia administrativa superior de decidir ejecutar el proyecto o no -, no deja de ser un reto para la gobernanza ambiental que no exista un canal de deliberación más profundo que permita limar asperezas entre las personas afectadas y los proponentes del proyecto en caso de existir una oposición mayoritaria al mismo.

#### **IV. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA NORMATIVA AMBIENTAL EN PROYECTOS ESPECÍFICOS**

El Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental (CEDA) realizó una investigación sobre la efectividad de los niveles de participación en materia ambiental de dos proyectos generadores de impactos ambientales. El primero corresponde al Proyecto Minero Colibrí, ejecutado por la empresa Kinross – Aurelian S.A., ubicado en el cantón Yantzaza, provincia de Zamora Chinchipe. Este se encontraba en fase de exploración avanzada para el año 2010, por lo que previo a la obtención de la licencia ambiental, la empresa responsable y el MAE debieron cumplir con los procesos de participación, incluyendo la socialización y capacitación hacia la población asentada en el sector de

---

29 Ibid. Art. 18.

30 Ibid.

influencia del proyecto minero.<sup>31</sup> El segundo proyecto corresponde al Proyecto Hidroeléctrico Coca Codo Sinclair, ubicado en el cantón El Chaco, provincia de Napo, declarado por el Consejo Nacional de Electricidad como de alta prioridad nacional. Dicho proyecto, por su magnitud, conlleva altos impactos socio-ambientales, por lo que las comunidades del área de influencia debieron haber conocido en detalle las características del mismo<sup>32</sup>.

El CEDA halló que, en cumplimiento con lo establecido con el Decreto 1040, los proyectos cumplieron con todos los mecanismos y medios de participación previstos: se explicó al público en qué consistía el proceso de elaboración del EIA y de qué forma la ciudadanía podía participar en ellos mediante las sesiones de socialización y participación, en los cuales podían formular inquietudes y comentarios<sup>33</sup>.

No obstante, en el proyecto Colibrí, los borradores del EIA y del Plan de Manejo Ambiental estuvieron disponibles para el público únicamente durante los siete días que estuvo habilitado el centro de información, dejando de ser accesibles posteriormente. Llama la atención que solo se dispongan de siete días para leer y formular observaciones de un EIA de más de 300 páginas y altamente técnico.<sup>34</sup> Actualmente, el acceso al EIA definitivo es posible únicamente mediante solicitud escrita al MAE y no se ha facilitado a las comunidades ningún tipo de información respecto al proyecto.<sup>35</sup>

En general, la brecha generada entre un lenguaje sumamente técnico materializado en los EIAs de ambos proyectos, y la falta de comprensión a plenitud de los contenidos de los mismos, generan dudas sobre la eficacia de la participación de las comunidades locales, sobre todo cuando se limita la aprehensión y el entendimiento de toda la amplitud de los potenciales impactos sociales, ambientales y de salud que se originan dentro de cualquier actividad industrial de alto impacto<sup>36</sup>.

Un precedente que cabe mencionar para ilustrar las consecuencias judiciales asociadas a una falta de participación de la ciudadanía en materia ambiental, es el relativo al caso de la construcción del cine IMAX en la parroquia Cumbayá, en la ciudad de Quito. En 2003 el presidente de la Junta Parroquial de Cumbayá interpuso un amparo constitucional en contra de un convenio entre el Municipio Metropolitano de Quito y la Universidad San Francisco de Quito para la construcción de un centro comercial y un cine IMAX, que podría

---

31 Valdivieso, L.; Suárez, S.; and Barragán D. *Gobernanza ambiental: una evaluación del Principio 10 en el Ecuador*. CEDA, Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental 2013.

32 Ibid.

33 Ibid 51.

34 Ibid 58.

35 Ibid 55.

36 Ibid 65.

incrementar el tráfico vehicular. El accionante alegó que no se había realizado la consulta previa a la comunidad. La Corte ratificó la posible existencia de impacto ambiental generado por el ruido y la contaminación de una mayor afluencia vehicular, afectando de manera conexa el derecho a la salud. Citando la Constitución y la Ley de Gestión Ambiental que determina la obligación del Estado para conducir consultas con la comunidad afectada, la Corte determinó la ausencia de dicho procedimiento y ordenó detener la construcción del proyecto. El Tribunal resolvió que:

*“Toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente, a cuyo efecto la comunidad deberá estar debidamente informada, remitiendo a la ley para que garantice la participación de la comunidad” y que “la participación ciudadana en la gestión ambiental [...] se torna indispensables en tanto es precisamente la comunidad, la que afrontará las consecuencias de las actividades de diverso orden a realizarse en su entorno”<sup>37</sup>.*

En conclusión, la norma, al propender la efectiva participación de la ciudadanía si se determinan impactos ambientales en la población, se convierte en una obligación del Estado, quien a través del MAE es el responsable de conducir las consultas correspondientes. Sin embargo, se desprende de los casos antes citados que, si bien el MAE moviliza funcionarios públicos en las comunidades para garantizar y facilitar la participación, los mecanismos empleados no podrían considerarse idóneos si las comunidades no comprenden a cabalidad las implicaciones del proyecto.

## V. CONCLUSIONES

Tanto los tratados internacionales ratificados por el Ecuador, como su Constitución y normativa infra-constitucional, defienden la participación en materia ambiental como medio de construcción de una gobernanza sólida y saludable, capaz de prevenir conflictos socio-ambientales que conducen a una democracia participativa y plural. Sin embargo, el problema se torna evidente cuando la ambición de la norma no se acopla a las realidades complejas de las comunidades locales afectadas por los proyectos que acarrearían impactos ambientales.

Para empezar, la norma vigente y la superviniente, que en este caso es el COA, no fueron debidamente construidas de manera participativa y muchos de sus obstáculos permanecen, como aquel de dejar en las manos del MAE la decisión o no de continuar con el proyecto. Este reto se vuelve aún más urgente cuando no se implementan plazos y procedimientos adecuados para

---

<sup>37</sup> Junta Parroquial de Cumbayá vs. Municipio Metropolitano de Quito. (2003). Tribunal Constitucional del Ecuador 679-2003-RA.

la participación, que permitan identificar, invitar e incluir a todos los actores afectados e interesados en la política y en los proyectos; esto sin mencionar la falta de mecanismos claros, sencillos, oportunos e idóneos para recibir información relativa al proyecto en cuestión.

Hasta que las cuestiones de procedimiento no se desarrollen apropiadamente y las instituciones encargadas de realizar las consultas ambientales u otros mecanismos de participación en materia ambiental no optimicen sus protocolos de relacionamiento comunitario desde un enfoque de derechos, el marco normativo y constitucional no podrá ser considerado eficaz, por lo que casos de incumplimiento de la normativa ambiental, como aquel del caso IMAX, podrían multiplicarse.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Anton, D. and Shelton, D. (2011). *Environmental Protection and Human Rights*. Cambridge University Press.
- Asamblea Constituyente Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador.
- Asamblea Nacional. Código Orgánico del Ambiente. (2017). *Suplemento del Registro Oficial 985*. Quito, Ecuador.
- Assembly UG. (1992). Rio Declaration on Environment and Development. 21 Agenda, 366
- Birnie, P.; Boyle, A. and Redgwell, C. (2009). *International Law and the Environment*. Oxford University Press.
- Boyle, A. (2012). Human rights and the environment: where next?. *European Journal of International Law* 613.
- Claude-Reyes et al v Chile. (2006). Merits, reparations and costs. IACtHR Series C. 151..
- Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters. (1999). 38 *International Legal Materials* 517.
- Fadeyeva v Russian Federation. (2005). ECHR App No 55723/00.
- Guerra and ors v Italy. (1998). ECHR App No 14967/89.
- Harrison, J. (2009). International Law—Significant Environmental Cases 2008–09. 21 *Journal of Environmental Law*.
- International Labour Office 1996.
- Junta Parroquial de Cumbayá vs. Municipio Metropolitano de Quito. (2003). Tribunal Constitucional del Ecuador 679-2003-RA.
- Koivurova, T. (2007). *The Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (Espoo Convention)*. Making Treaties Work (Cambridge University Press, Cambridge).
- Ley de Gestión Ambiental 2004. Suplemento del Registro Oficial No 418.
- Ley Orgánica de Participación Ciudadana 2010. RO No 175.
- López Ostra vs. Spain. (1994). ECHR App no 16798/90.
- Organization of African Unity. (1981). African Charter on Human and Peoples Rights
- Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social. Ley de Gestión Ambiental 2008. Decreto Ejecutivo 1040.

- Saramaka People v Suriname. (2007). Preliminary objections, merits, reparations, and costs. IACTHR Series C. 172.
- Sitarz, D. Agenda 21: The earth summit strategy to save our planet. Recuperado de <<http://www.osti.gov/scitech/servlets/purl/6289330>>.
- Texto unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente 2003 (Decreto Ejecutivo 3516).
- The United Nations General Assembly (2007). *Declaration on the Rights of Indigenous People*.
- Tomei M. and Swepston L. (1996). *Indigenous and Tribal Peoples: A Guide to ILO Convention*.
- United Nations Framework Convention on Climate Change. (1992).
- United Nations Human Rights Council, Human Rights and the Environment. (2011).
- United Nations Human Rights Council, Human Rights and the Environment. (2012).
- United Nations Human Rights Council, Human Rights and the Environment. (2014).
- United Nations. (1967). Official documents United Nations Human Rights Covenants: International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, International Covenant on Civil and Political Rights, Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights. American Journal of International Law. 861.
- United Nations. United Nations Conference on the Human Environment: Final Documents (1972). 11 International Legal Materials 1416.
- Universal Declaration of Human Rights (2009). Universal Declaration of Human Rights 1.
- Valdivieso, L.; Suárez, S.; and Barragán D. *Gobernanza ambiental: una evaluación del Principio 10 en el Ecuador*. CEDA, Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental 2013.

# Consulta (in) consulta: avances y retrocesos de la legislación ecuatoriana

SOFÍA JARRIN

Centro de Derechos, Económicos y Sociales (CDES)

<sjarrin@cdes.org.ec>

**RESUMEN:** Una de las problemáticas recurrentes en materia de derechos humanos, son las distancias sustantivas que existen entre los instrumentos internacionales y la política doméstica de los Estados Nacionales, especialmente si éstos se contraponen al desarrollo de actividades económicas que aportan a las arcas públicas del Estado. Desde este enfoque, el artículo analiza lo dispuesto en la legislación internacional y el marco normativo ecuatoriano que regula el derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada de pueblos indígenas a través de la exposición de los nudos críticos encontrados en el proceso implementado en la XI Ronda Petrolera.

*Palabras claves: derechos colectivos, consentimiento previo, pueblos indígenas*

**Title:** Consultation (in) consultation: progress and backwards of ecuadorian legislation

**ABSTRACT:** A recurring human rights issue is the substantive gap between international instruments and domestic policies of National States. Especially, if these oppose the development of economic activities that contribute to the public budget of the State. From this perspective, the article analyzes the provisions of international law and the Ecuadorian legal framework, which regulates the collective right to free, prior and informed consultation of indigenous peoples through evincing the critical nodes of the process implemented in the XI Round Oil.

*Keywords: collective rights, prior consent, indigenous peoples*



## **I. INTRODUCCIÓN**

Durante la última década (2006-2016), el proceso político ecuatoriano se ha distinguido de otros por la presencia de un gobierno progresista que generó innovaciones normativas orientadas a la consolidación de un estado garante de derechos y el *buen vivir*. Esta narrativa se materializó en un nuevo marco constitucional que reconoce, entre otros, los derechos colectivos de autodeterminación, consulta previa, libre e informada, a conservar la propiedad imprescriptible, inalienable, indivisible e inembargable de las tierras comunitarias, a mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales, a conservar y promover las prácticas indígenas de manejo de la biodiversidad y de su entorno cultural.

Sin embargo, en la práctica este relato político no es totalmente coherente con las medidas tomadas por el régimen. En estos últimos diez años, las decisiones sobre política económica han fortalecido un modelo de acumulación que depende de la renta generada por las industrias extractivas y de los actores económicos, que históricamente son responsables del despojo de territorios ancestrales y la transformación de las dinámicas culturales de pueblos y nacionalidades indígenas.

Este tipo de dicotomías han provocado diversas controversias entre movimientos sociales, colectivos y organizaciones de la sociedad civil que cuestionan profundamente su coherencia. Uno de los puntos de mayor conflictividad son los mecanismos mediante los cuales el régimen gestiona el derecho a la participación y consulta sobre decisiones de política pública que afectan directa e indirectamente a los territorios de pueblos y nacionalidades de la Amazonía ecuatoriana.

Por estas inconsistencias, algunos organismos internacionales como el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han pronunciado preocupados por la situación de los pueblos indígenas, especialmente porque los mecanismos de consulta previa, libre e informada no se ajustan a los estándares reconocidos en declaraciones, pactos, convenciones, tratados y otros instrumentos relativos a la promoción y protección de derechos humanos ratificados por el Ecuador. Por tanto, urge someter a debate los puntos críticos de la consulta previa y generar contribuciones que permitan transformar la normativa para garantizar el ejercicio pleno de los derechos humanos.

## **II. ¿QUÉ NOS DICE LA NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE LA CONSULTA PREVIA?**

De acuerdo al Convenio 169 de la OIT (1989), la consulta previa es una herramienta diseñada para proteger y garantizar los derechos colectivos de grupos

o poblaciones indígenas frente a decisiones estatales - administrativas o legislativas - que afecten el ejercicio pleno de sus derechos y la reproducción material y simbólica de su cultura. Para lograrlo, el instrumento reconoce la importancia de la protección de tierras y territorios como elemento vital para garantizar la subsistencia de dichos pueblos. Es por eso que a partir de la suscripción de éste convenio, los estados se comprometen a implementar políticas interculturales que fortalezcan la gestión democrática de las decisiones gubernamentales y la resolución pacífica de controversias (López, 2013, p. 8).

Años más tarde, se aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), con el objetivo de fortalecer el margen de protección de los derechos colectivos incluidos en el Convenio 169. En la Declaración, se afirma la necesidad de prever el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas para elegir su modelo de desarrollo económico y social, y la necesidad de fortalecer los mecanismos de consulta para lograr el consentimiento previo de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas (López V. P., 2013; Anaya, Audiencia Pública. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2011)<sup>1</sup>. Con estas innovaciones, la consulta previa con pueblos indígenas no sólo comprende mecanismos para mejorar las decisiones o para promover la democracia directa al interior de la gestión pública de los estados, sino que también permite consolidar un nuevo modelo desarrollo y promoción de los derechos humanos (Anaya, Audiencia Pública. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2011).

Siguiendo el análisis, ambos instrumentos proporcionan una ruta clara para que el estado garantice éste derecho, afirmado que la consulta debe ser ante todo '*previa*', porque debe proveer con antelación el levantamiento de información sobre todos los aspectos de afectación de cualquier actividad o decisión administrativa que altere sus territorios o formas de vida. También debe ser '*libre*', sin ningún tipo de coerción, intimidación, presión, fragmentación y manipulación externa como incentivos monetarios, por lo que debe establecerse mediante el diálogo y lograr acuerdos de buena fe (Anaya, Audiencia Pública. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2011). Por último, debe ser '*informada*', lo que involucra desarrollar un proceso intercultural de difusión completa de toda la información que se desprende del desarrollo de un proyecto, política pública o decisión político-administrativa que reporte beneficios e impactos a los pueblos indígenas. Además, el Estado debe proporcionar dicha información a través de sus canales lingüísticos, en un plazo razonable y a través

---

1 Para Carrión (2012), el propósito de la consulta descrito en ambos instrumentos, se orienta a lograr el consentimiento previo, libre e informado, y/o la generación de acuerdos entre el Estado y las comunidades afectadas, con excepción de casos que ameriten desplazamientos poblacionales o la presencia de materiales peligrosos. (p. 27).

de instituciones representativas que convoquen a un número considerable de la población afectada (Carrión, 2012; López, 2013).

Asimismo, el Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya (2013), resalta en su informe que,

(...) los principios de consulta y consentimiento son fundamentales para los derechos de participación y libre determinación, y constituyen salvaguardias de todos los derechos de los pueblos indígenas que podrían verse afectados por actores externos, incluidos los derechos que asisten a los pueblos indígenas con arreglo al derecho interno o a los tratados a los que se han suscrito, o los derechos reconocidos y protegidos por fuentes internacionales autorizadas como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y los diversos tratados multilaterales ampliamente ratificados. Esos derechos comprenden, además de los derechos de (...) propiedad, a la cultura, a la religión y a no ser objeto de discriminación en relación con las tierras, los territorios y los recursos naturales, lo cual incluye los lugares y objetos sagrados; los derechos a la salud y el bienestar físico en relación con un medio ambiente limpio y saludable; y el derecho de los pueblos indígenas a establecer y materializar sus propias prioridades de desarrollo, incluido el desarrollo de los recursos naturales (*pág. 10*).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en base a experiencias en las que se ha violado éste derecho, dictamina que los estados deben fortalecer sus mecanismos de consulta en virtud de lograr el consentimiento previo y de no repetir graves violaciones de derechos humanos, como lo sucedido en el caso Sarayaku (2011) o Saracama vs Surname (2008). En ambas experiencias, la Corte emitió una sentencia en la cual insiste que la consulta debe atender todos los aspectos que puedan afectar la vida de pueblos indígenas, y en el caso de existir oposición, sus resultados deben ser vinculantes a los procesos de toma de decisiones de los órganos gubernamentales<sup>2</sup> (López V. P., 2013).

### **III. CONSULTA PREVIA EN EL ECUADOR: UN DERECHO GARANTIZADO A MEDIAS**

De acuerdo a lo establecido en la normativa internacional, el Estado ecuatoriano asume por primera vez el reconocimiento de los derechos colectivos de pueblos indígenas en 1998. La inclusión de estos derechos en el ordenamiento jurídico interno se realizó mediante reforma constitucional, en la cual se incorporó las demandas históricas del movimiento indígena y

---

2 Sobre estos antecedentes, en 2013 el Foro permanente para las cuestiones indígenas afirma que el propósito de la consulta es lograr el consentimiento, mediante la publicación de las directrices para la aplicación del derecho al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas (López & Ochoa, 2016).

organizaciones de la sociedad civil que buscaban saldar la deuda que mantenía el Estado-nación por promover décadas de sometimiento, marginación y despojo a los pueblos indígenas.<sup>3</sup>

Con el ascenso del Presidente Rafael Correa en 2006, inicia un nuevo ciclo de transformaciones políticas que impulsó la reestructuración del modelo estatal y el rescate de las funciones de bienestar social y regulación económica del estado. Para lograrlo, en 2008 se consolidó el nuevo texto constitucional, que declara que el Estado ecuatoriano es un estado intercultural y plurinacional que priorizará, entre otras cosas, la garantía de derechos y la consolidación de una democracia directa en la que participe activamente la ciudadanía.

La Constitución del 2008 ratifica y amplía los derechos colectivos de pueblos indígenas, y establece tres tipos de participación en la decisiones públicas: a) la consulta previa, libre e informada, sujeta al desarrollo de planes y programas de “exploración, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en las tierras de las comunidades, pueblos y nacionalidades y que puedan afectarles ambiental o culturalmente” (López & Ochoa, 2016, p. 13-14); b) la consulta pre-legislativa, relacionada a la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquier derechos colectivos (pág. 13); y, c) la consulta ambiental, que es “aplicable a toda la comunidad que tiene derecho a ser consultada cuando existe un riesgo ambiental” (pág. 14).

Así también, la Constitución declara en su artículo 57, numeral 4, que conservará la propiedad imprescriptible e inalienable de tierras comunitarias de pueblos y nacionalidades indígenas, las cuales serán inembargables, indivisibles y estarán exentas del pago de tasas e impuestos. Además, el numeral 7 del mismo artículo precisa que la consulta previa, libre e informada se realizará dentro de un plazo razonable y que las comunidades afectadas participarán de los beneficios de los proyectos y, de ser el caso, recibirán indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales. Finalmente, el artículo dispone que la consulta debe ser obligatoria y oportuna.

Con base a estos elementos, se podría afirmar que el estado ecuatoriano cuenta con un marco normativo que protege y garantiza los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Sin embargo, existe una gran distancia entre el texto constitucional y la realidad, lo que ha generado diversas inconformidades.

---

3 El movimiento indígena consolida su matriz organizativa en la segunda mitad del siglo XX, siendo el acceso al territorio y la emancipación del Estado colonial su bandera de lucha. No obstante, se hace visible para la sociedad criolla ecuatoriana a partir del levantamiento indígena de 1990. En este acontecimiento, se introducen reivindicaciones históricas que demandan la consolidación de un Estado plurinacional e intercultural que garantice el derecho al territorio, a sus formas de autodeterminación cultural y representación política.

Especialmente porque en la práctica existe una profunda desconexión entre la normativa nacional con los estándares establecidos en declaraciones, pactos, convenciones, tratados y otros instrumentos relativos a la promoción y protección de derechos humanos ratificados por el Ecuador<sup>4</sup>. Esto se debe a que el mismo texto constitucional introduce algunos “candados jurídicos” que pueden ser direccionados para orientar la aplicación de la norma conforme a los intereses del ejecutivo. Este es el caso de los artículos 313 y 408, en los que se declara que el estado cuenta con la competencia exclusiva de administrar y controlar los sectores estratégicos, tales como “(...) los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las aguas cubiertas por el mar territorial” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008, art. 408).

Basándose en las disposiciones de la Constitución del 2008, se promulgó la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, sustento legal que reconoce y garantiza “a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatoriano y montubio, el derecho colectivo a la consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2010, art. 81).

*La Ley Orgánica también precisa que,*

*“La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento del sujeto colectivo consultado, se procederá conforme a la Constitución y la ley” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2010, Art. 81).*

A pesar de que los instrumentos internacionales y el marco normativo constitucional contribuyen a la promoción y protección de este derecho, los procesos de consulta previa se regularizaron a través de instrumentos jurídicos de menor jerarquía, como es el caso del Decreto Ejecutivo 1247, que se aplica a “los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferos”. Dicho decreto fue elaborado de forma inconsulta y sin la participación de organizaciones representativas de los pueblos y nacionalidades indígenas, por lo que “no cumple a cabalidad con las disposiciones y principios revisados tanto

---

4 La Constitución del Ecuador, dispone en su artículo 425, que el orden de aplicación de la norma corresponde en primer lugar a la Constitución, luego los tratados y convenios internacionales, y posteriormente las leyes orgánicas, seguidas de las ordinarias (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008). Sin embargo, en su aplicación el Estado ecuatoriano se reserva la potestad de aplicación del ordenamiento jurídico, siempre y cuando sus normas reconozcan derechos más favorables (Marín, 2013).

en el Convenio 169 de la OIT como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” (Carrión, 2012).

Otra evidencia de que el reglamento 1247 no se ajusta a los estándares internacionales, es que introduce mecanismos de participación y consulta disociados de las estructuras organizativas de los pueblos indígenas. Respecto a los plazos, éste instrumento limita el criterio de “plazo razonable” a únicamente 30 días, y tampoco está pensado para lograr el consentimiento previo de las comunidades afectadas.

Por otro lado, se observa que los mecanismos de información de dicho instrumento solo se centran en los beneficios potenciales de la actividad y no transparentan los efectos negativos e impactos reales que generan las actividades extractivas. Por eso, Patricia Carrión (2012) sostiene en que el Decreto Ejecutivo 1247 cuenta con un “enfoque restrictivo del derecho colectivo de consulta previa, libre e informada; pues enfatiza el carácter informativo del proceso de consulta, reduciéndolo a un proceso formal no garantista, que desvirtúa el espíritu y propósitos de la consulta” (pág. 40).

Una limitación adicional de la legislación ecuatoriana para garantizar el derecho a la consulta previa es que ésta solamente compromete a las actividades extractivas de recursos no renovables. Sin embargo, los tratados internacionales plantean claramente que el derecho colectivo rige para cualquier tipo de actividad que afecte sus territorios. Por tanto, a nivel normativo existe un vacío legal o anomía jurídica sobre la garantía al derecho de consulta previa en proyectos de desarrollo, infraestructuras o energías no renovables que puedan afectar la vida de dichos pueblos.

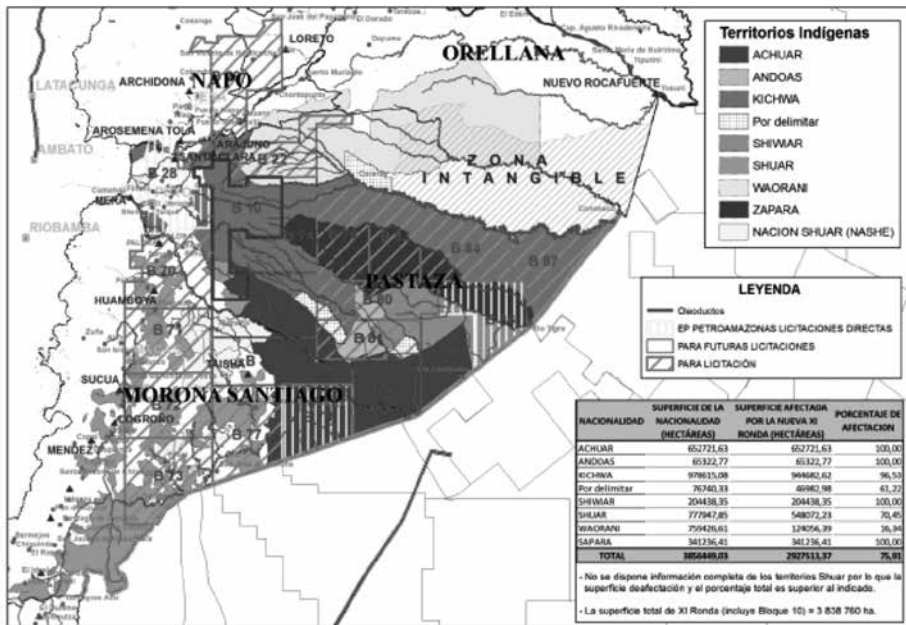
Para suplir este vacío, la institucionalidad del Estado ecuatoriano ha recurrido a la aplicación del Decreto Ejecutivo 1040, el cual reglamenta los mecanismos de participación de la consulta ambiental, mas no está dispuesto para precautelar el goce pleno del derecho a ser consultados sobre decisiones administrativas que afecten sus territorios, y mucho menos involucra procedimientos que busquen lograr su consentimiento.

#### **IV. ¿CÓMO SE EXPRESAN LAS LIMITACIONES DEL MARCO NORMATIVO EN LA REALIDAD DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS?**

Como se ha evidenciado, la legislación ecuatoriana cuenta con graves limitaciones o vacíos jurídicos para garantizar de forma adecuada la consulta previa, especialmente cuando nos referimos a proyectos de infraestructura, energía o desarrollo que alteran la vida de las comunidades y pueblos indígenas. Sin embargo, los proyectos que han catalizado mayores ciclos de conflictividad y demandas internacionales están relacionados, sin duda, al desarrollo de las actividades hidrocarburiíferas.

En ese sentido, cabe recordar que el Estado ecuatoriano licitó 21 bloques petroleros en el 2012, comprendidos en la XI Ronda Petrolera o Ronda Suroriente. En este llamado, los bloques a licitarse comprometían territorialmente la superficie cuatro provincias amazónicas (Napo, Orellana, Pastaza y Morona Santiago) y un total de 3´639.070 ha. De acuerdo al reporte de la Fundación Pachamama elaborado por Carlos Mazabanda en 2013, la disposición territorial de dichos bloques “cubre el 76%\* de la superficie total de los territorios indígenas; el 100% de los territorios de la Nacionalidad Achuar, Andoa, Shiwiar y Sapara; el 97% del territorio de la Nacionalidad Kichwa” (2003, pág. 3); y el 70% del territorio Shuar y 16 % del territorio Waorani.

**Gráfico 1. XI Ronda petrolera y territorios indígenas**



Elaborado por Carlos Mazabanda (2013) en base al catastro petrolero de 2011. Archivo S.I.G. Fundación Pachamama.

Durante este proceso, la consulta previa implementada por la Secretaría de Hidrocarburos del Ecuador (SHE) conjuntamente con otras entidades gubernamentales –Ministerio Coordinador de Sectores Estratégicos, Ministerio del Ambiente, Ministerio de Recursos Naturales No Renovables y la Secretaria de Gestión de la Política-, plantea algunas irregularidades que deben someterse a observación.

Por su parte, el resumen ejecutivo sobre la implementación de la consulta previa, liderada por la SHE, afirma que en el proceso de consulta se implementaron alrededor de 220 mecanismos en las áreas de influencia de 17 bloques, en los cuales participaron alrededor de 278 comunidades y 16.796 personas (SHE, p. 6). Sin embargo, en el reporte de la Fundación Pachamama se contrasta los datos proporcionados por la SHE con el catastro realizado por el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE), concluyendo que la participación significativa de pueblos y nacionalidades indígenas en el procesos de consulta se reduce “únicamente al 39% de 719 comunidades y a tan solo al 15% de la población indígena presente en el área de influencia” (EPU-2017, 2017, p. 2; Mazabanda, 2013, p. 15).

Asimismo, en términos de representatividad, la SHE declara en su informe que la consulta contó con la participación de las nacionalidades y representantes legítimos de la Nacionalidad Waorani del Ecuador (NAWE), Nacionalidad Andoa del Ecuador (NAPE), Nacionalidad Sapara del Ecuador (NASE), Nacionalidad Kichwa del Ecuador, Organización Shuar del Ecuador (OSHE), Federaciones, comunidades y asociaciones de la nacionalidad Shuar de Pastaza y Morona Santiago, Dirigencias de comunidades y asociaciones de la nacionalidad Achuar de Pastaza, Dirigencias de comunidades y asociaciones de la Nacionalidad Shiwiar, Mestizos y Colonos, Gobiernos Autónomos Descentralizados Parroquiales (GADs), de las Provincias de Napo, Orellana, Pastaza y Morona Santiago, Gremios del Frente Social de Pastaza; transportistas, artesanos, hoteleros y pequeña industria (Luzuriaga, 2016, p. 16; SHE, p. 5).

Frente a esta afirmación, sin embargo, la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonia Ecuatoriana (CONFENIAE) y diversas organizaciones de base del movimiento indígena, como la “Nacionalidad Achuar del Ecuador (NAE), Nacionalidad Shiwiar del Ecuador (NASHIE), Pueblo Kichwa de Sarayaku, Nación Sapara (NASE), Federación de la Nacionalidad Shuar de Pastaza (FENASH-P), manifestaron públicamente su inconformidad con el mecanismo de reglamentación de la consulta y se opusieron a ser parte del proceso (Mazabanda, 2013). Adicionalmente, representantes de estas luchas organizacionales declararon en sus pronunciamientos que las personas que participaron en el proceso de consulta no cuentan con representatividad en el núcleo de sus organizaciones, por tanto el proceso de consulta es considerado ilegítimo (Melo, 2015).

Al respecto, el Informe sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Ecuador, coordinado por el Centro de Derechos Humanos (2015), señala que el estado al omitir las organizaciones representativas y legítimas de los pueblos indígenas, procuró legitimarse mediante la participación de representantes

de gobiernos autónomos descentralizados o fracciones de las nacionalidades que se sabían favorables a los proyectos (pág. 46). Prueba de ello es la consumación de 30 acuerdos económicos firmados con dichos actores, de los cuales 11 corresponden a comunidades indígenas y 19 a gobiernos autónomos descentralizados. En estos acuerdos se comprometió un monto total de inversión en obras sociales de 115 millones de dólares (SHE, pp. 13-15).

Frente al cumplimiento descuidado de la consulta, el informe del Centro de Derechos Humanos de la PUCE concluye que el proceso de consulta previa, libre e informada de la XI Ronda Petrolera, viola el derecho por no considerar a las autoridades representativas - especialmente, refiriéndose al caso del Pueblo Kichwa Sarayaku y de las nacionalidades Sapara y Shiwiar -, criterio jurídico que se soporta en el Arts. 57.7 de la Constitución; 6.1.a y 6.2 del Convenio No. 169 de la OIT; y, 19 y 32.2 de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (Melo, 2015, p. 46).

Considerando que uno de los principios de la consulta previa es que ésta debe ser 'libre', al no involucrar acciones de fragmentación del tejido social o la manipulación externa a través de incentivos monetarios, las **Actas de Compromiso de Fondo de Inversión Social por un total de 115 millones de dólares** que declara la SHE son un claro ejemplo de que la consulta no se realizó en base a parámetros de objetividad y buena fe. Y si a esto le sumamos el hecho de que el Estado ecuatoriano no cumplió con lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Sarayaku vs Ecuador (párr. 301) sobre la obligación estatal de realizar la consulta previa a las comunidades y pueblos indígenas con su plena participación, las organizaciones representativas del movimiento indígena y de la sociedad civil cuentan con razones suficientes para solicitar la nulidad del proceso de consulta.

## V. CONCLUSIONES

Con estas reflexiones podemos concluir que a pesar de que el Ecuador asumió ratificar los tratados internacionales y aceptar las competencias de los órganos de supervisión internacional, la consulta previa, libre e informada no responde a los estándares mínimos establecidos en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de los Derechos de Pueblos Indígenas. Todo lo contrario, la experiencia nos demuestra que los mecanismos de consulta existentes reducen la participación de los pueblos indígenas a un simple procedimiento administrativo implementado para autorizar la incursión de industrias extractivas. Resulta especialmente preocupante que la legislación ecuatoriana no ha generado instrumentos normativos adecuados que garanticen el derecho a la consulta previa sobre proyectos de infraestructura, energía o desarrollo que puedan afectar ambiental y culturalmente a comunidades y pueblos indígenas.

Se evidencia también que los mecanismos de participación y consulta a comunidades indígenas afectadas por los proyectos extractivos no son de buena fe y se han implementado de forma discrecional, sin consenso con las organizaciones indígenas. Asimismo, se puede concluir que dichos mecanismos buscan justificar el proceso de consulta y la actividad petrolera, manipulando la esperanza legítima de la población de mejorar su calidad vida y suplir sus necesidades básicas insatisfechas.

Dicho esto, se debe señalar que el Decreto 1247 promulgado por el Estado ecuatoriano, incumple con el mandato constitucional, violando el principio de reserva legal al no acatar las disposiciones establecidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos. A su vez, se demuestra que con su promulgación el régimen ha empleado para su beneficio los “candados legales” existentes en el texto constitucional y es capaz de sortear sus obligaciones en función de sus intereses para intensificar las actividades extractivas, planteando un complejo escenario para los pueblos indígenas, el mismo que se cristaliza en un ejercicio limitado y regresivo de los derechos humanos y colectivos.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Anaya, J. (2011). Audiencia Pública. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. San José, Costa Rica.
- Anaya, J. (2013). *Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*. Ginebra: Naciones Unidas.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi, Manabí, Ecuador: Asamblea Nacional del Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2010). Ley Orgánica de Participación Ciudadana. Ley Orgánica. Quito, Ecuador.
- Carrión, P. (2012). *Análisis de la Consulta Previa, Libre e Informada en el Ecuador*. Quito: CEDA-Konrad Adenauer Stiftung.
- DPLF. (2015). *El derecho a la consulta previa libre e informada de los pueblos indígenas: la situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Washintong DC.: OXFAM.
- EPU-2017, C. p. (2017). *Coalición para el Informe Alternativo del Examen Periódico Universal al Ecuador (2017) –Derechos de los Pueblos Indígenas*. Ginebra: UPR-Info.
- López, J. & Ochoa, F. (2016). *Consulta Previa libre e informada en el Ecuador*. Quito: Centro de Derechos Económicos y Sociales.
- López, V. (2013). *Implementación del derecho de la Consulta Previa a los pueblos indígenas en la región andina: avances y desafíos*. Quito: Deutsche Gesellschaft.
- Luzuriaga, M. (2016). *Inversiones Chinas en el Ecuador: Andes Petroleum y los Bloques 79 y 83*. Quito: Centro de Derechos Económicos y Sociales-CDES.
- Marín, D. (2013). *La acción por incumplimiento como mecanismo de exigibilidad de sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos respecto de Ecuador*. Iuris Dictio.
- Melo, M. (2015). *Informe sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Ecuador*. Quito: Centro de Derechos Humanos –PUCE.
- Mazabanda, C. (2013). *Consulta Previa en la Décimo Primera Ronda Petrolera ¿Participación masiva*

Consulta (in) Consulta: Avances y retrocesos de la legislación ecuatoriana

*de la ciudadanía?* Quito: Fundación Pachamama.

Quijano, A. (2000). *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina*. En E. L. Compilador. *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO).

SHE. Resumen Ejecutivo – Consulta Previa. Quito: Secretaría de Hidrocarburos del Ecuador.





## **SECCIÓN 3**

---

### Cambio Climático y REDD



# La titularidad de las reducciones de emisiones forestales en Perú<sup>1</sup>

HUGO CHE PIU

Miembro de la RELADEFA Perú y Asociado Fundador de DAR  
<hchepiu@dar.org.pe>

**RESUMEN:** REDD+ es uno de los enfoques que más avance ha alcanzado en las negociaciones climáticas. Uno de sus temas sensibles es la determinación de la titularidad de sus reducciones de emisiones. En el marco legal peruano coexisten tres sistemas de asignación de titularidad sobre las reducciones de emisiones forestales: el primero, corresponde a los beneficios económicos provenientes de los ecosistemas forestales; el segundo, es referido a aquellos que contribuyen a la provisión de servicios ecosistémicos; y, el tercero, sobre el titular de los certificados de carbono de proyectos REDD+ en áreas naturales protegidas. El autor propone una interpretación integradora de estos tres sistemas.

*Palabras claves: REDD+, carbono forestal, bosques, cambio climático, titularidad.*

**Title:** The ownership of forest emission reductions in Peru

**ABSTRACT:** REDD + is one of the approaches that has made the most progress in climate negotiations. One of its challenging issues is the determination of emission reductions ownership. In the Peruvian legal framework, three systems of ownership allocation for the reduction of forest emissions coexist: the first corresponds to the economic benefits from forest ecosystems; the second refers to those benefits that contribute to the provision of ecosystem services; and the third one depends on the holder of the carbon certificates of REDD + projects in protected natural areas. The author proposes an integrated interpretation of these three systems.

*Keywords: REDD +, forest carbon, forests, climate change, ownership.*

---

<sup>1</sup> Elaborado en base a las publicaciones hechas en mayo del 2015 en Diálogos de Derecho Forestal Comparado de la RELADEFA.



## **I. PRIMERA SECCIÓN**

Los bosques juegan un papel crucial en la adaptación y mitigación del cambio climático. Éstos se encuentran entre los temas de mayor importancia en las negociaciones y acciones climáticas. En ese contexto, la Reducción de Emisiones de la Deforestación y Degradación de bosques (REDD+) es el mecanismo que más avance ha alcanzado en las negociaciones climáticas. REDD+ es de particular importancia para muchos de los países de América Latina, pues tanto el uso del suelo como el cambio en este uso son unas de sus principales fuentes de emisiones. Por ello, muchos países de la región se encuentran involucrados en procesos pilotos de preparación para la implementación de este mecanismo. Uno de sus temas más sensibles es determinar el titular o propietario que tienen las reducciones de emisiones en la deforestación y degradación de los bosques o “carbono forestal”, como comúnmente e inadecuadamente se le conoce.

Identificar esta titularidad es clave porque solo dicho propietario tendrá la capacidad para disponer (transferir o cancelar) las reducciones de emisiones. Por ejemplo, en el Fondo de Carbono del Fondo Cooperativo para el Carbono Forestal - FCPF (el principal proceso piloto para delinear la implementación de REDD+) se exige demostrar que la entidad a cargo del Programa de Reducción de Emisiones tenga “la capacidad para transferir el título de la emisión reducida” al Fondo de Carbono (FCPF, 2013). Es decir, si no se identifica al titular de dichas reducciones de emisiones, o de ser el caso, no se obtiene de él la facultad para transferirlas, no se podría cumplir con dicha obligación.

### **El carbono y los servicios ecosistémicos**

Definir la titularidad de las reducciones de emisiones tiene muchas dificultades debido a la confusión sobre su naturaleza. En ese sentido, es necesario decir que la reducción de emisiones es un bien jurídico diferente del suelo, los bosques, los servicios ecosistémicos y el carbono. Si bien estos elementos se encuentran estrechamente ligados, son conceptos diferentes. Por eso, los derechos que existen sobre cada uno de ellos no necesariamente otorgan derechos sobre los otros ni siempre se ven afectados por las disposiciones que se pudieran hacer de aquellos.

Consideramos que no es necesario explicar a profundidad la diferencia que existe entre la reducción de emisiones y el suelo (tierra), así como con los bosques (ecosistemas). Por ello, solamente diremos que los bosques y los suelos son bienes (corporales e inmuebles) diferentes de las reducciones de emisiones. Además, el suelo y los bosques son bienes de la naturaleza; mientras que la reducción de emisiones lograda a través de un mecanismo como REDD+ es siempre consecuencia de la voluntad y acción humana. Por lo tanto, los derechos sobre los primeros son diferentes de los derechos sobre los últimos.

Siguiendo el ejemplo del Fondo de Carbono del FCPF, allí se ha precisado que ni la adquisición, ni la venta ni la transferencia de reducciones de emisiones hacen referencia o involucran a tierras o territorios (FCPF, 2013). Sin embargo, es importante reconocer que la titularidad de derechos sobre el suelo y el bosque es indispensable para la definición de la titularidad sobre la reducción de emisiones, aunque no para definir su naturaleza.

Por otro lado, sí resulta necesario distinguir la reducción de emisiones de los servicios ecosistémicos y del carbono. Los servicios ecosistémicos son beneficios que la población obtiene de los ecosistemas. Estos beneficios provienen de las funciones o procesos ecológicos que, ya sea directa o indirectamente, contribuyen al bienestar humano o tienen un potencial para hacerlo en el futuro. Entonces, los servicios ecosistémicos son percepciones de las propiedades que devienen de los ecosistemas, pues no dependen ni son aportados por alguno de sus elementos, sino que existen debido al funcionamiento del propio ecosistema y gracias a que son percibidos como beneficiosos por las personas. Dichos procesos naturales inherentes a los ecosistemas requieren que, de manera directa o indirecta, consciente o inconsciente, actual o potencial, las personas nos beneficiemos de ellos. De esta manera, los procesos naturales que generan los servicios ecosistémicos son entes naturales incorporales, más no son bienes. Mientras que los servicios ecosistémicos, en tanto beneficios de la población, sí son bienes susceptibles de apropiación efectiva o virtual. Uno de esos procesos ecosistémicos es la fijación del carbono en las plantas y el suelo.

El carbono es un elemento químico que está en la naturaleza. Además de formar parte de todos los seres vivos, se conocen más de 16 millones de compuestos en diferentes estados conformados por este elemento (Torrealba et al., 2014). El carbono tiene un ser real (átomos) que se puede medir. Sin embargo, en estado gaseoso, como por ejemplo en el dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>), es inodoro e incoloro. Por lo tanto, en el marco de REDD+, cuando hablamos de carbono forestal nos estamos refiriendo exclusivamente a ese carbono que ya ha sido fijado en los árboles y no al que se encuentra en la atmósfera potencialmente secuestrable. El carbono así almacenado en las plantas y el suelo es un bien finito y corporal. Es un elemento intrínseco de la biomasa pues se encuentra incorporado en el ser mismo del árbol o bosque. A pesar de ello, los sistemas jurídicos especialmente ligados a captura de carbono forestal han optado por mantenerlo como parte del derecho de propiedad sobre los bosques, o por separar el derecho de propiedad del carbono del derecho de propiedad del bosque (Savaresi & Morguera, 2011). Sin embargo, el derecho por reducción de emisiones es un derecho completamente diferente a los que se puedan establecer sobre el carbono.

### **La reducción de emisiones**

La reducción de emisiones no existe en la naturaleza, si no que es una creación humana cuya existencia depende de la voluntad y la acción del hombre. En el marco de REDD+, la reducción de emisiones es el resultado de un conjunto de enfoques políticos e incentivos positivos que evitan que se produzcan emisiones de GEI provenientes de la deforestación y degradación de bosques que de otra manera se hubieran generado. Estas acciones humanas consisten en evitar que el carbono fijado en los árboles sea emitido a la atmósfera como CO<sub>2</sub>. La reducción de emisiones tiene una existencia distinta al carbono y a los servicios ecosistémicos. Si bien la reducción de emisiones requiere de la tierra, el ecosistema, sus servicios y el carbono, no es la sola presencia de estos elementos la que permite que haya reducción de emisiones, sino que su existencia radica en la acción humana que las evita o las reduce. Para promover estas acciones REDD+ promete retribuir o premiar a aquellos que demuestren haber reducido las emisiones de GEI provenientes de la deforestación y degradación. Esta retribución se convierte en un beneficio económico que es uno de los atributos del derecho por reducción de emisiones.

La reducción de emisiones existe solo luego que ha sido validada y verificada conforme a los procedimientos establecidos en el mecanismo REDD+. Estos procedimientos pueden ser establecidos a nivel de proyectos voluntarios por el estándar privado que define el procedimiento de validación y verificación; o, en el caso del mecanismo REDD+, dentro de la CMNUCC por las metodologías aprobadas. El título (certificado, bono, crédito, etc.) que representa la reducción de la emisión de una tonelada métrica de dióxido de carbono equivalente (tCO<sub>2</sub>e) tiene una existencia distinta al propio carbono y posee un tratamiento jurídico distinto (Torrealba et al 2014). Continuando con el ejemplo del Fondo de Carbono del FCPF, allí se ha establecido que una reducción de emisión representa una tCO<sub>2</sub>e que se deja de emitir o es extraída por sumideros gracias a las actividades REDD+ en el marco de un Programa de Reducción de Emisiones; y que la transferencia de la RE se refiere a todos los derechos/títulos/intereses adscritos a ella pero no sobre la tierra (FCPF 2013). Es decir, para el principal proceso piloto de REDD+, los derechos adscritos a la reducción de emisiones no incluyen derechos algunos sobre el bosque e incluso sobre el carbono forestal capturado; aunque posiblemente pudieran establecerse restricciones y limitaciones de uso, de ninguna manera implicaría su transferencia junto con la reducción de emisiones.

Este derecho por reducción de emisiones es un bien incorporeal y mueble que genera efectos jurídicos en tanto que proporciona beneficios y obligaciones a su titular. La reducción de emisiones es una cosa incorporeal y

por lo tanto podemos reconocerla como derecho. No hay cosas incorporales que no sean derechos, aunque traten de algo que no tenga que ser real, ni pueda ser percibido por los sentidos (Torrealba et al., 2014). Las reducciones de emisiones se comportan como bienes muebles, susceptibles de apropiación y de comercio; esto es, son enajenables y transmisibles. En cuanto al régimen de propiedad de los derechos por reducciones de emisiones, que son el resultado de una atribución hecha por un tercero (autoridad en el caso de los mecanismos REDD+) a favor de su titular, se entiende que existe sobre los mismos una auténtica propiedad que autoriza para adquirirlos, venderlos o usarlos, sometidos a un poder de regulación (por parte de CMNUCC en los mecanismos REDD+, o por parte del FCPF en el caso del Fondo de Carbono) que puede imponer restricciones a su duración, a su transferencia, o a su contenido.

Entonces, concluyo que el derecho por reducción de emisiones representa un derecho incorporal y mueble que confiere a su titular un conjunto de beneficios, así como riesgos jurídicos y económicos, derivados de la validación y verificación, conforme a los procedimientos del mecanismo REDD+, que un conjunto de actividades humanas han logrado evitar la emisión de una tCO<sub>2</sub>e.

Dicho derecho confiere a su titular tanto el beneficio económico como también un conjunto de responsabilidades y deberes. En cada país, se pueden establecer marcos jurídicos específicos para determinar quién es el titular o propietario, así como asignar determinados atributos de dicho derecho a sujetos diferentes, por ejemplo, mantener la disposición (transferencia y cancelación) con el propietario de la reducción de emisiones pero asignar el uso y usufructo (pagos y beneficios diferentes al carbono) al propietario del carbono o del bosque. Pero ello lo analizaremos con mayor detalle en el siguiente artículo.

## **II. SEGUNDA SECCIÓN**

Conforme señalamos en la sección anterior, las reducciones de emisiones de la deforestación y degradación forestal son un derecho incorporal y mueble que confiere a su titular un conjunto de beneficios, obligaciones y riesgos jurídicos y económicos derivados de la validación y verificación conforme a los procedimientos del mecanismo REDD+, que un conjunto de actividades humanas han logrado para evitar la emisión de una cantidad de toneladas de CO<sub>2</sub> equivalente (tCO<sub>2</sub>e). Ahora abordaremos el tema de la titularidad de dichas reducciones de emisiones forestales. La definición de estos titulares debe hacerse en cada país, pues el marco jurídico internacional no lo ha hecho y es muy probablemente tampoco lo haga en un futuro. Por

eso, esta definición de los titulares de las reducciones de emisiones forestales la haremos desde el punto de vista del marco legal peruano.

En dicho marco legal coexisten tres sistemas diferentes de asignación de titularidad sobre las reducciones de emisiones forestales. El primero corresponde a los beneficios económicos provenientes de los ecosistemas forestales; el segundo es referido aquellos que contribuyen a la provisión de servicios ecosistémicos; y el tercero, sobre el titular de los certificados de carbono de proyectos REDD+ en áreas naturales protegidas. Estos tres sistemas no se articulan pacíficamente debido a que asignan derechos y atribuciones en algunos casos de incompatibles y contradictorios. Esto hace necesario buscar una interpretación de las normas que nos proporcione un sistema de asignación de titularidad de reducciones de emisiones forestales en Perú.

### **Beneficiarios económicos de los servicios de los ecosistemas forestales**

La Ley N° 29763, nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre, próxima a entrar en vigencia, no define explícitamente a los titulares de las reducciones de emisiones de la deforestación y degradación forestal, pero sí reconoce la existencia de un derecho a los beneficios de los servicios de los ecosistemas manejados sosteniblemente. Estos beneficios del aprovechamiento de los servicios ecosistémicos derivan del dominio sobre el ecosistema forestal y de su uso sostenible. Así, cuando el dominio es privado, los administrados tienen derecho a esos beneficios; y, cuando el dominio es público, los administrados solo pueden acceder a dichos beneficios cuando poseen un título habilitante otorgado por el Estado.

Cuando se trata de ecosistemas forestales de dominio público, esta Ley señala que *“los beneficios provenientes del aprovechamiento económico de los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre forman parte de los títulos habilitantes”*. En ese sentido, reconoce que los titulares de títulos habilitantes (concesiones, permisos y autorizaciones forestales) tienen el derecho a los beneficios (incluidos los económicos) procedentes de los servicios de los ecosistemas que se desprendan de su manejo.

Pero cuando se trata de ecosistemas forestales que están en dominio privado, esta misma Ley plantea que los titulares de predios privados y las comunidades campesinas y nativas pueden acceder a dichos beneficios sin necesidad de tener un título habilitante. La ley establece que los propietarios de plantaciones forestales en predios privados o comunales no requieren de un permiso para acceder a los beneficios de los servicios de los ecosistemas provenientes de plantaciones forestales; y que los titulares de predios

privados, así como las comunidades campesinas y nativas que no tengan título habilitante para el aprovechamiento económico de los servicios de los ecosistemas forestales, acceden a los beneficios de estos servicios a través de un permiso aprobado por la autoridad de la Dirección Regional Forestal y de Fauna Silvestre.

Debemos considerar que estos beneficios se refieren al derecho a recibir un bien, una utilidad, un provecho o una ganancia que se pudiera generar por los servicios de los ecosistemas forestales sobre los cuales ejercen algún dominio privado o derecho de aprovechamiento forestal, lo que encajaría con la idea de beneficiarios en los sistemas o planes de distribución de beneficios de los proyectos y programas de REDD+. Por ejemplo, en el caso del Fondo de Carbono del Fondo Cooperativo para el Carbono Forestal, según los Términos Generales del ERPA, “beneficiario” significa un destinatario de los beneficios monetarios y no monetarios identificados en el Plan de Distribución de Beneficios que puede incluir entidades a cargo de sub-proyectos y otras partes interesadas, como los pueblos indígenas, dependientes de los bosques y otros habitantes de los bosques, las comunidades afectadas o grupos y organizaciones locales de la sociedad civil.

### **Contribuyentes a la provisión de servicios ecosistémicos**

La Ley N° 30215, Ley de Mecanismos de Retribución por Servicios Ecosistémicos, establece que aquellos que contribuyen a este tipo de servicios pueden recibir una retribución condicionada a la realización de acciones de conservación, recuperación y uso sostenible de sus fuentes. Esta Ley define como contribuyente de los servicios ecosistémicos a aquella persona natural o jurídica, pública o privada, reconocida por el Ministerio del Ambiente, que mediante acciones técnicamente viables contribuye a la conservación, recuperación y uso sostenible de las fuentes de dichos servicios.

De manera específica identifica como posibles contribuyentes a:

- i. Los propietarios, poseedores o titulares de otras formas de uso de tierras, respecto de las fuentes de los servicios ecosistémicos que se encuentran en estas;
- ii. Los que cuenten con títulos habilitantes otorgados por el Estado para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables que cumplan con los fines para los cuales les fueron otorgados;
- iii. Los titulares de contratos de administración de áreas naturales protegidas y otros mecanismos definidos por el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SERNANP), respecto de las fuentes de servicios ecosistémicos que se encuentran en ellas; y

iv. Otros que reconozca el Ministerio del Ambiente.

Dentro de esto se enmarca la Ley N° 29763, nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre, cuando dispone que los titulares de concesiones forestales se constituyen en titulares de los derechos por provisión de servicios ecosistémicos, en el marco de la normativa específica sobre la materia y de la presente Ley, siempre que cumpla los compromisos y condiciones del plan de manejo aprobado por la autoridad forestal. Esta Ley dispone que coadyuvar a la provisión de los servicios de los ecosistemas forestales y otros sistemas de vegetación silvestre es una actividad forestal ya que estos son parte del Patrimonio Forestal y de Fauna Silvestre de la Nación.

**Titular de los certificados de carbono de proyectos REDD+ en áreas naturales protegidas**

La norma más específica sobre reducciones de emisiones de la deforestación y degradación forestal en Perú es la Resolución Presidencial N° 26-2014-SERNANP del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SERNANP) que aprueba la “Directiva sobre la Comercialización de los Derechos Generados por Proyectos de Conservación de los Ecosistemas Naturales presentes dentro de las Áreas Naturales Protegidas de Administración Nacional”. Esta directiva es la única norma peruana que define explícitamente al titular de reducciones de emisiones de deforestación y degradación de bosques; aunque se refiere únicamente a los casos de proyectos en áreas naturales protegidas sometidos a estándares voluntarios. Además, reconoce que el dominio de los servicios ecosistémicos es diferente a los derechos existentes sobre los certificados resultantes de las reducciones de emisiones.

Dicha directiva establece que el SERNANP es el titular de cualquier tipo de certificados de carbono que pudieran generarse por la implementación de los proyectos que contribuyan a evitar la deforestación o degradación de los ecosistemas dentro de las áreas naturales protegidas. Adicionalmente, señala que en el marco del desarrollo de proyectos de servicios ecosistémicos para secuestro de carbono y reducción de emisiones de GEI por deforestación y degradación evitadas en el ámbito de las áreas naturales protegidas, es el SERNANP el que conserva el dominio.

La asignación de esta titularidad al SERNANP se basa en la soberanía que ejerce el Estado sobre los servicios ecosistémicos y los ecosistemas forestales. Esta visión se basa en el artículo 66° de la Constitución Política del Perú que señala que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento; y la interpretación que considera a los servicios ecosistémicos como parte inherente de los derechos sobre los recursos naturales, en particular en aquellos sobre

el bosque<sup>2</sup>. Adicionalmente, se considera que *“la titularidad de los servicios ambientales en bienes públicos le corresponde al Estado, y, habilita la posibilidad de la transferencia a particulares, confirma un (sic) Estado como el titular originario de los derechos que se generen en el marco de los servicios ambientales en ámbitos públicos.”*<sup>3</sup> Esta posición se basa en el Decreto Legislativo N° 1079 que establece medidas que garantizan el patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas y señala lo siguiente: “La autoridad competente para administrar el patrimonio forestal, flora y fauna silvestre de las áreas naturales protegidas y sus servicios ambientales es el Ministerio del Ambiente a través del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado”. Otra de las bases de la postura mencionada es el Proyecto de Ley N° 3213/2008-PE, Proyecto de Ley de Servicios Ambientales que decía: *“...Cuando la fuente del servicio ambiental sea un bien de dominio público o el predio en la que ésta se ubica sea de propiedad o usufructo del Estado, el beneficio de la compensación por los señalados servicios corresponde al Estado, pudiendo éste cederlo o trasladarlo en todo o en parte a particulares que colaboren en la conservación del patrimonio natural.”*. Sin embargo, este proyecto de ley no fue aprobado.

### **Propuesta de interpretación de un sistema de asignación de titularidad de reducciones de emisiones forestales en Perú**

Como hemos visto hasta ahora, en el Perú no existe un solo sistema de asignación de derechos sobre las reducciones de emisiones forestales. Sin embargo, eso no significa que en las normas analizadas no se pueda identificar algunos elementos que nos pueden servir para proponer un solo sistema de asignación de derechos sobre las reducciones de emisiones forestales. Estos elementos son los siguientes: 1) diferenciar la titularidad sobre las reducciones de emisiones de los beneficios provenientes del usufructo de dichas reducciones, 2) la asignación de la titularidad debe depender de la competencia sobre los ecosistemas forestales donde se logran las reducciones; y 3) la asignación de beneficios depende del dominio sobre el ecosistema forestal donde se logran las reducciones de emisiones.

La titularidad sobre las reducciones de emisiones forestales incluye un conjunto de atributos o facultades jurídicas, entre ellos podemos mencionar la posesión, el uso, el disfrute y la disposición. De todos estos atributos el fundamental, aquel que no puede desligarse de su titular es el de disposición o enajenación, es decir, la facultad de transferir (vender, comercializar, etc.)

---

2 Peña, P. (2014). El marco legal peruano para implementar REDD+. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Lima.

3 Garay, J. (2010). Marco Legal Ambiental de los Servicios Ambientales en las Áreas Naturales Protegidas. Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - SERNANP. Lima.

y extinguir (cancelar el registro) dicha titularidad. Los otros atributos de acuerdo a las conveniencias, necesidades o circunstancias nacionales pueden ser atribuidos a terceros. Como ocurre en el caso peruano en el que se reconoce que algunos actores tienen el derecho a disfrutar los beneficios o las retribuciones que pudieran generar las reducciones de emisiones forestales. Pero como ocurre en áreas naturales protegidas, la titularidad sobre estas reducciones quedan en el Estado y es ejercida a través de las instituciones públicas que ejercen su dominio eminencial sobre los ecosistemas forestales.

Por todo esto, proponemos que la autoridad forestal competente en cada uno de los ecosistemas forestales involucrados en las reducciones de emisiones forestales sea el titular de las reducciones de emisiones que se logren a través de dichos ecosistemas; ya que al ser las autoridades forestales competentes, son ellos los principales responsables de las reducciones de emisiones que se pudieran lograr. Pero en todos los casos se deberá considerar como beneficiarios (incluso económicos) a las comunidades campesinas, comunidades nativas, propietarios de predios privados, titulares de títulos habilitantes y poseedores que tengan derechos sobre los ecosistemas forestales, conforme lo establecen las dos leyes que hemos analizados.

En ese sentido, el SERNANP debería ser el titular de las reducciones de emisiones forestales en áreas naturales protegidas. Los Gobiernos Regionales deberían ser los titulares de las reducciones de emisiones forestales en aquellos departamentos en los que ya se transfirieron las funciones forestales. Y el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (SERFOR) debería ser el titular en de las reducciones de emisiones forestales en aquellos departamentos en los que aún no se han transferido las funciones forestales. Todos ellos pueden autorizar a terceros la comercialización de dichas reducciones, por ejemplo, a la entidad responsable del programa de reducción de emisiones forestales, que podría ser el Programa Nacional de Conservación de Bosques.

### III. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Fondo Cooperativo para el Carbono de los Bosques – FCPF. (2013). Resolución PC/14/2013/9 Hoja de Términos para las Condiciones Generales del FCPF de un Acuerdo del Pago de Reducción de Emisiones. Decimocuarta Reunión del Comité de Participantes. Del 19 al 21 marzo de 2013. Washington, DC.
- Garay, J. (2010). *Marco Legal Ambiental de los Servicios Ambientales en las Áreas Naturales Protegidas*, Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado - SERNANP. Lima.
- Novoa, G. (s/f). “Tributación sobre la transferencia de los Créditos de Carbono (CERs)”. En Revista Peruana de Derecho de la Empresa No. 61, Año XXI. Pág. 311-327.
- Peña, P. (2014). *El Marco Legal Peruano para Implementar REDD+*. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Lima.
- Savaresi, A. & Morgera, E. (2011). *Propiedad sobre la tierra, lo bosques y el carbono en Costenbader*,

Hugo Che Piu

- John (Ed.) 2011. Marcos jurídicos en materia de REDD. Diseño e Implementación en el nivel nacional. Gland, Suiza: UICN. xiv + 218 pp.
- Torrealba, J.; SARTORI, A.; Emanuelli, P.; y Aguilera, G. (2014). *Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales (ENCCRV)*: Planteamientos Iniciales sobre los Derechos del Carbono Forestal en Chile. Corporación Nacional Forestal de Chile - CONAF Santiago.
- Viñuela, M. (2005). *Naturaleza jurídica de los derechos de emisión negociables generados a raíz del Protocolo de Kyoto y sus consecuencias*", en Revista de Derecho Administrativo Económico (de Chile). N° 14.



## **SECCIÓN 4**

---

### Energía e infraestructura



# Mecanismos de diálogo en Lote 192 en la Amazonía Peruana: analgésicos en tiempos de caída del oro negro

SARAH KERREMANS

Directora Ejecutiva Instituto Chaikuni  
<sarah@chaikuni.org>

**RESUMEN:** El artículo contribuye a un conocimiento más detallado del proceso de consulta previa que se llevó a cabo entre mayo y agosto 2015 para una nueva licitación para exploración y explotación del lote petrolero más antiguo y más importante en la amazonía peruana, el lote 192 (ex lote 1AB). Desde la descripción de sus particularidades principales se argumenta que dicho proceso se convirtió en un proceso sui generis, que de ninguna manera puede servir de ejemplo o buena práctica de diálogo intercultural. Asimismo, el proceso fue claramente marcado y afectado por dos procesos paralelos: 1) la licitación de la nueva concesión de explotación en el lote 192; y 2) el diálogo sobre las afectaciones del pasado llevado a una Comisión Multisectorial que ha estado en marcha durante todo el proceso de consulta. A esto se suma otra particularidad: la desigualdad de poder entre las partes, en la opinión del autor, en ese proceso se profundizó al crearse diferentes espacios de diálogo. El autor argumenta que los mecanismos de diálogo llevados a cabo en el lote 192 han servido como analgésicos, con la intención de monitorear los conflictos sociales antes que de solucionar las demandas. Además, después de firmar acuerdos con las organizaciones de los pueblos, el Estado peruano inicia un proceso post acuerdos para conseguir el cumplimiento de los compromisos que ha suscrito. En este sentido, los pueblos deben invertir en procesos y espacios de seguimiento a los acuerdos y nunca parecen llegar a solucionar sus demandas.

*Palabras claves: Industria extractiva, consulta previa, gobernanza, conflicto social, pueblos indígenas.*

Sarah Kerremans

**Title:** Dialogue mechanisms in Oil Block 192 in the Peruvian Amazon: analgesics in times of devaluation of the black gold

**ABSTRACT:** The article contributes to more detailed knowledge about the process of Prior Consent, which took place between May and August 2015 with regards to a new license for oil exploration and exploitation in the Peruvian Amazon's most important and oldest oil lot known as lot 192 (formerly lot 1AB). Following the description of its particularities, it is argued that this process became one of *sui generis*, which under no circumstance can be used as an example or best practice of intercultural dialogue. Likewise, the process was clearly marked and affected by two parallel processes: 1) the licensing of the new oil concession for exploitation in lot 192 and 2) the dialogue about the impacts from the past, which gave way to a Multisectorial Commission that took place throughout the entire process of consulting. In addition, and according to the author, the power inequality between the parties was deepened during this process by creating different spaces for dialogue. The author argues that the mechanisms of dialogue carried out in lot 192 have served as analgesics, with the intention of monitoring social conflicts rather than solving the demands. Furthermore, following the signing of the accords with the peoples, the Peruvian State initiated a process of post-accords for the realization of the commitments it had made. In this way, the peoples had to invert the processes and spaces for the follow-up of the accords and were never able to attain the solutions to their demands.

*Keywords: Extractive industry, prior consultation, governance, social conflict, indigenous peoples*

## **I. INTRODUCCIÓN**

Este artículo pretende contribuir al debate sobre el derecho a la consulta previa, industrias extractivas y la defensa de derechos indígenas desde una experiencia muy intensa de acompañamiento al pueblo Kichwa del río Tigre y desde una posición muy cercana a los mecanismos de diálogo aplicados en los últimos años en el lote petrolero más importante del Perú: el lote 192. La ambición es también contribuir a un conocimiento detallado que resalte los matices del proceso de consulta del mencionado lote.

## **II. PREÁMBULO**

En primer lugar describo unas particularidades del proceso de consulta previa en el lote 192 llevado a cabo entre mayo y agosto 2015 que lo convirtieron en un proceso sui generis, que de ninguna manera podría servir de ejemplo o buena práctica de diálogo intercultural. Asimismo, el proceso fue claramente marcado y afectado por dos procesos paralelos: 1) la licitación de la nueva concesión de explotación en el lote 192; y 2) el diálogo sobre las afectaciones del pasado llevado a una Comisión Multisectorial que ha estado en marcha durante todo el proceso de consulta. A esto se suma otra particularidad: la desigualdad de poder entre las partes en la mesa que, en mi opinión, se profundizó durante ese proceso al crearse diferentes espacios de diálogo.

De lo anterior concluyo que los mecanismos de diálogo llevados a cabo en el lote 192 han servido como analgésicos, que han tenido la intención de monitorear los conflictos sociales antes que de solucionar las demandas. El Estado peruano prolonga los procesos de manera innecesaria con la única finalidad de no asumir su responsabilidad frente a los problemas. Después de firmar acuerdos con las organizaciones de los pueblos, el Estado inicia un proceso para conseguir el cumplimiento de los compromisos que ha suscrito. En este sentido, los pueblos deben invertir en procesos y espacios de seguimiento a los acuerdos.

## **III. EL PROCESO DE CONSULTA PREVIA EN EL LOTE 192: PROCESO SUI GENERIS**

El lote petrolero 192, que abarca un área de 512,347.241 ha. , se encuentra en el departamento Loreto, el más grande y boscoso del Perú. Anteriormente el lote fue conocido como lote 1AB y fue explorado y explotado desde la década de los 70. Durante los últimos 15 años la empresa titular en el lote ha sido Pluspetrol Norte S.A., cuya licencia concluyó el 29 de agosto de 2015. Con miras a suscribir una nueva, era necesario desarrollar *previamente* un proceso de consulta.

El proceso de consulta previa para la licitación del lote 192, fue denominado ‘emblemático’ mucho antes de su inicio, desde agosto 2012, Esto sucedía poco después de la entrada en vigor en el Perú de la Ley Nacional de Consulta y su reglamento, en el marco del anuncio por parte del ejecutivo peruano del cual el 192 sería el primer proceso en materia de hidrocarburos.

Entendemos para el presente artículo el término ‘emblemático’ como equivalente a relevante o ejemplar. Desde diferentes sectores y organizaciones, (AIDSESP, 2014) la consulta fue destacada de la siguiente forma: *no es un proceso más, es la prueba misma de hacia dónde va la consulta en el país* (Levano, 2015). Sería emblemático, además, por ser el primer caso de consulta previa en el Perú sobre un lote petrolero en explotación, del cual se extraía el 11,7% del crudo nacional al momento de iniciar el proceso. Se trataba pues de un primer proceso de consulta previa a pueblos indígenas ya impactados por una actividad petrolera previa de más de 45 años. Planteado de otra manera: no se trataba de dialogar de posibles afectaciones, sino más bien de afectaciones necesariamente acumuladas y ya producidas. En fin, un proceso que debería servir o hubiese servido de experiencia o antecedente para otros.

Durante el juicio los Kichwas plantearon que el proceso de consulta del lote 192 se hiciese sobre un área declarada en situación de emergencia ambiental y sanitaria., Ellos señalaron su gran preocupación por el hecho de no contar con un Plan de Abandono aprobado en la zona impactada, lo que generó aún más incertidumbre para sus tierras y poblaciones pues **no se podía hablar de las afectaciones futuras sin tomar en cuenta la no solución de las afectaciones del pasado**. En este sentido, exigieron organizar el debate y diálogo sobre la base de **afectaciones acumulativas**, considerando que *‘cualquier actividad en el marco de una nueva exploración/explotación viniese profundizando las afectaciones ya existentes comprobadas a nuestros derechos a la vida y colectivos’* (Acta de evaluación interna del pueblo Kichwa). Es así que dicho proceso de consulta previa, denominado emblemático en el 2012, se enmarca en un contexto de años de sufrimiento, contaminación, protesta y criminalización de la protesta (los Kichwas del Tigre cuentan con varios líderes judicializados). Sin embargo, después del anuncio en 2012, pasaron tres años antes de iniciar la consulta. Durante ese tiempo no era seguro su desarrollo porque surgió la duda sobre si el Estado recurriría a otras figuras, como la adjudicación directa del lote o la prórroga del contrato con el operador Pluspetrol Norte S.A, dejando de lado el derecho a la consulta previa.

En una reunión de febrero 2013 llevada a cabo en Iquitos, los pueblos indígenas plantearon ante el Ministerio de Cultura y Perupetro S.A. algunas condiciones mínimas que debían ser atendidas antes del proceso de consulta previa: remediación ambiental, diagnóstico social y ambiental, titulación,

compensación por uso de tierras, indemnización por daños y declaración en situación de emergencia (Publimetro). Es así como, ni en el 2013 ni 2014 se inició el proceso y las demandas anteriores fueron canalizadas hacia otro mecanismo de diálogo: las comisiones multisectoriales. Así como los procesos de consulta ofrecen un marco, éstas comisiones desarrollan un procedimiento muy diferente para un diálogo ordenado entre actores. Fue constituida una primera Comisión Multisectorial (R.S. N 200-2012-PCM, fechas de: de junio 2012 a abril 2014) y posteriormente una segunda Comisión Multisectorial (R.S. N 119-2014-PCM, de mayo 2014 a noviembre 2015). A fines de 2014, Perupetro S.A., por motivos ‘materiales’ anunció que se proceda con los procesos de consulta previa y de licitación de manera paralela. Finalmente, ambos procesos arrancaron en mayo de 2015 y terminaron en agosto del mismo año.

Ahora, ¿cuáles fueron unas particularidades que convirtieron ese proceso en uno tan *sui generis* y poco ejemplar? Sin pretender hacer una lista exhaustiva menciono a continuación tres significativas.

**El paralelismo con y la afectación por el mismo proceso de licitación del lote 192.** El 14 de mayo de 2015, a menos de 4 meses de concluir el contrato del operador Pluspetrol Norte S.A. (29 de agosto de 2015), Perupetro S.A., convocó a una licitación pública para la concesión del Lote 192. Esto lo hizo antes de que se aprobase cualquier plan o acta de consulta previa y en el contexto de una fuerte caída del precio del oro negro en los mercados internacionales.

En el transcurso del mes de julio, las empresas Perenco del Perú Petroleum Limited, Sucursal del Perú, Pluspetrol Norte S.A y Pacific Stratus Energy del Perú S.A. se encontraban calificadas y habilitadas para participar en el concurso. La postulación de la empresa titular, Pluspetrol Norte S.A, que se estaba promoviendo en la prensa nacional y local con una campaña publicitaria intensiva, generó gran preocupación durante el proceso de consulta previa. La empresa Feconat planteó que Pluspetrol Norte S.A. no debía permanecer un día más en el lote y dejó constancia de su oposición por las malas prácticas llevadas a cabo por dicha empresa (Acta de Pedidos formulados en reuniones preparatorias).

A fines del mes de julio y en plena etapa de diálogo, Perupetro S.A. anunció que el concurso se había declarado desierto porque ninguna de las empresas calificadas y habilitadas había presentado una propuesta. Mediante nota de prensa de fecha 4 de agosto de 2015, Perupetro S.A. informó que, a efectos de asegurar el mantenimiento de la producción de petróleo en el Lote 192, se estaba evaluando la suscripción de un contrato para la explotación de hidrocarburos mediante negociación directa, considerando los resultados del proceso de licitación efectuado (sin ofertas). Dicho contrato podría ser de carácter temporal (2 años) o definitivo (30 años), de acuerdo a los resultados de la evaluación. La incertidumbre se volvió total entonces: “¿de qué nos están

*consultando al final?*”. Los diálogos se suspendieron. Por limitaciones de espacio queda fuera del alcance de este artículo entrar en los detalles y desarrollar todos los acontecimientos del movido mes de agosto 2015.

Finalmente el 30 de agosto de 2015 se llegó a suscribir un contrato de servicios temporales para la explotación de hidrocarburos en el Lote 192 entre Perupetro y la empresa Pacific Stratus Energy del Perú S.A. tan solo por un plazo de dos años. El MEM señaló (Informe Final Consulta Lote 192) que el VMI (Oficio N 309-2015-VMI-MC) consideraba que el proceso de consulta realizado en el Lote 192 y los acuerdos obtenidos con los pueblos indígenas consultados no debían ser entendidos ni limitados al plazo por el cual Perupetro S.A. aprobó la suscripción del contrato. Además de que la culminación de dicho contrato no debía suponer a priori que debiera realizarse nuevamente un proceso de consulta previa. Una posición poco defendible si se toma en cuenta las particularidades del proceso llevado a cabo.

**El proceso de consulta previa se convirtió en dos distintos procesos, con la suscripción de dos planes de consulta previa distintos y diálogos en distintos espacios.** La entidad promotora precisó (Informe Final Lote 192) que el proceso de consulta previa se desarrolló en reuniones separadas para el pueblo Kichwa de la cuenca del río Tigre; y los pueblos Quechua y Achuar, de las cuencas de los ríos Pastaza y Corrientes. Posteriormente en la etapa de diálogo, unas comunidades del alto Pastaza decidieron participar bajo otra representación. Durante los cuatro meses de proceso de consulta previa hubo un solo momento en el cual se llevó el proceso a un solo espacio, reuniendo a los diferentes grupos. Esto fue el 14 de agosto de 2015, cuando se trató el tema de la participación directa en los beneficios.

Los procesos de consulta previa, como otros mecanismos de diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas, suelen invisibilizar diferencias entre las partes a nivel de poder, idioma, cultura, marcos cognitivos, etc. al brindar reglas de juego iguales para todos y un marco legal que *supuestamente* ayuda a superar las desigualdades. Hoy en día, en la ley de consulta en el Perú, esta desigualdad de poder aparece a priori y de forma explícita al estipular que si no se logra consenso, es el Estado quien decide.

Ese día, 14 de agosto del 2015, se reveló de manera clara esa desigualdad entre las partes en la mesa. Cabe resaltar que en el caso específico del proceso de consulta en el lote 192, la desigualdad fue profundizada por haberse creado distintos espacios. Esto ocasionó que el Estado pudiese avanzar con uno o dos grupos buscando consenso en momentos clave, mientras se dejaba de lado a los otros.

En la mencionada fecha, cuando se trató el tema de la participación directa en los beneficios, los grupos estaban reunidos en la Casa de la Literatura en

Lima, junto con Rosa Ortiz, Ministra de Energía y Minas Rosa Ortiz, entre otros representantes. El Estado propuso la creación de un fondo social que estaría formado por aportes periódicos realizados por el contratista, equivalente al 0.75% del valor monetario de la producción fiscalizada. Este monto sería depositado en un fideicomiso privado. Dicha negociación debía ser incluida como una cláusula en el contrato, por lo que la ministra manifestó que la propuesta no era negociable, ya que, según argumentaba, se estaba bajo presión de tiempo (la licencia de la operadora Pluspetrol Norte S.A. estaba por concluir) y no era técnicamente viable.

Un grupo aceptó la propuesta, entre ellos los Kichwas del Tigre, pues consideraban que independientemente del monto, se había conseguido el respeto de un derecho muy importante (participación directa en los beneficios). Otro grupo cuestionó el porcentaje y pidió un día extra para realizar las consultas necesarias, pedido que el Estado rechazó. Días después culminó el proceso de consulta previa con la firma de dos distintas actas, una con los Kichwas del Tigre y otra con una representación de comunidades de Alto Pastaza.

Respecto al desarrollo del proceso con los Kichwas del Tigre es importante resaltar que en las reuniones de diálogo llevadas a cabo en Iquitos, ellos exigieron participar como pueblo incluyendo también a aquellas comunidades ubicadas fuera de la zona de influencia directa. Además, consiguieron que el diálogo se desarrolle en un ambiente abierto y con no menos de diez representantes por comunidad.

Otras organizaciones de los pueblos Quechua y Achuar de los ríos Pastaza y Corrientes no llegaron a firmar acuerdos en el marco del proceso de consulta previa. Sin embargo, el Estado argumentó que el proceso se había desarrollado conforme a la norma al haberse suscritos acuerdos con un grupo y al haberse agotado todos los medios posibles para continuar con la etapa de diálogo con otro grupo. Este hecho, según sus argumentos, condicionó el diálogo. Una vez más salió a la luz la gran desigualdad entre las partes: el Estado mismo condicionó en momentos clave el proceso, violando *unilateralmente* uno de los principales principios rectores.

Una de las exigencias de los pueblos Achuar y Quechua fue que el Estado también asegurase la implementación de los acuerdos del acta del 10 de marzo de 2015 (Observatorio petrolero, Coordinadora Derechos Humanos). Además señalaron que existían temas pendientes, como el derecho al territorio sano sin contaminación y el derecho de participación. Esto lleva a identificar **una tercera particularidad muy importante.**

**La estrecha vinculación que tuvo ese proceso de consulta con el proceso de diálogo que se desarrolló en el marco de la Comisión de Desarrollo,**

**antes y también simultáneamente al proceso de consulta previa.** Como se ha mencionado líneas arriba, dos comisiones multisectoriales (2012, 2014) fueron creadas para atender las cinco demandas mínimas previas. La última fue llevada por la ONDS-PCM y gozaba del apoyo de la Fundación Ford y el PNUD. Está fuera del alcance del presente artículo entrar en los detalles de todos los encuentros y desencuentros de aquel largo diálogo.

El 10 de marzo de 2015, se llegó a firmar un acuerdo con tres organizaciones de la zona de lote 192 en un acta que la misma ONDS denominó con el título de “histórica” (Willaqniki, N°29, abril 2015). La gran ausente en la firma del acta fue la Feconat, organización que siempre integró formalmente la Comisión y participó en los diálogos, pero que al momento de la firma estaba concluyendo una medida de protesta pacífica en su cuenca y se encontraba en procesos internos (Hill, Ojeda, Coordinadora de Derechos Humanos, Consulta Pe). La ONDS (Willaqniki, N°29, abril 2015) informó erróneamente que el pueblo Kichwa del Tigre había firmado el acta. Dicho pueblo, en los meses posteriores mantuvo varias reuniones de coordinación y evaluación con la ONDS y dejó registrada su posición al respecto en el acta de pedidos adjunta al plan de consulta previa. En resumen, se acordó evaluar el acta de Lima en asamblea del pueblo, junto a la ONDS y en presencia de la empresa Pluspetrol, considerando que el diálogo tenía que ser tripartito como se había incluido como objetivo principal desde el inicio de la Comisión de Desarrollo.

Quedó claro que en la Comisión no se habían resuelto demandas importantes como la indemnización por impactos y la compensación por uso de tierras que según los pueblos necesariamente involucraría a la empresa operadora. Así que en los meses anteriores a la firma del acta, diferentes comunidades iniciaron medidas de protesta para--entre otros--exigir atención a las demandas de c de que Pluspetrol se retirase sin cumplir con sus responsabilidades. Así las comunidades Kichwa Nuevo Remanente, San Salvador y Vista Alegre iniciaron una protesta el 26 de diciembre del 2014 (que duró hasta mediados de febrero), a la cual se unieron otras comunidades del río Tigre. En otras cuencas habían casos similares, como en Los Jardines, Porvenir, Alianza Capahuariyacu y Nuevo Andoas, cuenca alta del río Pastaza (levantamiento en octubre 2014 y nuevamente en febrero 2015), en Pampa Hermosa, Nuevo Jerusalén y en la cuenca alta del río Corrientes (enero –febrero-marzo 2015) (Defensoría del Pueblo, Latin American Herald).

Después de la firma del acta del 10 de marzo-- y de forma simultánea al proceso de consulta previa sobre la futura licitación-- la ONDS seguía convocando reuniones de coordinación y seguimiento a los acuerdos obtenidos y dio por concluidas sus labores en noviembre de 2015. En su Informe Final (Resumen Ejecutivo- noviembre 2015) señala “*que el diálogo en la Comisión de*

*Desarrollo ha contribuido a la solución de las siguientes condiciones: remediación ambiental, titulación de tierras, servicios básicos y saneamiento de agua potable*". No menciona las demandas o agendas no atendidas si no que considera además que: "Atender estas condiciones ha viabilizado, también, la realización del proceso de la consulta previa del lote 192 (actual lote 1-AB), operada por la empresa Pluspetrol Norte". Esta conclusión se ha visto contradicha a la luz de los hechos: : no se llegó a firmar ningún acuerdo en el proceso de consulta previa precisamente con el grupo que sí firmó el Acta del 10 de marzo. Ese grupo recurrió a una medida de protesta cuando el Estado dio por concluido el proceso. Como se puede deducir de los pronunciamientos, la preocupación por el cumplimiento de los acuerdos del Acta del 10 de marzo, interfirió de manera importante en el proceso de consulta. Asimismo, se puede concluir que el diálogo en la Comisión de Desarrollo tuvo más bien un carácter obstaculizador del proceso de consulta. Además, cabe señalar que hoy en día, a más de un año y medio de la firma del Acta de Lima, existen demoras serias en la implementación y el cumplimiento de los acuerdos, en los temas de remediación, titulación y saneamiento de agua, entre otros.

#### **IV. CONCLUSIONES**

Para sustentar las demoras en el cumplimiento, el Estado recurre a argumentos mayormente de carácter procesal/técnico, tales como, la espera de cambio en la normativa; la formulación de los perfiles técnicos; el planteamiento de la necesidad de coordinar con diferentes sectores y niveles de gobierno; y con funcionarios de mayor rango, gestionar los presupuestos, transferir la responsabilidad a la autoridad competente, etc. Así, lo procesal facilita desviarse del campo político. Rodríguez (Rodríguez 2010) argumenta que está dentro de la lógica del paradigma global neoliberal de promover conceptos como la gobernanza y el debido proceso: procesos y leyes crean así una ilusión de orden mientras que la situación real pueda ser muy caótica, como un conflicto social profundo que perturba e impacta gravemente la vida de los pueblos indígenas (como en el caso de lote 192 con impactos a la vida de más de cuatro décadas). Rodríguez lo considera parte de un proceso actual más generalizado de "procesuar" (regular) los reclamos de los pueblos indígenas y canalizarlos hacia conceptos y marcos promovidos por el neoliberalismo, lo que él denomina como *ethnicity.gov* (traducido como *etnicidad.gob /indigenidad.gob*).

En muchos casos, las partes o incluso los movimientos indígenas, se van acostumbrando y entrenando en el lenguaje jurídico (procesal), reemplazando el contenido por la forma, considerando plazos, representación legal, garantías de igualdad entre las partes, etc. Un ejemplo, en el caso de la Comisión Multisectorial en el lote 192, es cuando la ONDS (Informe Final de la Comisión

de Desarrollo) señala como uno de los obstáculos encontrados al factor del divisionismo dentro de las comunidades y federaciones. Es necesario plantear la pregunta de en qué medida la misma lógica del proceso y su énfasis en lo procesal (representantes/federaciones acreditadas) han contribuido a ese factor.

Rodríguez argumenta además que la atención para el debido proceso tiene un efecto *postergador*, es decir se puede desarrollar y hasta concluir un proceso sin entrar en los debates de fondo; los procesos funcionan como analgésicos mientras están en marcha, pero no mucho después los mismos reclamos y demandas vuelven a aparecer; aún más cuando, como en el caso de los pueblos indígenas del lote 192, son tan fundamentales para la vida misma. En este sentido, argumento que le conviene al Estado prolongar los procesos. Actualmente se ve una nueva moda de lo que denomino los procesos post acuerdos: como he mencionado líneas arriba, después de la firma de acuerdos, el Estado mayormente no cumple con los compromisos asumidos y así se crea una necesidad de implementar procesos de seguimiento al cumplimiento de los acuerdos, como se hizo por ejemplo con RM 082-2016-PCM en abril 2016, cuando se creó un grupo de trabajo que *tiene por objeto realizar acciones de coordinación para el cumplimiento de los acuerdos* que se derivan de distintas actas firmadas en la Comisión Multisectorial.

Para concluir, los conflictos comunmente denominados conflictos sociales, en realidad son conflictos estructurales que requieren de respuestas a los problemas de fondo. Asimismo, mientras la lógica del Estado sea posponer creando un orden ficticio, en lugar de atender las demandas de los pueblos; el verdadero diálogo intercultural seguirá pendiente en el lote 192.

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acta de consulta previa del tigre. (2015). Recuperado el 7 de julio de 2016 de [www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/DGGAE/DGGAE/ARCHIVOS/OTROS/consulta%20previa/lote-192/Acta%20de%20Consulta%20Previa%20TIGRE.pdf](http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/DGGAE/DGGAE/ARCHIVOS/OTROS/consulta%20previa/lote-192/Acta%20de%20Consulta%20Previa%20TIGRE.pdf)
- Acta de pedidos formulados por el tigre adjunta al plan de consulta. (2015). Recuperado el 7 de julio del 2016 de [www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/DGGAE/DGGAE/ARCHIVOS/OTROS/consulta%20previa/Acta%20Mesa%20de%20Trabajo%20\(FECONAT\).pdf](http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/DGGAE/DGGAE/ARCHIVOS/OTROS/consulta%20previa/Acta%20Mesa%20de%20Trabajo%20(FECONAT).pdf)
- Acta de evaluación interna del pueblo Kichwa. (2015). Por motivos desconocidos no publicado en la página web de VMI.
- AIDSESP. (2014). Incertidumbre sobre el proceso de consulta en el lote 192. Recuperado el 6 de julio de 2016.
- Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. (2015). Solución a 43 años de explotación petrolera. Recuperado el 6 de julio de 2016 de [www.derechoshumanos.pe/2015/01/solucion-a-43-anos-de-explotacion-petrolera/](http://www.derechoshumanos.pe/2015/01/solucion-a-43-anos-de-explotacion-petrolera/)
- Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. (2016). Defender el derecho de los pueblos indígenas a sus territorios y a ser consultados en el lote 192. Recuperado el 5 julio 2016 de [www.derechoshumanos.pe/2015/08/defender-el-derecho-de-los-pueblos-indigenas-a-sus-](http://www.derechoshumanos.pe/2015/08/defender-el-derecho-de-los-pueblos-indigenas-a-sus-)

## Mecanismos de diálogo en Lote 192 en la Amazonía Peruana

- territorios-y-a-ser-consultados-en-el-lote-192/
- Consultape. (2015). Indígenas de Loreto alertan de un conflicto si el gobierno licita el lote 192. Recuperado el 7 de julio de 2016 de <http://consultape.com/2015/01/14/comunidades-indigenas-de-loreto-alertan-de-un-conflicto-si-el-gobierno-licita-el-lote-192/>
- Defensoría del Pueblo. (2014). Reportes de Conflictos Sociales N°128 - octubre 2014 y N°131-enero 2015.
- Hill, D. (2015). "Peru's indigenous people protest against relicensing of oil concession", The Guardian (2 de febrero de 2015). Recuperado el 6 de julio de 2016 de [www.theguardian.com/environment/2015/feb/02/perus-indigenous-people-protest-against-re-licensing-of-oil-concession](http://www.theguardian.com/environment/2015/feb/02/perus-indigenous-people-protest-against-re-licensing-of-oil-concession).
- Latin American Herald. (2015). Indigenous Protest Partially Halts Production at Peru Oil Block. Recuperado el 5 de julio 2016 de [www.laht.com/article.asp?ArticleId=2371587&CategoryId=14095](http://www.laht.com/article.asp?ArticleId=2371587&CategoryId=14095)
- Levano, M. OXFAM. (2015). La consulta previa en el lote 192 no es un proceso más: es la misma prueba de hacia dónde va la consulta en el país". Recuperado el 5 de julio de 2016 de [www.diariolaregion.com/web/la-consulta-previa-en-el-lote-192-no-es-un-proceso-mas-es-la-misma-prueba-de-hacia-donde-va-la-consulta-en-el-pais/](http://www.diariolaregion.com/web/la-consulta-previa-en-el-lote-192-no-es-un-proceso-mas-es-la-misma-prueba-de-hacia-donde-va-la-consulta-en-el-pais/)
- MEM- DGAAE (2015). Informe final consulta previa Lote 192 2015. Informe N 612-2015-MEM/DGAAE/DNAE/DGAE/RCO/SED/CIM. Recuperado el 5 de julio de 2016 de [www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/DGGAE/DGGAE/ARCHIVOS/OTROS/consulta%20previa/lote-192/Acta%20%20de%20Alto%20Pastaza.pdf](http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/DGGAE/DGGAE/ARCHIVOS/OTROS/consulta%20previa/lote-192/Acta%20%20de%20Alto%20Pastaza.pdf)
- Observatorio Petrolero (2016). En Carta a Humala las federaciones indígenas denuncian que acuerdos con estado no se cumplen y no hay garantías de continuidad. Recuperado el 5 de julio de 2016 de [www.observatoriopetrolero.org/en-carta-a-ollanta-humala-federaciones-indigenas-denuncian-que-acuerdos-con-estado-no-se-cumplen-y-no-hay-garantias-de-continuidad/](http://www.observatoriopetrolero.org/en-carta-a-ollanta-humala-federaciones-indigenas-denuncian-que-acuerdos-con-estado-no-se-cumplen-y-no-hay-garantias-de-continuidad/)
- Plan de Consulta Previa del Tigre. (2015). Recuperado el 4 de julio de 2016 de [www.consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2015/07/Plan-de-consulta-192-Cuenca-del-Tigre.pdf](http://www.consultaprevia.cultura.gob.pe/wp-content/uploads/2015/07/Plan-de-consulta-192-Cuenca-del-Tigre.pdf)
- Publimetro. (2014). Demandan implementación proceso consulta previa lote 192. Recuperado 6 de julio 2016 de [www.publimetro.pe/actualidad/noticia-demandan-implementacion-proceso-consulta-previa-lote-192-20224](http://www.publimetro.pe/actualidad/noticia-demandan-implementacion-proceso-consulta-previa-lote-192-20224)
- Ojeda, H. (2015). Natives occupy Pluspetrol oil wells, stop production, Reuters. Recuperado el 7 de julio de 2016 de <http://www.peruthisweek.com/news-reuters-natives-occupy-pluspetrol-oil-wells-stop-production-105119>
- ONDS. (2015). Informe Final de la Comisión de Desarrollo de las cuencas del Pastaza, Tigre, Corrientes y Marañón, creada mediante Resolución Suprema N° 119-2014-PCM, octubre 2015 (y su Resumen Ejecutivo).
- Rodriguez, C. (2010). Ethnicity.gov: Global Governance, Indigenous Peoples, and the Right to Prior Consultation in Social Minefields, Indiana Journal of Global Legal Studies. Vol. 18, 1, Indiana University School of Law.
- Willaqniki. (2015). Informe de diferencias, controversias y conflictos sociales de la ONDS, N°29. Recuperado el 5 de julio de 2016 de <http://onds.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2015/04/W29.pdf>



# Manchándose las Manos: el Banco Mundial y el Paquetazo Ambiental<sup>1</sup>

CÉSAR GAMBOA

Director Ejecutivo de Derecho, Ambiente y Recursos Naturales, Miembro del Board del Bank Information Center y representante por sociedad civil ante el Consejo Internacional del EITI.  
<cgamboa@dar.org.pe>

**RESUMEN:** El autor devela la relación entre la inversión del Banco Mundial y el debilitamiento de la institucionalidad ambiental, especialmente la limitación del régimen sancionador del organismo fiscalizador ambiental que ha subsistido en los últimos 3 años, generando pérdidas económicas, pero sobre todo un sistema de impunidad ambiental permanente. Un hallazgo importante que presenta el autor es, por ejemplo, en la revisión a los Préstamos para Política de Desarrollo (DPL en inglés) entre el Perú y el Banco Mundial, se encuentra que el Gobierno Peruano reportó la promulgación de la Ley N° 30250 como un avance al cumplimiento de las condiciones previas para hacer efectivos los desembolsos del DPL. Dichos requerimientos consistían en la eliminación de normativas, procedimientos y tasas ilegales reguladas por organismos públicos en cualquier nivel de gobierno, lo que tuvo como consecuencia un debilitamiento de la capacidad sancionadora del OEFA. El autor muestra a lo largo del artículo la relación contradictoria de las políticas del Banco Mundial y el desarrollo sostenible.

*Palabras claves:* Préstamos para política de desarrollo, Debilitamiento ambiental, alianza público privadas, APP, Banco Mundial, paquetazo ambiental.

---

1 El autor quiere reconocer que mucha de la información ha sido recogida del estudio elaborado entre Bank Information Center BIC y Derecho Ambiente y Recursos Naturales (DAR) titulado "Financiamiento de apoyo para políticas de desarrollo del Banco Mundial y cambio climático", ver <http://www.dar.org.pe/wp-content/uploads/2017/01/009361-Ejecutivo-WB-DPF-ESP01.pdf>

César Gamboa

**Title:** Stained hands: The World Bank and Environmental Weakening in Peru

**ABSTRACT:** The author unveils the link between the World Bank's investment and the weakening of environmental institutions, especially the limitation of the sanctioning authority of the environmental monitoring body that has survived for the past 3 years, generating economic losses, but above all a system of permanent Environmental impunity. An important finding that the author presents is the review of Development Policy Loans (DPL) between Peru and the World Bank, the Peruvian Government reported the promulgation of Law No. 30230 as an advance to the fulfilment of the preconditions to make DPL disbursements effective. These requirements consisted in the elimination of illegal regulations, procedures and fees regulated by public bodies at any level of government, which resulted in a weakening of the sanctioning capacity of the OEFA. Throughout the article, the author shows relevant findings to demonstrate the contradictory relationship of World Bank policies and sustainable development.

*Keywords: Development Policy Loa, Environmental Weakening, public-private partnership, PPP, World Bank, fast track.*

## I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es dar luces de cómo las reglas del juego de las inversiones cambian y se afectan desde el mundo global hacia las legislaciones nacionales, como por ejemplo, la regulación ambiental.

Desde el 2011, cuando se aprobaron los “Performance Standards” de la Corporación Financiera Internacional IFC, se inició una nueva etapa para aplicar las condiciones y los requerimientos ambientales y sociales para las inversiones privadas-- a las que antes de los noventa no se les aplicaba ninguna condición ambiental-- . Con la enmienda Pelossi se irradió como un modelo de sostenibilidad: la evaluación ambiental, nacida de malas experiencias del Banco Mundial y otras multilaterales, y consagrada en la Declaración de Río de 1992, ahora era obligatoria antes de iniciar cualquier proyecto de inversión.

El año pasado se cerraba este primer periodo de cambios. El Banco Mundial aprobaba su nuevo Marco Ambiental y Social para préstamos ordinarios (World Bank, 2017), un nuevo paquete de reglas de inversiones que permitiría ser menos estrictos en su cumplimiento y más bien potencializaban “buenas experiencias”-- si es las hay en el nuevo modelo de la autorregulación-- , buscando reparar el daño hecho y generando más “incentivos” y menos “sanciones”.

Este cambio global no es aislado y se produce no solo en el mundo de las multilaterales, sino en múltiples iniciativas y en otras que están en proceso de disputa como son los estándares voluntarios del EITI. Sin embargo, a nivel internacional, existen en muchos países de la región, por ejemplo, en México y su reforma energética; en Ecuador y Colombia y sus procesos de “fast track” de aprobación ambiental; o en el Código de Minerazao de Brasil, procedimientos que debilitan los requerimientos ambientales previos a las inversiones, especialmente en el sector extractivo, energía e infraestructura. Es claro que el motor de estos cambios es el fin del boom de las materias primas y la visión de competitividad que consideran nuestras élites, donde las condicionalidades ambientales son más una traba que en una forma de dar certeza para atraerlas. Lo que la CEPAL ha llamado el “race to the bottom”, la carrera hacia el fondo.

En el Perú, en el último lustro, hemos vivido estos cambios de manera dramática porque rápidamente se ha visto una pugna poco comprendida, pero finalmente al descubierta: trasladar el riesgo ambiental del operador del proyecto, y titular de la inversión hacia los ciudadanos o, en instancia final, hacia la naturaleza.

Bajo ese contexto es que vamos a señalar la relación entre la inversión del Banco Mundial y el debilitamiento de la institucionalidad ambiental, especialmente la limitación del régimen sancionador del organismo fiscalizador ambiental que ha subsistido en los últimos 3 años, generando pérdidas económicas, pero sobre todo un sistema de impunidad ambiental permanente.

## II. ANTECEDENTES DE LA FLEXIBILIZACIÓN AMBIENTAL

Conocemos que muchos de los avances de la legislación ambiental y social se deben a la demanda social. Conflictos alrededor de Camisea, Bagua y Conga generaron políticas que salvaguardaron derechos, la consulta previa, la ley forestal o la existencia de instituciones como el Ministerio del Ambiente o el nuevo evaluador ambiental, el SENACE. Sin embargo, siendo la regulación ambiental un campo de disputa más que de gobernanza, en el 2013 el sector privado también inició una serie de presiones para cambiar dicha legislación, lo que se ha conocido después como “paquetazos ambientales”.

Como cualquier grupo de interés, en el año 2013, por la caída de los precios de los metales, la Sociedad Nacional de Minería, Energía y Petróleo, así como la Sociedad Nacional de Hidrocarburos, empujaron para cambiar los procedimientos, normativa y estándares ambientales, flexibilizando su aplicación o reduciendo los requisitos para su aprobación. Todo ello fue llamado el problema de la “tramitología”, algo que había empujado –la sectorialización de la gestión ambiental-, el mismo sector privado en la década de los noventa con la derogación del Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales. En los últimos años nacieron más autoridades sectoriales –no solo ambientales-lo que generó una bifurcación de permisos y autorizaciones cuyo origen es esa misma sectorialización. Además, por ejemplo, el proceso de las demoras de la aprobación ambiental que pasa por los procesos de participación ciudadana y la falta de información que se tiene alrededor de las inversiones y sus impactos, complejiza y demora más su aprobación en muchos casos; ello sin descontar la ausencia de la participación ciudadana en el planeamiento, donde sus instrumentos ni siquiera son vinculantes.

Producto de esta situación, el Gobierno aprobó los Decretos Supremos N° 054-2013-PCM y N° 060-2013-PCM que modificaron plazos de aprobación del EIA, crearon el Informe Técnico Sustentatorio ITS, entre otros cambios. La sociedad civil nacional e internacional observó las implicancias ambientales y sociales de este proyecto de ley. Un año después, se aprueba la Ley 30230, ley madre del debilitamiento de la institucionalidad ambiental en el país, ley relacionada con la inversión del Banco Mundial en el Perú.

## III. DPL Y EL PAQUETAZO AMBIENTAL

El 11 de febrero del 2016 el Banco Mundial aprobó dos Development Policy Loan o DPL (Préstamo de Política de Desarrollo) para el Perú por un total de **\$2.5 mil millones** (\$1.25 mil millones cada uno). Estos préstamos son dirigidos a: 1. Gastos públicos y política de financiamiento de desarrollo de gestión de riesgo fiscal; y, 2. Aumentar el capital humano y la política de financiamiento de desarrollo de productividad. Ambos respaldan acciones enfocadas a atraer

inversión en infraestructuras privadas al Perú, aunque el primero enfocado específicamente a las asociaciones públicas-privadas APP.

Para el desarrollo de este tipo de préstamos, el país debía desarrollar “acciones previas”, reformas políticas e institucionales que garantizaran el desarrollo de los objetivos planteados por estos préstamos. Las reformas políticas requeridas, tales como las nuevas leyes concernientes al desarrollo de la infraestructura, son determinadas por estas acciones previas identificadas en estos préstamos de acuerdo al Banco Mundial (World Bank, 2009).

Lo que queda claro de un análisis elaborado por BIC y DAR sobre estos préstamos, es que el Banco Mundial no tiene una visión coherente y previsible sobre los efectos de las acciones de gobierno por este tipo de préstamos, no prevén detalles importantes sobre las implicaciones sociales y ambientales (World Bank, 2016). Para entender dichos impactos, valorar los positivos y negativos, es necesario entender las medidas e incentivos correspondientes a la política estipulada al DPL o reforma institucional; y los potenciales proyectos de infraestructura que se beneficiarán de las reformas que impulsan estos DPLs.

En el contexto explicado, uno de los cambios impulsados por estos préstamos del Banco Mundial estaba relacionado a la promoción de las inversiones a través de las Asociaciones Público Privadas APP, cambios especialmente en la gobernanza de este tipo de instrumentos, como es el control previo para evitar la corrupción e innecesarios riesgos económicos, sociales y ambientales. Un segundo efecto de estos préstamos son el debilitamiento ambiental o lo que conocemos como “paquetazo ambiental”. El DPL, destinado a mejorar el capital humano y la productividad del Banco Mundial, contiene un pilar principal de respaldo llamado “facilitando el ingreso, operación y la salida de las empresas” que estipulaba (World Bank, 2016):

**Acción previa #6:** El prestatario ha tomado medidas para limitar la discreción de todos los órganos del gobierno de imponer regulaciones y procedimientos administrativos fuera del marco legal nacional, al fortalecer el poder del INDECOPI de sancionar el no cumplimiento con el marco legal nacional, como se evidencia con la promulgación de la **Ley N° 30230** publicada en el diario nacional el 12 de julio del 2014, modificando la Ley 27444 del 10 de abril del 2001 (Ley de Procedimiento Administrativo General) y el Decreto Legislativo N° 1212 publicado en el diario nacional el 24 de setiembre de 2015 .

El 11 de julio del 2014, el Gobierno del Perú promulgó la Ley 30230 que, si bien es cierto, es anterior al DPL aprobado, queda claro que la labor de asistencia técnica del Banco Mundial al respecto de varios temas alrededor del préstamo así como afirmaciones de sus funcionarios estaban en función a promover la

inversión en el país, alineándose a lo que ya el sector privado había promovido como campaña nacional: la “tramitología detenía las inversiones”. Esta Ley incluyó medidas regresivas, no obstante, la más perjudicial sería la limitación de la facultad sancionadora del OEFA por los siguientes tres años. Asimismo, es importante notar que esta Ley tuvo críticas del propio Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental adscrita al Ministerio del Ambiente (The Oil and Gas Year, 2015), la Defensoría del Pueblo de Perú, y las Naciones Unidas (CNS News, 2014).

Vale mencionar que la Ley 30230 entró en vigencia solo días antes de que se firmara el contrato del gaseoducto del Sur, el 23 de julio del 2014. Reducir la posibilidad de ser sancionado por no cumplir con las regulaciones ambientales durante la fase de construcción del gaseoducto y facilitar los procedimientos de adquisición de tierras, brinda un gran impulso a un proyecto que aún no había verificado su ruta por el bosque amazónico. El proyecto del gaseoducto todavía tenía problemas obteniendo el financiamiento necesario (Peru Reports, 2016). Así, reducir los riesgos financieros asociados con el no cumplimiento de las regulaciones ambientales, impulsaría la calificación de rentabilidad para los prestamistas potenciales. Esto veremos a continuación con detalle.

#### **IV. LIMITACIÓN DE LA FISCALIZACIÓN AMBIENTAL**

El artículo 19 de la Ley 39230 privilegiaba acciones de prevención y medidas correctivas por tres años, antes que las sanciones y multas. El OEFA solo iniciaría procesos sancionatorios excepcionales en ese periodo, y de imponer sanciones, no podían ser superiores al 35% de la multa que correspondía aplicar (de acuerdo a la metodología de determinación de sanciones).

En ese sentido, una de las razones para que el OEFA pueda sancionar era que solo se multaba cuando existían infracciones sumamente graves. Para ello, debía demostrar que la infracción generaba un daño real y muy grave a la vida y la salud de las personas; de manera objetiva, individualizada y debidamente acreditada.

Por otra parte, la reducción de las potenciales multas (que no podían superar el 35% del total) no respondía a criterios económicos ni a ninguna evaluación previa. Uno de los argumentos de los inversionistas y funcionarios era que las multas y el monto de las sanciones eran altas (Gestión, 2013). Pero, esto no era tan cierto, diversa información demostraba que una vez impuesta una sanción, esta terminaba judicializada y que el promedio de las multas no excedían las 70 UIT (Gestión, 2014).

Además, OEFA ya había incorporado dentro de su normativa la protección al capital económico de las empresas, pues los montos de las multas no podían

ser mayores al 10% de los ingresos brutos anuales de éstas lo que estableció mecanismos de reducción del porcentaje de la sanción por pronto pago y beneficios de fraccionamiento y aplazamiento de las multas (OEFA, 2013). Con ello, las futuras sanciones a imponer iban a ser mínimas y la multa ya no era considerada como un costo a evitar, sino un cuasi beneficio producto de la infracción, pues infringir la ley era más favorable que cumplir con ella.

El sólo artículo 19 significó un incentivo perverso para el comportamiento de las empresas, pues ellas reconocieron que frente al incumplimiento, el peor escenario era restaurar. Es decir, lo único a lo que se les obligaba por lo ocasionado por sus impactos, era que trataran de regresar en algo al estado anterior del territorio que les fue entregado para explotarlo o explotarlo. Lo que tampoco funcionaba efectivamente si se tenía en cuenta que en muchos casos esto no llegó a ser posible y que la probabilidad de detección de la conducta infractora era casi nula, entonces las empresas no tuvieron mayores estímulos para cumplir con la ley. Es por ello que sociedad civil fue clara en decir que con la Ley N° 30230 se desnaturalizó la fiscalización ambiental en el país.

El Gobierno tampoco parecía entender que cualquier proyecto o actividad económica en cualquier territorio genera una transformación social y al medio ambiente, desde la primera intervención en un área de influencia directa e indirecta; y que los impactos socio-ambientales pueden llegar a ser irreversibles e irreparables cuando suceden (DAR, 2016A). Solo queda ver el estado de nuestra Amazonía que con graves hechos de contaminación (Cuninico, los derrames en el Oleoducto Norperuano, cuatro cuencas) aún no se cuenta con las suficientes herramientas de reparación y rehabilitación de los ecosistemas (Utero.pe, 2014).

De este modo, durante casi tres años el OEFA no pudo aplicar sus propias normas y su propio mandato sancionador, por lo que fue permisivo ante las infracciones; se crearon vicios en la gestión ambiental y un incentivo perverso a las empresas para cometer infracciones de este tipo. Esta ley lo que en realidad promovió fueron conductas infractoras en las empresas que al final generaron mayores costos para el propio el Estado, afectando el presupuesto de OEFA, lo que fue denunciado por sociedad civil.

Los costos no solo fueron económicos. Estamos hablando de 12 derrames en la Amazonía ocasionados por el Oleoducto Norperuano, a cargo de la empresa estatal Petroperú en 2016. Solo los primeros seis significaron alrededor de 10,399 barriles de petróleo derramados y a pesar de ello, el OEFA no tuvo la capacidad efectiva de sancionar.

Esto evidencia que el Estado no tiene una estrategia intersectorial rápida y coordinada contra emergencias ambientales y que hay una demora para atender

los procesos de remediación y las continuas rupturas del ducto, el mismo que se encuentra sin operar. El debilitamiento del OEFA permitió la no aplicación rápida de las multas y que las medidas correctivas no se hayan cumplido, permitiendo una situación de indefensión para los pobladores locales que han sufrido impactos a su vida y salud, hechos que fueron alertados desde sociedad civil (DAR, 2014). Los perjuicios a la población (DAR, 2016B), en especial a los pueblos indígenas (DAR, 2016C), han sido graves.

La organización periodística Convoca demostró que entre julio de 2014 y marzo de 2015, el OEFA congeló y redujo multas firmes por infracciones ambientales en el sector hidrocarburos desde un mínimo de 6 millones 443 mil soles (2.1 millones de dólares) hasta un máximo de 24 millones 710,000 soles (8.6 millones de dólares) gracias a la Ley N° 30230 (CONVOCA, 2014; CONVOCA, 2015).

Tanto se dijo sobre el peligro que sufriría la fiscalización ambiental en el país y, por ende, las funciones del OEFA, para que el Congreso de la República derogara el art. 19 y eliminara la limitación de la fiscalización ambiental. Lamentablemente para el año 2016, los derrames de petróleo del Oleoducto Norperuano, como otros casos que han quedado impunes, pusieron en evidencia el largo camino por recorrer para lograr una multa excepcional (La República, 2017) que luego podría ser judicializada. Al debilitar la fiscalización, los constantes derrames afirmaron que se estaba afectando el ambiente y la salud de las personas sin ninguna reparación y condena.

Con el cambio de Gobierno, se continuó evidenciando los riesgos de la norma, al punto que la nueva presidenta del OEFA y la Ministra del Ambiente señalaron que era necesario devolver la potestad sancionadora a la OEFA (Gestión, 2017), pues no se habían logrado los resultados esperados. Dicho pedido ya había sido realizado en mayo de 2016 por la Defensoría del Pueblo, en su Décimo noveno Informe Anual (Defensoría del Pueblo, 2016). La necesidad de devolverle la potestad sancionadora a la OEFA era ya una posición del actual gobierno.

El motivo de este cambio no fue otro que el hecho de que a partir de la vigencia de la Ley N° 30230, las infracciones y reincidencias en materia ambiental habían aumentado en vez de disminuir. El OEFA señaló que las empresas del sector hidrocarburos, por ejemplo, pasaron de 24% de incumplimientos a un 76% con la Ley. Las empresas del sector pesca alcanzaron un pico de 76% de incumplimientos con la nueva ley cuando en el pasado solo registraron un 2%. Las mineras pasaron de 10% a 37% de incumplimiento. El Gobierno entendió que se tenía que hacer algo al respecto (CONVOCA, 2016D).

En marzo del 2016, organizaciones indígenas y de derechos humanos,

presentaron una demanda contra la Ley 30230 ante el Tribunal Constitucional de Perú. Los demandantes sostienen que varios artículos de la Ley violan la Constitución y que contravienen derechos fundamentales, incluyendo el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales y el derecho a un ambiente limpio y saludable (CNDDHH, 2016). La sentencia está aún pendiente, sin embargo, ya el Congreso aprobó la derogación del art. 19, el que limitaba la labor sancionatoria del OEFA.

## V. CONCLUSIONES

La revisión a los préstamos para política de desarrollo (DPL en inglés) entre el Perú y el Banco Mundial, encontramos que el Gobierno peruano reportó la promulgación de la Ley N° 30230 como un avance al cumplimiento de las condiciones previas para hacer efectivos los desembolsos del DPL. Dichos requerimientos consistían en la eliminación de “normativas, procedimientos y tasas ilegales reguladas por organismos públicos en cualquier nivel de gobierno” (DAR, 2017), lo que tuvo como consecuencia, un debilitamiento de la capacidad sancionadora del OEFA, esencia del art. 19 de la mencionada ley.

La nueva Ley de APP, respaldada por el DPL y la Ley 30230, socava los esfuerzos del Banco Mundial de mejorar la gobernanza ambiental en el Perú, incluyendo el Préstamo para el Desarrollo Programático de Políticas Ambientales del 2010-2013 (\$75 millones), el cual tiene como enfoque el fortalecer el marco legal de la gestión ambiental de inversiones de gran infraestructura y de la capacidad del OEFA de monitorear las EIA; algo sumamente contradictorio, pues por un lado el Banco Mundial financia el fortalecimiento institucional, y por otro lado, financia la sustracción de sus competencias.

Después de casi dos años y nueve meses, se puso fin a esta limitación de la competencia del OEFA. Aún está pendiente que el Ejecutivo promulgue la norma, de no tener observaciones. Lo cierto, es que los impactos de dicha norma ya ocurrieron y los efectos de la derogación no son retroactivos.

El OEFA ha generado una serie de normas durante la vigencia del artículo 19 de la Ley N° 30230 (OEFA, 2014). ¿Qué sucederá con estas normas elaboradas en el marco del artículo 19 de la Ley N° 30230? Obligatoriamente, tienen que ser cambiadas y se debe tomar en cuenta la restitución de la potestad sancionadora del OEFA. Para no repetir errores del pasado, debemos pasar de priorizar medidas correctivas a tener una visión integral en donde la sanción se aplique adecuadamente y no permita la impunidad. Será un buen paso del actual Gobierno no observar la autógrafa de Ley y aplicar adecuadamente la legislación ambiental (Semana Económica, 2017) de cara a una visión de sostenibilidad que no pondere lo económico sobre lo socio-ambiental.

Queda responder ¿quién devuelve al Perú, a los ciudadanos y a los pueblos indígenas, los tres años de impunidad por la aprobación de una norma pensada sólo en promover inversiones sin sostenibilidad ambiental? Queda claro que el Banco Mundial es uno de los responsables y esto pesará en su historial como institución que finalmente no genera adicionalidad para que países como el Perú apliquen correctamente un modelo de sostenibilidad en sus inversiones.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. (2016). Admisión de demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 30230 que afecta derechos de los Pueblos Indígenas. Recuperado en marzo de 2017 de <http://derechoshumanos.pe/2016/04/cnddhh-admision-de-demanda-de-inconstitucionalidad-contra-la-ley-30230/>
- CNS News. (2014). New Peru law weakens environmental safeguards. Recuperado el 20 de julio de 2014 de <http://cnsnews.com/news/article/new-peru-law-weakens-environmental-safeguards>
- Convoca. (2014). Los S/. 30 millones que no cobró el gobierno en multas mineras. Recuperado en marzo de 2017 de <http://convoca.pe/investigaciones/los-s-30-millones-que-no-cobro-el-gobierno-en-multas-mineras>
- Convoca. (2015). Los millones perdonados a las petroleras. Recuperado en marzo de 2017 de <http://convoca.pe/investigaciones/los-millones-perdonados-las-petroleras>
- Convoca. (2016). OEFA reconoce impacto nocivo de la ley del 'paquetazo ambiental'. Recuperado en marzo de 2017 de <http://www.convoca.pe/agenda-propia/oefa-reconoce-impacto-nocivo-de-la-ley-del-paquetazo-ambiental>
- Derecho, Ambiente y Recursos Naturales. (2014). Pronunciamiento: se exige la máxima sanción y medidas inmediatas para remediar daño ambiental ante derrame de petróleo en Loreto. Recuperado en marzo de 2017 de [http://dar.org.pe/archivos/loUltimo/lu\\_204/np\\_loreto\\_240714.pdf](http://dar.org.pe/archivos/loUltimo/lu_204/np_loreto_240714.pdf)
- Derecho, Ambiente y Recursos Naturales. (2016A). Medidas correctivas impuestas por Ley N° 30230 no son suficientes para evitar la contaminación ambiental. Recuperado en marzo de 2017 de <http://www.dar.org.pe/noticias/medidas-correctivas-impuestas-por-ley-n-30230-no-son-suficientes-para-evitar-la-contaminacion-ambiental/>
- Derecho, Ambiente y Recursos Naturales. (2016B). 24/6: El día en que la Amazonía pidió cuentas. Recuperado en marzo de 2017 de <http://www.dar.org.pe/noticias/24-6/>
- Derecho, Ambiente y Recursos Naturales. (2016C). Pasivos ambientales y la transparencia ambiental. Recuperado en marzo de 2017 de <http://www.dar.org.pe/noticias/pasivos-y-transparencia/>
- Derecho, Ambiente y Recursos Naturales. (2017). Nuevo estudio revela: El Banco Mundial patrocinó el primer paquetazo ambiental y el subsidio pagado a Odebrecht en el Gasoducto del Sur. Recuperado en marzo de 2017 de <http://www.dar.org.pe/noticias/nuevo-estudio-revela-el-banco-mundial-patrocino-el-primero-paquetazo-ambiental-y-el-subsidio-pagado-a-odebrecht-en-el-gasoducto-del-sur/>
- Defensoría del Pueblo. (2016). Decimonoveno Informe Anual de la Defensoría del Pueblo: Enero - Diciembre 2015. Recuperado en marzo de 2017 de <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/anuales/decimonoveno-informe-anual.pdf>
- Gestión. (2013). Entrevista a Lorenzo de la Puente, Lorenzo. Recuperado de <http://gestion.pe/economia/50-multas-ambientales-oefta-mineras-son-arbitrarias-2074660>
- Gestión. (2014). Entrevista a Hugo Gómez Apac. Recuperado en marzo de 2017 de <http://gestion.pe/economia/cada-100-supervisiones-oefta-menos-dos-terminaron-multa-2106609>
- Gestión. (2017). Entrevista a Elsa Galarza, Ministra del Ambiente. Recuperado en marzo de 2017 de <http://gestion.pe/politica/minam-queremos-que-vuelva-facultad-sancionadora-oefta-2178822>
- La República. (2017). Osinergmin archiva el caso contra Petroperú por derrames en el Oleoducto. Recuperado en abril de 2017 de <http://larepublica.pe/imprensa/economia/866501-osinergmin>

## Manchándose las Manos: el Banco Mundial y el Paquetazo Ambiental

- archiva-el-caso-contrapetroperu-por-derrames-en-el-oleoducto  
Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. (2013). Resolución de Consejo Directivo N° 042-2013-OEFAICD. Recuperado en marzo de 2017 de <http://bit.ly/2qKoKPq>
- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. (2014). Infografía: Aplicación del Artículo 19 de la Ley 30230: Medidas para la promoción de la inversión en materia ambiental. Recuperado en marzo de 2017 de <https://www.oefa.gob.pe/publicaciones/infografia-del-articulo-19-de-la-ley-30230>
- Peru Reports. (2016). Peru's billion-dollar gas pipeline in jeopardy. Recuperado en marzo de 2017 de <http://perureports.com/2016/12/05/perus-billion-dollar-gas-pipeline-jeopardy/>
- Semana Económica. (2017). Entrevista a Tessa Torres, presidenta del OEFA. Recuperado en mayo de 2017 de <http://semanaeconomica.com/article/legal-y-politica/sector-publico/223758-oefa-la-potestad-sancionadora-se-reserva-para-real-dano-al-ambiente-y-salud-de-las-personas/>
- The Oil and Gas Year. (2015). Administrative Gains in Peru. Recuperado en marzo de 2017 de <http://www.theoilandgasyear.com/interviews/administrative-gains-in-peru/>
- Utero.pe (2014). Nuevo derrame de petróleo en Loreto: esta vez el responsable es Petroperú. Recuperado en marzo de 2017 de <http://utero.pe/2014/07/10/nuevo-derrame-de-petroleo-en-loreto-esta-vez-el-responsable-es-petroperu/>
- World Bank. (2009). Development Policy Operations. Frequently Asked Questions November 10. Recuperado en marzo de 2017 de <http://siteresources.worldbank.org/PROJECTS/Resources/40940-1244732625424/Q&Adprev.pdf>
- World Bank. (2016). Documento de programa: Boosting Human Capital and Productivity Development Policy Financing, 16 de enero de 2016. Recuperado en marzo de 2017 de <http://documents.worldbank.org/curated/en/891081468195849825/pdf/99251-PGD-P156858-R2016-0009-1-Box394848B-OUO-9.pdf>
- World Bank. (2017). The World Bank Environmental and Social Framework. Washington. Recuperado en marzo de 2017 de <http://documents.worldbank.org/curated/en/383011492423734099/pdf/114278-REVISED-Environmental-and-Social-Framework-Web.pdf>



Colaboraron en este número

## Colaboraron en este número

### ***Ady Chinchay***

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Magíster en Políticas Públicas por la University of Bath (Inglaterra), Magíster en Comparación Jurídica, Economía y Finanzas, y Magíster en Derecho (LL.M.) por el International University College of Turin (Italia). Con experiencia en Derecho de la Responsabilidad Civil, Derecho Ambiental, Gestión Pública, Planeamiento Estratégico y Derecho Administrativo. Se desempeñó como Subdirectora de Evaluación de la Calidad Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) y ocupó otros cargos de coordinación y asesoría en el sector público y privado. Asimismo, es docente universitaria a nivel de pre y postgrado, y cuenta con diversas publicaciones y trabajos de investigación.

### ***Esteban Valle Riestra***

Licenciado en Ciencia Política y Gobierno por la Universidad Católica del Perú. Candidato a Magister en Estudios Latinoamericanos por la Universidad de Ámsterdam. Especialista en industrias extractivas y políticas de aprovechamiento de los recursos naturales en la Amazonía. Ha trabajado para la sala de periodismo de investigación IDL-Reporteros, donde obtuvo en 2014 el segundo lugar del premio Salwan, organizado por Oxfam, como coautor de un trabajo sobre los impactos ambientales y sociales de la producción de palma aceitera. Asimismo, fue miembro del equipo fundador de la redacción

de Convoca.pe, participando de la investigación “Excesos sin castigo”, finalista del Premio Iberoamericano de periodismo Gabriel García Márquez en la categoría Innovación.

### ***Ximena Salinas***

Ha desarrollado su carrera en el ámbito de comunicaciones corporativas en organizaciones ambientales y sociales. En dichas organizaciones ha sido coordinadora y jefa de proyectos sociales y ambientales, como también coordinadora de campañas tanto para CODEFF (coordinando participación en Patagonia Sin represas, Patagonia patrimonio de la Humanidad, Bosques de Verdad para Chile y Justicia climática) como otras organizaciones tales como Corporación Bosqueduca (capacitaciones en Sistema de certificación ambiental a escuelas). También ha realizado capacitaciones e liderazgo y trabajo en equipo como empresas de educación al aire libre como CEAL y COE. En dichos espacios enfocado a la capacitación a profesores y alumnos de colegios del círculo británico y corporaciones municipales.

### ***Patricio Segura***

Ha realizado investigaciones periodísticas para múltiples medios sobre ciencias, turismo, corrupción y conflictos socioambientales. En el último tiempo en especial sobre contingencia patagónica. Destacan crónicas para Le Monde Diplomatique Chile, CIPER Chile, El Mostrador, La Nación, El Ciudadano. También ha publicado en Science Magazine y Nature. Es columnista de diversos medios de comunicación locales y nacionales. Ha sido presidente del Colegio de Periodistas de Chile en Aysén y actualmente es prosecretario nacional. Además, preside la Corporación Privada para el Desarrollo de Aysén.

### ***Valentín Estrada***

Valentín Estrada Saldarriaga: Abogado especialista en derecho ambiental con más de cinco años de experiencia en áreas del derecho como: Ambiental, administrativo y constitucional. En la actualidad se desempeña como consultor para el área de Infraestructura y Energía Sostenible de la Asociación Ambiente y Sociedad, junto con esta organización ha realizado, entre otras labores: Investigaciones sobre la implementación de las

Colaboraron en este número

asociaciones público-privadas en Colombia, Perú y Brasil; seguimiento a proyectos de infraestructura en Colombia; reportes de evaluación sobre la situación de la gestión ambiental en la región y la importancia de herramientas de gestión socio-ambiental a ser aplicables a la cartera de proyectos del COSIPLAN.

***Roger Merino***

Profesor e investigador de la Escuela de Postgrado de la Universidad del Pacífico, donde tiene a su cargo cursos de Políticas Públicas, Teoría Legal, Regulación y Responsabilidad social corporativa. Visiting Scholar (2016) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard (Instituto de Derecho y Política Global). Es Ph.D. en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad de Bath, Reino Unido, donde obtuvo el Grado de Máster (M.Sc.) en Políticas Públicas Internacionales y Globalización. También ha obtenido el Máster (M.Sc.) en Derecho Comparado, Economía y Finanzas por la Universidad Internacional de Turín, Italia y el Máster (Mg.) en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

***Daniel Sánchez***

Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla de España. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha realizado estudios en España, EEUU y Perú en materias vinculadas a derechos humanos y derechos de los pueblos indígenas. Ha sido Jefe del Programa de Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo. Experiencia como docente y expositor en diversos foros nacionales e internacionales. Amplia experiencia en supervisión de políticas públicas y diseño de marcos regulatorios en aspectos sociales. Experto en derecho de los pueblos indígenas. Autor de diversas publicaciones e investigaciones sobre Derecho Constitucional y Derechos Humanos.

***Juan Auz***

LL.M. Juan Auz es Abogado ecuatoriano especialista en Derecho Ambiental Internacional y Cambio Climático, con amplia experiencia en Derechos Humanos de comunidades

locales y Pueblos Indígenas. Consultor jurídico y asesor en Política Pública y Derecho para organizaciones de la sociedad civil y comunidades, tanto a nivel local como regional. Actualmente es coordinador de proyectos y asesor legal de Terra Mater y coordina iniciativas relacionadas a la defensa de los Derechos Humanos, el fortalecimiento de mecanismos de participación de la sociedad civil en la política pública y en la protección de defensores y defensoras de derechos humanos.

### ***Sofía Jarrín***

Coordinadora del área de DDHH y Ambiente en el Centro de Derechos Económicos y Sociales-CDES. Como investigadora, su trabajo se centra en el análisis de ciclos de conflictividad, acción colectiva y en el desarrollo de estudios territoriales relacionados al análisis de representaciones y prácticas espaciales latinoamericanas. Actualmente, trabaja con comunidades indígenas afectadas por industrias extractivas, facilitando su participación e incidencia en mecanismos regionales e internacionales de derechos humanos.

### ***Hugo Che Piu***

Magister en Gerencia Ambiental por la Universidad de los Andes de Colombia y Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Perú. Además, tiene estudios de post grado en Diseño de Políticas Públicas, Gobernabilidad y Gerencia Política, Enfoque de Ecosistemas, Procesos de Cambio en la Gestión de la Biodiversidad e Introducción a la Teoría de los Sistemas Complejos. Fue Coordinador de la Mesa Nacional sobre Reducción de Emisiones de la Deforestación y Degradación (Grupo REDD Perú), miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y miembro de la Red Latinoamericana de Derecho Forestal Ambiental (RELADEFA). Asimismo, es autor de diversos libros y artículos sobre legislación y política forestal.

### ***Sarah Kerremans***

Especialista en derechos humanos, titulada de la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica) con posgrados en Derecho de Migración y Asilo y Justicia Intercultural. Su

Colaboraron en este número

experiencia profesional se sitúa en las áreas de fortalecimiento de organizaciones y líderes de base, defensa de grupos vulnerables, incidencia, asesoramiento jurídico y educación intercultural. Después de trabajar como asesora para refugiados en Europa en defensa de sus derechos, llegó en el 2009 a la selva peruana y se involucró con la defensa de los pueblos indígenas y sus territorios, primero por la cuenca del río Putumayo en la frontera Perú- Colombia, y desde 2014 asesorando a los pueblos en lote 192 (ex lote 1AB). Como actual Directora Ejecutiva del Instituto Chaikuni, ayuda también a desarrollar un centro permacultura y apoya a estudiantes indígenas en la ciudad de Iquitos, donde vive con su familia Kichwa-belga.

### ***César Gamboa***

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos UNMSM, Magister en Derecho Constitucional. Doctor en Derecho y Ciencia Política por la UNMSM. Especialista en Derechos Humanos por la Universidad Andina Simón Bolívar de Ecuador y Universidad Complutense de Madrid, Especialista en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales CEPC de Madrid. Docente de Formación del INTE PUCP y en la Maestría de Productos Naturales y Biocomercio de la UNMSM. Director Ejecutivo de Derecho Ambiente y Recursos Naturales DAR. Miembro del Board de la ONG americana Bank Information Center BIC, del Consejo Consultivo de la ONG brasilera Fondo Casa de Brasil y representante por sociedad civil ante el Consejo Internacional de la Iniciativa por la Transparencia de las Industrias Extractivas EITI 2016-2019.



# Instrucciones para los autores

## Guía para autores y cesión de derechos con fines de difusión

### **I. SOBRE LA REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO Y POLÍTICAS AMBIENTALES**

La Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales es una publicación de Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR), orientada a mostrar el estado de la cuestión ambiental tanto en el Perú como en América Latina, revelando no solo los problemas que nos acechan, sino también las oportunidades que se presentan. Sus artículos son elaborados por especialistas del Derecho, la Política, la Sociología, la Economía y otras áreas afines, provenientes de los sectores públicos y privados, nacionales y extranjeros, que buscan darle un enfoque interdisciplinario a los debates en torno al tema ambiental. Está orientada al público académico, pero también busca ser un referente para la toma de decisiones en el ámbito político.

La Revista está dirigida por el área de Políticas de Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (DAR); con el apoyo y coordinación de la Clínica Jurídica de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. La edición y coordinación recaen en el área de Comunicaciones de la misma institución. Cuenta, además, con el respaldo de un Consejo Editorial Externo conformado por desatacados académicos nacionales y extranjeros. Cada artículo que se recibe es evaluado por el sistema peer review. Los números de registro de la publicación son:

**Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No. 2011-04538**

**ISSN: 2222-2596**

En lo que se refiere al contenido, cada número de la Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales, está formado por cuatro capítulos generales: 1) Pueblos Indígenas e Industrias Extractivas, 2) Energía e Infraestructura, 3) Derecho Ambiental y 4) Cambio Climático y REDD.

Este año, cada uno de estos capítulos debe contener artículos que, además de desarrollar la temática específica, se enmarquen dentro del tema general “Objetivos de Desarrollo Sostenible”.

Los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible - aprobada por los dirigentes mundiales en septiembre de 2015 en una cumbre histórica de las Naciones Unidas - entraron en vigor oficialmente el 1 de enero de 2016. Con estos nuevos Objetivos de aplicación universal, en los próximos 15 años los países intensificarán los esfuerzos para poner fin a la pobreza en todas sus formas, reducir la desigualdad y luchar contra el cambio climático garantizando, al mismo tiempo, que nadie se quede atrás.

Los ODS aprovechan el éxito de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) y tratan de ir más allá para poner fin a la pobreza en todas sus formas. Los nuevos objetivos presentan la singularidad de instar a todos los países, ya sean ricos, pobres o de ingresos medianos, a adoptar medidas para promover la prosperidad al tiempo que protegen el planeta. Reconocen que las iniciativas para poner fin a la pobreza deben ir de la mano de estrategias que favorezcan el crecimiento económico y aborden una serie de necesidades sociales, entre las que cabe señalar la educación, la salud, la protección social y las oportunidades de empleo, a la vez que luchan contra el cambio climático y promueven la protección del medio ambiente.

A pesar de que los ODS no son jurídicamente obligatorios, se espera que los gobiernos los adopten como propios y establezcan marcos nacionales para el logro de los 17 objetivos. Los países tienen la responsabilidad primordial del seguimiento y examen de los progresos conseguidos en el cumplimiento de los objetivos, para lo cual será necesario recopilar datos de calidad, accesibles y oportunos. Las actividades regionales de seguimiento y examen se basarán en análisis llevados a cabo a nivel nacional y contribuirán al seguimiento y examen a nivel mundial.

Para mayor información: <<http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/la-agenda-de-desarrollo-sostenible/>>

## **II. GUÍA PARA AUTORES**

### **2.1. Indicaciones Generales sobre la estructura**

- a. Los artículos deben aportar conocimientos en los diversos temas propuestos en cada uno de los capítulos y relacionarlos con el tema ambiental. Deben ser inéditos y ser concisos. El sistema de revisión de cada uno de los artículos es el peer review. Los artículos aprobados para la publicación deben tener la aprobación del Consejo Editorial y de la Dirección de la Revista.

## Instrucciones para los autores

- b. Los artículos deberán ser enviados al siguiente correo electrónico: [revistalatinoamericana@dar.org.pe](mailto:revistalatinoamericana@dar.org.pe), con copia a [cjactuar.unmsm@gmail.com](mailto:cjactuar.unmsm@gmail.com) en formato DOC (Ms Word) sin contener los datos del autor. Asimismo, deberá enviar en esa misma fecha, un segundo archivo donde incluya solo los datos del autor (nombre, filiación institucional, correo electrónico, URL, blog y una breve biografía de entre 100 y 120 palabras). Este procedimiento se aplica con el fin de asegurar el anonimato en el proceso de revisión por parte del Consejo Editorial externo.
- c. La extensión del artículo no debe exceder las 10 páginas, incluyendo cuadros, gráficos, notas y bibliografía. Solo en casos excepcionales y previa coordinación con el autor que así lo solicite, se aceptarán trabajos con una extensión mayor.
- d. El texto del artículo, incluyendo títulos y subtítulos, debe presentarse a espacio y medio, en letra tipo Arial de 12 puntos.
- e. La página debe ser de formato A-4 y con márgenes de 3 cm a cada lado.
- f. Las imágenes no deben ser incrustadas en el documento sino ser enviadas en un archivo adjunto en formato jpg o tiff (resolución mínima 300 dpi). En caso de realizar cuadros, tablas, gráficos o similares en Excel, se debe adjuntar el archivo en dicho formato.
- g. La bibliografía citada se incorporará al final del artículo, en orden alfabético.
- h. El artículo debe contener un resumen de 250 palabras aproximadamente y una lista de 5 palabras claves en castellano.
- i. Cada artículo deberá contener, de ser el caso, la lista de abreviaturas utilizadas a lo largo del texto.

### **2.2. Indicaciones Generales sobre el contenido**

- a. Título en español e inglés
- b. Resumen y Abstract entre 100 y 120 palabras cada uno.
- c. Cinco palabras claves en inglés y castellano
- d. Breve biografía de los autores, entre 100 y 120 palabras. Aparte incluir filiación institucional, correo electrónico, URL, blog.

Los autores deben presentarse al esquema presentado a continuación. En las Referencias bibliográficas al final de cada ensayo, los apellidos de los autores van en versales.

**a. Libro (un autor)**

*Referencia:*

JUNCEDA MORENO, Javier

2001 Minería, medio ambiente y ordenación del territorio  
Madrid: Civitas

En el texto: (Junceda Moreno 2001)

Si el libro tiene más de una edición o volúmenes o se cita algún tomo (t.) o volumen (vol./vols.) en particular, la referencia es la siguiente:

BASADRE GROHMANN, Jorge

1983 Historia de la República. 5ta. ed., 11t. Lima: Editorial  
Universitaria

En el texto: (Basadre 1983: VI, 20) que equivale al tomo sexto, página 20, de la obra del autor.

**b. Libro (dos o más autores)**

*Referencia:*

Jarquín, Edmundo y Fernando Carrillo (eds.)

1997 La economía Política de la reforma Judicial. Nueva York: Banco  
Interamericano de Desarrollo.

En el Texto: (Jarquín y López 1997)

En el Texto (3 o más autores)

(Fernández García, Díaz Méndez y Fernández González 2006)

Si son más de tres los autores, debe citarse solo el primero:

(Fernández García 2006)

**c. Capítulo de libro**

*Referencia:*

Buscaglia, Edgardo

1997 “Los principales obstáculos de la reforma judicial”. En: Jarquín,  
Edmundo y Fernando Carrillo (eds). La economía Política de la  
reforma Judicial. Nueva York: Banco Interamericano de Desarrollo,  
pp. 120 – 140

En el texto: (Buscaglia 1997)

**d. Artículo de publicación periódica**

*Referencia:*

Huntington, Samuel

1989 “El sobrio significado de la democracia”. *Estudios Públicos*. 33:24-56. Santiago

En el texto: (Huntington 1989)

**e. Artículo de un diario**

*Referencia:*

Salazar Vega, Elizabeth

2008 “Los últimos repatriados de Tarapacá”. *El Comercio* (25 de julio): A8. Lima.

En el texto: (Salazar Vega 2008)

**f. Documentos de Internet**

*Referencia:*

Rosanvallon, Pierre

2004 “La democracia en América Latina”. En PNUD. *Contribuciones para un debate. Comentarios*. Revisado el 13 de septiembre de 2007 en <[www.ndipartidos.org/es/node/1336](http://www.ndipartidos.org/es/node/1336)>

En el texto: (Rosanvallon 2004)

La Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales no tiene carácter comercial, por lo que las colaboraciones no son retribuidas económicamente. Sin embargo, los autores de los artículos publicados en el presente número recibirán 5 ejemplares del mismo.

Para cualquier consulta dirigirse a:

**DERECHO, AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES**

Jr. Huascar 1415, Jesús María, Lima, Perú

Tel. 51-01-3403720/51-01-3403780

[revistalatinoamericana@dar.org.pe](mailto:revistalatinoamericana@dar.org.pe)

[cjactuar.unmsm@gmail.com](mailto:cjactuar.unmsm@gmail.com)

### **III. CESIÓN DE DERECHOS CON FINES DE DIFUSIÓN**

Uno de los objetivos de la Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales es difundir sus contenidos al mayor número posible de usuarios. Para ello, es necesario que los autores estén de acuerdo con la siguiente declaración y la hagan llegar firmada al correo de la revista:

«Yo ...[nombre del autor]... cedo a favor de Derecho, Ambiente y Recursos Naturales, los derechos de explotación sobre el artículo de mi propiedad, así como, el derecho de realizar, autorizar o prohibir:

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento.
- b) La comunicación al público de la obra por cualquier medio.
- c) La distribución al público de la obra.
- d) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.
- e) La importación al territorio nacional de copias de la obra hechas sin autorización del titular del derecho por cualquier medio, incluyendo mediante transmisión.
- f) Cualquier otra forma de utilización de la obra que no está contemplada en la ley como excepción al derecho patrimonial, siendo la lista que antecede meramente enunciativa y no taxativa.

En consecuencia, el artículo de propiedad del autor antes mencionado, que es materia de la presente cesión, podrá formar parte: del formato físico de la Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales, de la página Web de Derecho, Ambiente y Recursos Naturales y de cualquier otro medio óptico, electrónico y digital que esta institución crea conveniente utilizar.»

[Fecha]

[Firma]

[Nombres y apellidos]

Otra forma de estar de acuerdo con la declaración, es señalarlo expresamente cuando acepten escribir el artículo o, cuando envíen el artículo para ser revisado.





*Se terminó de imprimir, en los talleres de  
Aleph Impresiones S. R. L.  
el mes de noviembre de 2017  
Teléf.:(511) 634-7500*



### **Asociación Ambiente y Sociedad (Colombia).**

Entidad sin ánimo de lucro de carácter ambiental, que busca cambios positivos en las políticas, en la legislación y en los procesos de toma de decisiones promoviendo una activa participación de la sociedad civil a nivel nacional e internacional.

### **Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables (Argentina).**

Organización sin fines de lucro cuyo trabajo se dirige hacia la construcción de una sociedad más justa, equitativa e inclusiva, promoviendo un desarrollo sustentable que respete derechos humanos. Con estos fines, FUNDEPS realiza actividades de investigación, capacitación, incidencia, litigio estratégico y cooperación en general.

### **Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (Perú).**

Organización civil sin fines de lucro que tiene como fin prioritario contribuir al desarrollo del país a partir del manejo y aprovechamiento sostenible de sus recursos naturales y la gestión del ambiente, comprometiéndose a la construcción de la gobernanza, el desarrollo sostenible y la promoción de los derechos indígenas en la Amazonía.



FUNDEPS  
FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO  
DE POLÍTICAS SUSTENTABLES



DERECHOS  
AMBIENTE Y  
RECURSOS  
NATURALES  
DAR



Con el apoyo de:

  
CHARLES STEWART  
MOTT FOUNDATION®

 | Regnskogfondet  
RAINFORREST FOUNDATION NORWAY

**11.11.11**  
VECHT MEE TEGEN ONRECHT