

Capítulo II

El Acuerdo de Escazú y la Agenda 2030 como eje fundamental de la reactivación económica nacional en el caso peruano

Carol Mora Paniagua*
Isabel Calle Valladares**

Introducción

En 1992 se adoptó la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, donde expresamente en el Principio 10 se reconoce que la mejor manera de tratar las cuestiones ambientales es garantizando el derecho de la población a la participación en los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales, para lo que se requiere un acceso oportuno a

* Abogada titulada con los máximos honores por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) con segunda especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales en la misma casa de estudios. Especialista en temas de derecho administrativo, derecho ambiental y gestión de recursos hídricos. Directora de Política y Gobernanza Ambiental de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA), institución en la que labora desde el año 2010. cmora@spda.org.pe

** Abogada de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) con segunda especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales por la PUCP y con estudios de maestría en Gobierno y Políticas Públicas en la PUCP. Es coordinadora del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la PUCP y docente en dicha casa de estudios. Directora Ejecutiva de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA), donde labora desde 1998. icalle@spda.org.pe

la información y acceso a procedimientos judiciales o administrativos imparciales (Naciones Unidas, 1992, p. 1).

Este reconocimiento internacional fue la base para la adopción de la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en Aarhus (Dinamarca), conocida como Convención de Aarhus, que entró en vigor el 30 de octubre de 2001. Dicha Convención fue adoptada en el marco de la Comisión Económica de Naciones Unidas para Europa y es un tratado ambiental internacional que busca garantizar los derechos de acceso a la información sobre el ambiente, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia ambiental.

Veinte años después de la adopción de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en 1992, en la Conferencia de las Naciones para el Desarrollo Sostenible (Río+20) en el 2012 se adoptó la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de América Latina y el Caribe, que dio inicio a un proceso regional que concluyó con la adopción en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018, del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe. El Acuerdo de Escazú es el primer tratado ambiental regional de América Latina y el Caribe y el primero en el mundo en contener disposiciones específicas sobre defensores de derechos humanos en asuntos ambientales.

El Acuerdo de Escazú reconoce la importancia de los derechos de acceso a la información, la participación y la justicia en asuntos ambientales para la profundización de la democracia, la protección ambiental, la realización de derechos humanos y el desarrollo sostenible de nuestras sociedades. Es, así, un instrumento esencial para la implementación efectiva de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas y especialmente su Objetivo de Desarrollo Sostenible 16.

1. El Acuerdo de Escazú: una oportunidad

Con relación al primer derecho que el Acuerdo de Escazú busca proteger, el del acceso a la información, el Perú cuenta con normas referidas a la materia desde el 2002, específicamente la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley n° 27806, vigente desde el 4 de agosto de

2002, que si bien no regula de manera específica el ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental, sí representa una ley marco clave en tanto ordena un sistema efectivo de acceso a la información pública y considera lo ambiental de manera implícita. Esta ley recoge expresamente el mandato constitucional de que toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier entidad pública y en ningún caso se exige expresión de causa para el ejercicio de este derecho. Pese al esfuerzo que muchas autoridades han realizado para difundir información a través de sus páginas web y han designando responsables funcionales para dichos efectos, aún se puede identificar que existen autoridades públicas que responden fuera del plazo establecido por la norma.

El segundo derecho regulado en el marco del Acuerdo de Escazú busca que una adecuada participación de la población contribuya a mejorar la eficiencia de las decisiones públicas y permita prevenir los conflictos ambientales que podrían surgir. Se requiere evitar una participación restringida a lo formal, en donde se respetan las disposiciones legales, pero que no implica una auténtica participación de la ciudadanía, es decir, una participación sustantiva, instrumental, pero con valor en sí misma también.

El tercer derecho regulado que el Acuerdo de Escazú busca proteger es el acceso a la justicia en materia ambiental. Dicho derecho se garantiza a través de órganos estatales competentes, de instancias judiciales y administrativas, así como a través de procedimientos efectivos, oportunos, públicos e imparciales.

2. Antecedentes del proceso de negociación del Acuerdo Regional sobre derechos de acceso

En el 2012, diez países de América Latina y el Caribe firmaron la Declaración sobre la aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (en adelante, la Declaración), entre ellos el Perú, mediante la cual reconocieron la importancia de los derechos de acceso a la información, la participación y la justicia en materia ambiental, conocidos como derechos de acceso, y con el fin de lograr la implementación cabal de estos derechos se comprometieron a iniciar un proceso para la adopción de un acuerdo regional con la participación significativa del público.

Para la implementación de la Declaración, los países acordaron en Guadalajara, México, un plan de acción (CEPAL, 2013b). En cumplimiento de dicho plan, entre 2012 y 2014 se llevaron a cabo reuniones presenciales sobre los puntos focales, a través de las cuales se logró compartir experiencias entre los países de la región sobre el ejercicio de los derechos de acceso. Esta información sirvió como insumo para la elaboración de un documento de diagnóstico de la situación regional, que se constituyó en la línea de base de la negociación, y del documento preliminar del acuerdo regional, ambos a cargo de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en su calidad de Secretaría Técnica del proceso.

En octubre de 2013 se realizó en el Perú la tercera reunión de los puntos focales, cuya organización y liderazgo estuvo a cargo del Ministerio del Ambiente (MINAM) y del Ministerio de Relaciones Exteriores. En dicha reunión, el entonces ministro del Ambiente del Perú, Manuel Pulgar-Vidal, manifestó que la posición peruana era que el acuerdo regional adoptado debía tener carácter vinculante, tema que a la fecha no había sido debatido por los países signatarios de la Declaración. En la reunión, además, los países acordaron la Visión de Lima (CEPAL, 2013a), documento que reconoce la importancia y los beneficios de los derechos de acceso emanados del Principio 10, así como los valores y principios subyacentes a estos.

En la Decisión de Santiago (CEPAL, 2014), adoptada en la cuarta reunión de los puntos focales realizada en noviembre de 2014, los países signatarios de la Declaración decidieron iniciar la negociación de un instrumento regional sobre los derechos de acceso, para lo cual crearon un Comité de Negociación, abierto a todos los países de América Latina y el Caribe y con la significativa participación del público. Para coordinar las negociaciones, se estableció una Mesa Directiva, integrada por Chile y Costa Rica como copresidentes y la Argentina, México, el Perú, San Vicente y las Granadinas, y Trinidad y Tobago. Como puede apreciarse, la participación del Perú resultó esencial en este proceso. Para asegurar la participación del público, se les invitó a nominar dos representantes que mantuvieron un diálogo continuo con la Mesa Directiva.

En mayo de 2015 iniciaron las reuniones de negociación del Acuerdo Regional. En la tercera reunión de negociación, realizada en abril de 2016 en Montevideo, Uruguay, los países signatarios aprobaron las modalidades

de participación del público en el Comité de Negociación. En virtud de lo acordado en la etapa previa a la negociación, específicamente en el plan de acción de Guadalajara, representantes de la sociedad civil, como la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, habían venido participando activamente en todas las reuniones, alzando la voz para aportar conocimiento y experiencia, pero sin derecho a voto. No obstante, en las modalidades de participación del público acordadas en Montevideo se estableció expresamente que las propuestas del público serían incorporadas en el documento de negociación en la medida en que al menos un país del Comité de Negociación las respaldara (CEPAL, 2016).

En las reuniones sexta (Brasilia, marzo 2017) y séptima (Buenos Aires, agosto 2017), se discutió la propuesta del público y de algunos países negociantes de incluir un artículo sobre el reconocimiento y la protección a las personas defensoras de derechos humanos en asuntos ambientales. La propuesta quedaría plasmada finalmente en el artículo 9 del Acuerdo Regional. Finalmente, en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018 se adoptó el texto final del Acuerdo Regional.

3. El Acuerdo de Escazú en el contexto actual de la pandemia

Habiéndose alcanzado las ratificaciones necesarias, el Acuerdo de Escazú entró en vigor el 22 de abril de 2021, coincidiendo con la celebración del día de la Madre Tierra. Su entrada en vigor encuentra a la región en medio de una pandemia que si bien coloca a los países en una situación de urgencia para implementar las medidas de contención, no debe implicar limitaciones a los derechos y las garantías fundamentales ni obviar las exigencias de transparencia. Tampoco debe olvidarse la importancia de la rendición de cuentas como eje de la democracia nacional y de la gestión de los conflictos socioambientales.

En este contexto, el Gobierno peruano ha tomado una serie de medidas enfocadas a gestionar esta pandemia. Sin embargo, se requiere que el proceso de reactivación económica no deje de lado el reconocimiento y el ejercicio pleno de los derechos ambientales que el mismo Estado peruano debe proteger ni los enfoques diferenciados que se requieren para garantizar los derechos de los grupos en situación de especial vulnerabilidad. En este escenario, tanto el Acuerdo de Escazú como la Agenda 2030

proporcionan estándares esenciales para una recuperación pospandemia que ubique a las personas y la naturaleza en el centro de las acciones para la reconstrucción.

4. El acceso a la información pública como presupuesto para una participación efectiva

El Decreto de Urgencia n° 026-2020, que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación de la covid-19 en el territorio nacional, señaló en la Segunda Disposición Complementaria Final que:

2. De manera excepcional, declárese la suspensión por treinta (30) días hábiles contados a partir del día siguiente de la publicación del presente Decreto de Urgencia, del cómputo de los plazos de tramitación de los procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo y negativo que se encuentren en trámite a la entrada en vigencia de la presente norma, con excepción de aquellos que cuenten con un pronunciamiento de la autoridad pendiente de notificación a los administrados. El plazo antes señalado puede ser prorrogado mediante Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros. (2020, p. 1)

En la práctica ello implicó que diversas autoridades públicas no atendieran las solicitudes de acceso a la información y llevó a funcionarios públicos a consultar a la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (en adelante, Dirección General de Transparencia) si, en virtud de las normas dictadas por el gobierno peruano, los plazos para responder a las solicitudes de acceso a la información se encontraban suspendidos. Frente a la consulta, el 28 de marzo de 2020 la Dirección General de Transparencia emitió la Opinión Consultiva n° 20-2020-JUS/DGTAIPD, mediante la cual señala que:

- La declaratoria de Estado de Emergencia no incluyó dentro de las restricciones de derechos constitucionales el ejercicio del derecho

de acceso a la información pública, de modo que, aún en el tiempo que rige el Estado de Emergencia, este derecho puede ser ejercido ante las entidades obligadas por la normativa de transparencia y acceso a la información pública (p. 5).

- Reconoce que en tanto la declaratoria de Estado de Emergencia Nacional como consecuencia del brote de coronavirus ha restringido el desplazamiento de personas para la prestación y acceso a servicios y bienes que no califican como esenciales, de acuerdo al listado aprobado, por ende es razonable concluir que, *de facto*, la presentación y atención presencial de las solicitudes de acceso a la información pública resulta inviable en tanto dure el aislamiento social (p. 11).
- Reconoce que si la entidad implementó el trabajo remoto y cuenta con canales virtuales para la recepción de solicitudes de acceso a la información pública, debe brindar atención a los pedidos formulados por este medio, cuando tenga acceso a la información solicitada y el solicitante opte como forma de entrega el correo electrónico. De no ser posible, el pedido se atenderá indefectiblemente al concluir el aislamiento social obligatorio (p. 11).

Este caso evidencia la necesidad de asegurar que el Estado cuente con las herramientas tecnológicas y los procedimientos necesarios que le permitan seguir cumpliendo con sus obligaciones de transparencia pasiva. Situaciones como las acaecidas, en las que se requiere tomar medidas de distanciamiento social para reducir la propagación del virus, generan la necesidad de implementar una serie de medidas para potenciar el trabajo en modalidad virtual. Ello representa un desafío para gestionar equipos de manera remota y el trabajo a distancia, en un contexto en donde las limitaciones presupuestales de las propias autoridades y de los funcionarios públicos evidencian la necesidad de repensar los sistemas de información pública del propio Estado y considerar la tecnología como una herramienta para facilitar el intercambio de información compleja casi instantáneamente.

5. Derecho a recibir información en caso de amenaza inminente a la salud pública: lecciones de la pandemia por covid-19

En el artículo 6° numeral 5 del Acuerdo de Escazú se señala que:

Cada Parte garantizará, en caso de amenaza inminente a la salud pública o al medio ambiente, que la autoridad competente que corresponda divulgará de forma inmediata y por los medios más efectivos toda la información relevante que se encuentre en su poder y que permita al público tomar medidas para prevenir o limitar eventuales daños. Cada Parte deberá desarrollar e implementar un sistema de alerta temprana utilizando los mecanismos disponibles. (CEPAL, 2018, p. 22)

Uno de los retos del Perú, al igual que en otros países de la región, es el de proporcionar a los pueblos indígenas información necesaria para la prevención del contagio del coronavirus, considerando la vulnerabilidad especial de dichas poblaciones.

En este marco, el 22 de mayo de 2020, mediante Resolución Ministerial n° 308-2020-MINSA, se aprobó el Plan de Intervención del Ministerio de Salud para Comunidades Indígenas y Centros Poblados Rurales de la Amazonía frente a la emergencia por covid-19, que estableció la necesidad de fortalecer las medidas de prevención ante el riesgo de propagación de covid-19 desde el nivel comunitario. Para ello, estableció:

- Difusión de mensajes educativos para la prevención de la covid-19.
- Protección de las familias para la prevención de la covid-19.
- Organización y capacitación de líderes, lideresas y agentes comunitarios de salud en medidas de prevención de la covid-19.

Entre los desafíos para la implementación efectiva de dicho plan se pueden mencionar los siguientes:

- Garantizar que la información que se entregue a las poblaciones indígenas sea en lenguas indígenas.

- Garantizar que los mensajes educativos que se entreguen a las poblaciones indígenas consideren mensajes culturalmente apropiados.
- Garantizar que los mensajes se entreguen en formatos adecuados y que respondan a las necesidades de los grupos a los que van dirigidos.

Asimismo, además de proporcionar información a las poblaciones indígenas, es necesario que dicha publicidad de información considere que el Estado debe respetar el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, incluido el derecho a estar o permanecer en aislamiento voluntario.

6. Obligaciones de transparencia pasiva y activa del Estado

Complementariamente al cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones en materia de transparencia pasiva, también es necesario implementar mejoras para el cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa a cargo del Estado, lo que implica la obligación de publicar de oficio información con la que cuenta el Estado. En este sentido, la Dirección General de Transparencia se ha pronunciado en la Opinión Consultiva n° 20-2020-JUS/DGTAIPD y ha señalado que “la obligación de publicación de información en los Portales de Transparencia Estándar durante el estado de emergencia se mantiene vigente y sólo en caso de ser imposible ello, por encontrarse en las sedes de las entidades públicas, y no exista la posibilidad de acceder a ella por otros medios virtuales, esta deberá publicarse una vez concluya el Estado de Emergencia” (2020, p. 12).

Lo anterior llama a reflexionar sobre la necesidad de que el Estado no se limite a publicitar la información establecida en el artículo 5 del Decreto Supremo n° 021-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley n° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Si bien es cierto que este artículo establece una lista preliminar de información que las autoridades podrán difundir progresivamente a través de internet, de acuerdo a su presupuesto, también llama a considerar información adicional que la entidad considere pertinente publicitar.

En este contexto, el reto para las diferentes autoridades es no limitarse a publicar en sus portales de transparencia la información incluida

en esta lista, sino identificar toda aquella información de interés público que pueda ser compartida de manera proactiva a través de sus propios portales de transparencia o de plataformas tecnológicas que permitan acercar al ciudadano al Estado.

7. Participación ciudadana: la virtualización de un derecho fundamental

El Acuerdo de Escazú establece en su artículo 7º, numeral 1, que “Cada Parte deberá asegurar el derecho de participación del público y, para ello, se compromete a implementar una participación abierta e inclusiva en los procesos de toma de decisiones ambientales, sobre la base de los marcos normativos interno e internacional” (CEPAL, 2018, p. 24).

Ello evidencia la importancia de que las autoridades provean a la ciudadanía información precisa y oportuna sobre los proyectos que se van a desarrollar en términos de ubicación e impactos ambientales que podrían originar, así como cualquier información de importancia para participar de manera informada en el proceso de toma de decisiones. Asimismo, en el contexto de la pandemia, donde lo que se busca es promover el aislamiento social obligatorio como medida para prevenir y frenar el contagio del coronavirus, se requiere evaluar las oportunidades para la participación ciudadana durante la evaluación de proyectos y actividades, así como la necesidad de proveer información continua y apropiada a lo largo del tiempo.

Es indudable que el escenario actual complejiza el ejercicio de este derecho fundamental de forma plena. Incluso antes de la pandemia existían cuestionamientos sobre los estándares aplicables en los mecanismos presenciales de participación pública, tales como audiencias públicas y talleres presenciales, en virtud de los cuales ya se habían presentado propuestas reglamentarias para reemplazar estos espacios de diálogo e interacción entre los actores por espacios menos sustantivos o meramente formales. Otro de los principales cuestionamientos dice, en relación con los resultados de los procesos de participación ciudadana durante la evaluación de impacto ambiental, que no termina de mostrar la forma en que las conclusiones de estos procesos son interiorizadas en la decisión pública e incluso se ven reflejadas en los compromisos y obligaciones socioambientales que asume el titular respecto de la operación.

En el contexto de la pandemia este escenario se complejiza aún más, pues no solo se amplifican las voces que llaman a acelerar la inversión y aminorar los caminos que pudieran “dilatarse” el impulso de la economía, sino que también se dificultan las oportunidades para un diálogo significativo en instancias presenciales que permita asegurar la calidad de las decisiones y el ejercicio efectivo del derecho a participar en los asuntos ambientales. Bajo esta lógica pareciera que no existe mucho dónde escoger: las opciones serían llevar adelante procesos de participación virtuales, haciendo uso de las tecnologías de la información, o no realizarlos. Hemos visto cómo una serie de derechos o libertades fundamentales han quedado suspendidas en este escenario, por lo que el riesgo de prescindir de esta fase esencial para la legitimación de las decisiones públicas es real.

Lo anterior nos lleva a insistir en que, pese a la emergencia y la crisis económica que como impacto conexo trae la pandemia, el Perú tiene aún la obligación de explorar las rutas menos restrictivas para la participación pública. Efectivamente, el reciente Decreto Legislativo n° 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 de la covid-19, establece que los mecanismos de participación ciudadana que se realizan: (i) antes o durante la elaboración del instrumento de gestión ambiental; (ii) durante el procedimiento de evaluación ambiental; y (iii) durante la ejecución del proyecto de inversión pública, privada y público-privada deben adecuarse, en su desarrollo e implementación, a efectos de cumplir las medidas sanitarias establecidas por el Poder Ejecutivo como consecuencia del brote de covid-19.

En ese contexto, la norma establece una serie de criterios para la implementación de los mecanismos de participación; estos son: que se adecúen a las características particulares de los proyectos, de la población que participa y del entorno donde se ubica. Como puede apreciarse, la norma no señala una única forma de implementar la participación pública, sino los criterios y estándares que han de cumplirse para que sea significativa. La norma establece asimismo algunos de los posibles resultados esperados en el marco de esta participación pública: (i) que la población pueda contar efectiva y oportunamente con la información del proyecto de inversión; (ii) que el canal de recepción de aportes, sugerencias y comentarios esté disponible durante el periodo que tome la participación

ciudadana; (iii) que se identifique al ciudadano/a que interviene en el proceso de participación y (iv) que este último tenga la posibilidad de comunicar sus aportes, sugerencias y comentarios, cumpliendo así con las disposiciones contenidas en las normas vigentes.

Desde este enfoque, se consideran ausentes dos aspectos esenciales. El primero, relacionado con la fase de consideración de las observaciones y adopción de consensos. Al respecto, el mecanismo contemplado en la norma pareciera quedar limitado a los aportes de una de las partes mientras que no queda evidenciada la retroalimentación estatal, aspecto que se agudiza con el hecho de que el marco legal actual no prevé una real forma de representar los resultados de la participación pública en los compromisos y las obligaciones textuales de los estudios de impacto ambiental aprobados. En segundo lugar, la participación pública parece quedar aquí limitada a cuestionar las características de una decisión de inversión pública, privada o público-privada ya adoptada. Existe consenso en que la participación pública no busca ni está pensada *a priori* para generar oposición a los proyectos, pero el momento en que se realiza, cuando todas las opciones están abiertas, es trascendental para asegurar el ejercicio efectivo del derecho. La participación pública no se restringe a la socialización de las medidas; así, debemos procurar todos los esfuerzos necesarios para que las medidas sean efectivas y eficaces; los proyectos de inversión pueden ser mejor diseñados si incorporan variables ambientales y sociales en etapas estratégicas de la decisión pública.

Sobre la forma, se menciona en el decreto legislativo que para la participación pública deberán utilizarse medios electrónicos, virtuales u otros medios de comunicación, según sea posible y así lo determine la autoridad competente en la evaluación del plan de participación ciudadana o en su modificación; en este sentido, el desafío reglamentario en términos de accesibilidad, inclusión, interculturalidad y debido procedimiento serán esenciales teniendo en cuenta las brechas de acceso a la información, de acceso a tecnologías y las limitaciones en la interacción y la verdadera comunicación. Hubiera sido muy propicio que a nivel legal se establecieran directrices más específicas, de manera que la discrecionalidad administrativa quedara lo suficientemente reglada en atención a los bienes jurídicos y los derechos fundamentales involucrados.

Finalmente, un aspecto preocupante tiene que ver con la temporalidad de este régimen excepcional. Efectivamente, resulta complejo identificar una alternativa que combine los esfuerzos de protección a poblaciones vulnerables con el deber de dinamizar las inversiones, por lo que ese equilibrio puede resultar sumamente complejo; por ello, resulta importante establecer plazos razonables.

8. Consulta previa, libre e informada en el marco del Convenio 169 de la OIT: la virtualización de un derecho fundamental

Caso aparte es la discusión sobre si la virtualización de los procesos de participación ciudadana debe extenderse a la implementación del derecho a la consulta previa, libre e informada en el marco del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Más aún cuando recientemente el Ministerio de Economía y Finanzas ha informado que su cartera financiará al Ministerio de Cultura para que identifique todos los pueblos originarios del país como modo de acelerar proyectos mineros y que, en el caso específico del proyecto aurífero San Gabriel, la consulta previa se realizará a través de mecanismos virtuales a excepción de la última etapa, en donde el diálogo sería presencial.

Considerando que la consulta previa tiene por finalidad que los pueblos indígenas puedan influir en las decisiones del Estado que sean susceptibles de afectarles en sus derechos colectivos, se aprecian algunas ausencias que vale la pena destacar. La primera de ellas es la ausencia de recursos y tecnologías como internet, así como los problemas de conectividad por la ubicación de las poblaciones indígenas que no permiten una participación efectiva a lo largo de las distintas etapas del proceso de consulta. En segundo lugar, el proceso de diálogo se realiza sin considerar las prácticas culturales que tienen estas poblaciones indígenas para la toma de decisiones.

Por tanto, al igual que en el caso de la participación pública, el proceso de consulta no puede restringirse a la socialización de las medidas, sino que requiere realizar todos los esfuerzos necesarios para que se lleve a cabo un verdadero diálogo intercultural entre el Estado y las poblaciones indígenas.

Finalmente, es importante considerar que, más allá del contexto de pandemia por el que se atraviesa actualmente, no puede dejarse de lado la necesidad de que el Estado establezca con claridad y precisión el momento en que una medida legislativa o administrativa que afecte directamente a los pueblos indígenas debe ser materia de consulta, precisando la oportunidad para ejercer efectivamente este derecho. Al respecto, ya la Defensoría del Pueblo ha señalado que “la consulta previa debería realizarse durante el proceso de evaluación de impacto ambiental. Así, el pueblo indígena puede involucrarse y tener certeza de que los aspectos de su especial interés y preocupación sean adecuadamente considerados” (Defensoría del Pueblo, 2016, p. 2).

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

9. Temporalidad del régimen de excepción causado por la pandemia para la participación ciudadana en el Perú

Los artículos 1º y 2º del Decreto Legislativo 1500 hacen referencia al ámbito de aplicación. Al respecto, abordan las medidas para mejorar y optimizar la ejecución de proyectos de inversión pública, privada y público-privada, a fin de mitigar el impacto y las consecuencias ocasionadas por la propagación de la covid-19. En virtud de la redacción de los artículos del decreto, pudiera entenderse que el mecanismo de participación pública establecido en la norma podría trascender la emergencia sanitaria y mantenerse incluso luego de controlada la pandemia (ya sea por la universalización de una vacuna o por un tratamiento efectivo). Es decir, el período de reactivación podría durar años, incluso cuando el

mandato de distancia social ya no fuera obligatorio. La norma tampoco diferencia entre aquellos proyectos de inversión que por su naturaleza ameritan medidas de fomento o promoción al tratarse de servicios públicos o actividades esenciales y aquellos que, por ejemplo, ya tenían títulos habilitantes vencidos, lo que no se condice con el propósito de la norma y la excepcionalidad de la medida.

Al respecto, en el Decreto Legislativo 1500 se señala que este tiene por objeto establecer medidas especiales para facilitar la tramitación, evaluación, aprobación o prórroga de la vigencia de títulos habilitantes en procedimientos administrativos concluidos o en trámite, así como de las certificaciones ambientales, y que las autorizaciones, permisos, licencias y cualquier otro título habilitante que tenga vigencia temporal, así como las certificaciones ambientales que resulten necesarias para la implementación de proyectos de inversión pública, privada o público-privada en infraestructura pública o servicios públicos, cuya vigencia culmine hasta el 31 de diciembre de 2020, se mantienen vigentes por doce meses posteriores a la fecha de su vencimiento.

10. La participación pública durante el ciclo de vida de los proyectos de inversión

Cuando se habla de participación pública se suele acotar el ejercicio del derecho a los procesos de evaluación de impacto ambiental, en tanto el estudio de impacto ambiental es la herramienta esencial para la gestión ambiental de los proyectos de inversión. No obstante, la participación durante la ejecución de los proyectos es igual de importante y es así como en el marco legal peruano se pueden encontrar por lo menos los siguientes escenarios en los que puede ejercerse la participación pública *ex post*.

Por un lado, existe el monitoreo ambiental en el marco de la fiscalización ambiental que ejerce el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) desde el año 2014 y mediante el cual se admite que la ciudadanía intervenga en las labores de monitoreo ambiental que desarrolla el OEFA, en ejercicio de su función evaluadora. Tales labores se realizan a efectos de medir la presencia y la concentración de contaminantes en el ambiente. Complementariamente, en el caso del proceso de identificación de sitios impactados por la actividad de los hidrocarburos, regulado desde el 2017, se admite que los equipos de monitoreo de las

federaciones puedan brindar información vinculada sobre posibles sitios impactados y acompañar al personal del OEFA durante el desarrollo de la visita de reconocimiento o la ejecución de las actividades en calidad de observadores, previa coordinación del OEFA.

Asimismo, y con una perspectiva más innovadora, se destaca la participación pública durante la evaluación ambiental temprana (EAT) del OEFA. La EAT es una fase del macroproceso de fiscalización ambiental que busca generar una suerte de línea base ambiental de los proyectos en fase de exploración y con ello poder ir midiendo el impacto o el daño ambiental desde el ámbito de la fiscalización. Efectivamente, la EAT es un tipo de evaluación desarrollada desde el 2017 por la Dirección de Evaluación Ambiental del OEFA y fue prevista en el Plan Anual de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Planefa) del OEFA de los años 2017, 2018, 2019 y 2020.

Se trata de una evaluación dirigida a actuar preventivamente, desarrollada a través de monitoreos ambientales en proyectos que se encuentran en etapa de exploración. Esta evaluación busca conocer el estado de la calidad ambiental y desarrollar una línea de base de los proyectos antes del inicio de actividades de explotación o del inicio de las operaciones. Busca conocer el estado de la calidad de diferentes componentes ambientales del ámbito de un proyecto minero, hidrocarburífero o energético antes del inicio de las operaciones para realizar acciones con enfoque preventivo y brindar más información para las otras acciones de fiscalización ambiental que desarrolla el OEFA.

En un escenario ideal, la EAT podría ser un factor esencial para generar confianza en las poblaciones impactadas, incrementar la calidad de la información ambiental de los proyectos de inversión y gestionar los conflictos socioambientales en etapas estratégicas. Lo interesante de esta herramienta en el ámbito de la fiscalización es que ha venido siendo desarrollada en el Perú con un enfoque participativo conforme a los términos del Reglamento de Participación Ciudadana para acciones de monitoreo ambiental a cargo del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo n° 032-2014-OEFA/CD y modificado por la Resolución de Consejo Directivo n° 003-2016-OEFA/CD.

Aunque la evaluación ambiental del OEFA no busca precisamente el inicio de acciones de investigación ni acusación a los administrados,

podemos afirmar que cumple un rol estratégico en relación con la gestión de la información ambiental de las áreas que van a ser intervenidas, lo cual contribuye, al mismo tiempo, a generar información confiable y adicional a la que reporta un operador en su instrumento de gestión ambiental y permite cruzar información durante el ciclo de vida de los proyectos. Asimismo, gracias al enfoque participativo que permite la intervención de terceros en las acciones de toma de muestras y monitoreo, permite legitimar en cierta medida las decisiones públicas y elevar la predictibilidad para los actores involucrados.

Conclusiones

En los últimos años, el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Sinefa) ha venido realizando notables esfuerzos no solo por transparentar sus procesos incluyendo muestreos paralelos en el monitoreo, sino también por legitimar sus acciones profundizando el acceso a la información y a la participación. Todo ello ha quedado sin duda restringido y limitado en el actual escenario de la pandemia. De hecho, conforme a lo establecido en el artículo 7º del Decreto Legislativo n° 1500, se ha exonerado a los administrados de la obligación de presentar ante las entidades con competencia ambiental los reportes, monitoreos y cualquier otra información de carácter ambiental o social que implique trabajo de campo, así como de la realización de actividades necesarias para dicho fin, salvo en determinados escenarios excepcionales que ameriten emergencias o riesgos ambientales. Cabe hacer notar que dicha exoneración queda suspendida una vez que la actividad sujeta a fiscalización ambiental se reinicie.

Un tema que no se encuentra regulado y que sin duda representa un vacío normativo importante es el de crear las herramientas para una participación efectiva una vez que las actividades y proyectos en el ámbito del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental hayan concluido. Aun cuando actualmente el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (Senace) administra un registro público de certificaciones ambientales que contiene información actualizada sobre los instrumentos de gestión ambiental que rigen las actividades, a la fecha no existe ningún mecanismo que informe adecuadamente a las poblaciones del área de influencia de un proyecto de inversión que dichas

certificaciones han devenido en caducas por pérdida de vigencia. De lo anterior se deduce que no existen canales adecuados de transparencia que permitan advertir a las poblaciones sobre cualquier inicio de actividades sin contar con instrumentos de gestión ambiental o simplemente sobre la pérdida de la viabilidad ambiental de la actividad. La participación pública debe tener lugar durante todo el ciclo de un proyecto o actividad, incluidas las actividades de cierre, como modo de canalizar adecuadamente las inquietudes de la comunidad y disminuir o manejar las incertidumbres.

Como puede apreciarse, no son pocos los desafíos a los que nos enfrenta el nuevo contexto de la pandemia en términos de democracia ambiental. Es más, la participación pública enfocada como requisito y no como derecho fundamental e instrumental arrastra una serie de brechas en su implementación desde antes de la crisis sanitaria y económica, pero es evidente que la eficacia de la misma se ve agudizada por los desafíos de dinamización de la economía que, aunque no son escenarios antojadizos, sí demandan la plena observancia de las garantías mínimas para no desnaturalizar el ejercicio de la participación pública. Menos aún en un escenario donde la ciudadanía considera la ratificación del Acuerdo de Escazú por parte del Congreso peruano como un paso impostergable en la agenda pública nacional y regional.

Referencias

- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2013a). *Visión de Lima para un instrumento regional sobre los derechos de acceso en materia ambiental*. Lima, 31 de octubre. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/38733-vision-lima-un-instrumento-regional-derechos-acceso-materia-ambiental>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2013b). *Plan de acción hasta 2014 para la implementación de la declaración sobre la aplicación del principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en América Latina y el Caribe y su hoja de ruta*. 17 de abril 2013, Guadalajara, México. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/38730-plan-accion-2014-la-implementacion-la-declaracion-la-aplicacion-principio-10-la>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2014). *Declaración de Santiago*. Cuarta Reunión de los Puntos Focales Designados

- por los Gobiernos de los Países Signatarios de la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en América Latina y el Caribe. Santiago de Chile, 10 de noviembre. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37213/S1420708_es.pdf?sequence=1
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2016). Informe de la Tercera Reunión del Comité de Negociación del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2018). Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe. Escazú, 4 de marzo. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf
- Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (1998). Ahrus, 25 de junio. <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43s.pdf>
- Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de América Latina y el Caribe (2012). https://accessinitiative.org/sites/default/files/declaracion_principio_10_espanol.pdf
- Decreto de Urgencia n° 026-2020 de 2020 (15 de marzo), que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del Coronavirus (covid-19) en el territorio nacional. *Diario Oficial del Bicentenario*, n° 15313.
- Decreto Legislativo n° 1500 de 2020 (11 de mayo), 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. *Diario Oficial del Bicentenario*, n° 15415.
- Defensoría del Pueblo (2016). *Informe n° 003-2016-DP/AMASPPI-PPI sobre el proceso de consulta previa del proyecto de exploración minera La Merced*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1191892/Informe-N-003-2016-DP-AMASPPI-PPI-La-Merced20200803-1197146-y5i4qr.pdf>

- Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales (DGTAIIPD) (2020). Opinión Consultiva n° 20-2020-JUS/DGTAIIPD. Lima, 28 de marzo.
- Naciones Unidas (1992). Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992). Río de Janeiro, 14 de junio. <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>
- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) (2014). Resolución de Consejo Directivo n° 032-2014-OEFA/CD. Lima, 2 de septiembre.
- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) (2016). Resolución de Consejo Directivo n° 003-2016-OEFA/CD. Lima, 24 de febrero.
- Resolución Ministerial n° 308-2020-MINSA (22 de mayo de 2020), Plan de Intervención del Ministerio de Salud para Comunidades Indígenas y Centros Poblados Rurales de la Amazonía frente a la emergencia del covid-19. Lima, 22 de mayo.