

EL SECTOR HIDROCARBUROS, CONSULTA PREVIA Y ESTABILIDAD JURÍDICA

Augusto Astorga Philippon*

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre Pueblos Indígenas y Tribales, está vigente en el Perú desde 1995. Sin embargo, han tenido que pasar quince años para que recién pueda desplegar sus efectos. Es a raíz de la Sentencia 05427-2009-PC/TC del Tribunal Constitucional del Perú, de fecha 30 de junio de 2010, que se vienen implementando medidas que contribuyen al desarrollo legislativo del convenio.

En el presente artículo, el autor muestra la gran omisión en la que ha incurrido el Estado, durante muchos años, al no desarrollar legislativamente el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Hay que tener en cuenta, que el Estado es el único vinculado a este convenio. Es decir, la responsabilidad de realizar la consulta debe ser asumida por el Estado y no por el titular del proyecto, el mandato que proviene del convenio va dirigido a aquél. A pesar de esto, tiene una visión positiva del tema. Considera que con el marco legislativo que se viene implementando se van cumpliendo las pautas dadas por el Tribunal Constitucional.

* Abogado. Socio del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados.

I. ANTECEDENTES: EL PERÍODO PREVIO A LA LEY DE CONSULTA PREVIA

El 2 de febrero de 1995 es la fecha en que entró en vigencia en el Perú el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), “Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”. Desde esta fecha y hasta el año 2002, no existía en la legislación peruana norma o dispositivo alguno que hiciera siquiera una referencia indirecta a los procedimientos o mecanismos a seguir para la implementación de los procesos de consulta regulados por el Convenio 169 de la OIT. Esto es, los derechos y obligaciones de dicho convenio aún no habían sido recogidos e incorporados por la legislación nacional.

Es así que para la suscripción de un contrato de exploración/explotación de hidrocarburos o el otorgamiento de una concesión o autorización para desarrollar alguna otra actividad de hidrocarburos, después del 2 de febrero de 1995, la única fuente de obligación legal en cuanto a la realización de consultas a los pueblos concernidos provenía del propio Convenio 169 de la OIT, recayendo, por tanto, la responsabilidad de su implementación en el Estado peruano y no en la empresa titular del respectivo proyecto¹.

Ante la falta de legislación local que implementara las disposiciones del Convenio 169 de la OIT en el sistema legal peruano, no existía ni en el Estado ni a nivel de los actores privados, conciencia sobre su obligatoriedad o consenso respecto de que era necesario llevar a cabo un proceso de consulta de forma previa al otorgamiento de derechos para la explotación de recursos naturales.

Para analizar la exigencia de haber tenido

que llevar a cabo o no un proceso de consulta previo a la etapa de negociación o firma de, por ejemplo, un contrato de licencia (y por lo tanto, como requisito previo a su suscripción) debemos considerar que existen dos artículos del Convenio 169 de la OIT cuyos alcances resulta necesario evaluar.

Nos referimos a los artículos 6 y 15. El artículo 6 dispone lo siguiente: “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, **cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;** (...)” [El énfasis es nuestro].

Por su parte, el artículo 15, que trata específicamente sobre los recursos del subsuelo, señala que: “(...) 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, **antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras**” [El énfasis es nuestro].

El artículo 6, al establecer que las consultas se deben realizar “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” establece un mandato de carácter general, no asociado a la extracción de recursos naturales sino en general a cualquier acto de gobierno.

¹ Cabe precisar que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) está dirigido a los gobiernos y es vinculante únicamente para los Estados soberanos que lo han ratificado. En efecto, el convenio tiene como finalidad servir como mandato para las acciones de los Estados, y busca lograr la aplicación de los derechos y obligaciones contenidos en el mismo dentro del contexto del sistema legal de cada Estado. Si bien muchas veces se percibe que las empresas privadas deben actuar en cumplimiento de lo dispuesto en las normas internacionales como es el caso del convenio, es importante resaltar que las obligaciones legales directas para cualquier empresa privada sólo pueden provenir de la legislación nacional. Esto último ha sido confirmado en el documento “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica – Una Guía sobre el Convenio 169 de la OIT” en el que se señala lo siguiente: “Dentro del contexto del Convenio 169, la obligación de garantizar que se efectúen las consultas adecuadas recae en los gobiernos y no en particulares o empresas privadas. El Estado es el responsable de garantizar que se tomen las medidas de consulta y participación necesarias”. Específicamente en cuanto a la extracción de recursos naturales, se señala que “(...) debe observarse que la responsabilidad de garantizar el respeto por estos derechos recae en los gobiernos en cuestión y no en las empresas o instituciones privadas que han recibido la licencia para llevar adelante la prospección o la explotación”.

En cambio la referencia del artículo 15 aterriza directamente en el tipo de actividades como las autorizadas por la suscripción de un contrato de licencia para exploración/explotación de hidrocarburos, al utilizar la frase: “antes de emprender o autorizar la prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”.

Creemos, entonces, que el mandato (al Estado peruano) existía con claridad en cuanto a que antes de llevar a cabo el Estado directamente (emprender) o a través de particulares (autorizar) tendría que haberse implementado un proceso de consulta previa con los pueblos bajo el ámbito de protección del Convenio 169 de la OIT desde que este estaba vigente.

La obligatoriedad de la consulta previa, así como los elementos mínimos de esta, fluía de diversos documentos complementarios emitidos por la propia OIT para los estados miembros del Convenio 169. Así, conforme se señala en el documento denominado “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica – Una Guía sobre el Convenio 169 de la OIT”²: “Las directrices del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (GNUM) sobre los asuntos de los pueblos indígenas exponen las características de los **Elementos del consentimiento libre, previo e informado** [El énfasis es nuestro.]: (i) libre: debe implicar que no hay coerción, intimidación ni manipulación; (ii) previo: debe implicar que se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y que se han respetado las exigencias cronológicas de los procesos indígenas de consulta o consenso con los pueblos indígenas; (iii) informado: debe implicar que se suministra información que abarque (por lo menos) los siguientes aspectos: (a) la naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier

proyecto o actividad propuesto; (b) la razón o las razones o el objeto del proyecto y/o la actividad; (c) la duración del proyecto o la actividad; (d) la ubicación de las áreas que se verán afectadas; (e) una evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluso los posibles riesgos, y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución; (f) el personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto (incluso pueblos indígenas, personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas); y (g) los procedimientos que puede entrañar el proyecto”³.

Sin embargo, y a pesar de esto, el desarrollo legislativo a nivel local fue muy tímido e incluso hubo una suspensión expresa de su obligatoriedad de forma previa a la firma de contratos de exploración/explotación de hidrocarburos el año 2002 como veremos más adelante (ilegal, ciertamente). Recién en el año 2008, una norma, el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos, aprobado por el Decreto Supremo 012-2008-EM, asimila de modo directo los procesos de participación ciudadana con la obligación de realizar una consulta previa bajo el ámbito del Convenio 169 de la OIT⁴.

En efecto, el proceso legislativo local tuvo el desarrollo que se detalla en la siguiente sección.

A. Derecho de Consulta y los Mecanismos de Participación Ciudadana en el Perú después de 1995: Desarrollo Legal Local

En el Perú se implementó un mecanismo de participación ciudadana como parte del

² Página 63 de este documento que fue elaborado por el Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, conformado por un grupo de personal de la Organización Internacional del Trabajo, Organizaciones Indígenas, expertos e investigadores.

³ Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (GNUM). 2008. p. 28.

⁴ Cabe señalar que la Segunda Disposición Final del Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades de Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo 015-2006-EM, ya establecía además que compete a Perupetro S.A. informar a la población de las áreas en las cuales se esté negociando la suscripción de un contrato de exploración y/o explotación y sobre las acciones que viene realizando al respecto. O sea se trataba de un proceso sólo informativo y no se esperaba una respuesta o se consignaban alternativas de que hacer en caso la respuesta de la población hubiera sido negativa.

proceso de aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA), que conforme a la legislación vigente, desde 1993 comprenden impactos ambientales como sociales. Esto se plasmó a través de la Resolución Ministerial 335-96-EM-SG, vigente desde julio de 1996.

En la exposición de motivos de esta resolución se recogía lo siguiente: “El Sector Energía y Minas, considera que la participación ciudadana, contribuirá a asegurar el modelo de desarrollo sostenible, contribuyendo a identificar y solucionar problemas de impacto ambiental en los proyectos minero-energéticos. Esta participación establecida en el Código del Medio Ambiente se logrará mediante el procedimiento de audiencias públicas, el que se reglamenta a través de la presente Resolución Ministerial. La legislación del Sector Energía y Minas en materia ambiental, se encuentra establecida específicamente en los tres Reglamentos de Protección Ambiental para las actividades Minero Energéticas, los cuales disponen que los Estudios de Impacto Ambiental del Sector deben ser revisados y aprobados por cada una de las Direcciones Generales competentes, previa opinión de la Dirección General de Asuntos Ambientales (DGAA); en razón de ello, se ha visto por conveniente y necesario incluir en este proceso de revisión y aprobación la Audiencia Pública, como mecanismo de participación de la ciudadanía a través de sus representantes, que traerá como consecuencia un resultado positivo para el manejo y control ambiental de las zonas exploradas y explotadas del país por la actividad minera energética”.

Conforme al texto de esta resolución, el mecanismo de audiencia pública en que consistía el procedimiento de participación ciudadana, se implementaba una vez presentado para aprobación un Estudio de Impacto Ambiental al Ministerio y no antes de que se otorgue un contrato de exploración/explotación de hidrocarburos o una concesión minera (el mecanismo estaba establecido de modo conjunto para las actividades petroleras como mineras).

La Resolución Ministerial 335-96-EM-SG fue derogada por la Resolución Ministerial 728-99-EM-VMM que aprobó el Reglamento de Participación Ciudadana en el

Procedimiento de Aprobación de los Estudios Ambientales presentados al Ministerio.

A su turno, la Resolución Ministerial 728-99-EM-VMM fue derogada por la Resolución Ministerial 596-2002-EM-DM que introdujo por primera vez el concepto de “Consulta” en el proceso de participación ciudadana del siguiente modo: “Consulta: Es un proceso de información y diálogo entre el titular del proyecto, la ciudadanía y el Estado acerca de las actividades mineras o energéticas en la localidad, sobre el marco normativo que las regula y las medidas de prevención y manejo de los posibles impactos sociales y ambientales del proyecto; asimismo, permite conocer las percepciones e inquietudes ciudadanas. La consulta se realizará a través de reuniones dirigidas a las personas y organizaciones sociales; ello no implica un derecho a veto de los ciudadanos sobre el proyecto”.

El procedimiento de consulta, conforme a la Resolución Ministerial 596-2002-EM-DM, comprendía las siguientes etapas: “3.1 Consulta Previa: Constituido por talleres previos, que serán convocados por la DGAA, en coordinación con la autoridad regional del lugar en donde se pretende desarrollar el proyecto minero o energético, que serán realizados dependiendo de la magnitud e importancia del proyecto. Su organización quedará a cargo del Estado y es aplicable en los siguientes casos: (i) con anterioridad al inicio de los estudios ambientales y en las zonas de influencia del proyecto, el Estado podrá realizar reuniones informativas dirigidas a la ciudadanía, informándoles de sus derechos y deberes ciudadanos, legislación ambiental y de las nuevas tecnologías a desarrollar en los proyectos; (ii) durante la elaboración del EIA o EIAsd, el Titular difundirá la información sobre el proyecto y los avances en la elaboración del EIA o EIAsd, recogiendo los aportes e interrogantes de la ciudadanía. El Estado por su parte, a través de la Dirección Regional de Energía y Minas (DREM), informará sobre el marco jurídico aplicable; (iii) presentado el EIA o EIAsd al Ministerio de Energía y Minas, el titular del proyecto explicará a las autoridades sectoriales, regionales y a la ciudadanía en general, los componentes del estudio, especialmente los posibles impactos sociales, culturales y ambientales, así como los planes de manejo ambiental y social para

el control de tales impactos, recogiendo los aportes e interrogantes de los mismos. El número de talleres será determinado por la DGAA en coordinación con la DREM respectiva, en función de la envergadura del proyecto minero o energético y de su incidencia territorial. Dichos talleres podrán estar a cargo de la autoridad regional, de la DGAA o representantes del titular del proyecto y de la entidad que elaboró el EIA o EIASd. Sin perjuicio de la realización de estos talleres, el titular podrá efectuar actividades participativas con la población respecto a los alcances del proyecto minero o energético, en las cuales podrá intervenir la DGAA o la DREM como facilitadores del diálogo”.

Sin embargo, la Tercera Disposición Transitoria señalaba que en los casos de contratos de licencia y servicios que suscriba PERUPETRO S.A. con los contratistas, no se exigirá el procedimiento de consulta previa a cargo del Estado durante los siguientes cinco años. Considerando que la norma es de diciembre de 2002, esta suspensión regía hasta diciembre de 2007. Esta suerte de *vacatio legis* era a todas luces ilegal por cuanto una norma de nivel reglamentario no podía posponer la aplicación de un tratado internacional que había cumplido con todos los procedimientos legales en el Perú, pero, ante esto, ¿qué podían hacer los actores privados?, ¿impugnar el mismo?, ¿estaban acaso legitimados a esto?.

Mediante Resolución Ministerial 535-2004-MEM/DM –Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades Energéticas dentro de los Procedimientos Administrativos de Evaluación de Estudios Ambientales– se aprobó un reglamento aplicable exclusivamente al subsector energía. La Resolución Ministerial 535-2004-MEM/DM fue derogada por el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos aprobado por Decreto Supremo 012-2008-EM de febrero de 2008.

Este Reglamento es el primero en hacer referencia entre sus antecedentes al Convenio 169 de la OIT. Ninguna de las resoluciones citadas anteriormente lo citaba, si bien como hemos visto ya se hacía referencia a un proceso de consulta desde el año 2002, dirigida a la ciudadanía en general y en la

que el rol activo no lo tenía el Estado sino el mismo titular de la actividad.

Este Reglamento aprobado por Decreto Supremo 012-2008-EM señala en sus considerandos: “Que, mediante Resolución Legislativa 26253, el Estado peruano ratificó el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, el cual dispone que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos involucrados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad; Que, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales señala que en caso que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”.

De lo hasta acá visto, fluye con claridad que para el Estado peruano recién desde 2008 tuvo clara la necesidad de que el procedimiento de consulta dispuesto por el Convenio 169 de la OIT tenía que ser implementado a pesar de su derecho soberano para la explotación de recursos naturales ya que estaba protegiendo un interés superior, al estar dicho convenio versando sobre la protección de derechos humanos. Ahora bien ¿era necesario que se hiciese un desarrollo legislativo nacional para que el Convenio 169 de la OIT fuera aplicable en el Perú? Esto lo vemos en la siguiente sección.

B. Integración a normas peruanas e implicancias del rango constitucional

Para la incorporación de los tratados en el derecho interno, el Perú ha adoptado lo que se llama el sistema de recepción automática. Este sistema implica “la aplicación de las normas convencionales en el ordenamiento interno una vez que el tratado ha entrado en vigor internacionalmente, sin requerirse ningún acto posterior interno de conversión en norma jurídica interna, para consolidar

que la norma convencional está en vigor internamente”⁵.

Esto queda materializado en el artículo 55 de nuestra Constitución, que señala que “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. En el mismo sentido se pronuncia la Ley 26647, la cual establece normas que regulan los actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado peruano, que en su artículo 3 dispone que “los Tratados celebrados y perfeccionados por el Estado peruano entran en vigencia y se incorporan al derecho nacional, en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos”.

En tal sentido, habiéndose ratificado ante la OIT el 2 de febrero de 1994, y conforme a las condiciones establecidas en el propio convenio, este entraría en vigencia doce meses después de haberse registrado la ratificación. El Convenio 169 de la OIT se considera incorporado al derecho nacional desde el 2 de febrero de 1995.

El Tribunal Constitucional del Perú⁶ señala, además, que, si bien el artículo 55 de la Constitución constituye una regla general para todos los tratados, la propia Constitución establece una regla especial para los tratados que versan sobre Derechos Humanos en el sistema de fuentes. Así, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece que: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

Al respecto de esta Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, el Tribunal Constitucional agrega que: “nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los Tratados de Derechos Humanos sirven

para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional –conforme al artículo 55 de la Constitución– sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa⁷.

Ahora bien, aquí cabe la siguiente pregunta: ¿Qué implica que un tratado se integre al derecho nacional con rango constitucional?

En palabras del propio tribunal⁸: “el rango constitucional (...) trae consigo que dichos tratados están dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional; es decir, fuerza activa, conforme a la cual estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional. Su fuerza pasiva trae consigo su aptitud de resistencia frente a normas provenientes de fuentes infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales (por ejemplo la suspensión dispuesta por la Resolución Ministerial 596-2002-EM-DM), e incluso, por una reforma de la Constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido. Los tratados sobre derechos humanos representan en tal sentido límites materiales de la propia potestad de reforma de la Constitución. (...), importa resaltar su fuerza de resistencia frente a las normas de rango legal. Éstas no pueden ser contrarias a los derechos enunciados en los tratados sobre derechos humanos. Si estos derechos detentan rango constitucional, el legislador está vedado de establecer estipulaciones contrarias a los mismos”.

⁵ RODRIGUEZ CARRIÓN, Alejandro. “Lecciones de Derecho Internacional Público”. Madrid: Tecnos. 1994. p. 258. Citado por: NOVAK TALAVERA, Fabián y Luis, GARCÍA CORROCHANO MOYANO. “Derecho Internacional Público”. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Estudios Internacionales. 2000. p. 325.

⁶ Numeral 22 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú 047-2004-AI/TC.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Sentencias del Tribunal Constitucional del Perú 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC.

C. Respecto de las dudas del Estado peruano en cuanto a la aplicación del Convenio 169 de la OIT

Debemos tener en cuenta que el artículo 34 del Convenio 169 de la OIT establece un concepto de “flexibilidad” a ser aplicado al momento de determinarse la naturaleza y los alcances de las medidas que cada Estado miembro adopte para dar efecto al convenio, en consideración de las condiciones propias de cada país.

El referido artículo señala lo siguiente: La naturaleza y **el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país** [El énfasis es nuestro].

En nuestra opinión, del artículo citado se desprende un concepto de aplicación flexible del Convenio 169 de la OIT a la legislación nacional, lo cual, creemos, implica que el convenio no colisione con la legislación peculiar de cada país que lo ratifique. Esto nos lleva, además, a que la interpretación que se haga del convenio debe de ser aquella que no lleve a esta colisión sino a aquella que, respetando los derechos que este proteja, reconozca las instituciones y mecanismos jurídicos existentes en cada país.

Al utilizarse el término “flexibilidad”, se entiende en nuestra opinión que las disposiciones del Convenio 169 de la OIT no necesariamente deben aplicarse de forma estricta, sino que pueden estar incluso sujetas a cambios o variaciones según las circunstancias, condiciones o necesidades de cada país, siempre y cuando esta flexibilidad no determine un menoscabo de los derechos que son recogidos por el convenio.

Similar concepción de este término se ha tenido en cuenta en el documento denominado “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en las Prácticas – Una Guía sobre el Convenio 169 de la OIT”⁹.

“(…) no resulta posible aplicar un enfoque

uniforme para implementar el Convenio, el proceso debe estar cuidadosamente diseñado y desarrollado por los gobiernos y los pueblos indígenas interesados y debe adaptarse a las circunstancias particulares”.

Es de destacarse, asimismo, que tal y como hemos visto, hasta el año 2008, esto es más de diez años luego de que el Convenio 169 de la OIT entrara en vigencia, en el propio Estado peruano existían dudas sobre la necesidad de implementar el mecanismo de consulta previa a la negociación y adjudicación de lotes y si estas consultas implicaban un derecho a veto.

Las dudas surgían sobre la base de que lo anterior podría atentar contra la soberanía del Estado, constitucionalmente consagrada, sobre estos recursos.

Esta duda interpretativa por parte del Estado peruano, es a nuestro entender un elemento que debe de ser considerado al sopesar la validez de los actos administrativos por los que se otorgaron derechos para la explotación de recursos naturales sin haberse efectuado un proceso de consulta previa en territorios indígenas.

La duda en cuestión originó que la Directora del Departamento de Normas Internacionales de Trabajo, haya señalado mediante comunicación ACD 5-169, en la que absuelve determinadas solicitudes de aclaración planteadas por la Defensoría del Pueblo en relación con el derecho de consulta y la extracción de recursos naturales, lo siguiente: “la consulta prevista por el Convenio va más allá de una consulta en un caso preciso sino que tiende a que todo el sistema de aplicación de las disposiciones del Convenio se haga de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblos indígenas, lo que supone **un proceso gradual de creación de los órganos y mecanismos adecuados a esos fines**”. Asimismo señaló que “**los mecanismos de consulta y participación previstos en el Convenio contribuyen a la implementación progresiva de sus disposiciones junto con los pueblos indígenas**” [El énfasis es nuestro].

⁹ Página 184 de este documento que fue elaborado por el Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, conformado por un grupo de personal de la Organización Internacional del Trabajo, Organizaciones Indígenas, expertos e investigadores.

II. LA SENTENCIA 05427-2009-PC/TC Y EL DESARROLLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

El 30 de junio de 2010 el Tribunal Constitucional del Perú emite la Sentencia 05427-2009-PC/TC en la Acción de Cumplimiento iniciada por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSEP) contra el Ministerio de Energía y Minas a fin de que de cumplimiento al Convenio 169 de la OIT desarrollando legislativamente lo dispuesto por este, en particular lo relativo al derecho de consulta, tierras, territorios y recursos naturales.

El Tribunal establece que de conformidad con el Derecho Internacional de Derechos Humanos, el Estado peruano se encuentra obligado a desarrollar normativamente el contenido mínimo de las disposiciones internacionales que recogen tales derechos, que la adopción de tales medidas son un cumplimiento esencial e inmediatamente exigible de cara a efectivizar los derechos enunciados en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Respecto de la asimilación del derecho a la consulta en los procesos de participación ciudadana que habían sido regulados por el Ministerio de Energía y Minas el Tribunal señala que ninguno de los reglamentos emitidos ha logrado desarrollar idóneamente el derecho a la consulta previa en los términos establecidos por el Convenio 169.

En cuanto a los “talleres informativos” con las poblaciones afectadas, señala que en los mismos las poblaciones afectadas se convierten en meras receptoras de la información otorgada por el Estado, existiendo una gran diferencia con el derecho a la consulta previa, el cual garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión que pueda afectarles.

Adicionalmente, el desarrollo normativo preexistente no se refiere de modo específico a la problemática de las poblaciones indígenas afectadas sino que hace alusión a la intervención de cualquier población afectada.

Esta sentencia declara fundada la demanda y ordena al Ministerio de Energía y Minas emitir

un reglamento que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas.

Respecto de lo ocurrido en el período posterior a la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT y hasta la expedición e implementación formal de los procesos de consulta, se pronuncia una resolución del mismo tribunal de fecha 24 de agosto de 2010 ante un pedido de aclaración por parte del demandante: “Que si bien este Tribunal explicó que el Convenio 169 de la OIT fue incorporado al ordenamiento peruano desde 1993, siendo ratificado por el Ejecutivo en 1994 y aplicable desde 1995, es cierto que su vigencia social ha sido sumamente limitada. Por el contrario, en términos de validez, este Tribunal ha resaltado y consolidado dicha calidad respecto del Convenio 169. No obstante y de otro lado, en términos de eficacia, la normativa del tratado ha sido dificultosa precisamente debido a la omisión de desarrollo normativo apropiado, lo que como se ha anotado, generó inseguridad jurídica dentro en el ordenamiento nacional. Las consecuencias de tal omisión y de tal inseguridad han generado un contexto complejo para la emisión de una normativa que desarrolle que pacifique la actual coyuntura. Así, **si bien el Convenio 169 se encuentra vigente en nuestro país desde 1995, este no ha sido materia de regulación por parte del Congreso o del Ejecutivo de manera tal que su tutela pueda ser solicitada de manera sencilla. A su vez, al no haberse implementado tal derecho se ha generado una situación de inseguridad que afecta no solo a los pueblos indígenas sino a aquellas personas que han desarrollado acciones sin que el Estado haya exigido previamente a ello llevar a cabo el proceso de consulta.** Que en la STC 0022-2009-PI, el Tribunal desarrolló los principios generales mínimos del derecho de consulta. Por consiguiente, **el hito marcado por el Tribunal debe de ser tomado como una pauta que permita, de ahí en adelante, la plena eficacia del derecho de consulta. Así, en virtud de la función ordenadora y pacificadora del Tribunal Constitucional es que debe establecerse la obligatoriedad del derecho de consulta, debe considerarse vinculante desde la publicación en la página web, tomando en consideración los principios desarrollados en la referida sentencia**” [El énfasis es nuestro].

Así, el Tribunal asume una función ordenadora y pacificadora y sin desconocer la vigencia del

Convenio 169 de la OIT desde 1995, deja a salvo a aquellos, distintos a las poblaciones indígenas que han llevado a cabo acciones de buena fe sin que el Estado les haya exigido de modo previo realizar un proceso de consulta. El hito a partir del cual se debe de reconocer la plena eficacia del derecho de consulta es la emisión de la Sentencia 05427-2009-PC/TC que confirma la insuficiencia del desarrollo normativo local en materia de consulta. Al señalar de modo expreso que se trata de un hito, ningún acto de otorgamiento de derechos de prospección o explotación de recursos naturales suscrito con posterioridad a la fecha de la publicación de esta sentencia y sin que se haya realizado un proceso de consulta previa, podrá ser considerado como válido.

Es de mencionarse que el 11 de noviembre de 2009, ya el Tribunal había adelantado un criterio similar en la Sentencia 06316-2008-PA/TC recaída en la acción de amparo seguida también por AIDSESP en contra de las empresas petroleras que operaban los lotes 67 y 39 al amparo de contratos de licencia suscritos con PERUPETRO S.A. en diciembre de 1995 y setiembre de 1999, respectivamente, esto es, cuando ya estaba plenamente vigente el Convenio 169 de la OIT en el Perú y cuando no había existido desarrollo normativo alguno localmente respecto de la consulta previa y por tanto, la misma no se había realizado.

Si bien el proceso trataba sobre el desarrollo de actividades de hidrocarburos en territorios supuestamente habitados por Poblaciones Indígenas en Aislamiento Voluntario o Contacto Inicial, AIDSESP se irrogaba la representación de estas poblaciones para alegar que no se le había consultado como entidad representativa de las mismas y por lo tanto añadía esta falta de consulta como otra razón para que estos contratos de licencia fueran dejados sin efectos.

Entre los extremos a destacar de la Sentencia 06316-2008-PA/TC respecto al tema bajo análisis consideremos los siguientes:

“(…) De ello se concluye, en principio, que los actos de adjudicación de dichos lotes, mediante resoluciones supremas del Ministerio de Energía y Minas de los años 1995 y 1999, así como la serie de actos de ejecución hasta el estado en que se encuentran actualmente, toda vez que se

vienen desarrollando sin la participación ni consulta a las comunidades y sus organizaciones, resultarían incompatibles con la Constitución. No obstante, como consta en el expediente, desde la aprobación de dichas concesiones se han sucedido una serie de actos de buena fe por parte de las empresas comprometidas en estos proyectos, las cuales han actuado basadas en la seguridad y confianza que razonablemente podían transmitir las propias autoridades estatales a través de los órganos competentes para ello, quienes se han venido pronunciando en diversas instancias y conforme a los procedimientos establecidos en la legislación de la materia, que van desde la aprobación del proyecto y la participación en las licitaciones públicas para la entrega de la concesión, hasta la aprobación del Plan de Impacto Ambiental, etc.” [El énfasis es nuestro].

“Todo ello al margen de considerar que las actuaciones de estas empresas se viene dando en el marco de Contratos-Ley firmados con el Estado Peruano y garantizados por el artículo 62 de la Constitución. De manera que **al momento de pronunciar el fallo en este caso, este Colegiado debe ponderar los efectos de su decisión a fin de no generar mayores sacrificios que los que se pretende cautelar”** [El énfasis es nuestro].

“Es por ello que **este Colegiado considera que el derecho de consulta debe ser en este caso puesto en práctica de forma gradual por parte de las empresas involucradas y bajo la supervisión de las entidades competentes.** Con esto el Tribunal ha de disponer que se ponga en marcha un plan de compromisos compartidos entre las empresas privadas involucradas, que no verán paralizadas sus acciones, y las propias comunidades y sus dirigentes, que tampoco pueden renunciar a sus derechos y que deben ser restablecidos en el más corto plazo posible, abriendo el diálogo a efectos de construir un espacio de armonía y confianza mutua” [El énfasis es nuestro].

Consideramos que los fallos del Tribunal Constitucional han sido impecables y ejemplares en cuanto al reconocimiento de los derechos contenidos en el Convenio 169 de la OIT desde que este estuvo vigente en nuestro país sin perder de vista la seguridad jurídica que mínimamente esperaba un contratista

de un contrato de exploración/explotación de hidrocarburos que de buena fe realizó actividades en nuestro país. Con esto se han hecho eco del principio de “flexibilidad” con el que las disposiciones del convenio debían de tratar de no colisionar con las instituciones jurídicas de cada país y del que hemos hecho referencia antes.

Un fallo que hubiera declarado la nulidad de todos estos actos hubiera acarreado como bien dice el Tribunal “mayores sacrificios que los que se pretende cautelar” en tanto el lapso de tiempo desde que entró en vigencia el Convenio 169 de la OIT hasta la fecha de la expedición de la Sentencia 05427-2009-PC/TC fue de por lo menos quince años. En estos quince años se otorgaron un sinnúmero de derechos de exploración/explotación de hidrocarburos, directamente o a través de concursos y licitaciones organizados por el propio Estado peruano, muchos de los cuales son una piedra angular en el funcionamiento del circuito económico vigente (piénsese por un momento únicamente en todos los actos administrativos que permitieron la implementación del Proyecto Camisea que se otorgaron el año 2000) sin mencionar los títulos habilitantes para el desarrollo de otras actividades económicas (concesiones mineras, forestales, etc.).

Así, los perjudicados no hubieran sido exclusivamente los inversionistas y demás actores privados sino la colectividad nacional en pleno.

III. EL DESARROLLO NORMATIVO

En el desarrollo normativo, con la Ley 29785 se ha buscado dejar a salvo los actos realizados con anterioridad a la vigencia de la misma en la Segunda Disposición Complementaria Final: “La presente Ley no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana. Tampoco modifica o deroga las medidas legislativas **ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia**” [El énfasis es nuestro].

Esta disposición complementaria final está blindada con un halo de legitimidad que es el pronunciamiento del Tribunal Constitucional al que hemos hecho referencia en la sección anterior. Con esto se han dejado a salvo los derechos adquiridos por un sinnúmero de actores privados quienes de buena fe iniciaron

actividades económicas extractivas en nuestro país en un período en el cual estas fueron especialmente cuantiosas en cuanto a cantidad de proyectos y volúmenes de inversión.

Para la aprobación del Reglamento de la Ley de Consulta, por medio del Decreto Supremo 001-2012-EM, el Estado peruano ha hecho un esfuerzo de coordinación y consulta con organizaciones representativas de las poblaciones indígenas a efectos de recoger adecuadamente las expectativas, preocupaciones y temores de estas dando cumplimiento a los principios rectores del Convenio 169 de la OIT.

Recordemos acá que la propia Sentencia 05427-2009-PC/TC dio ya unas pautas sobre el contenido mínimo de la legislación que implemente localmente los derechos cautelados por el Convenio 169 de la OIT: “(...) Por último, cabe señalar que este Tribunal ha brindado ya algunas pautas en relación a las etapas en las que debe de estructurarse la consulta para cumplir con las finalidades propuestas y en ese sentido, ha sugerido la conformación de la siguiente secuencia fáctica: (i) en primer lugar, el inicio del proceso debe de ser la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede afectar directamente a un pueblo indígena, tarea que debe de ser realizada por la entidad que está desarrollando la medida; (ii) en segundo lugar, se deben determinar todos los pueblos indígenas que pueden ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación; (iii) en tercer lugar, se debe de brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto a la medida a implementar, tras lo cual se pasará a la etapa de negociación propiamente dicha; (iv) en cuarto lugar, si el pueblo indígena involucrado se encuentra de acuerdo con la medida consultada, entonces concluye la etapa de negociación; (v) de lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta, precluye la primera etapa de negociación, con lo cual se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe desacuerdo. En este punto, la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, sólo entonces el Estado podrá implementar la medida,

atendiendo en lo posible a la peticiones del pueblo afectado”.

Creemos que con el marco legislativo promulgado hasta ahora, se da cumplimiento pleno a estas pautas. Para brindar a todos los actores las seguridades del caso, queda por parte del Ministerio de Cultura elaborar una base de datos de las poblaciones indígenas y sus territorios a efectos de otorgar la predictibilidad necesaria a entidades como PERUPETRO S.A. al momento en que se establezca la superficie de un lote o área que será objeto de un contrato de exploración/explotación de hidrocarburos. Esta tarea está encargada en el artículo 29 del Reglamento Base de Datos Oficial.

Una vez elaborada esta base de datos oficial por más que se consigne que la misma no es constitutiva de derechos, dará la oportunidad de identificar áreas del territorio nacional en las que no existen pueblos indígenas u originarios y en los que la población involucrada, tendrá acceso a los alcances de un proyecto y a expresar sus preocupaciones respecto de los mismos, a través de los mecanismos de participación ciudadana.

Creemos que la elaboración de esta base de datos oficial puede tomar tiempo inicialmente, pero en tanto más exhaustivo sea para su creación y mayor consenso sobre la misma, se contará con una base objetiva para todos los actores involucrados en el sector.