



DOCUMENTO DE ACTUALIZACIÓN

REFERIDO A LA QUEJA PRESENTADA POR EL INCUMPLIMIENTO DEL GOBIERNO PERUANO DE SUS OBLIGACIONES EN EL MARCO DEL ACUERDO COMERCIAL ENTRE PERÚ Y LA UNIÓN EUROPEA

Confederación General de Trabajadores del Perú (**CGTP**)
Central Unitaria de Trabajadores del Perú (**CUT**)
Confederación Autónoma de Trabajadores del Perú (**CATP**)
Federación Nacional de Trabajadores Textiles del Perú (**FNTTP**)

Centro de Políticas y Derechos Humanos (**Perú EQUIDAD**)
Derechos, Ambiente y Recursos Naturales (**DAR**)
Red Peruana por una Globalización con Equidad (**RedGE**)



DOCUMENTO DE ACTUALIZACIÓN

REFERIDO A LA QUEJA PRESENTADA POR EL INCUMPLIMIENTO DEL GOBIERNO PERUANO DE SUS OBLIGACIONES EN EL MARCO DEL ACUERDO COMERCIAL ENTRE PERÚ Y LA UNIÓN EUROPEA

Confederación General de Trabajadores del Perú (**CGTP**)
Central Unitaria de Trabajadores del Perú (**CUT**)
Confederación Autónoma de Trabajadores del Perú (**CATP**)
Federación Nacional de Trabajadores Textiles del Perú (**FNTTP**)

Centro de Políticas y Derechos Humanos (**Perú EQUIDAD**)
Derechos, Ambiente y Recursos Naturales (**DAR**)
Red Peruana por una Globalización con Equidad (**RedGE**)

Junio 2022

**DOCUMENTO DE ACTUALIZACIÓN
REFERIDO A LA QUEJA PRESENTADA POR EL INCUMPLIMIENTO DEL GOBIERNO PERUANO
DE SUS OBLIGACIONES EN EL MARCO DEL ACUERDO COMERCIAL ENTRE PERÚ Y LA UNIÓN
EUROPEA**

Se permite la reproducción de este documento mencionando la fuente.

Coordinación de publicación
Enrique Fernández-Maldonado. Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos (Perú
EQUIDAD)

(c) Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos (Perú EQUIDAD)
Mariscal Miller 2182, Lince, Lima.
<https://equidad.pe/>

Primera edición. Junio 2022.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2022-

CONTENIDO

1.	ANTECEDENTES SOBRE LA QUEJA Y LAS RESPUESTAS ENVIADAS POR LA COMISIÓN EUROPEA DE COMERCIO	7
2.	PROTECCIÓN LABORAL: EL ESTADO PERUANO NO HA CUMPLIDO CON LOS COMPROMISOS QUE FORMALMENTE ASUMIÓ EN MATERIA DE PROTECCIÓN LABORAL, NI HA LEVANTADO LAS OBSERVACIONES FORMULADAS EN SU MOMENTO POR LA COMISIÓN EUROPEA	12
	Contratación temporal, regímenes especiales y protección de la libertad sindical	13
	Fortalecimiento de la Inspección del Trabajo	20
3.	NORMAS Y POLÍTICAS LABORALES ADOPTADAS POR EL GOBIERNO PERUANO QUE HAN AFECTADO NEGATIVAMENTE EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LAS Y LOS TRABAJADORES	24
	Facultad del empleador de implementar unilateralmente el trabajo remoto	25
	Identificación de trabajadores de grupo de riesgo y obligación de trabajo remoto sobre aquel grupo o, en su defecto, una licencia con goce compensable	26
	La facultad de modificación de turnos y horarios de la jornada laboral	27
4.	PROTECCIÓN AMBIENTAL: EL ESTADO PERUANO NO HA CUMPLIDO CON LOS COMPROMISOS QUE FORMALMENTE ASUMIÓ EN MATERIA DE PROTECCIÓN AMBIENTAL, NI HA LEVANTADO LAS OBSERVACIONES FORMULADAS EN SU MOMENTO POR LA COMISIÓN EUROPEA	33
	El caso Las Bambas	33
	Plan Ambiental Detallado aprobado a Las Bambas	44
	El caso del Decreto Legislativo 1500 y su aplicación en los mecanismos de participación ciudadana	50
	El caso de la Reserva Nacional Mar Tropical de Grau	64
	BIBLIOGRAFÍA	75

ABREVIATURAS, SIGLAS Y ACRÓNIMOS:

AAT: AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE TRABAJO

EIA-D: ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL DETALLADO

ENT: EXPORTACIONES NO TRADICIONALES

LPCL: LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL

MTPE: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO DE PERÚ

MINAM: MINISTERIO DEL AMBIENTE

SUNAFIL: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL

OIT: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

1. ANTECEDENTES SOBRE LA QUEJA Y LAS RESPUESTAS ENVIADAS POR LA DIRECCION GENERAL DE COMERCIO DE LA UNION EUROPEA

Sobre la queja presentada

En octubre de 2017, organizaciones sindicales peruanas, con el apoyo de organizaciones no gubernamentales de Perú y de varios Estados de la Unión Europea, **presentaron una queja** contra el Gobierno peruano ante el Punto de Contacto de la Unión Europea a que hace referencia el artículo 280 del Acuerdo Comercial suscrito entre la Unión Europea y el Perú (AC), fundadas en el hecho de que **el Estado peruano no ha cumplido con sus obligaciones convencionales respecto de las normas laborales y ambientales** contenidas en el AC, en particular, en su Título IX, referido a las obligaciones adquiridas en orden a garantizar los derechos laborales fundamentales reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como sus obligaciones de orden medioambiental.

La queja describió, por un lado, cómo es que este incumplimiento se produce por medio mantener –y en algunos casos, reforzar– **un marco legislativo que debilita profundamente los estándar-**

res de protección que el Título IX exige respetar en cuanto a las obligaciones relacionadas con los derechos laborales fundamentales y medioambientales.

Por otro, se seleccionaron **casos emblemáticos** en los sectores de la agricultura, minería, petróleo y sector energético (todos ellos estrechamente vinculados con las actividades de intercambio comercial entre la Unión Europea y el Perú), para evidenciar los incumplimientos alegados, por medio de la falta de previsión normativa y/o institucionalidad adecuada para garantizar los derechos laborales fundamentales y medioambientales; ello en un marco de tolerancia por parte del Gobierno Peruano ante casos flagrantes de incumplimientos de las –visiblemente reducidas– normas de protección laboral y ambiental que existen en el Perú.

Sobre la primera respuesta de la Comisión Europea

En junio de 2018, se obtuvo la primera respuesta por parte de la Comisión Europea, a través de una carta a las autoridades peruanas remitida por la Comisaria de Comercio Cecilia Malmström. Mediante dicho documento, la Comisaria de Comercio expresó sus preocupaciones con respecto a la implementación del Título IX del AC. En primer lugar, señaló que, si bien el Perú había escogido emplear los mecanismos actualmente existentes en su país sobre rendición de cuentas y participación de las **organizaciones de la sociedad civil**, su composición, la frecuencia de sus reuniones (si es que estos realmente fueron empleados para consultas sobre la implementación del Título de Desarrollo Sostenible del AC), eran aspectos desconocidos. Estas preocupaciones eran compartidas por las organizaciones de la sociedad civil con las que la Comisaria tuvo la oportunidad de conversar durante sus visitas a Perú. Por tal razón, se requirió fortalecer los mecanismos de consulta con la sociedad civil.

En segundo lugar, manifestó la existencia de una profunda preocupación sobre la efectiva implementación del Título IX del

AC, en particular sobre las obligaciones de protección laboral y medioambiental. En esa línea, la Comisaria dio cuenta de que, en materia laboral, el Perú ha incumplido con adaptar su legislación a las recomendaciones emitidas por los órganos de control de la OIT, sobre todo en lo vinculado a la protección de la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva. En un Anexo, que la misma comunicación incluye, se pidió expresamente al Gobierno Peruano que explique de qué forma asegurará que la contratación temporal permitida a través de su legislación general y, en particular, a través de los contratos de exportación no tradicional (ENT), no represente un obstáculo para el ejercicio de la libertad sindical; sobre todo teniendo en cuenta las opiniones adversas y reiteradas de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT.

La solicitud de la Comisaria se extiende, además, a solicitar una explicación en torno a la forma como se va a asegurar la protección laboral en un contexto de altos índices de informalidad (los más altos de la región) y la presencia de indicadores preocupantes de trabajo infantil y trabajo forzoso. Por ello, se solicitó que se adopten medidas efectivas para que se fortalezca el sistema de fiscalización laboral, constituido en el Perú a través del Sistema de Inspección del Trabajo a cargo de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL).

En tercer lugar, la Comisaria de Comercio advirtió que la simplificación administrativa de los procedimientos medioambientales no debería derivar en una reducción de la protección ambiental, puesto que ello significaría un incumplimiento del Título IX del AC. En ese sentido, se requirió al Gobierno Peruano asegurar que las normas sobre esta materia no terminen generando la reducción de estándares advertida previamente.

Fundada en estas razones, la Comisaria de Comercio de la UE concluyó su comunicación advirtiendo a las autoridades de Perú que se hicieran esfuerzos mayores para garantizar la efectiva implementación del Título IX del AC, por parte del Estado Peruano.

Sobre la segunda respuesta de la Comisión Europea

En marzo de 2019, se obtuvo una segunda respuesta por parte de la Comisión Europea. Esta vez de Madeleine Tuininga, Jefa de Unidad de la Dirección General de Comercio. La respuesta en cuestión dio cuenta de los intercambios de información que se dieron entre la Unión Europea y el Gobierno Peruano, en el marco de las reuniones anuales del Sub-Comité de Comercio y Desarrollo Sostenible, señalando que el Perú tuvo la oportunidad de informar sobre los avances y compromisos que asumía para garantizar la implementación del Título IX del AC.

De acuerdo con dicha comunicación, se habría llegado a ciertos acuerdos presentes en el Acta de diciembre de 2018 del Sub-Comité disponible en el siguiente enlace: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/february/tradoc_157701.pdf. Sin embargo, al revisar este documento solo se aprecia el siguiente compromiso: *“Las partes acordaron mantener videoconferencias bilaterales para realizar seguimiento a los temas de interés común y absolver consultas entre la UE y cada uno de los países andinos”*.

Sin perjuicio de lo anterior, la comunicación de marzo de 2019 advierte que, en materia laboral, el Perú se comprometió a fortalecer sus estándares laborales, a través de medidas dirigidas a asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la libertad sindical para todos los trabajadores; así como a fortalecer las capacidades de la inspección del trabajo para erradicar el trabajo infantil y reducir la informalidad.

Cabe destacar que en el Acta del Sub-Comité de diciembre del año 2018 se aprecia que el Estado Peruano *“precisó que el marco legal vigente establece como remedio ante un uso fraudulento de los contratos a plazo fijo (como sería limitar la libertad sindical), la desnaturalización del vínculo, esto es, que el contrato a plazo fijo se convierte en un contrato a plazo indeterminado. En ese sentido, al contar con un marco normativo sustantivo en la materia, el Perú reiteró que con relación a la aplicación del mis-*

mo, es importante continuar con el fortalecimiento de la inspección laboral (...)”.

En otras palabras, no se hizo referencia a modificación normativa alguna, lo cual es sumamente preocupante si es que tenemos en cuenta que los órganos de control de la OIT, el Gobierno de Estados Unidos (en respuesta a otra queja presentada por organizaciones peruanas e internacionales por el incumplimiento del Acuerdo Comercial suscrito con dicho país) y la Comisión Europea, en su respuesta de junio de 2018, han advertido que el marco legal de los contratos de exportación no tradicional obstaculiza el ejercicio de la libertad sindical a través del uso desmedido de los contratos temporales.

En materia ambiental, el Estado Peruano se comprometió a continuar el fortalecimiento de las capacidades y herramientas requeridas para conducir evaluaciones de impacto ambiental, así como mejorar su legislación de monitoreo ambiental. Señaló, asimismo, que iba a emplear el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo como vehículo para la discusión de la implementación del Título IX del AC.

Mediante este informe se detallará cómo es que las acciones realizadas por el Estado Peruano con posterioridad a dichas comunicaciones no ha logrado asegurar el cumplimiento de lo comprometido en diciembre de 2018, ni la efectiva implementación del Título IX del AC.

2. PROTECCIÓN LABORAL: EL ESTADO PERUANO NO HA CUMPLIDO CON LOS COMPROMISOS QUE FORMALMENTE ÁSUMIÓ EN MATERIA DE PROTECCIÓN LABORAL, NI HA LEVANTADO LAS OBSERVACIONES FORMULADAS EN SU MOMENTO POR LA COMISIÓN EUROPEA

Luego de la segunda comunicación efectuada por la señora Madeleine Tuininga en nombre de la Comisión Europea, y durante el tiempo transcurrido hasta el presente, el Gobierno y Estado peruano debieron adoptar las medidas requeridas para perfeccionar la regulación laboral que rige en el sector de ENT, fortalecer su

sistema inspectivo y mejorar la performance de la justicia laboral en Perú. Ello, sin embargo, no ha ocurrido.

En materia normativa

Contratación temporal, regímenes especiales y protección de la libertad sindical

Una de las recomendaciones claves dispuestas en la primera respuesta de la Comisión Europea, a cargo de la Comisaria Cecilia Malmström, versó sobre la necesidad de contar con instrumentos jurídico-normativos que eviten que la regulación sobre contratación temporal restrinja los derechos de asociación de los trabajadores. Así, se solicitó al Gobierno peruano limitar el uso consecutivo de los contratos de trabajo de corta duración en los sectores de las ENT. Se propuso, asimismo, que este límite sea similar al regulado en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), que establece en cinco años el plazo máximo para el uso de este tipo de contratos.

Esta recomendación tiene fundamento en la constatación de que la regulación actual en materia de contratación temporal, (en concreto la vinculada con el sector vinculado a las ENT regulado por el Decreto Ley N° 22342), permite un uso abusivo e indiscriminado de ésta, generando un notorio impacto negativo en la protección de la libertad sindical y otros derechos colectivos como la negociación colectiva y huelga. Los casos y evidencia provistos en la queja demostraron dicha relación.

Sobre este primer aspecto, cabe informar que el Gobierno peruano no ha realizado esfuerzos para abordar la recomendación de la Comisión Europea. Por el contrario, promulgó normas adicionales que continúan alentando la contratación temporal en perjuicio del ejercicio del derecho a la libertad sindical.

En octubre del año 2016, a pedido del Poder Ejecutivo, el Congreso peruano aprobó la Ley N° 30506, otorgando facultades extraordinarias al Gobierno peruano para poder emitir normas con rango

de ley en distintas materias: entre otras, una dirigida a promover la “reactivación económica y formalización”. Con esas miras se promulgó el Decreto Legislativo N° 1246, que dispuso una serie de medidas destinadas a promover la simplificación administrativa. En materia laboral, específicamente, se exoneró a los empleadores de la obligación de registrar ante las Autoridades Administrativas de Trabajo (AAT) los contratos de trabajo temporales firmados con sus trabajadores.

Antes de dicha modificación, la LPCL, que instituye el régimen laboral general en Perú, establecía en su artículo 73° que todos los contratos de trabajo temporales debían ser registrados ante la AAT dentro de los quince días desde que éstos fueran suscritos. El registro tenía un doble propósito: (i) que la AAT pudiera fiscalizar el contenido de dichos contratos (verificando si es que cumplían con los requisitos mínimos previstos en la normativa para justificar la contratación temporal); y, (ii) que las y los trabajadores pudieran acceder a una copia de los mismos, pues normalmente éstos no contaban con ejemplar alguno, dada la relación asimétrica que caracteriza este tipo de vínculos y la negativa usual de los empleadores a brindar una copia del contrato al trabajador.

Nótese que este registro, en nuestra legislación, es de gran importancia, pues los contratos tienen que constar por escrito y consignar, dentro de su propio texto, el cumplimiento de los requisitos que cada norma prevé para cada tipo de contrato temporal. Por ello, la eliminación de esta obligación brinda una facilidad adicional a los empleadores para contratar temporalmente a sus trabajadores sin limitación alguna, dificultando que estos puedan acceder a copias de los mismos y, sobre todo, entorpeciendo el rol fiscalizador que tiene la AAT.

Cabe destacar que los efectos negativos de esta norma han sido advertidos también por el Poder Legislativo. Así, en el análisis que la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso efectuó sobre la legalidad de los Decretos Legislativos emitidos por el Gobierno (trámite parlamentario que se desarrolla para verificar la compatibilidad de las normas que el Gobierno promulga con las facultades legislativas otorgadas), si bien se comprobó que di-

cha norma se enmarcaba formalmente dentro del concepto de “simplificación administrativa”, recalcó que perjudicaba desproporcionadamente a los trabajadores en tanto dificulta severamente la fiscalización de la contratación temporal¹.

Basados en estos argumentos, se propuso derogar, entre otros aspectos, la parte del Decreto Legislativo N° 1246 que estaba referida a la eliminación de la obligación de registrar los contratos temporales ante la AAT, lo que se tradujo en el Proyecto de Ley N° 1082/2016–CR, que fue aprobado mayoritariamente en la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, y luego por el pleno de éste. Sin embargo, el Poder Ejecutivo observó la Ley, originando que regrese al Congreso de la República para determinar o (i) su modificación, adecuándose a las observaciones del Poder Ejecutivo; o (ii) su aprobación por insistencia. Tras ser nuevamente convalidada por la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, sin embargo, hasta la fecha, no se ha agendado el proyecto para su nueva discusión en el Pleno.

De este modo, dicha norma continúa generando un efecto perverso en la protección de la estabilidad laboral de las y los trabajadores implicados; y, sobre todo, en el ejercicio efectivo de su derecho a la libertad sindical. Al respecto, debe recordarse que, en reiteradas ocasiones, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha indicado que “En ciertas circunstancias el empleo de trabajadores con sucesivas renovaciones de contratos por tiempo determinado durante varios años podría tener incidencia en los derechos sindicales”². Este criterio es compartido por la Comisión Europea en su primera comunicación.

-
- ¹ En ese sentido, la referida Comisión Parlamentaria concluyó que el Decreto Legislativo N° 1246 “expone potencialmente a una situación de indefensión al trabajador, dado que en la actualidad el Estado no cuenta con las herramientas necesarias para efectuar una fiscalización constante, integral, descentralizada, oportuna y eficaz del cumplimiento de los derechos de los trabajadores, más aún en el caso de los trabajadores contratados bajo modalidad [temporalmente], que se encuentran en una posición de desventaja comparados con los trabajadores contratados a plazo indeterminado, ya que no cuentan con la seguridad suficiente que les permita ejercer sus derechos constitucionales laborales en su dimensión colectiva (...)”, disponible en el siguiente enlace: <https://bit.ly/33kmeDR>.
 - ² Sobre el particular, véase la Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, párrafo 1094, disponible en el siguiente enlace: <https://bit.ly/3jCkMEo>

A pesar de que durante este último periodo de tiempo no se agregaron más normas con incidencia respecto a la contratación temporal, las recomendaciones de la Comisión Europea sobre esta materia siguen siendo desatendidas por parte del Gobierno y Estado peruanos. Conforme a las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), para diciembre del 2019, la cantidad de contratos temporales continuaba siendo predominante: representaba el 68.74% del total de trabajadores registrados⁴. Además, siguen sin instituirse mecanismos de tutela adecuados y céleres para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos, así como la seguridad en el empleo. De igual modo, la SUNAFIL continúa sin protocolos específicos para evaluar el uso arbitrario de los contratos laborales del sector de las ENT regulados por el Decreto Ley N° 22342.

El único instrumento de fiscalización en esta materia, el Protocolo N° 003–2016–SUNAFIL/INII⁵, aprobado por Resolución de Superintendencia N° 071–2016–SUNAFIL, no prevé ningún acápite específico sobre este régimen especial.

Extensión de los regímenes especiales

De igual manera, es importante señalar que se han intentado extender otros regímenes especiales que presentaban los mismos cuestionamientos. En concreto, nos referimos a la aplicación del régimen laboral agrario regulado por la Ley N° 27360, que establecía –hasta su derogatoria en diciembre del 2020– un estándar reducido de derechos para los trabajadores del sector, si se los compara con los que se aplican en el régimen laboral general de la actividad privada⁶.

⁴ Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Anuario estadístico 2019.

⁵ <https://bit.ly/3d6ZJZg>

⁶ Uno de los principales problemas con este tipo de regímenes, es la preeminencia de contratos temporales. Lo cual implica no solo una alta rotación laboral, sino que genera incertidumbre sobre la permanencia en el puesto de trabajo. En la agroexportación, dos de cada tres trabajadores se encuentran contratados temporalmente, es decir, sin estabilidad laboral. Apenas el 4% de los trabajadores comprendidos en este régimen estarían cumpliendo con las condiciones básicas y complementarias de lo que la OIT considera un trabajo decente. Ver al efecto Gamero, Julio y Gianinna Echevarría. "Régimen laboral Agrario. Marco normativo y situación de los trabajadores". MTPE y PLADES. Lima: 2012.

Como fue ya señalado, por su diseño y relación con el régimen laboral general, la Ley N° 27360 facilitaba el empleo de contratos temporales, especialmente de los denominados *contratos por temporada*, que pueden emplearse sin necesidad de invocar justificación alguna. Mediante los casos presentados en las quejas de los años 2015 y 2017 se puso en evidencia cómo dichos contratos son empleados habitualmente de forma que, cuando los trabajadores se organizan colectivamente, estos son enviados a “descansar” y no se les vuelve a contratar durante un tiempo prolongado con la deliberada finalidad de frustrar e impedir el ejercicio del derecho de asociación, sin que la AAT haga nada efectivo para impedirlo. Lo que explica porque la tasa de sindicalización de los trabajadores en la agroindustria de exportación es notoriamente más reducida que la, ya de por sí muy baja, existente entre los trabajadores sujetos al régimen laboral general.

A pesar de la amplia permisividad que habilita este régimen para el uso abusivo, e incluso irregular, de los contratos temporales, aspecto que ha sido denunciado reiteradas veces por los propios trabajadores y constatado por la AAT, durante el gobierno del expresidente Martín Vizcarra se decidió prorrogar por diez años más la vigencia del régimen laboral agrario comentado, que en el momento de la prórroga solo estaba prevista legalmente hasta el año 2021.

Además de ello, se amplió su aplicación a otros sectores. En efecto, esto ocurrió cuando el Congreso peruano emitió la Ley N° 30823, mediante la cual otorgó facultades al Poder Ejecutivo para legislar en varias materias, entre las que se incluía “la aplicación de la Ley N° 27360, Ley que Aprueba las Normas de Promoción del Sector Agrario, a las actividades acuícolas y de manejo y aprovechamiento forestal y de fauna silvestre”. Aprovechando esta facultad, en septiembre del año 2018, el Gobierno aprobó un Decreto Legislativo, a través del cual se extendió la aplicación de los beneficios de la Ley N° 27360 (es decir, la mantención de los menores derechos laborales que contempla actualmente el régimen especial agrario) al sector de la acuicultura, a pesar del pedido en sentido contrario de varias organizaciones de trabajadores y de la observación constante de distintos especialistas

nacionales⁷ e internacionales⁸. Esta norma fue presentada, en diversos medios de comunicación, como un fortalecimiento del régimen laboral agrario⁹.

La prórroga de este régimen de precarización laboral generó que, desde el 30 de noviembre de 2020, en la región Ica –y posteriormente en otras como La Libertad, Apurímac, Piura y Junín– se desarrollaran masivas movilizaciones de trabajadores del sector agrario en contra del régimen laboral aplicable a esta actividad y exigiendo la mejora de sus condiciones de empleo. Durante el tercer día de las manifestaciones, en la provincia de Virú (La Libertad), Jorge Muñoz Jiménez, trabajador de 19 años, falleció víctima de un disparo en la cabeza producto de la desmedida represión policial, y en el marco de esta grave crisis social, el Congreso derogó la Ley N° 27360.

El 30 de diciembre, a raíz de las protestas que continuaron después de la derogación de la Ley N° 27360 para exigir la aprobación de una nueva norma que cesara con la precariedad de las condiciones de empleo de las y los trabajadores de la agroindustria de exportación, la represión policial para contener las manifestaciones de los trabajadores generó otras dos muertes más; resultando que una de las víctimas, Kanuner Niller Rodríguez, quien tenía solamente 16 años.

Fue en ese contexto que el 31 de diciembre de 2020 se promulgó la Ley N° 31110, nueva “Ley del Régimen Laboral Agrario y de Incentivos para el Sector Agrario y Riego, Agroexportador y Agroindustrial”, constituyéndose en la nueva norma especial para el sector

7 Por ejemplo, véase los trabajos desarrollados por Fernando Cuadros (ex Viceministro de Promoción del Empleo y Capacitación Laboral del MTPE), disponible en el siguiente enlace: <http://trabajodigno.pe/wp-content/uploads/2016/02/Resultados-del-r%C3%A9gimen-de-promoci%C3%B3n-del-sector-agrario.pptx>; o las reiteradas intervenciones del economista Eduardo Zegarra (asociado al grupo de investigación GRADE): <https://bit.ly/3bcvNnI>.

8 En concreto, nos referimos a los problemas advertidos por Jan Orbie y Lore Van den Putte del Centro de Estudios de la Unión Europea de la Universidad de Ghent (Bélgica), quienes publicaron el estudio “Labour rights in Peru and the EU trade agreement. Compliance with the commitments under the sustainable development character”. Dicha investigación detalla cómo el régimen laboral agrario “limita las condiciones laborales de sus trabajadores” (pg. 5), disponible en el siguiente enlace: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/145974/1/866273727.pdf>

9 Así lo demuestran los titulares de los principales medios de comunicación peruanos, emitidos cuando el Decreto Legislativo N° 1431 fue aprobado. Al respecto, véanse lo siguientes enlaces: <https://bit.ly/3auVQvu>; <https://bit.ly/3aB2L6F>.

agrario. No obstante, pese a la exigencia de los sectores laborales implicados en favor de la adopción de un régimen de trabajo que no se funde en la explotación laboral, la nueva normativa no recogió ninguna de las principales demandas de los trabajadores, razón por la cual las protestas sociales y laborales continuaron a pesar del nuevo marco regulador. La normativa aprobada en diciembre persiste en mantener las condiciones que generaron los problemas denunciados por las y los trabajadores del sector: (i) la ausencia de garantías de estabilidad ante la estacionalidad del trabajo; (ii) adecuados estándares de trabajo digno frente al uso excesivo de la externalización de servicios; (iii) garantías de ejercicio de derechos colectivos, especialmente de la negociación colectiva a nivel de rama de actividad; y (iv) una adecuada fiscalización laboral que evite los abusos y la desnaturalización en el empleo de contratos temporales para impedir la sindicalización de los trabajadores. Esta grave situación afecta a un importante grupo de trabajadores que, para diciembre de 2019, representaban el 11.08% de todo el sector privado dependiente.

Como consecuencia de las protestas sociales en Ica y otras regiones de la costa, la inspección del trabajo emprendió excepcionalmente una serie de operativos en las ciudades de Ica, Nazca, Palpa, Pisco y Chincha, lo que permitió que en apenas unos pocos días 3,200 trabajadores agrarios fueran formalmente registrados en las planillas de las empresas. Asimismo, se abrieron 489 órdenes de fiscalización por incumplimiento de normas sociolaborales y de seguridad y salud en el trabajo. No obstante este esfuerzo, quedan razonables dudas acerca de la sostenibilidad de la intervención realizada, pues no se han señalado si los inspectores laborales –enviados extraordinariamente para llevar a cabo esta labor a regiones donde ostensiblemente brillan por su ausencia– permanecerán en las regiones con fuerte actividad agroexportadora y si contarán con los recursos necesarios para hacer seguimiento a los casos de incumplimiento detectados.

Interesa destacar esta transición normativa en la medida en que muestra que los principales cambios dirigidos a alinear la normativa laboral peruana con las recomendaciones planteadas por la Comisión Europea no han sido producto de reformas

impulsadas desde o por el Gobierno y Estado peruano, sino que, por el contrario, fueron promovidas mediante protestas de la sociedad civil que fueron reprimidas severamente por el aparato estatal. En otras palabras, el Gobierno y Estado peruano no tuvo nunca la voluntad política de modificar este marco regulatorio.

Fortalecimiento de la Inspección del Trabajo

Otra de las recomendaciones dispuestas en la primera comunicación de la Comisión Europea versó sobre el fortalecimiento de la inspección del trabajo peruana. En concreto, se recomendó que (i) se incremente la cobertura y centralidad de esta autoridad; y (ii) se invierta y mejore la capacidad financiera y de recursos humanos de la inspección a su cargo.

Al respecto, no solo se constata una falta de avances en la adopción de las recomendaciones de la Comisión Europea, sino que puede verificarse que en Perú se han adoptado medidas completamente opuestas. En efecto, en mayo del año 2017, el Gobierno peruano aprobó el Decreto Supremo N° 007-2017-TR¹⁰, mediante el cual modificó el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2006-TR.

En lugar de fortalecer las facultades de la inspección del trabajo con relación a los temas planteados por la Comisión Europea, esta modificación normativa supuso, en términos generales, un debilitamiento de sus facultades materializada a través de una reducción del monto de las multas administrativas que dicho órgano puede imponer en los casos de incumplimiento e infracción a la normativa laboral, así como la imposibilidad de que la SUNAFIL pueda ordenar dos actuaciones inspectivas, de oficio, a una misma empresa sobre la misma materia.

Así, el artículo 3° del Decreto Supremo N° 007-2017-TR estableció que, dentro de un mismo año fiscal, la SUNAFIL está impedida de programar más de una orden de inspección sobre una misma

¹⁰ <https://bit.ly/3d747aG>

materia respecto del mismo sujeto inspeccionado. Las órdenes de inspección que se emitan en contravención de este artículo no pueden concluir con la emisión de un acta de infracción.

Para contextualizar esta norma, debemos tener en cuenta que en el sistema peruano una inspección del trabajo se puede generar por dos vías: (i) a través de una denuncia de parte (titularizada por uno o varios trabajadores/as) o (ii) que se programen de oficio por parte de la AAT.

Si bien reglamentariamente está establecido que las denuncias deben ser atendidas en el menor tiempo posible, la única forma de que se garantice un impacto mayor de la inspección del trabajo (teniendo en cuenta los muy limitados recursos reales con los que cuenta este sistema), es que ésta se concentre en la programación de inspecciones de oficio, a través de criterios técnicos y de su propio servicio de inteligencia institucional.

Sin embargo, bajo esta norma se limita severamente la libertad de la inspección del trabajo para programar adecuadamente sus inspecciones y sancionar los incumplimientos que puedan verificarse. Así, si se detecta que una empresa viene incumpliendo sistemáticamente la legislación sobre libertad sindical y contratación temporal (por ejemplo), la AAT solo podrá programarse una inspección al año por este motivo no obstante dicha sistematicidad. En caso de que luego de dicha inspección la empresa no corrija su conducta y continúe con el incumplimiento de la normativa, por virtud de este decreto supremo, la inspección del trabajo no podrá volver a programar ninguna visita adicional por el mismo motivo durante ese año.

Nótese entonces lo contraproducente de la norma comentada, pues merma directamente los objetivos que cualquier sistema de inspección del trabajo persigue: lograr ser un disuasivo del incumplimiento de las normas sociolaborales.

Un aspecto adicional que ha destacado en este ámbito el Sindicato Único de Inspectores de Trabajo de la SUNAFIL (SUIT-SUNAFIL), está relacionado con el alto número de inspectores auxiliares

que carecen de facultades plenas para llevar a cabo su labor (260 de los 772 inspectores reportados actualmente, lo que representa apenas un 34 % del total de inspectores disponibles). Déficit que fue observado por la Comisión Europea en la primera comunicación dirigida al gobierno peruano. Un avance significativo en el mejoramiento de la capacidad de tutela estatal de los derechos laborales en Perú consistiría, por el contrario, en otorgar facultades plenas al conjunto de los inspectores a nivel nacional.

Con el inicio de la pandemia, los diversos problemas logísticos, económicos y de personal que afronta la inspección de trabajo se hicieron más patentes. Así, días después de la declaratoria de estado de emergencia generado por la pandemia del COVID 19, las dos organizaciones de trabajadores de esta entidad, el Sindicato Único de Inspectores de Trabajo de la SUNAFIL (SUIT-SUNAFIL) y el Sindicato Nacional de Inspectores de Trabajo de la SUNAFIL (SI-SUNAFIL), comunicaron la falta de dotación de equipos de protección a los inspectores¹¹. Se presentó, además, una denuncia ante el Ministerio Público por exposición al peligro de personas dependientes, en agravio de los propios inspectores¹².

Por otro lado, en junio de 2020, el MTPE convocó a un concurso público de méritos para incorporar a SUNAFIL 100 inspectores auxiliares. Al día siguiente de conocerse los resultados, dos concursantes interpusieron una denuncia solicitando que se declarara la nulidad del concurso alegando que no se calificó adecuadamente la experiencia profesional de los concursantes, siendo descalificados injustamente por ello. El 31 de octubre, la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR) declaró la nulidad del concurso público y dispuso un régimen temporal de trabajo para quienes lo ganaron hasta que se convoque a uno nuevo.

El SUIT-SUNAFIL ha solicitado formalmente a la OIT que se pronuncie al respecto, pues lo dispuesto por SERVIR estaría en contradicción con el artículo 6 del Convenio 81 de la OIT sobre la inspección

¹¹ El Sindicato Único de Trabajadores de Inspectores de Trabajo de la Sunafil (SUIT SUNAFIL), en su cuenta de Twitter, denunció ello. Enlace: <https://twitter.com/SuitSunafil/status/1244369631424516103>.

¹² El Sindicato Único de Trabajadores de Inspectores de Trabajo de la Sunafil (SUIT SUNAFIL), en su cuenta de Twitter anunció la admisión de su denuncia: <https://bit.ly/3sbrCUX>.

de trabajo que dispone que todos los inspectores deben gozar de estabilidad en su empleo, a fin de garantizar su independencia de los cambios de gobierno y de cualquier influencia externa.

A la fecha, si bien se ha convocado a un nuevo concurso, también se encuentra en trámite una acción de amparo cuestionando el proceso ante el Poder Judicial¹³.

En suma, no se observa una mejora significativa o relevante en la cobertura de la inspección de trabajo. Mucho menos un fortalecimiento financiero y en términos de capital humano. Ni el Gobierno ni el Estado peruano han diseñado ni implementado hasta hoy planes o políticas que aborden genuinamente las recomendaciones planteadas por la Comisión Europea.

13 Al respecto, véase: <https://bit.ly/3epokxA>

3. **NORMAS Y POLÍTICAS LABORALES ADOPTADAS POR EL GOBIERNO PERUANO QUE HAN AFECTADO NEGATIVAMENTE EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LAS Y LOS TRABAJADORES**

Ante la necesidad de controlar la propagación de la COVID-19 en el país, la Presidencia del Consejo de Ministros del Perú, emitió el 15 de marzo el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM. Por medio de esta norma se declaró el estado de emergencia nacional y se reguló la continuidad de la prestación de servicios esenciales para la comunidad. No obstante, haberse determinado qué actividades estaban autorizadas para continuar, empresas como los call centers continuaron operando atribuyéndose, indebidamente, la calificación de servicio esencial¹⁴. Esto generó que, a pesar del brote inicial de la pandemia, existiera confusión y que trabajadores que no debían salir de sus casas se vieran en la obligación

¹⁴ Portal web de la Municipalidad Metropolitana de Lima. "Municipalidad de Lima interviene empresas de call center que laboraban durante estado de emergencia". Enlace: <https://bit.ly/3jDtEV>

de hacerlo. El resultado no pudo ser peor: el Perú fue uno de los países que registró tasas de mortalidad que, a fines del segundo trimestre del 2020, fueron las más altas del mundo.

En paralelo se promulgó también el Decreto de Urgencia N° 026–2020 disponiendo medidas temporales adicionales para reducir el impacto sanitario y económico ocasionado por la COVID–19. En materia laboral, este decreto introdujo las siguientes modificaciones a la regulación vigente:

Facultad del empleador de implementar unilateralmente el trabajo remoto

Esta facultad fue habilitada para empleadores de los sectores público y privado a quienes se impuso el deber de comunicar e informar de esta modalidad a los trabajadores, así como de las medidas y condiciones de seguridad y salud que debían adoptarse. De igual manera, se dispuso que durante el desarrollo del trabajo remoto no se podría afectar la naturaleza del vínculo laboral, la remuneración y condiciones económicas del trabajador.

A diferencia de la vigente Ley de Teletrabajo, Ley N° 30036 que si lo exige¹⁵, el Decreto de Urgencia N° 026–2020 dispuso que no se requería de un acuerdo entre el trabajador y el empleador para obligarlo a llevar a cabo sus labores bajo esta modalidad; y tampoco se estableció reglas sobre la compensación de los gastos derivados de esta modalidad de trabajo. Dado que esta modalidad se reguló como facultad y no como obligación, tampoco se estableció en la norma cuándo el empleador podría aplicarla. Como consecuencia de ello se han producido situaciones de trato diferenciado injustificado al implementar el trabajo remoto, generando además una deuda a los trabajadores por la licencia con goce compensable. A lo que se suma el que los costos derivados del trabajo remoto (relativos al consumo de electricidad,

15 <https://bit.ly/3qhj2CY>

contratación de internet, implementación de equipos tecnológicos, medidas de seguridad y salud en el trabajo) fueron asumidos todos por los trabajadores y trabajadoras.

Identificación de trabajadores de grupo de riesgo y obligación de trabajo remoto sobre aquel grupo o, en su defecto, una licencia con goce compensable

La norma estableció la obligación del empleador de aplicar el trabajo remoto para los trabajadores que calificaran como parte de un grupo de riesgo¹⁶, según las disposiciones emitidas por el Ministerio de Salud (MINSA). De no ser posible aplicar el trabajo remoto a estos trabajadores debido a la naturaleza de las actividades a realizar, se les aplicaría una licencia con goce compensable.

En efecto, con fecha 19 de marzo, y como respuesta al impacto de la cuarentena obligatoria, se emitió el Decreto de Urgencia N° 029-2020¹⁷ para aminorar el impacto de la COVID-19. Este decreto reguló dos importantes institutos jurídicos:

a. La obligación de otorgar una licencia con goce compensable:

Para aquellas actividades no esenciales y, siempre que no se aplique el trabajo remoto, los empleadores estaban obligados a otorgar a sus trabajadores una licencia con goce de remuneraciones, cuyas horas dejadas de laborar estarían sujetas a compensación posterior.

¹⁶ Precisar cuando se era parte del grupo de riesgo y la norma fuente. En el siguiente punto (3) se detallan las normas que regulan el grupo de riesgo y las incoherencias que se dieron durante la pandemia sobre ese tema.

¹⁷ <https://bit.ly/3aaYDtG>

No obstante, no se precisaron los términos en los que se podía realizar la compensación. Es decir si se podía compensar la licencia otorgada con trabajo efectivo o si podía hacerse sacrificando beneficios legales o convencionales. Sea cual fuere el caso, la cantidad de horas trabajadas en determinados sectores se ha extendido en demasía, dificultando el pago de la cantidad de días con licencia –que en algunos casos se extiende a meses enteros de trabajo–. Eso está generando que los trabajadores asuman deudas exorbitantes, lo cual claramente los fuerza a tener que volver a trabajar para “pagar su deuda”, a pesar de que no deberían hacerlo por cuestiones de salud y seguridad.

La facultad de modificación de turnos y horarios de la jornada laboral

Entre otras medidas, también se autorizó a los empleadores para que, durante la emergencia sanitaria, modificaran y establecieran turnos y horarios escalonados para sus trabajadores como medida preventiva frente al riesgo de propagación de la COVID-19.

Con posterioridad a la prórroga del estado de emergencia nacional, el 15 de abril fue publicado el Decreto de Urgencia N° 038-2020¹⁸, y días después el Decreto Supremo N° 011-2020-TR¹⁹ regulando una forma especial de suspensión perfecta de labores aplicable exclusivamente durante el estado de emergencia.

Para su aplicación, la norma prevé la necesidad de acreditar que es imposible aplicar el trabajo remoto o la licencia con goce de remuneraciones sujeta a compensación posterior, bien sea por la naturaleza específica de las actividades que no lo permitirían, o por el nivel de “afectación económica” –concepto calculado en función del cociente de la suma total de remuneraciones entre el nivel total de ventas de la empresa–.

¹⁸ <https://bit.ly/3jE7gQy>

¹⁹ <https://bit.ly/2ZaLx9o>

La norma estableció la obligación para el empleador de comunicar y negociar con las organizaciones de trabajadores o sus representantes la adopción de medidas alternativas que permitieran mantener la vigencia del vínculo laboral y la percepción de remuneraciones, como requisito previo para autorizar lo que se denominó “la suspensión perfecta de labores” (es decir la liberación de la obligación empresarial de continuar pagando las remuneraciones de sus trabajadores). Entre estas opciones la norma consideraba compensar el pago de salarios con vacaciones adquiridas y no gozadas, adelantar el goce de vacaciones e, incluso, la reducción de remuneraciones.

Ingresada la solicitud para aplicar la “suspensión perfecta de labores”, la SUNAFIL verificaría la solicitud y emitiría una resolución. No obstante, en caso de que la SUNAFIL no cumpliera con pronunciarse en los plazos establecidos, la suspensión perfecta se aprobaría automáticamente aplicando el silencio administrativo positivo.

Esta regulación tiene serios problemas de **forma y fondo** como procederemos a exponer. En primer lugar, no resultaba necesaria pues ya se contaba con reglas previstas al efecto en el régimen general, esto es, la suspensión perfecta de labores por caso fortuito o fuerza mayor regulada en el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR. En segundo lugar, porque la capacidad del control administrativo de estas solicitudes se redujo sustancialmente, precisamente por la situación de emergencia, por lo que la mayoría de estas serían aprobadas automáticamente, sin la posibilidad de oposición e intervención de los interesados en el procedimiento. Como se verá en el reporte de los casos presentados, miles de trabajadores fueron afectados por la **suspensión perfecta de labores**. Se trata de trabajadores que no tienen la posibilidad de trabajar ni percibir sus remuneraciones, viéndose severamente expuestos a la crisis económica y sanitaria que enfrenta el país, lo que demuestra que el Gobierno no fue capaz de encontrar una respuesta adecuada para estos colectivos laborales. Lo peor es que estas medidas **han sido aplicadas para perjudicar directamente a los sindicatos**, pues

varias empresas han solicitado las suspensiones perfectas justamente para secciones donde la mayoría de trabajadores están afiliados a una organización sindical.

Por otro lado, durante los primeros meses de la crisis sanitaria, en el Perú se efectuaron sendas modificaciones a la norma técnica que define quienes son los trabajadores que forman parte de los grupos de riesgo. Se reseña, a continuación, tales cambios normativos:

Norma	Definición de Grupo de riesgo
Decreto de Urgencia N° 026-2020	<ul style="list-style-type: none"> - Personas mayores de 60 años - Con hipertensión arterial - Con Diabetes - Con Enfermedades cardiovasculares - Con Enfermedad pulmonar crónica - Con Cáncer - Afectados por otros estados de inmunosupresión
Decreto Supremo N° 083-2020 PCM	<ul style="list-style-type: none"> - Personas mayores de 65 años - Con hipertensión arterial - Con Diabetes - Con enfermedades cardiovasculares - Con enfermedad pulmonar crónica - Con cáncer - Con otros estados de inmunosupresión - Otras que establezca la Autoridad Nacional Sanitaria
Res. Min. N° 239-2020-MINSA	<ul style="list-style-type: none"> - Personas mayores de 60 años - Con hipertensión arterial - Con diabetes - Con enfermedades cardiovasculares - Con enfermedad respiratoria crónica - Con cáncer - Con obesidad con IMC de 30 a más - Con asma - Con insuficiencia renal crónica - Con otros estados o tratamientos de inmunosupresión

Res. Min. N° 265–2020–MINSa	<ul style="list-style-type: none"> – Personas mayores de 60 años – Con hipertensión arterial – Con diabetes – Con enfermedades cardiovasculares – Con enfermedad pulmonar crónica – Con cáncer – Con obesidad con IMC de 40 a más – Con asma – Con insuficiencia renal crónica – Con otros estados o tratamientos de inmunosupresión
Res. Min. N° 283–2020–MINSa	<ul style="list-style-type: none"> – Personas mayores de 65 años – Con hipertensión arterial no controlada – Con diabetes – Con enfermedades cardiovasculares graves – Con enfermedad pulmonar crónica – Con cáncer – Con obesidad con IMC de 40 a más – Con asma moderada o grave – Con insuficiencia renal crónica en tratamiento con hemodiálisis – Con enfermedad o tratamientos de inmunosupresión
Res. Min. N° 448–2020–MINSa	<ul style="list-style-type: none"> – Personas mayores de 65 años – Con hipertensión arterial refractaria – Con diabetes mellitus – Con enfermedades cardiovasculares graves – Con enfermedad pulmonar crónica – Con cáncer – Con obesidad con IMC de 40 a más – Con asma moderada o grave – Con insuficiencia renal crónica en tratamiento con hemodiálisis – Con enfermedad o tratamientos de inmunosupresión

Todas estas modificaciones generaron una serie de exposiciones innecesarias a los trabajadores que en principio eran parte del grupo de riesgo y luego dejaron de serlo como consecuencia de la modificación los parámetros normativos que calificaban este estado. Personas que no deberían haber salido a trabajar,

a raíz de estos cambios legislativos, tuvieron que apersonarse a su centro laboral, afectándolos severamente y exponiéndose a serios riesgos en su salud. Cabe indicar que las modificaciones introducidas establecieron que, incluso los trabajadores que estuvieran incluidos en los grupos de riesgo y quisieran trabajar, podrían hacerlo firmando una declaración jurada liberando de responsabilidad a su empleador por lo que pudiera sucederle en su retomada actividad laboral.

Ahora bien, pese a que estas normas ya no son aplicables actualmente, estas evidencian la facilidad en que se implementaron fórmulas legales de flexibilización de derechos, y que afectaron a los trabajadores y sus organizaciones.

Casos emblemáticos de infracción a las normas laborales ocurridos durante la emergencia sanitaria

a) Caso Cineplanet

Con el anuncio del Presidente de la República sobre el estado de emergencia, algunos empleadores despidieron a sus trabajadores como reacción ante la posible paralización de sus actividades. Una de las empresas más representativas de este grupo fue Cineplanet, cadena de cines a nivel nacional perteneciente al grupo económico Intercorp. Su decisión fue adoptada el mismo 15 de marzo y denunciada en la red social Twitter por sus mismos trabajadores²⁰.

Dada la cobertura que tuvo este caso, así como su rechazo por parte de la sociedad, Cineplanet decidió revocar sus despidos. Sin embargo, un mes después suspendió a un nuevo grupo de sus trabajadores²¹.

20 Portal web del diario "La República". "Cineplanet revoca despidos de sus trabajadores part-time". Enlace: <https://bit.ly/3b09y8E>

21 Portal web del diario "El Comercio". "Cineplanet decide suspender a sus trabajadores en medio de crisis". Enlace: <https://bit.ly/3k4PMNp>

b) Caso Miyasato

Con la promulgación del Decreto de Urgencia N° 038–2020, que regulaba la suspensión perfecta de labores por la crisis sanitaria, muchas empresas decidieron aplicar tal medida. Miyasato, corporación del rubro de procesamiento y distribución de vidrios y aluminio, fue una de ellas. Luego de un mes de haberse aplicado, esta empresa decidió iniciar el procedimiento de cese colectivo por motivos económicos, previsto en la legislación laboral para los casos más graves.

c) Caso Avianca

La empresa Avianca Perú, luego de que su matriz se acoja a la ley de bancarota de Estados Unidos, anunció su liquidación y disolución. Tal medida ha afectado a centenas de sus trabajadores, los cuales fueron afectados por la suspensión perfecta aplicada. Esta, sin embargo, luego fue desaprobada por el MTPE²².

Por último, interesa destacar dos aspectos centrales sobre el estado de la cuestión. Ni el Congreso de la República ni el Poder Ejecutivo han abordado alguna de las recomendaciones planteadas por la Comisión Europea. Por el contrario, han desatendido en un lapso de tiempo mayor a dos años cualquier opción o proyecto de reforma. En ese sentido, las políticas laborales –por ejemplo, los cambios de la legislación laboral– no forman parte de la agenda o prioridad en el Congreso de la República.

²² Al respecto, véase: <https://bit.ly/3nWQ8YE>

4. PROTECCIÓN AMBIENTAL: EL ESTADO PERUANO NO HA CUMPLIDO CON LOS COMPROMISOS QUE FORMALMENTE ASUMIÓ EN MATERIA DE PROTECCIÓN AMBIENTAL, NI HA LEVANTADO LAS OBSERVACIONES FORMULADAS EN SU MOMENTO POR LA COMISIÓN EUROPEA

El caso Las Bambas

Sobre la mina Las Bambas

La unidad Minera Las Bambas se ubica entre los distritos de Chalhuanahuacho, Tambobamba y Coyllurqui, provincia de Cotabam-

bas, y el distrito de Progreso, provincia de Grau, en la Región Apurímac. De acuerdo a su página Web, Las Bambas cuenta con 3 yacimientos, uno en explotación (Ferrobamba) y otros dos que planean explotarse posteriormente (Chalcobamba y Sulfobamba). Su planta concentradora tiene una capacidad instalada de 145.000 toneladas por día (t/d), y genera concentrado de cobre (Cu) y molibdeno (Mo) como producto. En 2017 su producción las 385.000 toneladas de cobre en concentrado²³.

En un inicio, Las Bambas pertenecía a la empresa suiza Xstrata. Esta empresa también era dueña en ese momento de la mina Tintaya, que fue ampliada luego con los proyectos de Antapaccay y Coroccohuayco, ubicada en la provincia de Espinar, Cusco. Dada la proximidad, inicialmente se planeó la construcción de un mineroducto, de aproximadamente 200 kilómetros de longitud, que transportaría los minerales extraídos de Las Bambas hasta Espinar, donde serían procesados (CooperAcción 2015, págs. 3 y 5).

A mediados de 2013 se produjo la fusión entre Glencore y Xstrata, lo cual motivó la venta de Las Bambas. En el período de transición de la venta de Las Bambas y la llegada de los nuevos propietarios, el consorcio chino MMG, se introdujeron diversas modificaciones en el diseño original de la mina, aprobándose cambios en el primer EIA (aprobado en 2011) que no fueron informados adecuadamente a la población. Así, como parte de la Segunda Modificatoria del EIA de Las Bambas (aprobada por Resolución Directoral 559-2014-EM/DGAAM), el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) aprobó el cambio de uso de la carretera para incluir el transporte de los minerales extraídos de Las Bambas. De esa manera se descartaba formalmente el mineroducto. También se redujo el área de influencia social directa, excluyendo a aproximadamente 20 comunidades y 4 centros poblados que se ubicaban a lo largo de lo que iba a ser el mineroducto y que ahora comprendía la carretera por donde Las Bambas transportaría sus minerales.

23 Fuente en: <https://www.lasbambas.com/conociendo-las-bambas>.

El caso Las Bambas es emblemático en el Perú por el nivel de conflictividad social generado y su permanencia en el tiempo, sin visos hasta la actualidad de poder ser resuelto y garantizar la paz social y condiciones mínimas de gobernabilidad en torno a esta mina. Existen muchas causas para explicar la situación actual de Las Bambas. Una de ellas tiene que ver con modificaciones normativas para beneficiar directamente a la empresa, tal como es el caso de los Informes Técnicos Sustentatorios (ITS) aprobados a la mina.

Sobre los Informes Técnicos Sustentatorios

Luego del súper ciclo de precios de los minerales, a partir de 2012 en adelante, en el Perú se inició un contexto de desaceleración económica y de reducción de los precios de las materias primas en el mercado internacional, que devino en una serie de presiones del sector empresarial para agilizar la aprobación de proyectos de inversión en diversos sectores productivos. Frente a estas exigencias de sectores privados, el gobierno de Ollanta Humala aprobó un conjunto de normas que buscaban incentivar la inversión privada mediante el otorgamiento de ventajas directas a las empresas, flexibilizando estándares ambientales y sociales (De Echave 2020, pág. 51).

Estos fueron los denominados “paquetazos ambientales”, conjunto de normas emitidas entre el 2013 y 2014 orientada a los fines descritos. La norma que interesa destacar y que se relaciona directamente con el caso Las Bambas y los episodios conflictivos ocurridos alrededor de esta mina, es el Decreto Supremo (DS) 054-2013-PCM, publicado el 16 de mayo de 2013. El artículo 4 de esta norma señala lo siguiente:

En los casos en que sea necesario modificar componentes auxiliares o hacer ampliaciones en proyectos de inversión con certificación ambiental aprobada que tienen impacto ambiental no significativo o se pretendan hacer mejoras tecnológicas en las operaciones, no se requerirá un procedimiento de modificación del instrumento de gestión ambiental.

El titular del Proyecto está obligado a hacer un informe técnico sustentando estar en dichos supuestos ante la autoridad sectorial ambiental competente antes de su implementación. Dicha autoridad emitirá su conformidad en el plazo máximo de 15 días hábiles. En caso que la actividad propuesta modifique considerablemente aspectos tales como, la magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o de las medidas de mitigación o recuperación aprobadas, dichas modificaciones se deberán evaluar a través del procedimiento de modificación.

De esa manera, este DS permite a las empresas seguir un procedimiento simplificado para la modificación de componentes de su proyecto de inversión que cuenten con un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) aprobado, y cuyos alcances tengan un impacto ambiental no significativo o representen mejoras tecnológicas. Así, aplicada esta norma a las actividades mineras, si una empresa considera que alguna modificación en el diseño original de su proyecto (que ya fue aprobado por un EIA) no va a generar un efecto ambiental significativo, puede sustentarlo ante el órgano competente encargada de la certificación ambiental²⁴ a través de la presentación del denominado Informe Técnico Sustentatorio (ITS). Los ITS constituyen instrumentos de gestión ambiental como los EIA, pues establecen obligaciones a las empresas mineras respecto de aquellas modificaciones realizadas en sus proyectos de inversión. En esa medida, el cumplimiento de los ITS es supervisado por el órgano fiscalizador ambiental, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

De acuerdo con este DS, que regula los ITS, el órgano competente tiene un plazo máximo de 15 (quince) días hábiles para admitir o rechazar el ITS, esto es, para valorar si las modificaciones propuestas son “significativas”. Resulta discutible si en un plazo

²⁴ De acuerdo a la Resolución Ministerial N° 328-2015-MINAM, que aprobó la culminación del proceso de transferencia de funciones en materia de minería, hidrocarburos y electricidad del Ministerio de Energía y Minas al SENACE, se determinó que, desde el 28 de diciembre de 2015, el SENACE asumió, entre otras funciones, la de revisar y aprobar los Estudios de Impacto Ambiental detallados (EIA-d), las respectivas actualizaciones, modificaciones, e Informes Técnicos Sustentatorios (en adelante, ITS).

tan corto se pueden evaluar adecuadamente las reales dimensiones del impacto ambiental y social que la modificación de un componente minero trae consigo; máxime si se considera que la evaluación de los ITS solo contempla una labor de gabinete (no obliga a efectuar un trabajo de campo o una inspección in situ del proyecto). Para realizar una comparación, de acuerdo al SENACE, el plazo máximo para la evaluación y aprobación de un EIA detallado o una Modificatoria de EIA detallado es de 120 días hábiles, conforme al Decreto Legislativo 1394 que modificó la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

Por lo tanto, resulta cuestionable que, en un plazo tan corto, el órgano competente para evaluar y aprobar un ITS puede determinar con relativa certeza si una modificación propuesta tiene o no impactos ambientales significativos. Esta cuestión fue alertada por el mismo Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) en un informe emitido en diciembre de 2014 por la Coordinación de Minería de la Dirección de Supervisión de este organismo (457-2014-OEFA/DS-MIN), y en él se advierte que la modificación aprobada para la minera Atacocha mediante ITS no se encontraría dentro del supuesto de la norma; es decir, tendría un impacto ambiental significativo.

Cabe señalar que, posteriormente el plazo para evaluar los ITS se amplió a 30 días hábiles, aunque ello no ha ameritado una modificación del DS 054-2013-PCM²⁵. Sin embargo, los ITS que se analizan en el presente informe corresponden a aquellos evaluados antes de que la competencia recaiga en el SENACE y antes que este organismo cambie los términos en los plazos de evaluación.

De forma posterior a la aprobación del DS, se aprobaron dos normas que definen ciertos parámetros para categorizar aquellas modificaciones “no significativas”, que pueden ser aprobadas por ITS:

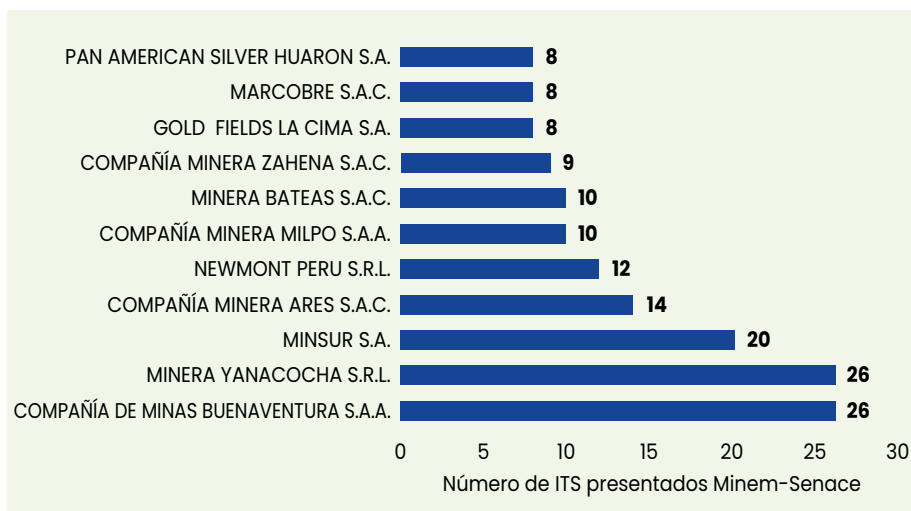
25 La justificación normativa se encuentra en el Decreto Supremo N° 005-2016-MINAM, que reglamenta la Ley N° 30327. De acuerdo al numeral 51.4 del artículo 51 de esta norma, el SENACE debe emitir su pronunciamiento sobre los ITS en un plazo máximo de quince (15) días hábiles. Pero este plazo se suspende durante el período que el ITS se encuentre pendiente de subsanación por parte del titular. Esto genera que en la práctica, el proceso de evaluación de los ITS duren más de 15 días hábiles.

- Primera guía técnica aprobada por RM 310–2013–MEM/DM (vigente a partir del 10 agosto de 2013).
- Segunda guía técnica aprobada por RM 120–2014–MEM/DM (vigente a partir del 6 de marzo de 2014), y que reemplaza a la primera guía aprobada por RM 310–2013–MEM/DM.

Asimismo, es importante resaltar que de acuerdo a data obtenida del SENACE, las empresas mineras vienen utilizando el procedimiento del ITS como principal vía para realizar modificaciones en sus proyectos. Así, la mayoría de proyectos mineros está siendo modificada gracias a la aplicación de un procedimiento que debería ser excepcional. Así, las estadísticas del SENACE para el periodo del 15 de enero del 2016 al 31 de diciembre del 2018 indican que hasta esa fecha se habían presentado 436 ITS para todos los sectores. De este número, 175 ITS corresponden a proyectos del sector minero, habiéndose aprobado 138 y desaprobado 11, mientras 13 se reportaban como en evaluación y 13 habían sido calificados como “otros”. Además, de acuerdo al SENACE, durante el mismo periodo solo se presentaron 29 EIAd y/o MEIA para proyectos mineros, sin que esta entidad ofreciera un dato desagregado de esa información (CooperAcción 2019, pág. 30).

Las empresas mineras con operaciones de gran magnitud son las que han utilizado con mucha frecuencia este instrumento: once empresas mineras han concentrado el mayor número de modificaciones a sus unidades, mediante ITS. Estas empresas han presentado entre ocho y veintiséis ITS aprobados por la autoridad ambiental competente. Así, en los gráficos siguientes se puede observar que las empresas que cuentan con mayor número de ITS son Compañía de Minas Buenaventura S. A. A. y Minera Yanacocha S. R. L., con veintiséis ITS cada una.

GRÁFICO 1. EMPRESAS QUE PRESENTARON MAYOR NÚMERO DE ITS



Fuente: SEAL. Elaboración: propia.

Fuente: CooperAcción 2019, pág. 30.

La aprobación continua de modificaciones a los proyectos mineros (y extractivos en general) mediante los ITS, atenta contra el principio de indivisibilidad²⁶, dado que los ITS permiten tramitar por separado cambios que se deberían analizar en conjunto para determinar de mejor manera los impactos acumulativos y sinérgicos. Esta cuestión además dificulta la labor de las entidades certificadoras y fiscalizadoras, pues deben evaluar y monitorear cambios de manera dispersa. También dificulta la posibilidad de participación ciudadana de la población, la cual no puede seguir el ritmo de cambios que se realizan.

26 El principio de indivisibilidad es recogido en el artículo 3, literal a) del Reglamento de la Ley del Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental, aprobado por DS 019-2009-MINAM, que señala:
a) Indivisibilidad: La evaluación del impacto ambiental se realiza de manera integral e integrada sobre políticas, planes, programas y proyectos de inversión, comprendiendo de manera indivisa todos los componentes de los mismos. Asimismo, implica la determinación de medidas y acciones concretas, viables y de obligatorio cumplimiento para asegurar de manera permanente el adecuado manejo ambiental de dichos componentes, así como un buen desempeño ambiental en todas sus fases.

Informes técnicos sustentatorios aprobados a las Bambas

Hasta la fecha se han aprobado en total 6 ITS a Las Bambas, tal como se expresa en el siguiente cuadro elaborado con información del propio SENACE²⁷:

Instrumentos de gestión ambiental aprobados a Las Bambas			
Instrumentos de gestión ambiental	Sector que aprobó	Resolución Directoral (R.D.)	Fecha
EIA de Las Bambas	MEM	R.D. 073-2011-MEM/AAM	07/03/11
Primera modificación del EIA	MEM	R.D. 305-2013-MEM-AAM	14/08/13
Primer ITS	MEM	R.D. 319-2013-MEM-AAM	26/08/13
Segundo ITS	MEM	R.D. 078-2014-MEM-DGAAM	13/02/14
Segunda modificación del EIA	MEM	R.D. 559-2014-EM-DGAAM	17/11/14
Tercer ITS	MEM	R.D. 113-2015-MEM-DGAAM	26/02/15
Cuarto ITS	MEM	R.D. 177-2016-MEM-DGAAM	01.06.16
Quinto ITS	SENACE	R.D. 016.2018-SENACE-PE/DEAR	05/10/18
Sexto ITS	SENACE	R.D.030-2019-SENACE-PE/DEAR	11/02/19

A partir de lo expuesto, se puede verificar cómo Las Bambas ha venido utilizando los ITS como la forma regular de modificación de sus EIA, yendo en contraposición con el carácter excepcional que tienen los ITS. Esto va en la línea de lo señalado previamente, que los se han convertido en la práctica en la forma regular para

²⁷ Fuente en: Informe 125-2019-SENACE-PE/DEAR que sustenta la aprobación del sexto ITS de Las Bambas.

que las empresas extractivas modifiquen sus EIA, cuando deberían tener un carácter excepcional por su misma naturaleza de procedimiento simplificado.

Dentro de los ITS aprobados a Las Bambas, cabe resaltar el primer ITS, pues fue uno de los desencadenantes del primer gran estallido social ocasionado en Challhuahuacho en setiembre de 2015, y que ocasionó la muerte de 3 personas y numerosos heridos. A continuación, se describen los aspectos más importantes del primer ITS:

Primer Informe Técnico Sustentatorio

El 11 de julio de 2013, dos meses después de la entrada en vigencia del DS 054-2013-PCM (16 de mayo), Las Bambas presentó al MEM su primer ITS, que sería aprobado el 26 de agosto, mediante Resolución Directorial 319-2013-MEM/AAM.

Este ITS dispuso el cambio de ubicación de tres componentes –la planta de molibdeno, la planta de filtro y el área de almacenamiento de concentrados–, desde su emplazamiento inicial en la mina Tintaya–Antapaccay, como lo había estipulado el EIA aprobado en 2011, al área Las Bambas. Este cambio se justificó con el argumento de que era necesario “que el proyecto cuente con todas las instalaciones necesarias para la explotación, producción y transporte de concentrado hacia el puerto de Matarani, en una sola área, separada de los suelos superficiales propiedad de Xstrata Tintaya S.A.”²⁸. Debe resaltarse que, cuando se aprobó este ITS, tanto Las Bambas como Tintaya–Antapaccay seguían perteneciendo a una misma empresa, la recién fusionada Glencore Xstrata. Recién en abril de 2014 se anunció la venta de Las Bambas al consorcio chino MMG.

Uno de los puntos de discusión planteados a partir de este ITS, y que constituyó una de las principales causas de reclamo social en la zona a partir de 2015, fue que los contenidos aprobados en

28 Fuente: Literal 'c' del punto 3.5.3 del Informe N° 1194-2013-MEM-AAM/EAF/GCM/GCR/MLI, que sustenta la RD que aprueba este ITS.

este ITS no pasaron por un proceso de participación ciudadana. El DS 054-2013-PCM no exigía este requisito, porque supuestamente los cambios que se iban a aprobar con los ITS no eran significativos o correspondían a componentes auxiliares de la mina que no tendrían mayor relevancia en términos de los impactos ambientales o sociales que podían generar. Por ello es que los ITS se aplica en casos de modificación de “componentes auxiliares” y no “componentes principales”.

Pero la planta de molibdeno, la planta de filtros y el área de almacenamiento de concentrados no constituyen componentes auxiliares, en tanto forman parte de la cadena productiva en el proceso de extracción y procesamiento del mineral. Por los mismos motivos, la propia regulación del MEM considera que las plantas de almacenamiento constituyen componentes principales. El Reglamento Ambiental Minero aprobado en 2014 (Decreto Supremo 040-2014-EM) caracteriza a los componentes principales como “aquellos componentes relacionados directamente con la extracción y procesamiento del recurso mineral, tales como [...] la planta de procesamiento [...]”.

Esta cuestión también fue advertida en un informe de la Defensoría del Pueblo (2016: 3). Como advierte esta entidad en su informe, las dos guías técnicas creadas²⁹ por norma para definir las modificaciones mineras que pueden ser realizadas mediante ITS establecen que los elementos de la planta de procesamiento del mineral –como la planta de filtros o de molibdeno– son componentes principales. De ahí que la Defensoría concluya que se estaría haciendo un uso indebido del ITS, que solo debe ser contemplado “en los casos en que sea necesario modificar componentes auxiliares”. Para este organismo, “el acto administrativo [...] que otorga la conformidad al primer ITS, transgrede el principio de legalidad inherente a todo acto administrativo, por lo que debe dejarse sin efecto”.

Otra cuestión que destaca la Defensoría en el mismo informe (2016: 4) es que estas dos guías técnicas permiten la modifica-

29 La RM 310-2013-MEM/DM y la RM 120-2014-MEM/DM.

ción de componentes mineros principales mediante ITS. Pero ello contraviene lo dispuesto por la misma norma que crea la figura de los ITS (DS 054-2013-PCM), que restringe su aplicación a la modificación de componentes auxiliares. Por tales motivos, se estaría incurriendo en una vulneración del principio de jerarquía normativa, en la medida en que unas normas de inferior rango (las resoluciones ministeriales que aprueban las guías técnicas) exceden los límites y alcances de una norma de superior rango (el decreto supremo que crea y regula la figura de los ITS).

Existen otros aspectos importantes a resaltar sobre este ITS. Sobre la base de la revisión del expediente completo de este ITS por parte de especialistas en temas mineros, el equipo periodístico "Convoca" publicó en agosto de 2016 el informe "Zonas grises en estudio ambiental del millonario proyecto Las Bambas", en el que advierten de los potenciales impactos para la salud y el ambiente generados como consecuencia de las modificaciones realizadas en este ITS, y que no fueron evaluados adecuadamente por el MEM, particularmente en lo que se refiere al procesamiento del molibdeno (sustancia altamente nociva para la salud) y el manejo del agua y de materiales peligrosos y radiactivos³⁰.

Estos cambios realizados en el diseño original de Las Bambas sería uno de los principales desencadenantes del primer gran conflicto social producido en torno a la mina en 2015. A inicios de ese año, al ser alertados los dirigentes locales y provinciales de estos cambios que estaba realizando la mina, estos comenzaron a remitir numerosas solicitudes al gobierno central para que explicara las modificatorias inconsultas. El gobierno no mostró mayor interés en atender estas demandas, lo cual fue elevando el descontento de las organizaciones y sectores de la población involucrados en estas demandas, que optaron por convocar un paro provincial que se iniciaría el 25 de septiembre. El mismo día del inicio del paro, el Ministerio del Interior (MININTER) emitió una norma para autorizar la intervención del Ejército en apoyo a la Policía en las provincias de Grau y Cotabambas, incluyendo Chumbivil-

30 Fuente: <http://convoca.pe/especiales/las-bambas/zonas-grises-en-estudio-ambiental-del-millonario-proyecto-las-bambas>

cas y Espinar en Cusco. El 28 de septiembre, cuando transcurría el cuarto día de la movilización, la situación se desbordó. Un sector de pobladores movilizados intentó ingresar en las instalaciones de la minera y se enfrentó con la PNP; se registraron tres fallecidos y decenas de heridos y detenidos.

Posteriormente, con el inicio del transporte de concentrados de Las Bambas a través del denominado corredor minero a partir de 2016, el foco del conflicto en torno a Las Bambas se trasladaría ahí, situación que no ha variado hasta la actualidad.

Tercer Informe Técnico Sustentatorio

El tercer ITS aprobado a Las Bambas también presenta varios cuestionamientos. Este fue presentado por MMG el 17 de enero de 2015 y aprobado el 26 de febrero del mismo año, mediante RD 113-2015-MEM-DGAAM. Este ITS modificó el sistema de manejo de agua del depósito de relaves y, además, amplió el almacén de concentrados, que pasó de 20,000 a 47,000 toneladas (un aumento muy superior al 100%).

Sin embargo, es preciso señalar que al momento de la presentación de este ITS ya regía la norma que definía nuevos criterios técnicos para la aplicación de ITS (la RM 120-2014-MEM/DM, vigente a partir del 6 de marzo de 2014). En esta norma se estableció, para el caso de los almacenes, que una ampliación aprobada mediante ITS no puede ser mayor o igual al 20% de su extensión o capacidad aprobada originalmente. Por tanto, la modificación aprobada a Las Bambas mediante este ITS excedió incluso los parámetros establecidos por el mismo MEM para la modificación de componentes no significativos.

Plan Ambiental Detallado aprobado a Las Bambas

Los ITS no ha sido el único instrumento normativo con el cual se ha beneficiado a Las Bambas, y que ha sido una consecuencia

del debilitamiento de estándares ambientales y sociales para el desarrollo de proyectos extractivos, particularmente mineros. Una muestra de ello es lo que concierne al Plan Ambiental Detallado (PAD) aprobado a Las Bambas en febrero de 2020.

Sobre los Planes Ambientales Detallados

Para entender qué son los PAD, cabe hacer referencia al Decreto Supremo N° 013-2019-EM, publicado el 29 de mayo de 2019 se publicó y que modifica el Reglamento de Cierre de Minas (aprobado por Decreto Supremo 033-2005-EM). A partir del artículo 71 en adelante de esta norma, se definen las características y los procedimientos para obtener la aprobación de los denominados PAD. De acuerdo a la definición, los PAD permiten a las unidades mineras adecuar modificaciones a sus operaciones sin haber obtenido de manera previa la certificación ambiental correspondiente.

Existen varias cuestiones irregulares respecto a los PAD que cabe resaltar. En primer lugar, el PAD constituye un instrumento de gestión ambiental, regulado bajo la Ley del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. No resulta claro a partir de ahí por qué el PAD se desarrolla en un reglamento de cierre de minas, cuando debería estar regulado en el Reglamento Ambiental Minero. No resulta claro tampoco por qué el PAD tiene que evaluarlo la DGAAM del MEM y no el SENACE, en su condición de órgano competente en materia de certificación ambiental y además adscrito al Ministerio del Ambiente como ente rector de la materia.

De tal manera que, si los PAD constituyen EIA, y todos los EIA de los grandes proyectos mineros (como Las Bambas), se encuentran actualmente a cargo del SENACE, por lo tanto, no existe fundamento legal para que la competencia de su aprobación siga a cargo de la DGAAM del MEM. Ello vulnera el principio de competencia como requisito de validez de los actos administrativos³¹, en

31 En el numeral 1 del artículo 3 del TUO de la LPAG se establece como requisito de validez de los actos administrativos la competencia, la cual consiste en que el acto administrativo sea emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado.

la medida que el MEM sigue asumiendo una competencia que por materia ya no le corresponde.

Además, la norma que regula los PAD, que es un Decreto Supremo, contraviene una norma de rango superior, que es la Ley de Creación del SENACE, Ley 29968³². De acuerdo a esta norma, SENACE es el encargado de evaluar todos los instrumentos de gestión ambiental de proyectos que pueden generar impactos significativos (EIA detallados). Las excepciones solo pueden aprobarse por decreto supremo que cuente con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. La cuestión es que el Decreto Supremo N° 013–2019–EM, que modifica el reglamento de cierre de minas y aprueba los PAD, solo tiene la aprobación del presidente y los ministros de Energía y Minas y Ambiente. Es una causal de invalidez de esta norma en lo que refiere a la posibilidad que la DGAAM asuma competencias que por ley corresponden al SENACE.

Plan Ambiental Detallado aprobado a Las Bambas

De acuerdo a la Segunda Modificatoria del EIA de Las Bambas, aprobada por RD 559–2014–EM/DGAAM del 17 de noviembre de 2014, a las Bambas se le autorizó transportar su mineral mediante una flota de camiones en 125 camiones cargados por día, y 125 camiones retornando sin carga, más 60 vehículos que abastecerían de insumos a Las Bambas (combustible, insumos para la mina, transporte de personal, etcétera).

Para aumentar su flota de camiones, Las Bambas presentó su PAD en setiembre de 2019, solicitando, entre otras cosas, el aumento de un número no determinado de camiones diarios en casos de contingencias para evitar el sobre almacenamiento del mineral en su almacén permanente. Las contingencias a la que hace re-

32 En el artículo 1.3 de esta Ley se señala que: El SENACE es el ente encargado de revisar y aprobar los Estudios de Impacto Ambiental detallados (EIA-d) regulados en la Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, y sus normas reglamentarias, que comprenden los proyectos de inversión pública, privada o de capital mixto, de alcance nacional y multirregional que impliquen actividades, construcciones, obras y otras actividades comerciales y de servicios que puedan causar impactos ambientales significativos; salvo los Estudios de Impacto Ambiental detallados que expresamente se excluyan por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, a propuesta del sector correspondiente, los que serán evaluados por el sector que disponga el referido decreto supremo.

ferencia Las Bambas tienen que ver con situaciones de conflictos sociales que pueden paralizar el tránsito en el corredor minero y, por tanto, generar problemas de sobre almacenamiento en sus almacenes.

Mediante 208-2019/MINEM-DGAAM del 25 de noviembre de 2019, la DGAAM aprobó el PAD de Las Bambas sobre algunas modificaciones de componentes, pero no en lo que corresponde al aumento del número de camiones. La DGAAM negó tal solicitud porque Las Bambas no cumplió con acreditar el riesgo de tener un sobre almacenamiento por razones de contingencia. Además, Las Bambas tampoco pudo acreditar los riesgos ambientales o de seguridad que podrían generar estos escenarios de contingencia, y que a su vez podrían justificar aumentar el número de la flota de camiones.

De igual manera, Las Bambas no pudo acreditar los riesgos o afectaciones ambientales que buscó evitar o mitigar con el incremento de camiones (condición establecida para el PAD), toda vez que OEFA había evidenciado la superación de los ECA aire y ruido como consecuencia del transporte de minerales, dictando 2 medidas preventivas a través de las que se describen brevemente a continuación:

- Resolución 00046-2019-OEFA/DSEM del 13 de junio de 2019
A raíz de una acción de supervisión realizada por el OEFA entre el 6 y el 11 de junio de 2019, este organismo pudo acceder al registro audiovisual del número de camiones diarios que entraba y salía del campamento minero. A partir de ahí pudo identificar que el número de camiones excedía el número máximo de 125 camiones (ida y vuelta) definido en su instrumento de gestión ambiental. A partir de estos hallazgos, el OEFA interpuso una medida preventiva³³ con-

33 El artículo 22-A de la Ley del Sistema Nacional de Fiscalización Ambiental (Ley SINEFA), señala lo siguiente respecto a las medidas preventivas: “se imponen únicamente cuando se evidencia un inminente peligro o alto riesgo de producirse un daño grave al ambiente, los recursos naturales o derivado de ellos, a la salud de las personas; así como para mitigar las causas que generan la degradación o el daño ambiental. Para disponer una medida preventiva, no se requiere el inicio de un procedimiento administrativo sancionador. Dicha medida se ejecuta sin perjuicio de la sanción administrativa a que hubiera lugar. La vigencia de la medida preventiva se extiende hasta que se haya verificado su cumplimiento o que hayan desaparecido las condiciones que la motivaron”.

tra Las Bambas, ordenando cumplir el número de camiones establecido en su EIA. Para dictar su medida preventiva, el OEFA evaluó que el aumento de vehículos podría generar un mayor impacto en aire y ruido, a partir de lo analizado por SENACE en la Tercera Modificatoria del EIA de Las Bambas. La empresa había solicitado para esta Tercera Modificatoria aumentar el número de vehículos, a más de 200 camiones. Los argumentos utilizados por el SENACE para rechazar tal aumento fueron justamente los impactos ambientales adicionales que se podían generar por el aumento del número de vehículos.

- Resolución Directoral 00069–2019–OEFA/DSEM y Resolución 010–2020–OEFA/TFA–SE

Estas resoluciones se generaron a partir de una fiscalización ambiental integral que realizó el OEFA en el corredor minero comprendido en el ámbito de la provincia de Chumbivilcas. El estudio fue realizado entre junio y agosto de 2019, y fue una respuesta a las constantes quejas y demandas de las comunidades y autoridades locales de esta provincia frente a los impactos ambientales y sociales generados en el corredor minero debido al transporte de minerales. Como consecuencia de estas acciones, la Dirección de Supervisión de Energía y Minas (DSEM) del OEFA emitió la RD 00069–2019–OEFA/DSEM.

Los informes técnicos que sustentan esta Resolución evidencian una serie de vulneraciones al EIA de Las Bambas, producidas como consecuencia del transporte de los minerales. Por ejemplo, en el caso del componente ruido, se pudo identificar que, en 22 de los 26 puntos de monitoreo instalados, se excedían los Estándares de Calidad Ambiental (ECA) de ruido. Por su parte, en el caso del aire, en 2 de las 12 estaciones colocadas se excedían los ECA aire (generación de material particulado: PM10).

Ante estos hallazgos, OEFA interpuso a Las Bambas una serie de medidas preventivas, como por ejemplo implementar supresores de polvo en tramos donde existan localida-

des colindantes al corredor minero; garantizar el adecuado humedecimiento del corredor minero previo al paso de los camiones; restringir el tránsito de los camiones en las localidades de Velille y Ccapacmarca entre las 18 horas y las 05 horas del día siguiente. También se ordenó a Las Bambas modificar su EIA para incluir todas estas medidas.

De esa manera, como lo pudo acreditar el OEFA, Las Bambas estuvo transportando un mayor número de camiones de los que tenía permitido en su EIA, motivo por el cual esta entidad le interpuso una medida preventiva para que la mina no siga excediendo el número de camiones. La evaluación de esta medida se fundamentó en los impactos ambientales (aire y ruido) que se podrían generar por el mayor número de vehículos. Los fundamentos predictivos que sirvieron al OEFA para dictar esta medida preventiva le fueron confirmados luego, a partir de los resultados del monitoreo ambiental integral que se realizó en el corredor minero en el ámbito de la provincia de Chumbivilcas, y que determinaron que el transporte de minerales venía excediendo Estándares de Calidad Ambiental (ECA) de aire y ruido en distintos puntos de la carretera. A partir de esta evaluación realizada por el OEFA se impusieron otras medidas preventivas para que la minera implemente medidas que permitan reducir los impactos ambientales y sociales del transporte de los minerales. También se incluyó la necesidad de actualizar/modificar su EIA para incorporar todas las medidas contempladas por el OEFA.

El 18 de diciembre de 2019 Las Bambas interpuso recurso de reconsideración contra esta Resolución de la DGAAM en primera instancia que desaprobaba su PAD en cuanto al número de camiones solicitado (que no se había determinado en número). De esa manera, en este recurso, Las Bambas replanteó su PAD, y solicitó aumentar el número de camiones a 45 en casos de contingencias. Para desvirtuar los hallazgos del OEFA relacionados con los impactos ambientales y sociales (aire, ruido) y que hacían injustificable el pedido de añadir más camiones, Las Bambas presentó como “nueva prueba” unos monitoreos realizados por una consultora contratada por ella.

Tomando como referencia esta “nueva prueba” aportada por los monitoreos de Las Bambas, en este recurso de reconsideración la DGAAM considera subsanadas las observaciones que esta dirección mismo planteó en la primera instancia, respecto a los excesos en los ECA ruido y aire que había identificado el OEFA. La Resolución de la DGAAM no contrasta los resultados de este monitoreo realizado por un privado contratado por la empresa, con los informes realizados por el OEFA. No se puede determinar si correspondieron a los mismos puntos de monitoreo, cuál fue la metodología utilizada o en qué momentos del día se realizó. No se evidencia, por tanto, que estos informes puedan contradecir los resultados obtenidos por el OEFA en sus acciones evaluación y supervisión ambiental. La DGAAM resuelve al final otorgar la razón a la empresa minera, y autoriza el incremento de hasta 45 camiones en casos de contingencia mediante Resolución Directoral 047-2020- MINEM/DGAAM, aprobada el 28 de febrero de 2020.

El caso del Decreto Legislativo 1500 y su aplicación en los mecanismos de participación ciudadana

El 11 de mayo fue aprobado el Decreto Legislativo (DL) 1500, que establece medidas especiales para reactivar, mejorar y optimizar la ejecución de los proyectos de inversión pública, privada y público-privada ante el impacto del COVID-19. Este DL contiene una serie de medidas que tienen como finalidad optimizar la reactivación de los proyectos de inversión de estas características que fueron afectados o paralizados por los efectos del COVID-19, así como también impulsar aquellos otros nuevos proyectos en cartera que aún no han iniciado su ejecución. Conforme a lo establecido en el artículo 2 de esta norma, y lo que se interpreta de las facultades delegadas para emitir esta norma, esta es aplicable a proyectos de inversión pública, privada y público-privada en infraestructura pública y servicios públicos:

Artículo 2.- El presente Decreto Legislativo se aplica a las entidades públicas del Gobierno Nacional, titulares de pro-

yectos de inversión pública, privada y público privada en infraestructura pública y servicios públicos, así como a los Gobiernos Regionales y Gobierno Locales, en los términos establecidos en la presente norma, reconociendo el ejercicio irrestricto de sus competencias.

En este sentido, la norma señala que esta aplica para 1) infraestructura pública, y, 2) servicios públicos, ya sean estos proyectos de inversión públicos o privados. Proyectos de inversión de otra naturaleza se encontrarían, en principio, fuera del alcance de esta norma.

Pese a ello, en la reglamentación que se aprobó posteriormente para desarrollar este DL se le está dando un alcance amplio; es decir, se está aplicando a todo tipo de proyecto de inversión. Se pueden citar hasta 3 normas emitidas posteriormente que reglamentan los alcances de este DL y que amplían sus alcances:

- 1. Resolución del Consejo Directivo 00007–2020–OEFA/CD** que aprueba “Procedimiento de aplazamiento de la exigibilidad del pago de multas impuestas por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA en el marco de la Emergencia Nacional”: esta norma excede el alcance del DL 1500 (que es solo para proyectos de infraestructura o servicios públicos), siendo también aplicable a todos los proyectos de inversión bajo la competencia del OEFA.
- 2. Resolución del Consejo Directivo 00008–2020–OEFA/CD** que aprueba el “Reglamento de Acciones de Fiscalización Ambiental y seguimiento y verificación a Entidades de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA durante el Estado de Emergencia Sanitaria decretado en el país ante el brote del COVID–19”: el ámbito de aplicación de esta norma señala que esta es aplicable a todos los procedimientos desarrollados en el marco de la fiscalización ambiental a cargo del OEFA. Es decir, se repite el supuesto anterior, dado que esta norma reglamentaria extiende su aplicación a todos los procedimientos de OEFA y no solo a los que están referidos a infraestructura o de servicios públicos.

3. Resolución Ministerial 108-2020-MINAM que aprueba “Disposiciones para realizar el trabajo de campo en la elaboración de la línea de base ambiental de los instrumentos de gestión ambiental. De la misma manera, el ámbito de aplicación de esta norma señala que sus disposiciones son aplicables a los titulares de los proyectos de inversión pública, privada y pública privada que realicen excepcionalmente labores de campo para la elaboración de la línea base de los instrumentos de gestión ambiental durante el Estado de Emergencia y la Emergencia Sanitaria por el COVID-19.

Siguiendo con el DL 1500, esta norma flexibiliza una serie de requisitos y estándares ambientales que debe seguir todo proyecto de inversión. Los puntos más resaltantes a tomar en cuenta son los siguientes:

- Participación de opinantes técnicos en la elaboración de la línea de base: en el artículo 5.1 se otorga a la autoridad ambiental competente encargada de la certificación ambiental (haciendo referencia particularmente al SENACE) la posibilidad de elegir a aquellos opinantes técnicos que esta entidad considere “pertinentes” para la elaboración de la línea de base de un proyecto de inversión. Es decir, de acuerdo a esta norma, en el proceso de evaluación de la línea base de un EIA, el SENACE tiene la posibilidad de decidir si resulta necesaria (o no) la participación como opinantes técnicos de otras entidades estatales, como puede ser el caso de la Autoridad Nacional de Agua (ANA) o el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SERNANP).
- Modificaciones de componentes: permite a un titular modificar diversos componentes de su proyecto de inversión, así como implementar zonas de aislamiento y áreas médicas dentro del área del proyecto, sin requerir pasar por un proceso de certificación ambiental. El artículo tendría como objetivo permitir al titular que pueda adaptar sus instalaciones a las medidas de contención del COVID-19 dictadas por el gobierno. Por eso es que se describe que los componentes a modificar podrían ser campamentos, comedores, ofi-

cinas administrativas, almacenes de insumos y alimentos, entre otros componentes similares. Sin embargo, la norma otorga al titular un amplio margen discrecional para que pueda modificar componentes de su proyecto de inversión sin contar con la respectiva certificación ambiental. Incluso no se obliga al titular a regularizar dichas modificaciones posteriormente en sus respectivos EIA una vez concluida la emergencia sanitaria.

De forma contradictoria, en el artículo 9.2 se indica que, en caso los componentes construidos generen peligro inminente o alto riesgo al ambiente o salud de las personas, el OEFA u OSINERGMIN pueden imponer las sanciones correspondientes. Esta disposición va en contra del principio de prevención ambiental³⁴, que como su nombre lo indica, conlleva adoptar las medidas necesarias (de forma previa) para evitar que un riesgo pueda generar un daño o afectación al ambiente. La evaluación del riesgo depende justamente de la aplicación de los mecanismos ex ante que conlleva todo proceso de certificación ambiental, y que en el caso de este Decreto Legislativo se está omitiendo irregularmente.

Modificaciones en los mecanismos de participación ciudadana con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1500

Fuera de estos y otros aspectos cuestionables del DL 1500, lo que interesa resaltar en este análisis tiene que ver con las modificaciones que realiza en los procedimientos de participación ciudadana. En el artículo 6.1 se dispone que todos los mecanismos de participación ciudadana (implementados antes y después de la aprobación de los EIA) tienen que adecuarse a las medidas sanitarias definidas para contener la propagación del COVID-19.

34 El numeral VI de la Ley General del Ambiente define al principio de prevención de la siguiente manera: “La gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan”.

En ese sentido, y aunque no lo indique explícitamente, la norma permite la suspensión de aquellos procedimientos que conllevan la presencia física del titular del proyecto de inversión y la población (por ejemplo, talleres o audiencias públicas), pudiendo ser reemplazados por medios electrónicos, virtuales u otros medios de comunicación, y según lo determine la autoridad competente encargada de la evaluación del EIA o de su modificación (SENA-CE). En el numeral 6.2 se indica que se debe garantizar que la población pueda contar oportunamente con información sobre el proyecto de inversión y que se encuentre abierto el canal de recepción de comentarios o sugerencias al mismo.

Además, la norma señala que los mecanismos de participación ciudadana deben adecuarse a las características de la población que participa y del entorno en donde se ubica el proyecto. Ello implica que, en la evaluación de la ejecución de mecanismos de participación ciudadana a través de medios electrónicos, virtuales u otros medios de comunicación, no solo se debe evaluar la posibilidad de ejecutar estos medios, sino las características culturales de la población, las cuales pueden variar significativamente según su ubicación geográfica.

Existen una serie de problemas en la aplicación de este artículo, debido a que las reuniones virtuales no son un mecanismo tradicional de deliberación y menos de toma de decisiones de muchas de las poblaciones que suelen ser los protagonistas de estos mecanismos de participación ciudadana, y que son principalmente pueblos indígenas. Los ritmos virtuales son muy rápidos y tienen dinámicas distintas que imposibilitan desarrollar un proceso de discusión adecuado y con pertinencia cultural.

El Convenio 169 OIT establece en su artículo 2, numeral 2, inciso b) que los gobiernos deberán desarrollar acciones con miras a proteger los derechos de los pueblos indígenas y a garantizar el respeto de la integridad de estos derechos, ejecutando acciones con medidas que promuevan la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones. En el artículo 8 se establece como obligación de los Estados

aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados tomando debidamente en consideración sus costumbres y su derecho consuetudinario. En este caso, el Decreto legislativo 1500 al considerar mecanismos de participación virtual no está protegiendo, ni adecuando la normativa a la realidad cultural de los pueblos indígenas, pues estos pueblos no siempre utilizan, conocen, ni manejan fácilmente los equipos tecnológicos como laptops, celulares, o tablets que les permitan tener una participación plena y efectiva.

Además, en gran parte de los territorios donde se aplican estos mecanismos de participación ciudadana, existe una brecha de conectividad y escaso acceso a Internet. No se cuenta con la infraestructura tecnológica necesaria para conectarse adecuadamente, y tampoco se han desarrollado capacidades sobre cómo utilizar plataformas virtuales de comunicación entre estas poblaciones.

Otro aspecto relevante, es que la consulta virtual no permite el desarrollo de un proceso deliberativo desde las bases, proceso en el cual son las asambleas comunales las que toman la decisión. Estos procesos de discusión al interior de las comunidades que requieren de asambleas presenciales se desnaturalizan con las medidas propuestas por el Decreto Legislativo 1500.

Estos problemas con la aplicación de mecanismos virtuales de participación ciudadana y consulta previa, también han sido advertidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su Informe de abril de 2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas” (Resolución 1/2020). La Recomendación 57 de dicho Informe dirigida a los Estados miembros, como el Perú, señala lo siguiente:

“Abstenerse de promover iniciativas legislativas y/o avances en la implementación de proyectos productivos y/o extractivos en los territorios de los pueblos indígenas durante el tiempo en que dure la pandemia, en virtud de la imposibilidad de llevar adelante los procesos de consulta previa, libre e informada (debido a la recomendación de la OMS de

adoptar medidas de distanciamiento social) dispuestos en el Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales y nacionales relevantes en la materia”.

De esa manera, la CIDH recuerda a los Estados que, para el ejercicio correcto del derecho a la consulta, se requiere siempre considerar las prácticas culturales de los pueblos indígenas, especialmente sus formas ancestrales de organización colectiva y procesos de toma de decisiones. En esa medida, la imposición de procesos de consulta mediante plataformas digitales implicaría una “vulneración al derecho a la participación real y efectiva de estos colectivos”³⁵. Por ello los Estados deben abstenerse en el período de la pandemia de otorgar permisos a proyectos de inversión, principalmente proyectos extractivos, en territorios de pueblos indígenas.

Análisis del Informe de Adjuntía N 03–2020–DP/AMASPPI.MA de la Defensoría del Pueblo sobre la aplicación del Decreto Legislativo 1500

Al respecto, cabe tomar en cuenta el Informe del Área de Medio Ambiente Adjuntía del Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo, Informe de Adjuntía N 03–2020–DP/AMASPPI.MA denominado “Participación ciudadana ambiental en tiempos de COVID–19”. Este informe realiza un análisis de los alcances del artículo 6 del DL 1500 que regula la participación ciudadana virtual, identificando una serie de problemas en su aplicación. Para sustentar su posición, la Defensoría realiza un análisis de 9 planes de participación ciudadana aprobados entre mayo y agosto de 2020 por parte del SENACE (5 de electricidad, 3 de transporte y 1 de minería), y que por lo tanto se rigieron por el DL 1500.

Como señala la Defensoría en este informe, “el Decreto Legislativo N° 1500, señala que los mecanismos de participación ciudadana deben adecuarse a las características de la población que participa y del entorno en donde se ubica el proyecto. No obstante,

³⁵ Fuente en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/103.asp>

de la revisión de las 9 resoluciones aprobatorias y de los informes que las sustentan, emitidas por el Senace, se observa que no se habría analizado, en todos los casos, los medios disponibles en el entorno, ni el nivel de acceso de la población a los medios propuestos por el titular” (pág. 40 del Informe). Por ejemplo, “Aun cuando en los 9 planes de participación ciudadana aprobados o modificados, se ha previsto el uso de la telefonía móvil, del servicio del internet, y de la radio para la realización de los mecanismos de participación ciudadana, no en todos los casos se habría evaluado el acceso a estos medios para la población hacia quienes va dirigida” (pág. 41).

Tampoco se observa en los planes aprobados, que se haya recogido información relativa al acceso de internet a través de los teléfonos móviles de la población participante. Además, solo 4 planes consignan información sobre el acceso de la población a equipos de sonido o radio, pese a que todos los proyectos de inversión utilizan la radio para difusión, convocatoria, recepción de sugerencias y consultas durante la ejecución de los mecanismos de participación aprobados por el SENACE. Asimismo, “de la revisión de los planes de participación que contemplan el uso de internet para el desarrollo de los talleres y/o audiencias, no se observa que se haya tenido en consideración las habilidades en el uso de tales tecnologías (Google Meets, Zoom, Facebook, u otros) por parte de la población” (pág. 48).

A partir de esta revisión realizada por la Defensoría, esta concluye que en estos planes aprobados por el SENACE “no se realiza un análisis integral de las variables requeridas para asegurar el adecuado acceso a los medios de comunicación virtuales o electrónicos aprobados para la implementación de los mecanismos de participación ciudadana. Sumado a ello, no se consigna información completa y detallada respecto a todos los medios electrónicos, virtuales u otros medios de comunicación del ámbito de influencia social del proyecto de inversión, que constituya una adecuada motivación de los actos administrativos que aprueban los medios elegidos para la implementación de los mecanismos de participación ciudadana” (pág. 43).

A partir de ahí, la Defensoría recomienda que en la evaluación de los planes de participación ciudadana que contemplen la implementación de mecanismos por medios electrónicos, virtuales u otros, la autoridad ambiental competente debe considerar el acceso a energía eléctrica, adecuado nivel de acceso a los servicios de telecomunicaciones (telefonía, internet, televisión y radio, según corresponda de acuerdo al caso concreto). Además, recomienda al MINAM que establezca lineamientos para la implementación virtual o electrónica de los mecanismos de participación ciudadana, incorporando, entre otros, los criterios anteriormente mencionados (pág. 44). De igual manera, la autoridad competente debe considerar las habilidades de la población “para utilizar los equipos y tecnologías virtuales o electrónicos que se utilizarán en los mecanismos de participación ciudadana, así como la previsión de medidas destinadas a asegurarlas, a fin de garantizar el goce efectivo de este derecho, de acuerdo a las características de la población del ámbito de influencia del proyecto” (págs. 48 y 49).

Aplicación del Decreto Legislativo 1500 en casos concretos

A partir de la revisión del Informe recién citado de la Defensoría del Pueblo, y el Informe que el Subgrupo sobre Derrames del Grupo de Pueblos Indígenas de la Coordinadora de Derechos Humanos remitió al Congreso de la República sobre esta norma, se han podido identificar algunos casos concretos en los cuales la aplicación del DL 1500 no ha promovido una adecuada participación ciudadana para la aprobación de determinados proyectos de inversión. A continuación, se citan los puntos más resaltantes de algunos de estos casos:

El caso de la unidad minera Constancia

El 28 de febrero de 2020, la empresa presentó el Plan de Participación Ciudadana, en el marco del proceso de evaluación de la Tercera Modificatoria del EIA de la unidad minera Constancia, perteneciente a la empresa canadiense Hudbay. Mediante RD 00095-2020-SENACE-PE/DEAR del 13 de agosto de 2020, el SENA-

CE aprobó el Plan de Participación Ciudadana, habiéndose adecuado a lo establecido por el DL 1500 y las normas mineras generales sobre participación ciudadana. Esta RD se aprobó sobre la base del informe técnico 469-2020-SENACE-PE/DEAR.

Las comunidades incluidas en el plan de participación ciudadana son las comunidades y organizaciones que se encuentran dentro del área de influencia social directa, como es el caso de las comunidades campesinas de Chilliroya y Uchucarco. También se incluye a las comunidades de Urasana, Merques y Huaylla Huaylla, las cuales se encuentran dentro del área de influencia social indirecta.

El plan de participación ciudadana aprobado en el marco del DL 1500, contempla 3 mecanismos: 1) la “interacción remota” mediante llamadas telefónicas y video llamadas. Ello con la finalidad de garantizar el distanciamiento social como medida para prevenir el contagio del COVID-19; 2) uso de material informativo digital (virtual) para ser distribuido a la población del área de influencia social; 3) implementación de una oficina de atención permanente virtual, con dos números telefónicos de trabajadores de la empresa para la atención del público.³⁶

Además, el plan también incluye la realización de dos talleres virtuales (webinars). Sobre estos talleres se han formulado los principales cuestionamientos de la población sobre los mecanismos de participación ciudadana aplicados por Constancia. De acuerdo a testimonios de integrantes de las comunidades participantes, que fueron recogidas por la ONG Derechos Humanos Sin Fronteras, en el taller virtual realizado con la Comunidad de Chilloroya hubo una escasa asistencia, aproximadamente un 30% del número total de comuneros que suele participar en las asambleas comunales a nivel presencial.

Además, en los talleres realizados la conectividad a internet fue bastante deficiente y los equipos con los que contaban los participantes no eran apropiados. La empresa no contribuyó a brin-

³⁶ Fuente en: páginas 10 y 11 del Informe técnico 469-2020-SENACE-PE/DEAR que sustenta la aprobación del Plan de Participación Ciudadana de Constancia.

dar algún soporte tecnológico que hubiera permitido mejorar la conectividad de los participantes o manejar con mayor nivel de conocimiento la plataforma digital utilizada para la reunión.

Otra cuestión importante a tomar en cuenta, a partir de lo manifestado por integrantes de estas comunidades que participaron en estos talleres virtuales, es que la empresa no dispuso la participación de intérpretes que pudieran traducir todo lo presentado por la empresa a la lengua quechua que es predominante en la zona. Ello a pesar de que en el mismo Informe 469-2020-SENACE-PE/DEAR que sustenta la aprobación del plan de participación ciudadana, la empresa Constancia reconoce que un poco más de la tercera parte de la población del área de influencia social directa del proyecto minero tiene como lengua materna al quechua: 67.1% en el caso de la población de la Comunidad Chilloroya, y el 68.9% en el caso de la Comunidad Uchucarcco. Además, en el mismo párrafo la empresa señala que “asegurará la disponibilidad de un equipo de facilitadores quechua hablantes y la publicación de material de difusión en idioma quechua”³⁷. Esta cuestión no se cumplió en el caso de los talleres virtuales realizados, conforme se desprenden de los testimonios.

El caso del Terminal Portuario Multipropósito de Chancay

El 8 de junio de 2020, SENACE aprobó la modificación del Plan de Participación Ciudadana del proyecto “Ampliación de la Zona Operativa Portuaria – Etapa 1 del Terminal Portuario Multipropósito de Chancay”, ubicado en el distrito de Chancay, provincia de Huaral, departamento de Lima. Esta se aprobó mediante RD 46-2020-SENACE-PE/DEIN, sobre la base del Informe 00320-2020-SENACE-PE/DEIN. La modificatoria se orientó a adecuar el plan de participación ciudadana a lo establecido en el DL 1500.

De acuerdo al Informe N° 00320-2020-SENACE-PE/DEIN (ítems 3.12, 3.20 y 3.26), el área de estudio social del Proyecto abarcó un

³⁷ Fuente en: página 14 del Informe técnico 469-2020-SENACE-PE/DEAR que sustenta la aprobación del Plan de Participación Ciudadana de Constancia.

total de diecinueve localidades ubicadas en los sectores Peralvillo, Chancay Puerto y Los Álamos. El plan de participación ciudadana adaptado al DL 1500, aprobó la transmisión de la audiencia pública únicamente a través de la radio y la televisión por cable. No se consideró el uso del internet, pese a que el 60.9% de la población del área del estudio social cuenta con este servicio en sus hogares y que el uso de las redes sociales constituye uno de los medios de comunicación más empleados en los hogares del área de estudio social del proyecto con un porcentaje del 32.5% similar al porcentaje de la radio.

Existen serios cuestionamientos por parte de dirigentes de la zona sobre la forma cómo se han venido aplicando los mecanismos de participación ciudadana en el marco del DL 1500. El 27 y 28 de junio el SENACE convocó a una audiencia pública no presencial. Como describe el informe del Subgrupo de Derrames petroleros de la CNDDHH, las organizaciones locales, agrupadas en la Coordinadora en defensa de los intereses de Chancay, expresaron su rechazo a esta audiencia virtual. De acuerdo a William Jurado, coordinador general del Comité de Vigilancia Ambiental del humedal Santa Rosa de Chancay:

“los talleres de participación ciudadana vienen desde el año pasado, faltando la realización de dos reuniones participativas, una especializada, con expertos y otra con la sociedad civil, previas a la Audiencia Pública. Senace aprobó el Plan de Participación Ciudadana presentado por la empresa antes del inicio de la pandemia, y después la empresa solicitó acogerse al Decreto Legislativo 1500. Cuando han aprobado el plan han decidido juntar dos reuniones y la audiencia en un solo día, hemos presentado reclamos porque la audiencia pública se ha realizado por dos canales de televisión locales que la gente no ve, en el horario de la mañana, inadecuado para que tuviera audiencia de la población, y en una radio. Nosotros hemos reclamado para que se postergue, pero al final la han realizado, ante nuestro reclamo nos respondieron que estaba de acuerdo a ley. La empresa tiene un sector que está favor de la construcción del megapuerto, este sector ha participado de la audiencia. Mucha gente

ni siquiera se enteró de la audiencia, no la ha visto y no ha participado (...) Nosotros hemos solicitado un informe a SENACE para que nos expliquen cual fue la cobertura que tuvieron, ellos nos han respondido explicándonos solamente sobre las preguntas que han realizado, han puesto números telefónicos para que la gente participe, sólo han dado dos horas para las llamadas de la población. Así ha sido la metodología supuestamente. Han hecho las dos reuniones y la audiencia pública. Fue algo de dos horas la exposición de la empresa el día sábado en la mañana, luego han hecho preguntas y el día domingo la gente debía contestarlas. Así ha sido (...) Nosotros pensamos que la empresa ha realizado la audiencia virtual porque no le convenía realizar una Audiencia Pública presencial, dado que sabe que existe oposición a la construcción del mega puerto”

Otro testimonio que recoge el informe es el de Alejandro Cárdenas Soto, pescador artesanal, ex presidente del sindicato de pescadores del puesto de Chancay, quién señaló que no pudo participar de la audiencia pública no presencial debido a que no sintoniza las emisoras y el canal de televisión en la cual se transmitió. Existe poca gente que sintoniza el canal de televisión por el cual se transmitió la audiencia.

Estos problemas en la aplicación de los mecanismos de participación ciudadana, también son analizados por la Defensoría del Pueblo en su Informe de Adjuntía 03-2020-DP/AMASPPI.MA (pág. 80):

“(…) a partir de la revisión de la modificación del Plan de Participación Ciudadana del proyecto de inversión “Ampliación de la Zona Operativa Portuaria – Etapa 1 del Terminal Portuario Multipropósito de Chancay”, se detectó que no se estaría garantizando en todos los casos la mayor accesibilidad de la población al establecer los medios para la ejecución de los mecanismos de participación ciudadana. En efecto, en dicho caso, se optó por la realización de mecanismos de participación ciudadana a través del uso de la radio y televisión, aun cuando existían medios complemen-

tarios, como el internet con un acceso del 60.9% por parte de la población del área de estudio social del proyecto”.

El caso del Terminal Marítimo de Matarani

El 16 de julio de 2020, el SENACE´ aprobó el Plan de Participación Ciudadana del proyecto “Remodelación y ampliación del sistema de almacenamiento y embarque de mineral concentrado en el Terminal Marítimo de Matarani”, mediante RD 66–2020–SENACE–PE/DEIN, que se sustenta en el informe técnico 435–2020–SENACE–PE–DEIN.

De acuerdo a lo indicado en el Informe 435–2020–SENACE–PE–DEIN, el titular del proyecto prevé la realización de un taller participativo y una audiencia pública en modalidad no presencial, utilizando plataformas virtuales como Google Meet, Facebook, pudiendo variar de acuerdo a las condiciones del contexto social. Asimismo, se indica que las consultas podrán ser remitidas en línea, una vez culminada la fase informativa del taller participativo y de la audiencia pública. En el caso de la audiencia pública, se precisa que dichas consultas serán absueltas en el mismo evento³⁸. Tanto este taller como la audiencia pública se encuentran dirigidos a la población del área de influencia social directa, que corresponde principalmente al centro poblado Matarani, ubicado en el distrito y provincia de Islay, departamento de Arequipa.³⁹

Sin embargo, como advierte la Defensoría del Pueblo en el informe N° 03–2020–DP/AMASPPI.MA, en este plan de participación ciudadana se prevé el uso de telefonía para la formulación de consultas, quejas y comentarios, pero no se aprecia información ni análisis sobre el acceso de la población a este medio de comunicación (pág. 41). El plan tampoco incorpora el porcentaje de la población que tiene acceso a internet, limitándose a precisar

38 Fuente: Informe N° 00435–2020–SENACE–PE/DEIN, Anexo N° 05. Plan de Participación Ciudadana de la Segunda Modificación del EIA del Proyecto “Remodelación y Ampliación del Sistema de Almacenamiento y Embarque de Mineral Concentrado en el Terminal Marítimo de Matarani”, p. 29

39 Fuente: Informe N° 00435–2020–SENACE–PE/DEIN, Anexo N° 05. Plan de Participación Ciudadana de la Segunda Modificación del EIA del Proyecto “Remodelación y Ampliación del Sistema de Almacenamiento y Embarque de Mineral Concentrado en el Terminal Marítimo de Matarani”, p. 8, apartado VI

el medio a utilizar (Google Meets, Facebook) (pág. 47). Por tales motivos, la Defensoría considera que el SENACE en su informe no incorpora “información detallada respecto a los porcentajes de acceso a medios electrónicos, virtuales u otros; así como la fuente de información o nivel de la información que hayan podido considerar para el uso de dichos medios en la implementación de los mecanismos de participación ciudadana” (pág. 44).

El caso de la Reserva Nacional Mar Tropical de Grau

Características de la Reserva Nacional Mar Tropical Grau

La propuesta de crear la Reserva Nacional Mar Tropical de Grau busca preservar un total de 155 mil hectáreas en cuatro sectores de las costas de Piura y Tumbes del Perú (Baldovino 2021), los cuales se detallan a continuación:

- “Arrecifes de Punta Sal (muy alta diversidad biológica de corriente tropical. Posee el mayor número de nuevos registros para el Perú de peces, corales, esponjas marinas y equinodermos, así como varias nuevas especies para la ciencia, como las esponjas calcáreas e incrustantes y bacterias marinas).
- Cabo Blanco–El Ñuro (muy alta diversidad biológica de corriente Tropical. Primer lugar de alimentación y refugio de tortugas marinas verdes de la costa peruana).
- Isla Foca (muy alta diversidad biológica. La isla más al norte del litoral peruano. Mezcla de corrientes y vital como guardería de bancos de peces de importancia comercial).
- Banco de Máncora (muy alta diversidad biológica de especies bentónicas de corriente Tropical. Una montaña sub-

marina de roca basáltica que actúa como un imán para la vida submarina)" (Gestión 2020).

La importancia de crear una Reserva Nacional

La propuesta de Reserva Nacional Mar Tropical de Grau, que recorre las costas de Piura hasta Tumbes pretende conservar áreas donde confluyen las corrientes cálidas y frías, que convierten a esta área en un ecosistema único en el mundo. Además, alberga el 70% de especies marinas del país. No en vano es considerada la zona más biodiversa del mar peruano (Estrada 2020). El establecimiento de esta Reserva Nacional permitirá conservar 116 139,95 ha de un ecosistema no representado actualmente dentro del SINANPE, además de incrementar en 28,75 % el área marina incluida actualmente en las ANP de nuestro país" (MINAM 2016b, pág. 51).

De acuerdo al Ministerio del Ambiente (MINAM) (2016b, pág. 51), "este es el refugio de una gran diversidad de especies de ballenas y el hábitat de alimentación de especies amenazadas, como las tortugas marinas y decenas de criaturas que la ciencia apenas acaba de descubrir; también alberga especies endémicas, como gorgonias y esponjas; o, amenazadas, como el caballito de mar y el petrel de Galápagos; pero, sobre todo, es una zona prioritaria para garantizar el uso sostenible de los recursos marinos como el mero, la merluza, cabrilla, cachema y otros, para las futuras generaciones".

El establecimiento de una ANP es de suma importancia para un país como el Perú. Como recoge la Defensoría del Pueblo, de acuerdo a un ranking elaborado por el Banco Mundial en el 2018, el Perú ocupa el último lugar de la región y el puesto 138 a nivel mundial en la protección de áreas marinas. Solamente el 0.5% del mar peruano se encuentra protegido bajo la modalidad de área natural protegida. Otros países, como por ejemplo Chile, se encuentra en el puesto 16 con el 25% de sus mares protegidos (Defensoría del Pueblo 2019).

A la fecha, el Perú cuenta con solo con 5 áreas marinas protegidas, que comprenden un porcentaje de costa y un porcentaje de mar. Según el listado oficial del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE) se detallan las siguientes: i) la Reserva Nacional de Paracas (1975); ii) la Reserva Nacional Sistema de Islas, Islotes y Puntas Guaneras (2009); iii) la Zona Reservada Illescas (2010); iv) la Reserva Nacional de San Fernando (2011); y v) la Reserva Nacional Dorsal de Nasca (2021). Con ello, la superficie marina protegida por área natural protegida en el Perú asciende a 7.76% del territorio nacional (SERNANP 2022).

Con la creación de la Reserva Nacional Mar Tropical de Grau, se permitiría aumentar el número de áreas marinas protegidas que cuenta el Perú, lo cual es acorde con los compromisos a nivel nacional o internacional que ha adoptado el país sobre esta materia y que sirven de sustento para la creación de reservas nacionales marinos. Entre ellas resalta las Metas Aichi N° 11, adoptadas en la Cumbre de Río de 1992 sobre diversidad biológica, y que fue ratificado por el Congreso mediante Resolución Legislativa 26181 de 1993, suscribiendo el Convenio sobre la Diversidad Biológica que rige hasta la actualidad en el país. De acuerdo con las Metas Aichi, "al 2020, el Perú debe proteger el 10% de su territorio marítimo (Actualidad Ambiental 2020). Sin embargo, el Perú, hasta el 2020, tenía solo el 0.5% de superficie marina protegida por área natural protegida y ascendió en el 2021 a 7.76% con la creación de la Reserva Nacional Dorsal de Nasca (SERNANP 2022).

Esta meta también ha sido recogida por la CEPAL y la OCDE en su Evaluación sobre el Desempeño Ambiental de Perú de 2017 en su Recomendación 20:

"20. En su condición de país megadiverso, continuar los esfuerzos de protección de ecosistemas terrestres subrepresentados y aumentar la superficie marina protegida para avanzar hacia el cumplimiento de la meta 11 de Aichi. Asegurar la representatividad de todos los ecosistemas marinos peruanos teniendo en cuenta la propuesta de crear áreas marinas de importancia ecológica o biológica en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica. En cuan-

to a los ecosistemas continentales, considerar la posibilidad de aumentar la representación en el sistema de áreas naturales protegidas de los tipos de hábitat acuáticos". (CEPAL y OCDE 2017, pág. 120)

Por su parte, a nivel interno, el Objetivo Nacional N°6 del Plan Bicentenario es la "Conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y la biodiversidad", que implica "lograr el aprovechamiento racional y sostenible de los recursos naturales y la biodiversidad, a fin de garantizar su conservación para las generaciones futuras, así como el derecho de las personas a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de sus vidas".

Asimismo, recientemente se aprobó la Política Nacional Marítima 2019 – 2030, mediante Decreto Supremo N° 012–2019–DE. Dentro del Objetivo Prioritario 4 de dicha Política, "Asegurar la sostenibilidad de los recursos y ecosistemas en el ámbito marítimo", se encuentra el Lineamiento Lineamientos 4.2: "Mejorar la protección en las áreas naturales protegidas, en el ámbito marítimo".

Antecedentes de la iniciativa para crear la Reserva Nacional Mar Tropical Grau

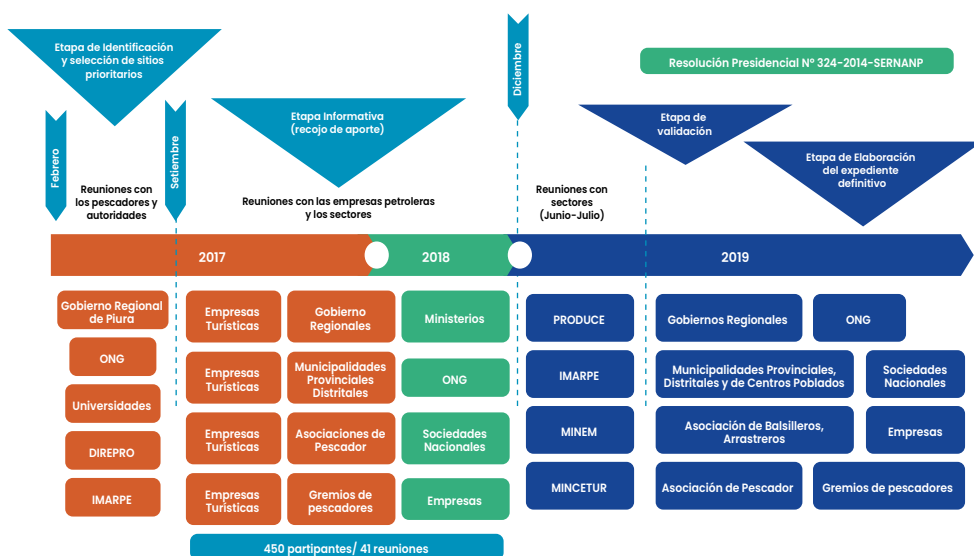
La iniciativa para crear esta Reserva Nacional nació hace una década, impulsada por organizaciones de la sociedad civil (como Naturaleza y Conservación Internacional – NCI y Oceana Perú) y los gobiernos locales de la provincia de Talara. Posteriormente, esta idea fue recogida por el Gobierno Regional de Piura y el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SERNANP) (Oceana 2020). En marzo de 2016, el entonces ministro del Ambiente, Manuel Pulgar–Vidal, anunció la creación de la Reserva Nacional Mar Pacífico Tropical. Desde ese mismo año, la Defensoría del Pueblo también comenzó a insistir en la creación de la Reserva Nacional Mar Tropical de Grau (MINAM 2016a).

Posteriormente, a partir de la realización de diversas reuniones y talleres realizados por el SERNANP con distintos actores del sector, en diciembre de 2018, la entonces ministra del Ambiente, Fabiola

Muñoz, anunció que la Reserva Nacional Mar Tropical de Grau se crearía en el primer trimestre de 2019.

A continuación, se detalla la línea de tiempo y etapas del proceso hasta 2019, año en el cual se anunció la creación de la Reserva Nacional:

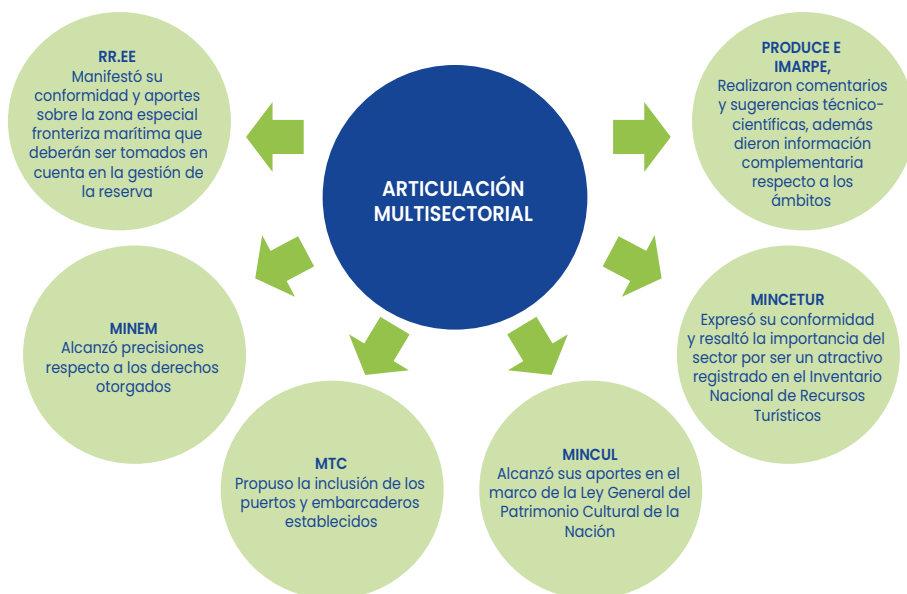
LÍNEA DE TIEMPO Y ETAPAS DEL PROCESO



Fuente: SERNANP extraído del Foro para la Pesca y Acuicultura Sostenibles (2019)

Como se puede verificar de la imagen, el proceso para la creación de esta Reserva Nacional ha implicado un largo proceso de socialización ante actores de la sociedad civil y empresariales de la zona, que son principalmente pescadores y familias que dependen del recurso marino. A nivel del Estado, este proceso impulsó una articulación multisectorial con distintos ministerios, cada uno conforme a sus competencias como se puede apreciar en la siguiente imagen:

Referido a la queja presentada por el incumplimiento del Gobierno Peruano de sus obligaciones en el marco del Acuerdo Comercial entre Perú y La Unión Europea



Fuente: SERNANP extraído del Foro para la Pesca y Acuicultura Sostenibles (2019).

Obstáculos para la aprobación de la Reserva Nacional Mar de Grau

Como se indicó previamente, se había definido que la Reserva Nacional Mar de Grau se aprobaría en 2019, tal como también lo había solicitado a inicios de ese año la Defensoría del Pueblo⁴⁰. Sin embargo, cumplido dicho año, y hasta el presente año 2022, este proyecto no se ha concretado.

Como lo describe detalladamente un reportaje del portal Web “Ojo Público”, el fracaso, hasta la fecha, de la creación de esta Reserva Nacional se debe principalmente a los reparos del sector hidrocarburos, sea por parte de los organismos gubernamentales o por parte de los gremios empresariales. Desde que se planteó la creación de la Reserva Mar Tropical de Grau, las ma-

⁴⁰ En marzo de 2019, el Defensor del Pueblo, Walter Gutiérrez, recomendó a la entonces ministra del Ambiente, Lucía Ruiz Ostojic, priorizar en su agenda sectorial la creación de la Reserva Nacional del Mar Tropical Grau (Defensoría del Pueblo 2019).

nifestaciones en contra de su creación por parte de la Sociedad Nacional de Hidrocarburos, Perupetro y el Ministerio de Energía y Minas (MINEM), han sido evidentes. Estas entidades han observado la iniciativa entre 2018 y 2019. En líneas generales, señalan que no deben ponerse en riesgo los contratos de hidrocarburos y tampoco generar un clima de inseguridad jurídica que podría paralizar las actividades en la industria⁴¹.

Por ejemplo, en el caso del MINEM, en febrero de 2019 este ministerio manifestó su opinión ante el SERNANP. Dicho ministerio recomendó la desaprobación de la propuesta, puesto que el proyecto se superpone a lotes petroleros, carece de sustento técnico, lo que constituye un riesgo para la seguridad jurídica y vulnera la estabilidad jurídica de los contratos petroleros vigentes y posibles futuros contratos⁴².

Por su parte, en el caso de Perupetro, la empresa estatal encargada de suscribir y supervisar los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos en el país, esta señaló en un documento del año 2018 enviado al SERNANP, que, si bien la creación de un área protegida no tenía efectos retroactivos ni afectaba derechos preexistentes, el artículo 5 de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, Ley 26834, establece todo lo contrario, al condicionar los derechos adquiridos a los fines y objetivos de esas áreas. En ese sentido, Perupetro recomendó al Estado que, para evitar distintas interpretaciones, se elimine el mencionado artículo.

De acuerdo con Perupetro, a noviembre del 2018, son cinco los lotes que se encuentran en el área propuesta para conservación, de los cuales cuatro se encuentran en explotación. El primero es el lote Z-1 de la empresa Pacífico Off Shore, en la zona de Arrecifes de Punta Sal. Según información del SERNANP, el área superpuesta a la reserva representa el 4,34 % de esta concesión. En el caso de la empresa Savia Perú, existen dos lotes superpuestos, aunque el Z-6, ubicado en la Isla Foca, no está en funcionamiento por

41 Fuente en: <https://ojo-publico.com/2279/una-reserva-marina-bloqueada-por-intereses-petroleros>.

42 Fuente en: <https://ojo-publico.com/2279/una-reserva-marina-bloqueada-por-intereses-petroleros>.

problemas sociales. Solo el lote Z-2B tiene puntos en común, y el área de la reserva representa el 12 % de la concesión. Otros dos lotes se encuentran concesionados en esta propuesta de área: el lote X, de la empresa Petrobras Energía Perú S.A., con un 0,01 % de superposición, también en la zona de Cabo Blanco-El Ñuro; y la empresa KEI (Karoon) Perú, en el Banco de Máncora, con 10,62 % de su concesión considerado dentro de la reserva⁴³.

En el caso de los gremios empresariales asociados al sector hidrocarburos, en 2018, el presidente de la Sociedad Peruana de Hidrocarburos, Felipe Cantuarias Salaverry, aseguró que su gremio está de acuerdo con la creación de la reserva, pero que –al igual que el MINEM y Perúpetro– advierten que la Ley de Áreas Naturales Protegidas y su reglamento no garantizan la coexistencia de la protección de áreas naturales y el desarrollo de actividades económicas en simultáneo⁴⁴.

En respuesta a estas posiciones, el MINAM ha señalado que el establecimiento de la Reserva Nacional Mar de Grau no limitaría los derechos preexistentes y futuras inversiones exploratorias en la cuenca sedimentaria (MINAM 2016b, págs. 53 y 54):

“El expediente técnico para el reconocimiento de la Zona Reservada reconoce claramente que el ámbito de la propuesta es también una zona con alto potencial de hidrocarburos y con lotes petroleros en operación. Al respecto, tal como se contempla en la Constitución Política del Perú y en la normatividad peruana, la creación de ZR o ANP respetan los derechos preexistentes, sin afectar la estabilidad jurídica de las empresas que operan en la zona (Propiedad, posesión, concesiones, entre otros). Por lo que, no se afectarían los derechos de exploración o explotación petrolífera preexistentes, al igual que los Estudios de Impacto Ambiental de los lotes petroleros superpuestos, previamente aprobados.

⁴³ Fuente en: <https://es.mongabay.com/2019/02/oceanos-peru-reserva-mar-tropical-de-grau/>.

⁴⁴ Fuente en: <https://www.rumbominero.com/peru/noticias/hidrocarburos/sph-reserva-nacional-en-el-noroeste-pone-en-riesgo-50-de-la-produccion-petrolera/>.

Es necesario señalar que siendo el objetivo del área conservar la diversidad biológica mediante su aprovechamiento sostenible, es claro que su futura categorización como un área de uso directo, no generará una incompatibilidad legal con la suscripción de posibles nuevos contratos de hidrocarburos en la zona”.

Lo planteado por el MINAM va en la línea de lo establecido en la Política Nacional Marítima 2019 – 2030. De acuerdo a lo señalado en el numeral 4 del literal c) del punto 1.4.4. (Situación actual del problema público), “si bien la creación de reservas busca contribuir al desarrollo sostenible, debe entenderse que la misma puede coexistir con las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, sin restricciones económicas y asegurando así futuras inversiones offshore en el país”.

De esa manera, la argumentación de sostener que se pondrán en riesgo los contratos preexistentes de explotación de hidrocarburos al crear la Reserva Nacional Mar de Grau, no tiene bases técnicas o jurídicas. No existen argumentos para señalar que la Reserva Nacional afectará la exploración y explotación petrolera en la zona. La legislación nacional permite que la actividad petrolera coexista con un área natural protegida, en este caso, una reserva nacional. En el artículo 21 de la Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, se presenta una clasificación de las ANP entre áreas de uso indirecto y áreas de uso directo. Estas últimas son áreas en las que sí se permite el aprovechamiento o extracción de recursos, así como otros usos y actividades que sean compatibles con los objetivos del área. De acuerdo con el plan de manejo del área, se regulan los lugares y los recursos que se permiten aprovechar. El mismo dispositivo normativo precisa que son áreas de uso directo las reservas nacionales, las reservas paisajísticas, los refugios de vida silvestre, las reservas comunales, entre otros.

De esta manera, existe la posibilidad de desarrollar actividades de hidrocarburos en un ANP de estas características. En esa línea, el artículo 27 de la referida Ley establece que “El aprovechamiento de recursos naturales en Áreas Naturales Protegidas sólo podrá ser autorizado si resulta compatible con la categoría, la

zonificación asignada y el Plan Maestro del área. El aprovechamiento de recursos no debe perjudicar el cumplimiento de los fines para los cuales se ha establecido el área". El aprovechamiento de recursos naturales en ANP sólo podrá ser autorizado si resulta compatible con la categoría, la zonificación asignada y el Plan Maestro del área. El aprovechamiento de recursos no debe perjudicar el cumplimiento de los fines para los cuales se ha establecido el área.

Como se observa, la Ley 26834 permite el desarrollo de una actividad de hidrocarburos sea compatible con un área natural protegida de uso directo siempre que se respete la categorización, los objetivos de creación del área y la presentación del plan maestro y de la zonificación (Calle y Brehaut 2007, págs. 12 y 13). En ese sentido, la mencionada Ley no pone en riesgo los contratos de hidrocarburos ni establece impedimento u obstáculos para implementar un área protegida en el mar. Además, existen casos específicos de coexistencia de esta actividad y áreas protegidas, sin que se afecten los derechos adquiridos.

A manera de ejemplo, se han otorgado derechos para operaciones de hidrocarburos en diversas áreas naturales protegidas de uso directo, tales como la Reserva Comunal El Sira (Lote 114), la Reserva Comunal Amarakaeri (Lote 76), la Reserva Comunal Matsiguenga (Lote 57 y 58) la Reserva Comunal Asháninka (Lote 57 y 58), la Reserva Comunal Yanasha (Lote 107), el Bosque de Protección San Matías San Carlos (Lote 107 y 108), el Bosque de Protección Alto Mayo (Lote 125), la Reserva Nacional Tambopata (Lote 111), la Zona Reservada Gueppí (Lote 117), la Zona Reservada Sierra del Divisor (Lote 118, 119, 120, 31 – B y 31 – E), la Zona Reservada Santiago Comaina (Lote 116) y la Zona Reservada Pucacuro (Lote 39, 67, 104, 1AB) (Calle y Brehaut 2007, págs. 19 y 20). Hasta la fecha, siguen vigentes los derechos otorgados (SERNANP 2022).

Impacto de la Ley 30230 en la propuesta de la Reserva Mar Tropical de Grau

En el artículo 20º, de la Ley 30230 se modifica el artículo 7º de la Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, determinándose

con este cambio que las Zonas Reservadas se establecen con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros por Decreto Supremo, y ya no más con una Resolución Ministerial por parte del MINAM, tal como se venía realizando con anterioridad a la promulgación de la mencionada norma.

Este artículo fue criticado por considerar que el mismo debilita la institucionalidad ambiental, al establecer que el reconocimiento de estas se estaría basando en criterios políticos y no técnicos ambientales, que eran los que definían el proceso. Si bien los requisitos para el establecimiento de las Zonas Reservadas siguen siendo los mismos que establece la Ley 26834 y su Reglamento, antes de la modificatoria, deja atrás una mirada técnico ambiental a través del MINAM sobre la base de las potencialidades del área por las decisiones políticas de cada ministerio (SPDA 2020).

Tal como advierte la SPDA, la “Ley 30230 debilitó la institucionalidad del Ministerio del Ambiente (MINAM), al modificar el instrumento normativo por el cual se establecen las Zonas Reservadas. El establecimiento de las Zonas Reservadas, mediante Resolución Ministerial, responde a una de las competencias del MINAM en su estricto ámbito, como rector para la conservación y el uso sostenible de los recursos naturales, y la puesta en valor de la diversidad biológica, siendo este quien debe determinar a través de sus brazos técnicos los espacios naturales que requieren protección; ello, generando mediante este proceso previo y participativo, los estudios técnicos para la determinación de los valores ecológicos, sociales y culturales de los mismos” (2020, págs. 14 y 15).

Por los motivos descritos, la Ley 30230 no incide en los requisitos para el establecimiento de una Reserva Nacional, sino que ha producido un cambio determinante en las etapas, ya que el proceso se inicia con el cambio desde la base de una discusión política como es el Consejo de Ministros, partiendo de intereses sectoriales para la asignación de derechos y para la gestión del territorio, y no desde el espectro técnico sectorial, que se daba en el MINAM, respondiendo a su especialidad. Ello se refleja en que, posteriormente a la promulgación de la mencionada Ley, el MINAM no estableció Reserva Nacional alguna (SERNANP, 2022).

BIBLIOGRAFÍA

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2020), Resolución N° 1/2020 “Pandemia y derechos humanos en las Américas” (Adoptado por la CIDH el 10 de abril de 2020)

CooperAcción (2015), Informe especial del Observatorio de Conflictos Mineros en el Perú, sobre el proyecto minero “Las Bambas”

CooperAcción (2019), Flexibilización ambiental en el Perú: el abuso del ITS en el sector minero.

De Echave Cáceres, José (2020), Estudio de caso sobre la gobernanza del cobre en el Perú”. Serie Recursos Naturales y Desarrollo, N° 196. Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

Defensoría del Pueblo (2020) Informe de Adjuntía N° 03-2020-DP/AMASPPI.MA: “Participación ciudadana ambiental en tiempos de COVID-19. Recomendaciones para garantizar la protección de derechos en la evaluación del impacto ambiental de proyectos de inversión” – Adjuntía del Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas. Lima: Defensoría del Pueblo.

Ministerio del Ambiente (2016a), “Ministro del Ambiente anuncia la posible creación de Zona Reservada Pacífico Tropical En: <https://www.minam.gob.pe/peruclimatico/2016/03/18/ministro-del-ambiente-anuncia-la-posible-creacion-de-zona-reservada-pacifico-tropical/>

Ministerio del Ambiente (2016b), "Áreas Naturales Protegidas del Perú (2011 – 2015). Conservación para el desarrollo sostenible. Primera edición. Lima: MINAM.

Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado – SERNANP (2022) Listado Oficial de Áreas Naturales Protegidas. En: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1902693/Listado%20oficial%20de%20las%20%C3%81reas%20Naturales%20Protegidas.pdf>

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental – SPDA (2020), "Análisis de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) sobre la sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra varios artículos de la Ley 30230, que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país". Lima: SPDA. En: <https://www.actualidadambiental.pe/wp-content/uploads/2020/06/Analisis-de-la-SPDA-sobre-la-sentencia-del-TC-respecto-a-la-Ley-30230-1.pdf>



EQUIDAD

Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos

Con el apoyo de:

11.11.11

VECHT MEE TEGEN ONRECHT