



MESA DE DISCUSIÓN

La presente transcripción recoge lo expuesto por quienes participaron en la mesa de discusión llevada a cabo el día 21 de mayo del 2021. La mesa tuvo como eje central la discusión en torno a la consulta previa aplicada en proyectos extractivos en el Perú en contratos celebrados con anterioridad a la Ley N° 29785 y su reglamento, con especial enfoque en el sector hidrocarburos.

El balotario de preguntas fue elaborado por la Comisión de Publicaciones del Círculo de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Lizbeth Diaz Redolfo¹ (Moderadora): Buenas tardes con todos y con todas. El día de hoy tenemos la mesa de discusión que versa en torno a la consulta previa y su aplicación en el desarrollo de proyectos extractivos en el Perú. Esto, en el marco de cumplir treinta y dos años de la adopción del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales a veintiséis años de su entrada en vigor.

Esta mesa de discusión propone el intercambio en torno al marco normativo y su aplicación en la regulación del derecho a la consulta previa, libre e informada en el desarrollo de proyectos extractivos, especialmente, enfocándonos en la actividad de hidrocarburos. Con esta finalidad, contamos con la participación de dos expositoras de reconocida trayectoria. En primer lugar, tenemos a la doctora Janinne Delgado. Ella es abogada, con maestría en Ciencia Política y Maestría en regulación de Servicios Públicos. Ha asumido jefaturas legales en entidades como OSINERGMIN y ha sido gerente legal en Perúpetro. Actualmente, se desempeña como Gerente de Hidrocarburos de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía; además, es docente de la Universidad del Pacífico, ESAN y UTEC, y en la Escuela de Gas y Petróleo. Es speaker en diversos foros, así como columnista y articulista de revistas especializadas.

Asimismo, contamos con la presencia de la doctora Rocío Meza. Ella también es abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, y ha trabajado en temas de relaciones norte-sur, derechos humanos, medio ambiente y pueblos indígenas desde hace veinte años. Desde el año 2017 y hasta la fecha, se desempeña como abogada del área de litigio constitucional del Instituto de Defensa Legal.

Agradecemos a ambas su presencia el día de hoy en esta mesa de discusión. Antes de iniciar con este intercambio, algunas pautas para el desarrollo de esta mesa. En primer lugar, por temas metodológicos, hemos decidido dividir esta mesa de discusión en dos bloques: Un primer bloque abordará la relación entre desarrollo sostenible, bienestar general y bien común, y el desarrollo de actividades extractivas, especialmente enfocándonos en la actividad de hidrocarburos; y un segundo bloque, abordará la situación actual de los contratos suscritos entre la ratificación del Convenio 169 de la OIT por el Estado peruano en 1995, y la promulgación de la Ley 29785 en el año 2011, y su Reglamento, en el año 2012.

1 Abogada de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Egresada del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la PUCP, así como tesista de la Maestría de Derecho Ambiental de la misma casa de estudios. Actualmente, es consultora e investigadora del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP.

Bueno, sin más, quisiera iniciar ya el primer bloque de esta mesa de discusión, para lo cual vamos a abordar la relación entre lo que es el desarrollo sostenible, el bien común, el bienestar general y el desarrollo de las actividades extractivas. Con este objetivo, vamos a tener la primera pregunta de este intercambio. Empezamos con la doctora Rocío:

¿Cómo entender el bienestar general en el contexto del desarrollo de actividades de hidrocarburos en el Perú? ¿Considera usted que existen diferencias dentro de la concepción del bien común desde lo que podríamos denominar una mirada general del bien común y desde la mirada de las comunidades nativas que habitan los territorios donde se llevan a cabo las actividades de hidrocarburos?

Rocío Meza Suarez (en adelante, R. Meza): Buenas tardes, saludos a todos. Si hablamos del bien común, creo que, en lo que respecta a derechos fundamentales constitucionalmente recogidos y protegidos, el bien común no puede ser, solamente, un dicho genérico. Se tiende a subordinar los derechos fundamentales a conceptos indeterminados, sin explicar previamente en qué medida se afecta en concreto estos intereses o bienes jurídicos, olvidando que, por definición, la afectación de estos bienes y la ponderación debe hacerse sobre el caso concreto. ¿Y por qué el bien común debe verse al caso concreto? Porque contra él vamos a balancear, en caso sea necesario, diferentes derechos. Por ejemplo, derechos de los pueblos indígenas, derecho a la empresa. Por eso, no se debe generalizar y utilizar esta expresión de forma indistinta, sin profundizar, sin explicar, según el caso concreto, de qué estamos hablando. ¿Por qué? Porque estamos hablando de derechos fundamentales; son la base de la base del ordenamiento jurídico. La parte más importante de nuestra Constitución. Por eso, algunas veces, cuando escucho que hay una colisión entre los derechos fundamentales y los derechos de bien común para el Perú, me preocupa porque no se especifica y muchas veces, al momento de hacer el balance, pareciera que tuviera más peso el bien común; sin embargo, no sabemos qué significa eso. Esto también es un peligro en los casos que los jueces tengan que resolver y tienen que escoger entre derechos fundamentales. No siempre se puede dar mitad-mitad; no siempre se puede dar un poco para ambas partes. El jurista Gargarella (2004)² habla precisamente de este tema. Dice que, algunas veces, en cosas muy importantes y esenciales, donde están en juego derechos tan básicos, es necesario escoger. Porque cuando se tiene que sopesar un derecho con otro, se crean estas disyuntivas.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya lo ha dicho, no se puede sacrificar el derecho de los pueblos indígenas, derechos esenciales, por la realización de actividades económicas; por varias razones, entre ellas, su vulnerabilidad, su abandono de tantos años, etcétera³. Pues son precisamente los pueblos indígenas los que son más afectados, muchas veces, en el caso de actividades extractivas. Las actividades extractivas, como sabemos, desde hace varios años, se han ido abriendo a territorios indígenas y justamente son los pueblos indígenas los que ahora están sufriendo el impacto. Así, la subsistencia de los pueblos indígenas es un límite para la explotación de los recursos naturales en territorios ancestrales: no se puede realizar actividades extractivas si con

2 Gargarella, Roberto (septiembre 2004). Derecho y conflicto social: El lugar de la Justicia. En: Encrucijadas, no. 27. Universidad de Buenos Aires. Disponible en el Repositorio Digital Institucional de la Universidad de Buenos Aires: <<http://repositorioubi.sisbi.uba.ar>>

3 Corte CIDH Pueblo Saramaka vs. Surinam <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>

ellas se hace peligrar su subsistencia y sobrevivencia.

De esto, precisamente, versa el tema del proceso del lote 116. Es mi perspectiva en primera instancia sobre el tema; y quisiera escuchar a la doctora.

Janinne Delgado Silva (J. Delgado): Quiero aprovechar para saludarte, Lizbeth. Saludar también a Rocío, es un gusto compartir el panel. Respecto a la pregunta, yendo al caso concreto de las actividades de hidrocarburos. La pregunta comienza con: ¿cómo entender el bienestar general en el desarrollo de las actividades de hidrocarburos? Entonces es importante contextualizar, aterrizar este debate a las actividades de hidrocarburos. En este marco, yo creo que es importante precisar que el sector hidrocarburos representa el 3% del PBI y, además, en los últimos doce años, el valor agregado acumulado de esta actividad es de más de cincuenta y ocho mil millones de dólares. Asimismo, nosotros, como sector hidrocarburos –porque estoy en la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía–, en los últimos veinte años hemos generado cien mil millones de soles ¿entre qué? entre pago de regalías y pago de impuestos. Y esto, finalmente, ¿en qué se traduce? En poder subvencionar el 20% del Gobierno Central; en poder representar el 35% del presupuesto de los Gobiernos Regionales de las zonas productoras; y, además, en que cada quince mil dólares invertidos en la actividad generan un puesto de trabajo; por cada puesto de trabajo, se generan dos puestos de trabajo indirectos. Y entonces, considerando que la inversión en los últimos años ha sido de dieciocho mil millones de dólares, cuántos trabajos directos e indirectos se han podido generar; sin perjuicio de todo lo que ha traído Camisea y la masificación para el país. Camisea ha representado que el 40% de la matriz energética, de la generación de electricidad, se sustente en gas natural, más de siete millones de personas ya puedan tener gas natural en sus domicilios. Además, más de doscientos mil vehículos se han convertido a gas natural vehicular; en adición, obviamente, de toda la política de masificación que tiene el Estado.

Con esto no quiero decir que el hecho de que haya un beneficio económico deba soslayar la protección del bien común y de los derechos de los pueblos indígenas. Por el contrario, esto es un derecho constitucional, y eso está por encima de todo. En la pirámide de Kelsen, claramente, sabemos que el Convenio 169, al otorgarle a los pueblos indígenas el derecho a la consulta previa, este es entonces, un derecho de rango constitucional, que está en la cúspide de la pirámide.

Dicho esto, es importante que el bienestar general no riña con el bien común. ¿Y por qué riñe con el bien común? Riñe, precisamente, porque, a pesar de los recursos que ha generado la industria, éstos no han llegado donde tenían que llegar; no han llegado, precisamente, a cerrar brechas sociales. Es inaceptable que las carencias y las brechas sociales en agua y saneamiento en la selva norte, por ejemplo, en la región de Loreto, sea entre el 70% y el 80%. Eso es inaceptable. Y eso es parte también de derechos básicos que tienen que ser cautelados y, por tanto, tiene que apuntarse a una mejor ejecución del gasto público. Tampoco es por un tema de que no llegue a la zona, hay un tema de ineficiencia y de corrupción. Si no logramos revertir eso, nunca vamos a cerrar las brechas sociales.

Además, es importante el tema de que los pueblos indígenas tengan cautelado el derecho de la consulta previa, porque debemos recordar que la idea del Convenio 169 es dar una protección adicional a los pueblos indígenas, por la situación de vulnerabilidad en que se encuentran. Nosotros, cualquier ciudadano como nosotros, tiene derecho a la participación ciudadana, y ese es un derecho reconocido en la Constitución. Pero,

adicionalmente, los pueblos indígenas tienen este resguardo adicional, precisamente por su condición de vulnerabilidad, que cuando el Estado piense emitir medidas administrativas o legislativas que pueden afectar sus derechos colectivos, porque van a ser realizados donde efectivamente ellos viven, habitan o realizan sus actividades, tiene que consultárseles. Entonces, el bien común pasa también por conciliar los beneficios que puede traer la industria con la protección de los derechos de los pueblos indígenas. No solamente el derecho a la consulta previa, sino también, los otros derechos básicos que, como cualquier ciudadano, tienen.

Moderadora: Muchas gracias, Janinne; muchas gracias, Rocío. Creo que ambas, en realidad, reconocen justamente la importancia del derecho a la consulta previa como un derecho fundamental, y al Convenio 169 como parte de este bloque de constitucionalidad. Entonces, creo que ambas reconocen que es así por la situación de vulnerabilidad que tienen los pueblos indígenas. Es interesante que pongan en la mesa esta conciliación que debe haber de intereses entre la actividad y el desarrollo de los pueblos. Dicho esto, hay una pregunta que surge también: Si no debemos diferenciar qué es el bien común o si es más importante que el bien del pueblo indígena o el bienestar general, entonces, **¿qué sería para ustedes lo que gatilla, las controversias o los conflictos en el desarrollo de las actividades de hidrocarburos, y el argumento de la consulta previa en el desarrollo de estas actividades? Si no parece haber una diferencia entre los dos, no es que uno sea más importante que el otro, ¿qué causa el surgimiento de controversias o conflictos en el desarrollo de la actividad de hidrocarburos?**

R. Meza: En principio yo creo que, siendo sinceros, lo que gatilla básicamente estos conflictos es la deuda histórica por parte del Estado frente a los pueblos indígenas: el abandono, el centralismo, la discriminación, la injusticia ambiental, la corrupción y también el seguimiento de una política que parece dar prioridad al sector empresarial. No es noticia nueva. Es claro y evidente, la pandemia ha sido un claro ejemplo de esto. Este abandono es la primera razón de estos conflictos. Cuando hay, digamos, desequilibrio, desigualdad de tal naturaleza, una brecha tan grande, no hay manera de evitar que estallen conflictos con facilidad por el descontento. Pero esa no es la única razón. También es una razón, desde el punto de vista jurídico, que sus derechos no hayan sido tomados en cuenta en muchos años, y cuando empiezan a tomarse en cuenta, se hace de manera inadecuada, no conforme a estándares internacionales, por ejemplo, en el tema de la consulta. Si bien hoy tenemos una ley, queda claro que no está al nivel de los estándares que propone, por ejemplo, el Convenio 169 de la OIT.

Otro tema es que el Estado analiza apropiadamente las implicancias de ciertos permisos que otorga para las actividades extractivas. Yo no estoy en contra de las actividades extractivas. Son muy importantes para la economía nacional; eso está clarísimo. Pero, ¿por qué no cumplir con las normas internacionales, normas a las cuales el Estado se ha obligado? ¿Por qué tanto rechazo a una consulta, por ejemplo, si podría proporcionar tranquilidad, avance? Esa es una de las razones también. Es como una burla: No había derechos; ahora sí hay, pero resulta que no se van a ejercer como deberían ser ejercidos.

Debería ser posible esa convivencia. Si no es posible la convivencia entre empresas y seres humanos, si los derechos esenciales para la subsistencia de un grupo humano y los fines de una empresa son irreconciliables, hay algo en las empresas o en el Estado que no está funcionando correctamente.

Yo creo que esas, en resumen, son las razones más importantes por las cuales surgen conflictos. Claro, si es que ellos no son escuchados, si es que hay un mecanismo deficiente en recoger sus opiniones, si es que ellos saben –porque saben que tienen derechos y de qué manera lo pueden ejercer–, surge ese descontento también. Podríamos extendernos, pero creo que esos son las razones fundamentales.

J. Delgado: Coincido con Rocío en que, en términos generales, las protestas se encuentran vinculadas a las brechas sociales existentes en las zonas de influencia de los proyectos. La falta de atención de la pandemia ha sido otra de las causas importantes. La verdad es que, el hecho de tener tantas brechas, como no tener agua ni desagüe, y pedirles que tomen las medidas de higiene para el aislamiento social es pedirles cosas que no se pueden cumplir en esas zonas. También está, el tema de los reclamos por algunas afectaciones ambientales de actividades anteriores las cuales han gatillado conflictos, así como algunos aspectos de compensaciones sociales muy puntuales. Pero, coincido con Rocío en que la poca presencia o ausencia total del Estado en estas zonas es lo que ha hecho que los conflictos sean abordados cuando ya estallaron.

Si hubiera una presencia del Estado permanente, de forma oportuna, se hubieran podido atender y abordar las quejas de las poblaciones, sin que hubieran detonado en conflictos o violencia. Creo que es fundamental trabajar la institucionalidad descentralizada del Estado para que le permita conocer oportunamente los requerimientos de la población y atenderlos, así como no dejar espacios para que otros agentes con agendas particulares -que se ha dado en algunos casos puntuales- puedan azuzar y generar actos violentos. No digo que sea la generalidad, pero sí ha habido algunos casos puntuales.

Nuestro marco normativo de consulta previa, nuestra Ley y nuestro Reglamento, -sí quisiera resaltar- es uno de los marcos normativos más completos de la región. Yo soy consultora de la Organización Internacional del Trabajo y he podido revisar los marcos normativos de Latinoamérica y la verdad es que nosotros somos líderes. Eso no quiere decir que, a pesar de ser líderes en la regulación de la consulta previa, no haya temas que mejorar. Claro que hay temas que mejorar, y me gustaría abordarlos al final de la exposición; pero la consulta previa, por lo menos en el sector hidrocarburos, que además es el primer sector en que se empieza a aplicar la consulta previa, sí se ha ido dando con bastante eficiencia. Es más, todos los procesos de consulta previa que se han implementado han terminado en acuerdos. No es que se haya tomado una decisión del Estado en contra de las poblaciones. Eso no ha sucedido en el sector hidrocarburos. Es más: se han realizado hasta veinticuatro consultas previas, incluso de lotes que todavía no se adjudican -por temas externos a lo que nos importa en esta conversación-. Entonces, se han hecho varios procesos de consulta previa y yo he sido parte de varios de ellos como gerente legal de Perúpetro. Por ello, puedo decir que el Ministerio de Cultura, a través de la viceministra y la Directora General de la Dirección General de Ciudadanía Intercultural, junto con Defensoría del Pueblo, nos han acompañado en casi todos los procesos de consulta previa que hemos realizado. Entonces, en el caso del sector hidrocarburos, yo sí debo destacar que han sido procesos que han resguardado mucho el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa.

Moderadora: Muchas gracias Janinne; muchas gracias Rocío. Desde esta perspectiva, y desde lo que proponen, en realidad, ¿es posible la convivencia entre la actividad de hidrocarburos y el desarrollo de las comunidades nativas, considerando el sistema de regulación actual?, y de ser el caso que no sea así, ¿cómo podría la regulación promover esa armonía? Creo que eso se relaciona mucho, en el caso de Rocío, con

lo que ella mencionaba de la falta de cumplimiento de ciertos estándares para el desarrollo de la consulta, y también lo que Janinne mencionaba respecto al sistema, en la estructura jurídica, que podría mejorarse. Entonces, justamente la pregunta aborda esta preocupación.

¿Es posible la actividad de hidrocarburos y el desarrollo de las comunidades nativas? Ambas han señalado que es posible; pero, considerando el sistema de regulación actual, **¿existe alguna manera de promover esta armonía, de mejorar esta situación, de evitar gestionar los conflictos en crisis, o evitar, justamente, ingresar al conflicto cuando éste ya ha trascendido?, o, de repente ¿hay una manera en la cual el sistema también empiece a tener un enfoque de prevención del conflicto?** Me gustaría escuchar, si es que así lo creen, cómo es que podríamos hacer que la regulación promueva esta armonía entre la convivencia de la actividad de hidrocarburos y el desarrollo de las comunidades nativas.

R. Meza: Cómo compatibilizar ambos lados. Creo que lo primero sería cumplir con las consultas previas pendientes; me parece excelente que lleven a cabo consultas, de verdad, lo felicito; sin embargo, ha habido procesos que no han sido consultados, a pesar de que se debió haberse dado el procedimiento. Además, hay otros temas no necesariamente relacionados a la consulta. Lotes petroleros en pueblos indígenas en aislamiento. Ahí ha habido también problemas. Estoy hablando en general; no estoy hablando de una empresa en específico. O, por ejemplo, el tema del lote 192. Ese conflicto lleva años, después de casi cincuenta años de explotación, no hay manera de que esto pareciera progresar a un punto. Yo estuve hace siete años trabajando en un tema respecto del lote 192, y ya se iba a consultar, y siete años después siguen con ese tema pendiente. Claro, ellos quieren el inicio de una solución que nunca llega; o sea, allí hay un problema muy grande, pero son años de graves problemas ambientales de estas comunidades afectadas, y de lucha de sus líderes. Entonces, hay muchas veces -podríamos decir- una falta de sensibilidad del Estado.

Creo que sí es posible la convivencia. Pero no con noticias como: entre los años 2000 y 2019 los lotes petroleros de la Amazonía y el Oleoducto Norperuano han sido fuente de 474 derrames, dejando serios impactos ambientales que se suman a los más de 2 mil sitios impactados y contaminados identificados en territorio de la Amazonía Norte; o, los lotes hidrocarbúricos han afectado el territorio de 41 de los 65 pueblos indígenas del país a lo largo de historia. En estos territorios, en los últimos cinco años se han registrado más de cien derrames provenientes las actividades extractivas petroleras.⁴

He estado en unas negociaciones, incluso en reuniones, por ejemplo, en el caso del derrame de Mayuriaga. (Petroperú). El Estado llega tres horas después de iniciada la reunión, en helicóptero. Yo sé que todos estamos muy ocupados; pero hay detalles de esa naturaleza. Yo no estoy juzgando a nadie, pero hay detalles que uno se pregunta, ¿por qué esas diferencias de trato?

Volviendo a la pregunta, que se respete los derechos básicos de la persona humana. Eso va a ayudar mucho a que el tema de aversión respecto a las actividades petroleras vaya disminuyendo. Aún hay problemas, aunque se han implementado ciertas reivindicaciones

4 La sombra del petróleo. Informe de los derrames petroleros en la Amazonía peruana entre el 2000 y el 2019. Aymara León y Mario Zúñiga. Febrero 2020. Oxfam y Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.

de las comunidades afectadas; yo sé que es difícil, en el tema intercultural es complicado; pero empezamos por ahí. Por ejemplo, una empresa como Petroperú, y eso que es estatal, es muy insensible, y arrasa, arrasa simplemente con sus fundamentaciones técnicas, y es como si estuvieran tratando con piedras y no con personas. Eso, por un lado.

Por otro lado, también ayudaría un diálogo al mismo nivel; ha habido diálogo, sí; pero siento que aún no se llega a tener un diálogo al mismo nivel. O sea, ver al otro como un igual, para tener un diálogo correcto. Básicamente, esos son los dos temas importantes que yo creo necesarios para lograr una compatibilización, o la ponderación de los jueces, cuando tienen que resolver una cuestión judicial. Eso es una buena medida, me parece, judicialmente aplicada. Una ponderación es buscar un punto medio, sin necesidad de vulnerar derechos; pero buscar una salida, una tercera vía. Eso me parece algo interesante también.

Moderadora: Muchas gracias, Rocío. En la misma línea, Janinne, **¿cómo podríamos mejorar el sistema? En el sistema que tenemos de consulta previa, donde es el Estado el que tiene la obligación de consultar, y la relación es con el pueblo indígena. ¿Cuál podría ser el rol del sistema jurídico en sí mismo, de la estructura, para poder armonizar un poco más el desarrollo de las actividades de hidrocarburos y los pueblos indígenas?** El rol de la empresa es un rol aparte, eso es algo también bien interesante del sistema peruano; porque entiendo que hay otras regulaciones donde no necesariamente las empresas tienen este rol. **¿Cómo podríamos mejorar el sistema que tenemos, en búsqueda de una mayor armonía entre las actividades de hidrocarburos y el desarrollo de las comunidades?**

J. Delgado: Muchas gracias por la pregunta. Primero, quería partir viendo qué dice el Convenio 169. El Convenio establece claramente que quien tiene a cargo la consulta previa es el Estado. Es más, en el sector hidrocarburos, estamos viendo las actividades de upstream, de exploración y explotación, cuando se hace consulta previa, ni siquiera hay empresa. Entonces, no se ha adjudicado el lote aún, o todavía no se ha firmado el contrato. La empresa acá no juega acá ningún rol: Es Estado-comunidades. Por tanto, sí entiendo lo que dice Rocío de otro tipo de situaciones que ha podido generar intervención de empresas, y la sensibilidad que debe haber hacia las comunidades, pero en el tema de consulta previa, quienes han realizado consulta previa en el sector hidrocarburos es Perúpetro y el Ministerio de Energía y Minas. Nadie más.

Entonces, para este diálogo se ha trabajado mucho. No solamente con capacitar a los funcionarios que van, sino, con la contratación de un facilitador, para que, cuando los funcionarios expongan, el facilitador pueda transmitir de una manera más didáctica lo que está diciendo. Incluso se dibuja en pizarras lo que quiere decir el funcionario; el funcionario es capacitado para decir las cosas en sencillo.

Entonces, se lleva muchos gráficos, se escribe mucho en las pizarras y en papelógrafos, no solamente para que comprendan la envergadura del proyecto; sino también se les motiva para que ellos soliciten, en el marco del diálogo intercultural, qué es lo que desean como medidas para que no se genere tanto impacto a sus derechos colectivos. Y aquí voy al tema del mejoramiento que debe haber. Normalmente, cuando se va a hacer consulta previa, uno llega a territorios donde no hay presencia del Estado; donde las comunidades saben que es su única oportunidad para poner toda su plataforma de demandas, incluso demandas que no tienen ninguna relación con el proyecto. Entenderás

que piden desde carreteras, agua, saneamiento, colegios; o sea, cosas que no guardan relación. La consulta previa no es para eso. La consulta previa es un diálogo intercultural en la cual se le comunica a la comunidad qué proyecto se va a hacer, y ver medidas por parte del Estado para mitigar la afectación a los derechos colectivos de ese proyecto. Sin embargo, las brechas sociales que tienen las comunidades es realmente un clamor que debe ser atendido; por eso es importante que el Estado establezca mecanismos paralelos a la mesa de consulta previa, que pueden ser mesas de desarrollo, mesas de diálogo, para atender todas estas demandas sociales totalmente justas y válidas.

Precisamente, en la selva norte, muchas de las consultas previas, como la del Lote 192, se vieron entrampadas al inicio porque había una serie de demandas de las cuatro cuencas que no tenían ninguna relación con el proceso de consulta previa, que sí debían ser atendidas, pero, lamentablemente, el Estado no atendía. Entonces se dio, efectivamente como dice Rocío, hace como seis, siete años, una consulta previa, y esa consulta previa concluyó. Es más: Se dio la consulta previa y se otorgó un contrato de servicios, en principio iba a ser un contrato de licencia por treinta años para exploración y explotación de hidrocarburos; pero finalmente no se presentó ningún contratista, tuvieron que hacer un contrato de emergencia para no dejar el lote sin contratista, y se le adjudicó a una empresa un contrato de servicios por dos años. Por tanto, ahora que van a darle el lote, por ley, a Petroperú –porque el Congreso dio una ley especial para este tema del lote- no correspondía hacer la consulta previa. Pero las comunidades han hecho tanta presión que el Estado, al final, ha aceptado hacer otra consulta previa, a pesar que ya había hecho una hace siete años, y no correspondía porque la medida administrativa es la misma, y la afectación a los derechos colectivos, el mismo. Están aprovechando para tener una plataforma donde se atiendan sus demandas sociales. ¿Notas cómo se mezcla todo?, y cómo es importante empezar a dividir el tema de lo que se tiene que discutir en la mesa de consulta previa, que son las afectaciones a los derechos colectivos, de todo lo que son atención de brechas sociales, que son reclamos válidos que deben ser atendidos, pero en mesas paralelas; en mesas de diálogo, en mesas de desarrollo. Se termina desnaturalizando la consulta previa por pedidos que no tienen ninguna vinculación con el desarrollo del proyecto.

Entonces, creo que es importante atender esto, porque si no, se va a empezar a desnaturalizar la consulta previa, como ha pasado en otros países. Por ejemplo, en Colombia, se termina también atendiendo una serie de pedidos que no guardan ninguna relación con el proyecto, y la OIT ha hecho observaciones al respecto.

Entonces, ¿Es posible generar un proyecto de hidrocarburos en el marco de no generar afectaciones a los derechos colectivos, y tener armonía? Claro que sí. Y uno de los grandes proyectos emblemáticos que tenemos es Camisea⁵. Camisea es un proyecto que tiene más de veinte años, y en toda su trayectoria, no ha tenido ningún conflicto social ni

5 El proyecto Camisea está localizado en el distrito de Echarate, Provincia de la Convención, departamento de Cuzco. Tiene yacimientos con gas natural húmedo, que permite extraer además del gas natural, líquidos de gas natural, lo cual ha permitido que el Perú incremente sustancialmente sus niveles de producción de hidrocarburos líquidos tales como el gas licuado de petróleo, las gasolinas y los residuales. Este proyecto contempló la suscripción del Contrato de Licencia para la explotación del Lote 88; el Contrato de Concesión de Transporte de Gas Natural por ductos de Camisea al City Gate; el Contrato de Concesión de Transporte de Líquidos de Gas Natural por ductos de Camisea a la Costa; y, el Contrato de Concesión de la Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en Lima y Callao.

ambiental. Y ¿qué pasó en el proyecto Camisea? El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) intervino y los organismos internacionales para poder financiarlos pusieron una serie de condiciones. Entonces el proyecto Camisea realmente es un proyecto líder y creo que de aquí podríamos sacar muchas enseñanzas. Por ejemplo, se creó un grupo técnico de coordinación institucional, para ver la mejor forma de hacer supervisión y fiscalización ambiental al proyecto. Esto fue súper importante porque se vieron todos los problemas ambientales y sociales, como, por ejemplo, ver desarrollos sostenibles en el área de influencia del proyecto Camisea, se fortalecieron los ejes de protección de los pueblos indígenas, participación ciudadana y acceso a la justicia. Es decir, se generaron una serie de medidas para la inclusión social y para la generación del clima de equidad y de respeto por las diferencias, así como la creación de nuevas oportunidades para estos actores sociales.

¿Qué más se hizo? Se realizó el proceso de consulta a pesar de que no existía la Ley de consulta previa. Se realizó un proceso de consulta con la población local, y se tuvo en consideración una serie de inquietudes respecto del proyecto. También se desarrollaron procesos participativos a lo largo de todo el ciclo de vida del proyecto, no es solo al inicio.

Actualmente, hay una serie de procesos participativos con la población y los pueblos indígenas y es importante destacar el hecho de que el desarrollo del proyecto se ha dado con una serie de impactos significativos en la biodiversidad, sin que se implique ninguna migración de las especies. Entonces, se ha tenido mucho cuidado con este proyecto porque, realmente, el BID estuvo atrás.

En resumen, es posible la convivencia entre la actividad económica y las comunidades, siempre y cuando tengamos un marco jurídico de temas ambientales y técnicos como el que actualmente hay en el sector hidrocarburos. Es realmente bastante exigente el marco actual; es diferente al que había hace cincuenta años. Sin embargo, no se debe dejar de generar espacios de diálogo y coordinación entre las entidades del Estado encargadas de la regulación y supervisión, porque suelen trabajar divorciadamente las entidades del Estado. Deberían articular más para poder tener una fiscalización y supervisión más eficiente en temas sociales y ambientales.

También se debería promover los procesos consultivos, tanto al inicio como durante todo el proyecto. No estoy hablando de consulta previa, sino, de procesos participativos donde la población intervenga, y para eso, el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos establece muchos mecanismos.

Y, finalmente, es fundamental que el Estado, obviamente, tenga presencia en estas zonas, y pueda trabajar el tema de brechas sociales.

Moderadora: Muchas gracias Janinne, muchas gracias Rocío. En realidad, creo que ambas propuestas se terminan complementando. Janinne desde el desarrollo de los distintos proyectos en los que ha participado a través de Perúpetro y Rocío también en los casos que ha podido participar de los lotes.

Para culminar este bloque, como sabemos –y ya lo hemos ido desarrollando en realidad–, otro de los factores que es importante tomar en consideración al momento de la ponderación y al momento de hablar de consulta previa, es el concepto de Desarrollo Sostenible, sobre todo, de la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional ha presentado sobre el Desarrollo Sostenible como un criterio o principio que respalda la aplicación de

la consulta previa en el desarrollo de proyectos de inversión. Se que, en realidad, este concepto ha tenido un mayor desarrollo después de su creación con Río 92, pero sería importante que, desde su experiencia, también que puedan contarnos un poco más sobre cómo entender el concepto de desarrollo sostenible en esta discusión, y cómo también lo hemos ido incorporando en estos procesos en los cuales han ido participando ambas.

¿Cómo el desarrollo sostenible termina siendo un principio que respalda la aplicación de la consulta previa, justamente, en la aplicación al desarrollo de proyectos de inversión?

R. Meza: Creo que todos estaremos de acuerdo con esto: el Desarrollo Sostenible es un concepto que ya viene desde el siglo pasado, desde los setentas, y en realidad, a estas alturas del partido –como se dice coloquialmente– pretender que una actividad no sea sostenible no es posible. A partir de él, entendemos que un desarrollo solo será sostenible si están debidamente equilibrados los aspectos económico, social y ambiental⁶. Asimismo, este principio se encuentra reconocido en nuestra legislación y debe formar parte de todos los planes y actividades del Estado Peruano.

Dicho ello, no veo cómo sustentar de ninguna manera que se lleven a cabo actividades no sostenibles; sin embargo, se llevan a cabo. Es verdad: falta de tecnología, falta de interés, no lo sé; falta de desarrollo de otras opciones tecnológicas. Desde mi punto de vista, el Desarrollo Sostenible no puede ser una barrera para nadie, por el contrario, debe ser algo que apoye a la realización de las actividades humanas. Sin ese Desarrollo Sostenible, el planeta lo va a pasar mucho peor de lo que lo está pasando ahora.

Sabemos que, en muchos casos, está comprobado que son los pueblos indígenas, quienes han manejado el bosque desde tiempos ancestrales, y de alguna manera, lo han venido protegiendo. Ahora, por supuesto, ya hay una serie de casos que están apareciendo que contradicen lo que estoy diciendo, lamentablemente. Por ejemplo, en la Amazonía, hay indígenas que están involucrados de forma ilegal en la extracción de oro. Pero también -y lo digo por casos que he visto directamente- es porque no tienen ninguna opción. Normalmente, podrían proteger sus territorios, pero hay desnutrición a niveles alarmantes, falta de oportunidades de educación, de trabajo, postas médicas que no tienen ni alcohol o algodón, o sea, estamos ante un abandono tan grande, una indiferencia tan grande, y volvemos al mismo tema, no sabría cómo justificar esa diferencia.

Aquí juegan un rol esencial los pueblos indígenas, cuando ellos quieren proteger su territorio no se trata de un capricho, es porque ellos lo conocen muy bien. Tenemos mucho que aprender de ellos también. Si uno pasa tiempo en comunidades, sobre todo, las que todavía no están tan en contacto con las sociedades occidentalizadas, que son cada vez menos, veremos cómo conviven con la naturaleza.

Por lo tanto, este concepto de desarrollo sostenible, tiene que ser un norte para todos: para empresas; para pueblos indígenas; para el Estado; para el ciudadano. El tema es cómo se implementa este principio de Desarrollo Sostenible, en eso radica la dificultad. Porque todos los elementos del medio ambiente están tan interconectados que, si

6 Gómez, Carlos. (2017) El Desarrollo Sostenible: conceptos básicos, alcance y criterios para su evaluación
<<http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/FIELD/Havana/pdf/Cap3.pdf>>

afectamos uno, los demás se afectan también. Es una cadena. Como la bola de nieve que va haciendo caer todo lo que va a su paso. Es un tema muy delicado, pero debería ser una apuesta del Estado principalmente, que es quien está obligado a velar por el bienestar de los ciudadanos.

Creo que en ese aspecto aún nos falta mucho. Aún el Estado es incapaz, no tiene los recursos económicos y humanos, o la intención de controlar los impactos que puedan ocurrir, o de controlarlos de manera efectiva. Mucho menos de resarcirlos.

Entonces, creo que este tema que suena tan general debemos aterrizarlo de la manera más rápida posible.

Moderadora: Muchas gracias Rocío. En realidad, el concepto de desarrollo sostenible, que creo que ya es un enfoque transversal en todas las actividades. Aun así, vale la pregunta de cómo entenderlo en el contexto actual. Janinne, puedes contarnos un poco de cómo se ha ido implementando para lograr la armonía con el desarrollo de los pueblos que están o que habitan el territorio donde se desarrollan estas actividades.

J. Delgado: Muchas gracias por la pregunta. Creo que es fundamental ver el tema del desarrollo sostenible. Si realmente no tenemos, por un lado, una regulación robusta que efectivamente les dé a los inversionistas estas obligaciones para que sus proyectos vayan en línea con el Desarrollo Sostenible, o sea, tener un marco fuerte, nunca vamos a llegar a la armonía. Hoy por hoy, por lo menos en la industria minero-energética, tenemos a OSINERGMIN y al OEFA totalmente fortalecidos, y vienen haciendo una supervisión y fiscalización bastante fuerte sobre todo a las actividades minero-energéticas; sin embargo, hay un vacío. ¿Cuál es el vacío? Las actividades no autorizadas: la informalidad, la ilegalidad. Todas estas son realmente las que generan mayor contaminación, las que se dan al margen de la ley: la tala ilegal, la minería ilegal. Son las que mayor daño ambiental generan.

La gran minería, la mediana minería y las actividades de hidrocarburos, están sobre-reguladas y sobre-supervisadas. Es más, se ha implementado una mesa ejecutiva con el Ministerio de Economía y Finanzas⁷ para ver cómo se simplifican algunos procedimientos de la cantidad de normativa que se tiene que cumplir. Pero esto, no obsta que hay una conciencia muy importante de atender cualquier proyecto en línea con el Desarrollo Sostenible. No solamente es que no se puede; es inaceptable que al día de hoy se desarrolle un proyecto sin el enfoque de Desarrollo Sostenible.

También quiero rescatar que, así como se habla de empresas con casos de contaminación, de no respeto de los pueblos indígenas -que podrían ser puntuales- hay que ver cuáles son estos casos. Por lo menos, las empresas agremiadas a la organización a la cual yo represento, SNMPE, todas ellas están alineadas con la Agenda 2030. No solamente cumplen el marco normativo y son supervisadas y fiscalizadas; sino además, sus proyectos de relacionamiento social los hacen en línea con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), y la Agenda 2030.

7 Mesa Ejecutiva del Sector Minero Energético para el Desarrollo Productivo del País. Resolución Ministerial N° 326-2018-EF/10
<<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/conforman-equipo-tecnico-de-trabajo-denominado-mesa-ejecuti-resolucion-ministerial-no-326-2018-ef10-1698243-1/>>

Es más, nosotros tenemos –y yo los invito a visitar la web– un espacio con todo el tema de comunidad. En ese portal “ComUnidad⁸”, se ha puesto a nivel nacional todos los proyectos de relacionamiento social alineados a los ODS que tienen las empresas minero-energéticas agremiadas a nosotros. Además, tenemos un código de Conducta que se suscribe. Este Código, claramente habla del respeto a los derechos humanos, a la diversidad, al marco normativo. Entonces, si se detecta que hay una empresa que no cumple con esto, simplemente se retira del gremio.

Nosotros sí apostamos porque todas las empresas desarrollen sus actividades dentro del marco normativo y, obviamente, en el marco normativo del Desarrollo Sostenible. Es inaceptable que se den actividades que puedan vulnerar derechos humanos o que afecten al ambiente.

Moderadora: Muchas gracias Janinne. Entonces, creo que ahí también llegamos a otro consenso respecto a cómo el Desarrollo Sostenible es un concepto transversal a toda actividad humana. No podríamos pensar en ninguna actividad económica sin tomar en cuenta el desarrollo sostenible.

Dada esta concordancia entre ambas expositoras, vamos a finalizar el primer bloque e iniciaremos con el segundo, que versa sobre la situación de los contratos de licencia de exploración y explotación de hidrocarburos que fueron suscritos durante la entrada en vigor del Convenio 169 de la OIT, febrero de 1995, y previo a la promulgación de la Ley 29785, que se dio en 2011.

En primer lugar, a modo de introducción, creo que es de coincidencia, que ya el Tribunal Constitucional ha zanjado desde cuándo es que resulta exigente la aplicación del Convenio 169 de la OIT en el Perú. Esto es, desde su entrada en vigencia, porque al tratarse de un Convenio que versa sobre Derechos Humanos forma parte del bloque de constitucionalidad y, en ese sentido, su vigencia data de 1995. Sin embargo, esta ratificación del Tribunal Constitucional nos lleva a preguntarnos cuál es, entonces, la situación de aquellos contratos que, durante el periodo de entrada en vigor hasta la emisión o promulgación de la Ley N° 29785. Para ello, tenemos una primera pregunta: ¿Cuál sería la situación de estos contratos, ante la ponderación de la seguridad jurídica que está establecida en el artículo 62° de la Constitución, y las obligaciones que establece el Convenio 169 respecto a la aplicación de la consulta previa?

R. Meza: Veamos qué dice el juez del proceso del Lote 116. En primera instancia, el juez declaró la nulidad de todo, pero, en segunda instancia no anuló, ponderó derechos, y llegó a la conclusión de que debía consultarse⁹. No se anularon los actos administrativos, pero el juez sí exigió que se obtuviera el consentimiento en el caso del Estudio de Impacto Ambiental (EIA). Entonces, lo que hace el juez, es tomar en cuenta el derecho de los pueblos indígenas, pero también, las inversiones realizadas. Dice “no vamos a anular los actos jurídicos, pero que se consulte”, porque el marco jurídico aplicable, como ya lo mencionó Lizbeth, lo exigía así desde 1995.

8 Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía. ComUnidad
<<https://com-unidad.pe/main/articulos>>

9 Corte Superior de Justicia de Lima. Segunda Sala Civil. Expediente N° 32365-2014-0-1801-JR-CI-04. Resolución N° 18; Lima 03 de marzo de 2018.

Ahora, habría que utilizar un poco la imaginación para ver de qué manera se puede hacer para llevar adelante esos procesos sin perjudicar a ninguna de las dos partes. Hallar un punto medio, un encuentro, sin desnaturalizar el derecho de la consulta previa.

Por algo está pidiendo el juez que se haga la consulta previa, porque ha considerado que no se han tomado en cuenta o no se ha realizado de la manera en que el Convenio 169 lo exige. Esa sería una buena salida. Tener en cuenta la seguridad jurídica para ambos lados. La seguridad jurídica no solamente es para la empresa; es para los ciudadanos. Ellos también se apoyan en un sistema jurídico que protege sus derechos esenciales, entonces, también es seguridad jurídica exigir que se aplique una figura como la consulta, cuando debió ser aplicada. Eso es lo que podríamos decir como primer punto.

Moderadora: Muchas gracias, Rocío. Janinne, la misma pregunta: **¿Cuál sería la situación de estos contratos que fueron suscritos, justamente, en este período, desde la ratificación hasta la promulgación de la Ley N° 29785, para ponderar la seguridad jurídica y otros derechos por parte de las empresas que han suscrito estos contratos, y las obligaciones que, para el Estado peruano, establece el Convenio 169?**

J. Delgado: Sobre este tema, creo que es importante recordar que los contratos de licencia de exploración y explotación de hidrocarburos, específicamente, son contratos ley; así se han establecido. Por tanto, tienen esta doble protección: no solamente son contratos del Estado con las empresas, sino, contratos ley lo cual les da cierta estabilidad.

El artículo 62º de la Constitución establece que el contrato es un acuerdo de partes, lo que implica que no puede ser modificado unilateralmente por el Estado. Por tanto, debe ser respetada la seguridad jurídica en los contratos de licencia de exploración y explotación de hidrocarburos que han firmado las empresas con el Estado, más aun, considerando que la obligación de realizar la consulta previa es del Estado. Quien incumplió esa obligación fue el Estado, no la empresa.

Hay una sentencia del Tribunal Constitucional, precisamente, que habla de la ponderación de la seguridad jurídica y la buena fe de los inversionistas, con el derecho a ser consultado de los pueblos indígenas; cosa que, obviamente, el fallo del Lote 116, en primera instancia, termina desnaturalizando totalmente; porque este fallo lo que hace es, primero, desconocer y declarar la nulidad del contrato y del EIA, y después decir: "No, son válidos; pero consulten. Y además la consulta va a ser vinculante"¹⁰.

Entonces, acá tenemos dos temas: El primero, que la consulta es vinculante, el Convenio 169 lo establece. El segundo, que el EIA no es una medida consultable. La que es una medida administrativa consultable en el upstream, es el contrato de exploración y explotación. Entonces, hay un desconocimiento de quien falló en el caso del Lote 116. Por eso, no creo que sea un fallo a seguir, porque es un fallo bastante controversial, y sí, creo que se tienen que respetar estos derechos, los derechos de los pueblos indígenas, pero ponderando la seguridad jurídica de los contratos, que son contratos válidamente emitidos por el Estado.

De no respetarse estos contratos, los contratistas, con todo derecho, vía argumento

10 Juzgado Constitucional 4º de Lima. Expediente N° 32365-2014. Resolución N° 13; Lima, 28 marzo 2017.

de una expropiación indirecta, podrían llevarnos a los tribunales arbitrales, como ha ocurrido en otros países. Debemos recordar que el Estado peruano ha suscrito contratos bilaterales con todos los países inversionistas. Entonces, pueden fácilmente llevarnos al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). He participado en controversias en el CIADI. Como funcionaria pública y es bien complejo; fallos como el del Lote 116 nos pone en bastante fragilidad. Sin embargo, si hoy el Estado da soluciones más creativas para poder solucionar estos trece lotes que se encuentran en lo que hemos denominado el período gris, entre 1995 y 2011, podríamos darle una solución.

Moderadora: Listo; muchas gracias Janinne. **¿Cómo podríamos hacer ahora, en el escenario actual, para poder conciliar los intereses que existen entre ejecución de los contratos ley de los proyectos suscritos por el Estado peruano, y la obligación de la consulta previa, ante las cuales no existía una regulación interna para su aplicación?**

J. Delgado: Como bien dices, no se ha aprobado ningún procedimiento específico para abordar la situación de los contratos que están en este período entre 1995 y el 2011; sin embargo, lo que sí se ha logrado es que el Ministerio de Cultura emita lineamientos para que el Ministerio de Energía y Minas evalúe los casos, a fin de determinar si en la documentación de los expedientes que se han generado, no solamente para emitir los contratos de exploración y explotación, sino para emitir cualquier otra autorización –incluso los estudios ambientales–, existen pruebas que acrediten que se realizaron procesos consultivos acorde con el Convenio 169. Acá tenemos que recordar que, en ese momento, no estaba vigente ni la Ley ni el Reglamento de la consulta previa. Entonces, ni lo dispuesto en la Ley ni en el Reglamento serían aplicables; pero sí el Convenio.

Entonces, en tanto pueda acreditar eso, van a poder emitir los informes que digan que, efectivamente, se cumplió con el objetivo del Convenio 169. Son trece lotes los que están en esta situación, y entiendo que, de los trece lotes, el Ministerio de Energía y Minas ha determinado que los doce sí han cumplido con acreditar los procesos consultivos, y esto actualmente está siendo validado por el Ministerio de Cultura y por Perúpetro. Ello, porque no es un tema solamente de competencia del Ministerio de Energía y Minas. Se tiene que contar con la validación del Ministerio de Cultura, para ver si se siguieron los lineamientos dispuestos y, además, de Perúpetro como la entidad promotora de la inversión y supervisora de los contratos. Entonces, actualmente se está en el proceso de validación y creo que esta es una buena salida que ha conseguido el Estado, pero que ha demorado varios años en poder articularlo.

Moderadora: Muchas gracias. Sí, esa es una salida interesante. Justamente, respecto a lo que comentábamos anteriormente, lo que viene pasando en los últimos años –y creo que ese es un ejemplo también del lote 116– es que, ante la determinación de las instituciones que serían las entidades promotoras de cuáles serían las medidas administrativas que deberían pasar por el proceso de consulta, es decir, al Ministerio de Energía y Minas y al Ministerio de Cultura, se vienen dando procesos judiciales, sobre todo de amparo, exigiendo el desarrollo de procesos de consulta previa al momento de dar la concesión, e incluso, respecto del EIA. Entonces, algo de lo que no se sabe mucho o no hay mayor información, es sobre las consecuencias de este tipo de pronunciamientos, para la parte derrotada jurisdiccionalmente que, en este caso, sería la empresa que tiene un contrato ley. Entonces, **¿Cuáles son las medidas que puede tomar una empresa ante este tipo de decisiones o de fallos judiciales?**

J. Delgado: Realmente, estas situaciones son bastantes límites. Se habló del caso del Lote 116. En él, la empresa en base a toda esta judicialización ha decidido retirarse del lote; ello no obsta a que, efectivamente, en el marco del CIADI, pueda imponer arbitrajes por una expropiación indirecta, porque eso es lo que ocurriría cuando se da una norma que, finalmente, termina afectando patrimonialmente las condiciones contractuales bajo las cuales se acordó el contrato. Se puede acudir a los centros arbitrales internacionales. Estos son los casos límites, que son los que se dan con menos frecuencia. Cuando vemos los casos que se han dado en el Perú pareciera que fueran muchos, pero comparados con otros países de la región, somos de los que menos procesos judiciales tenemos. Eso no obsta a que se tiene que mejorar el tema.

Hay muchos casos, fuera del sector hidrocarburos, en los que lo que se ha optado por hacer consultas previas de una manera bastante célere, para que los proyectos puedan continuar.

La idea es no quedarnos entrapados, y, por el contrario, poder permitir que el proyecto de inversión continúe; es decir, que el Estado cumpla con la obligación que no cumplió, que era la de consultar. Sin embargo, lamentablemente sí van a existir casos en los que terminemos en fueros internacionales, lo cuales afectan no solo a la empresa, sino también, nuestra imagen como país para las inversiones.

Moderadora: Muchas gracias. Ahora, pensando en qué propuestas resultan viables para cerrar esta área gris, una de las propuestas que se han dado es la de homologación de aquellos mecanismos de participación ciudadana, que se encontraban regulados en la legislación vigente a la fecha: en la Ley General del Ambiente, en Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales, etcétera. Entonces, **¿Estos pueden ser, de alguna manera, homologados respecto a la aplicación de la consulta previa? ¿Es viable esta propuesta?**

J. Delgado: Existe una sentencia del Tribunal Constitucional del 2010¹¹ que, efectivamente, se pronunció diciendo que la participación ciudadana no es consulta previa. Entonces, no se puede equiparar la participación ciudadana, que además es un derecho constitucional que tenemos todos los ciudadanos, con la consulta previa, que es un derecho especial para una población como son los pueblos indígenas. No podemos equiparar la participación ciudadana a la consulta previa; son derechos totalmente diferentes. Sí pueden estar vinculados, pero no son lo mismo, por tanto, los procesos participativos que se hayan dado en algún proyecto, no pueden ser equiparados a la consulta previa. Ese es un primer punto.

Sin embargo, si hay documentación obrante, como decía, en las licitaciones de los contratos, en las negociaciones de los contratos, o en el mismo trámite de los estudios ambientales, que puedan visibilizar que existió un proceso consultivo diferente a la participación ciudadana, que se realizó, entonces, se podría acreditar que se cumplió con los objetivos del Convenio 169. Es decir, se puede buscar información en los procesos de participación ciudadana realizados, para sustentar que el Estado realizó procesos consultivos que responden a la finalidad del Convenio 169, que es, que exista un dialogo intercultural para llegar a un acuerdo sobre la autorización a otorgarse para el inicio

11 Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N° 5427-2009-PC/TC. Lima, 30 de junio de 2010.

de una actividad o proyecto que pueda afectar los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Pero, en concreto, un proceso de participación ciudadana no se puede equiparar con un proceso de consulta previa.

R. Meza: Si bien son importantes los talleres, pues se da información a los pueblos indígenas; sin embargo, su realización no exonera al Estado de su obligación de consultar por diversas razones: porque la consulta es un proceso de diálogo, con diferentes etapas como lo señala el artículo 8º de la Ley de Consulta Previa, a diferencia de los talleres que son eventos aislados; porque tienen diferentes finalidades; porque la población no puede expresar su opinión, solo pueden preguntar; porque no son organizados por el Estado; porque no se brinda información suficiente e idónea para evaluar la actividad extractiva antes del taller; entre otros. En ese sentido, tratar de homologar talleres participativos por consulta previa revelaría mala fe y acarrea la nulidad de los pseudo procesos de consulta.

Según el propio Tribunal Constitucional, el principio de buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta. Entonces, al ser este principio un elemento de contenido constitucional protegido¹², su violación trae como consecuencia el vicio de cualquier presunto proceso de consulta. Asimismo, la Corte Suprema, en sentencia expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema¹³, ha declarado inconstitucionales las disposiciones de estas normas que pretendían hacer pasar talleres informativos por consulta previa.

Por ello, considero que todo acto no consultado es nulo en principio; sin embargo, en atención a la necesidad de proteger el bien jurídico constitucional "política energética", estimamos que es necesario hacer algunas precisiones pues este último es también digno de protección. Como lo he dicho, la explotación de los recursos naturales impulsada por el Estado es una actividad clave para el desarrollo del país, necesaria para solventar las políticas sociales, pero no a cualquier precio, no puede darse de cualquier manera, no pisando los derechos de los pueblos indígenas, ni transgrediendo las normas que regulan la protección del medio ambiente. Por ello, creo que no procede una homologación.

Moderadora: Sí; gracias, Janinne. Rocío, ¿Cómo podemos resolver o conciliar la ejecución de los contratos ley de los proyectos extractivos de hidrocarburos que se suscribieron en este periodo de 1995 a 2011?, ¿Cómo conciliar estos intereses o esta obligación del Estado de la ejecución del contrato, frente a la obligación de la consulta previa a la que nos obligamos desde 1995, pero ante los cuales, en ese momento, no existía regulación interna para su aplicación? ¿Cuáles podrían ser, o cómo podemos resolver estos vacíos?

R. Meza: Las posiciones extremas, o las que nos quieren hacer caer en la trampa del falso dilema "o consulta o política energética" no son la solución. Esta lógica errada plantea que la disyuntiva debe resolverse solo mediante el criterio consecuencialista, a través de las consecuencias: "la implementación de la consulta podría afectar negativamente la política energética del país". Y aunque las posibles consecuencias deben ser tomadas en

12 Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N° 00022-2009-PI/TC. Lima, 09 de junio de 2010.

13 Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema. Expediente N° 2232-2012. Lima, 23 de mayo de 2013.

cuenta, no puede ser el único criterio por el que el Estado debe tomar decisiones, sobre todo cuando están en juego derechos fundamentales. Hay que analizar, más bien, la importancia que se le da a las consecuencias de las decisiones que se tomen al evaluar la vulneración del derecho a la consulta.

Dicho ello, yo creo que se pueden revisar los procesos que se llevaron a cabo, y, si cumplen con ciertos requisitos mínimos y básicos –no he participado en ninguno de estos talleres, en lo que se refiere a hidrocarburos– pero, por qué no. Si es que, por ejemplo, se llega a la conclusión de que se entregó información suficiente e idónea, que los pueblos indígenas tuvieron el tiempo suficiente para estudiar sus propuestas, si pudieron expresar sus opiniones, si fue un diálogo, podría ser; sin embargo, hay que recordar que tienen distintas finalidades: los talleres informativos son solamente para dar información; y la consulta es algo diferente; es un diálogo para llegar a un acuerdo.

Lo justo sería, en realidad, hacer la consulta. Porque si no, ¿en qué quedaría la decisión judicial? No hablemos de los procesos que están judicializados. Hablemos de los que aún no están judicializados. Que se inicie un diálogo. Un diálogo con las comunidades, a ver qué opinan. Quizá ellos tienen alguna salida. Recordemos también que la consulta previa es eso, una consulta. Lo recomendable es que, realmente, se tomen en cuenta las opiniones y los conocimientos del pueblo indígena respecto a su territorio. Eso me parece una buena alternativa. Ver experiencias de otros países; quizás.

Yo creo que es importante el diálogo, y quien debe convocarlo es el Estado. Sé que ya hay acciones encaminadas a encontrar una manera. Pero yo creo que la base de cualquier tipo de propuesta tiene que ser el diálogo; escucharse mutuamente pues el Estado está muy desprestigiado en este punto. Y por parte de las empresas, depende. Cada empresa tiene su propia “fama”; buena, mala, intermedia. Eso también hay que tomarlo en cuenta. Pero sí, yo creo que un diálogo de buena fe puede ayudar a encontrar un mecanismo para que todos queden más o menos contentos.

En conclusión, considero que se debe consultar. Consultar las concesiones extractivas sin afectar la política energética. Cuando tenemos dos derechos o bienes jurídicos en conflicto, la metodología de la ponderación, que es la herramienta constitucional para solucionar este tipo de conflictos, exige como primera opción intentar armonizar y compatibilizar los derechos en juego. Solo si esto no es posible, recién en ese caso, debemos entrar a priorizar uno de ellos.

El Estado debería de proceder a consultar las principales concesiones mineras y petroleras que se encuentran en etapa de exploración o de explotación. En caso que el Estado se resista a consultar, se podría recurrir recién a fórmulas como la suspensión o la nulidad de las concesiones mineras o petroleras. En definitiva, hay alternativas, no hay excusa para no realizar los procesos de consulta.

Moderadora: Listo, muchas gracias Rocío. Otra pregunta que habíamos conversado con la doctora Janinne está relacionada a la judicialización para exigir la consulta previa en algunos proyectos que no han sido consultados. Usted comentaba lo del Lote 116, pero también hay algunas otras acciones de amparo para pedir la oportunidad de la consulta en otros momentos, por ejemplo. Entonces, **¿cuáles serían las consecuencias de este tipo de decisiones judiciales para la parte perdedora?, la parte que termina derrotada que, en este caso, serían las empresas que tienen un contrato de licitación**

R. Meza: Desde los años 90, que se reactivaron las actividades extractivas durante el régimen de Fujimori ¿cuántos conflictos ambientales por actividades extractivas ha habido? ¿Cuáles han sido las consecuencias? ¿Cuáles han sido las pérdidas, materiales, humanas, etcétera? ¿Cuánto se han retrasado los proyectos por marchas, protestas, huelgas, demandas? Hay que pensar en eso. Creo que vale la pena invertir un poco en un diálogo, en la implementación de una consulta. Lamentablemente, el Estado se equivocó, el Estado pensó que podía pasar por encima. Yo si fuera empresa, además de este diálogo, trataría de implementar también una consulta previa.

Si revisamos las consultas previas que se ha llevado a cabo, porque el mecanismo no es perfecto, digamos que, en la mayoría de los casos, los proyectos han salido adelante. Entonces, ¿no sería mejor evitar conflictos, pérdidas millonarias por retrasos en los proyectos, por descrédito en caso de haber heridos o muertos en protestas, por descrédito ante las poblaciones con las cuales van a tener que convivir? Además de todo ello, estamos hablando de derechos fundamentales. Si el Estado no puede encontrar el mejor mecanismo, entonces, tendremos que ser nosotros: las empresas, los pueblos indígenas. Consultemos. Yo sé que todos estamos en medio de una crisis; pero, económicamente, si comparamos, hay mayores posibilidades para que la empresa pueda generar ideas, mecanismos. No hay que esperar que el Estado lo haga todo, porque los resultados no siempre son los mejores. Si se tienen mejores ideas, a la obra, hay que proponerlas al Estado. Nunca un conflicto es una ganancia para nadie. Veamos el caso Yanacocha; yo sé que son cosas muy diferentes, otra actividad; otro tipo de población. Pero, la verdad es que, si uno dice "Yanacocha", la mayoría de los peruanos va a poner sus reparos: una empresa totalmente desacreditada, que ha tenido muchos problemas, demandas judiciales en el extranjero, en fin. Por eso digo, demos ese primer paso.

Moderadora: Muchas gracias, Rocío. Pues bien, en realidad, con eso hemos terminado el segundo bloque. Yo sé que, en el camino han quedado aspectos muy interesantes como el tema de la oportunidad, el saber cuántos procesos de consulta llegan a la etapa de diálogo, y cuántos de estos terminan en evaluación interna, por ejemplo. En torno a todos estos asuntos que quedan un poco pendientes, y que son interesantes para abordar, nos gustaría, creo yo, hacer algún tipo de reflexión en torno a qué herramientas o qué elementos existen, o qué elementos podrían ahora, colaborar a lograr esta conciliación de intereses, entre el desarrollo de la actividad y la consulta previa, porque en realidad, la consulta no es -y creo que ambas expositoras lo han explicado muy bien- una traba o una barrera, sino por el contrario, un espacio que debería ser utilizado, junto a otros mecanismos intersectoriales, para el diálogo.

Entonces, nos gustaría conocer cuál podría ser, para ustedes, algún aporte, alguna solución que nos permita, justamente, cerrar esta zona gris que existe entre los contratos que fueron suscritos y en los no se realizó la consulta.

Qué podríamos priorizar, qué roles tendrían los actores involucrados, y en general, a partir de esta pregunta, poder pasar a algunas reflexiones finales en torno a la temática de esta mesa, que ha sido la del desarrollo de la actividad extractiva de hidrocarburos, y la aplicación de la consulta previa.

Entonces, quizá, esta pregunta en realidad sea como un cierre, y nos lleve a reflexiones finales. **¿Cuáles serían estas reflexiones finales en torno de la temática de esta mesa de discusión?**

J. Delgado: Respecto a qué solución le damos a estos contratos que están en este período, creo que podríamos, primero, ver cómo le va a la propuesta que ha dado el Ministerio de Energía y Minas, que comenté previamente, sobre la emisión de informes de cumplimiento de consulta previa por parte de la Oficina General de Gestión Social (OGGS) del Ministerio de Energía y Minas con respecto a la evaluación de la documentación obrante en los expedientes de los contratos y aprobación de las diversas autorizaciones, incluyendo la de los instrumentos de gestión ambiental, con la finalidad de determinar si se realizaron o no los procesos consultivos. Si esta propuesta es respaldada por el Ministerio de Cultura y Perúpetro, tendríamos a todas las instituciones garantes del Estado alineadas.

Caso contrario, hay otra propuesta -que yo hace años la vengo escuchando de varias funcionarias del Ministerio de Cultura que incluso han llegado a ser ministras de Estado- la cual es: si no puede acreditarse que realmente hubo un diálogo intercultural, sí se podría realizar una consulta previa a la primera medida administrativa que solicite el inversionista. Por ejemplo, si estamos hablando de un lote en operación y necesita hacerse la modificación del EIA -porque se van a perforar otros pozos- entonces, que esa medida administrativa pase por consulta previa. Esa es una de las propuestas que también se ha dado desde el Ministerio de Cultura, pero que realmente no ha tenido la oportunidad de ser debatida.

Entonces, el hecho de poder acreditar que, antes de darse los contratos, efectivamente hubo un diálogo intercultural, creo que sería la opción óptima; de no ser así, está la alternativa que ha dado el Ministerio de Cultura que se tendría que debatir para ver si es viable. Si no lo es, entonces, realizar la consulta previa; pero la consulta previa siempre se realiza respecto de una medida administrativa, y si la medida administrativa ya se dio, respecto de qué se va a consultar. Entonces, hay temas en los que creo se necesita más ajuste para realizarlos.

Como mencioné, actualmente son trece contratos de licencia exploración y explotación de Hidrocarburos en esta situación, ya que fueron suscritos cuando el Convenio 169 estaba vigente y previo a la Ley de Consulta Previa. Es por ello que, considero que realizar procesos de consulta previa a contratos que ya están en curso, no responde al sentido de la consulta que debe ser previa a la dación de la medida administrativa. Esto generaría incertidumbre para los inversionistas vulnerando su derecho a la seguridad jurídica, más aun, considerando que se tratan de contratos ley.

Respecto de los aportes al tema que hemos discutido en esta mesa, estamos hablando de cómo la actividad de hidrocarburos puede compatibilizar con el respeto de los derechos que tienen los pueblos indígenas a la consulta previa. En ese marco, yo creo que es importante no perder de vista que, actualmente, la pandemia ha golpeado muy duro. No solamente al sector hidrocarburos; sino que, a nivel mundial se ha acelerado la transición energética. Entonces, si el sector hidrocarburos antes tenía un horizonte de ciento cincuenta años, hoy solo tiene un horizonte de cincuenta años, como máximo. Por ello, si los recursos hidrocarbúricos que tenemos en nuestras cuencas no los explotamos ya, se quedarán ahí y sería un recurso natural que nunca llegaría a monetizarse. Y esa monetización, que mencioné al inicio de mi intervención en este panel, se materializa en los beneficios de la industria -no voy a volver a repetirlos- pero entenderán que el 20% del presupuesto público, de los Gobiernos Regionales, de todo lo previamente mencionado ya no existiría, y tendríamos que ver cómo cubrimos ese déficit con otro tipo de ingresos. Entonces, creo que sí es importante tener esa perspectiva para ver que se

debe, como Estado, dar una viabilidad a los proyectos, respetando los derechos, como la consulta previa, que es un derecho constitucional.

Hace poco, la OIT realizó un reporte regional¹⁴ y, dentro del reporte, analizó el caso del Perú y las recomendaciones más relevantes en temas de consulta previa -que en una de las preguntas al inicio del panel que me formularon- ¿Cómo hacemos para mejorar el marco normativo? ¿Qué deberíamos mejorar en el marco normativo? Bueno, desde lo que se analizó, después de haber entrevistado a varios funcionarios públicos y entidades ligadas, se estableció que era importante, por ejemplo, que se vinculen las entidades del Estado. Se había visto que, efectivamente, no había una articulación adecuada entre el Ministerio de Energía y Minas, el Ministerio Cultura, Defensoría del Pueblo. Tiene que haber una articulación estrecha para que la consulta previa pueda ser más eficiente.

Además, se abordó el tema que fue puesto en discusión hace un momento: ¿Cuántas consultas previas llegan a la etapa de diálogo? Entonces, te respondo: todas. Absolutamente todas, a diferencia de otros sectores extractivos, en el sector hidrocarburos todas han llegado al proceso de diálogo y con acuerdos. Y si es así ¿Cuál es el problema?: que no tenemos un sistema de seguimiento de acuerdos. Se creó la Comisión Multisectorial de Seguimiento a la Consulta Previa, en el 2013, pero nunca llegó a implementarse.

A nivel de Latinoamérica, una de las recomendaciones que ha hecho la OIT es implementar un sistema de seguimiento de acuerdos, y que este sistema esté a cargo de una entidad totalmente empoderada. Entonces, se tiene que tener a una entidad con autoridad y alto rango para que haya una articulación adecuada, para que se cumpla y se haga seguimiento a los acuerdos; porque, peor que no llegar a un acuerdo es incumplir un acuerdo. Como se ve, acá tenemos muchas luces, solo falta el compromiso de implementarlo.

Otro tema también pendiente es definir bien los roles de las entidades intervinientes en el proceso de consulta, ya que a veces no quedan muy claros los roles y se genera confusión. Tener adecuadas guías para poder identificar a los pueblos, cuándo se va a hacer la consulta previa, cuáles son los derechos colectivos afectados, entre otras cuestiones por definir claramente. Si esto efectivamente se regula, habrá transparencia en el trato.

Asimismo, uno de los temas que recomendó la OIT, fue el fortalecer las capacidades. No solamente de los funcionarios que intervienen en la consulta previa, sino, de los representantes de los pueblos indígenas y de todos aquellos agentes intervinientes como el Poder Judicial. Incluso una de las recomendaciones es darles solución a los contratos del período gris; a estos trece contratos que están en ese periodo.

En particular, la consulta previa, como derecho fundamental, tiene que ser garantizada a los pueblos indígenas. La realización de proyectos, en el caso de hidrocarburos, es totalmente compatible, pero hay que hacerlo bien. Creo que somos uno de los pocos sectores que incluso ha regulado qué medidas administrativas son materia de consulta, cosa que no han hecho otros sectores. Asimismo, desde este sector se han dado situaciones en pro de la consulta. Por ejemplo, el Reglamento de las Actividades de Exploración y Explotación de Hidrocarburos fue modificado en el marco de una consulta previa;

14 Organización Internacional del Trabajo (2016). Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la consulta previa a los pueblos indígenas en proyectos de inversión. Reporte Regional: Colombia, Costa Rica, Guatemala, Chile.

incluso, se han establecido beneficios económicos, como el Fondo Social del Lote 192. Entonces, creo que no podemos poner todo “dentro del mismo saco”, porque no es así.

He participado en los procesos de consulta previa, los he seguido en el caso del sector hidrocarburos, y creo que si bien hay cosas que podemos perfeccionar, estas son menores. Nuestros casos, que son vistos a nivel de la región incluso desde la Organización Internacional del Trabajo, son vistos como ejemplo a seguir a comparación de otros casos de la región. Siempre ha habido casos en el Perú de consultas previas mal llevadas, no realizadas, pero no se vinculan, directamente, con la actividad de hidrocarburos, que es respecto de lo que estamos conversando.

Creo que nosotros, el sector hidrocarburos, estamos convencidos de que la consulta previa da sostenibilidad al desarrollo de los proyectos, porque implica el relacionamiento social, así como la participación ciudadana. Tanto la participación ciudadana como la consulta previa, son dos elementos indispensables para la sostenibilidad del proyecto en el largo plazo, como los proyectos de hidrocarburos, que son de treinta a cuarenta años aproximadamente.

R. Meza: Por mi parte, considero que hay temas en los que hay que ir avanzando. Uno de ellos es respecto a la obligación de la obtención del consentimiento en el proceso de consulta, que no ha sido debidamente explorado. Recordemos que hay supuestos en los que es obligatorio obtener el consentimiento (y no solo consultar). Me parece que eso aún no ha sido totalmente comprendido y hay que tenerlo presente para no sorprenderse cuando comience a ser más invocado.

Otro tema es, efectivamente, el papel de las instituciones estatales como el Ministerio de Cultura. Algunas veces no cumple con su rol a cabalidad, no es suficientemente crítico con la manera cómo se llevan a cabo las consultas previas. Sin embargo, es precisamente el Ministerio de Cultura el ente rector en consulta previa. Si el mismo Ministerio de Cultura vulnera la esencia de la consulta previa, ¿Qué queda entonces a los pueblos indígenas? Su derecho queda desprotegido.

Finalmente, quisiera reiterar que es importante involucrar a las organizaciones indígenas en el tema de una búsqueda de una solución para las consultas que debieron haber sido llevadas a cabo. Esperemos que la decisión sea consensuada con los pueblos indígenas. En todo caso, saludo los esfuerzos que se estén llevando a cabo para encontrar esa solución.

Moderadora: De acuerdo. Hay cosas que se pueden mejorar. Me parece interesante el aporte de ambas expositoras sobre el tema. Debemos ver esta mesa de discusión como una oportunidad también para aportar a la gestión social de los proyectos.

Como se mencionó, el tema del seguimiento de acuerdos es sumamente importante. Nosotros hicimos un análisis de todos los proyectos de consulta y de todos los acuerdos. Por eso preguntaba ¿Cuántos, en el sector hidrocarburos, llegaron a diálogo?, porque, en Minería, solamente cuatro llegaron a diálogo, de un total de dieciséis, y doce terminaron en evaluación interna. E incluso, se homologó el Acta de la Asamblea como el Acta de Consulta. El seguimiento, como se ha mencionado -y estoy de acuerdo- es justamente la pata coja de la consulta previa.

Ya el siguiente paso del análisis es qué tanto este incumplimiento puede derivar en un

conflicto. Para eso tenemos aportes de Defensoría del Pueblo.

De modo que, al haber cosas que mejorar, a mí parecer, los aportes que han dado ambas expositoras deberían tomarse en cuenta para corregir perfeccionar la estructura de la consulta previa. Esa sería mi reflexión final respecto al tema.