

Análisis legal del “Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Federativa del Brasil para el suministro de electricidad al Perú y la exportación de excedentes al Brasil”

CARMEN HECK FRANCO



Edición Nº 23, febrero 2011, Lima - Perú

SPDA

Fundada en 1986, la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) busca impulsar la efectiva implementación de las políticas y las normas ambientales, así como la utilización de herramientas de gestión específicas, la capacitación, el impulso de empresas con responsabilidad social y ambiental, entre otros frentes de actuación vinculados también a la articulación eficaz de las tres dimensiones del desarrollo sostenible: la ambiental, la económica y la social. En 20 años de trabajo, la SPDA se ha venido consolidando como la organización más influyente del Perú en materia de promoción de políticas y legislación ambiental y una de las más importantes organizaciones latinoamericanas especializadas en el tema.

EN CONTEXTO

El 16 de junio de 2010 se suscribió el “Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Federativa del Brasil para el Suministro de Electricidad al Perú y la Exportación de Excedentes al Brasil”, el mismo que a la fecha se encuentra pendiente de aprobación por el Congreso y posterior ratificación por el Poder Ejecutivo. Mediante este Acuerdo los gobiernos peruano y brasileño buscan promover la construcción, por parte de empresas brasileñas, de grandes centrales hidroeléctricas en la Amazonía peruana. Ello conllevará serios impactos al país, tanto sociales como ambientales, debido a la inundación de grandes áreas de bosque y el consiguiente desplazamiento de personas. En tal sentido, a través de un análisis legal del proceso de negociación del Acuerdo, los principales compromisos recogidos en el mismo y las propuestas normativas que se vienen promoviendo; el presente documento busca aportar elementos de discusión y promover un debate abierto y transparente respecto a la conveniencia de embarcarnos en esta nueva iniciativa que afecta nuestra Amazonía.



SPDA
Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

Análisis legal del “Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Federativa del Brasil para el suministro de electricidad al Perú y la exportación de excedentes al Brasil”

Autora: Carmen Heck Franco

Fotografías: Thomas Müller

Edición: Juan Luis Dammert Bello

Corrección de estilo: Juan Luis Dammert Egoaguirre

Diagramación e impresión: Aldo Gonzales Cc.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2010-16606

Programa de Defensa del Interés Ciudadano

© Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

Presidente: Jorge Caillaux

Director Ejecutivo: Manuel Pulgar-Vidal

www.spda.org.pe

www.actualidadambiental.pe

www.conservacionprivada.org

www.biopirateria.org

www.legislacionanp.org.pe

www.legislacionforestal.org

www.legislacionambientalspda.org.pe

Av. Prolongación Arenales 437

San Isidro, Lima 27, Perú.

Tel: 51-1-441 9171 y 51-1- 422 2720

Fax: 51-1-442 4365

Impreso por: Aldo Gonzales Cc.

Jr. Huancavelica 641 of. 101

Lima 01, Perú

Lima, febrero de 2011

Reconocimientos

Queremos expresar nuestro agradecimiento a Wildlife Conservation Society –WCS, por el apoyo brindado, sin el cual no hubiera sido posible la elaboración y publicación del presente informe.

Asimismo, queremos agradecer a Manuel Pulgar-Vidal, Director Ejecutivo de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, así como a Mariano Castro y Juan Luis Dammert B. por sus valiosos aportes y opiniones que han permitido enriquecer este trabajo.

Publicado con el apoyo de Gordon and Betty Moore Foundation y John D. and Catherine T. MacArthur Foundation. Los contenidos son responsabilidad de los autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista de los financiadores.

Indice

I.	Introducción	5
II.	Antecedentes	6
III.	Análisis Legal y Observaciones al Acuerdo	14
	3.1 Observaciones a las formalidades del proceso de negociación, suscripción y entrada en vigencia del Acuerdo	14
	3.2 Otras observaciones al Acuerdo	22
	3.3 ¿Lecciones Aprendidas?	27
IV.	Comentarios sobre el Proyecto de Ley 4335-2010-PE	29
V.	Conclusiones	31
VI.	Base Legal	33
VII.	Bibliografía	34



En el presente documento se describe el proceso de negociación del “Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Federativa del Brasil para el Suministro de Electricidad al Perú y la Exportación de Excedentes al Brasil”, haciendo hincapié en las omisiones que hubo en dicho proceso y los requisitos que deben observarse para que el Acuerdo sea ratificado y entre en vigencia, como la necesidad de su aprobación por el Congreso de la República. Asimismo, se analizan los principales compromisos asumidos por las partes y los vacíos legales dejados en materia social y ambiental, lo que lleva a concluir que en los términos pactados los perjuicios para el Perú superan los beneficios esperados.

I. Introducción

El siguiente informe tiene como principal objetivo el análisis del “Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Federativa del Brasil para el suministro de electricidad al Perú y la exportación de excedentes al Brasil”¹, suscrito en junio de 2010, así como las implicancias ambientales y sociales del mismo.

En tal sentido, se hará una descripción detallada del proceso de negociación y suscripción del Acuerdo, recogiendo las principales actuaciones de ambos gobiernos, así como los intentos de la sociedad civil para que sus preocupaciones y recomendaciones fuesen tenidas en cuenta al establecer las condiciones en las que se deberá llevar a cabo la integración energética entre los dos países.

A su vez, en el presente documento se hará un análisis del proceso de suscripción del Acuerdo y de las formalidades que según el ordenamiento jurídico

peruano deben observarse para que el mismo entre en vigencia y forme parte de nuestro marco legal.

Se comentan las principales disposiciones del Acuerdo, identificando aquellas que ponen en situación de desventaja al Perú y los vacíos respecto a las medidas de protección ambiental que deberían observar tanto los gobiernos como las empresas que obtengan las concesiones para los proyectos de centrales hidroeléctricas que se construirán en nuestra Amazonía. Asimismo, se hace un recuento de las lecciones aprendidas para la implementación de megaproyectos en la Amazonía tomando como base las experiencias de la Carretera Interoceánica y el Proyecto Camisea.

Finalmente, se hace un análisis de las modificaciones normativas propuestas por el Proyecto de Ley 4335-2010-PE y sus implicancias para el marco legal en materia social y ambiental.

¹ El texto final del Acuerdo está disponible en: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Electricidad/acuerdo%20peru%20brasil%2016%20julio%202010.pdf>

II. Antecedentes

- En el año 1973, el consorcio Lahmeyer y Salzgitter trabajando por cuenta de la Dirección General de Electricidad y con el apoyo de la Cooperación Técnica Alemana (GTZ) elaboró el documento “Evaluación del Potencial Hidroeléctrico Nacional” mediante el cual se determinó la existencia de un enorme potencial hidroenergético en la cuenca del Atlántico. De acuerdo a dicho estudio, el potencial hidroenergético de la Amazonía Peruana ascendía a 22.821 MW.
- El 23 de octubre de 1997, los gobiernos de Perú y Brasil suscribieron el Memorando de Entendimiento sobre Cooperación en el Área Energética, con el objetivo de realizar estudios para identificar y proponer proyectos específicos, con miras a aumentar la integración energética entre los dos países, en las áreas de petróleo, gas natural y energía eléctrica, para lo cual se constituiría un grupo técnico ad hoc. En los considerandos del documento se señala que Brasil es un país “importador de hidrocarburos y dispone de un mercado importante por abastecer, teniendo interés en el establecimiento de alternativas para garantizar el suministro del mismo y considera, igualmente, la posibilidad de importación de energía eléctrica”. Este primer acercamiento entre ambos países no dio mayores frutos.
- En tal sentido, el 09 de noviembre de 2006, mediante Memorando de Entendimiento se creó la Comisión Mixta Permanente para establecer un programa de cooperación en materia energética, geológica y minera, entre el Ministerio de Energía y Minas de la República de Perú y el Ministerio de Minas y Energía de la República Federativa del Brasil.

Sus funciones serían permanentes e incluirían: promover actividades de cooperación, asociación y acciones comunes en los campos de geología, minería, hidrocarburos y afines, incluyendo gas

natural comprimido y micro LNG, fertilizantes, petroquímica, biocombustibles, energía eléctrica y otras fuentes de energía renovable como energía eólica, solar y termal; identificar oportunidades y apoyar la participación de empresas de los dos países en iniciativas y actividades comerciales y de inversión conjunta en las áreas mencionadas; estimular el desarrollo y la aplicación de nuevas tecnologías en las actividades citadas y a aquellas destinadas a mejorar la eficiencia energética y la conservación de energía.

De otro lado, la definición de acciones incluía el desarrollo de instrumentos legales y regulatorios así como el estudio de formas de financiamiento para promover los proyectos empresariales y gubernamentales.

- En base a dicho documento, el 08 de enero de 2007, mediante Resolución Ministerial 009-2007-MEM/DM, el Ministerio de Energía y Minas de Perú constituyó una Comisión Permanente en Materia Energética, Geológica y de Minería, que tiene como función implementar el Memorando de Entendimiento². Dicha comisión se conformó con altos funcionarios del referido Ministerio, un representante de Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (INGEMMET) y un representante de Petroperú S.A.
- El 28 de agosto de 2007, se llevó a cabo la Primera Reunión de la Comisión Mixta Permanente, durante la cual – entre otros temas – la parte peruana presentó información sobre el potencial hidroeléctrico exportable del Perú³. Asimismo, las partes decidieron formar un Grupo de Trabajo Ad Hoc de Integración Energética con el objetivo de preparar una propuesta de convenio bilateral para desarrollar estudios sobre el potencial de integración energética, incluyendo proyectos hidroeléctricos para la exportación de energía

² Ver http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Electricidad/publicaciones/inter_brasil/RM%20N%C2%B0%20009-2009-MEM-DM_CONSTITUIR%20LA%20COMISION%20PERMANENTE.pdf

³ Comunicado Conjunto de la Primera Reunión de la Comisión Mixta Permanente en Materia Energética, Geológica y de Minería. Ver http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Electricidad/publicaciones/inter_brasil/Ago-28-2007%20COMUNICADO%20CONJUNTO_1RA%20REUNION%20DE%20LA%20COMISION.pdf

de Perú a Brasil. El referido grupo de trabajo tendría entre sus funciones evaluar los aspectos regulatorios y normativos de cada país.

De igual manera, las delegaciones consideraron conveniente examinar la implementación de proyectos de conexión eléctrica fronteriza. En ese sentido, mencionaron la posibilidad de avanzar una conexión eléctrica fronteriza Assis (Brasil) – Iñapari (Perú), tema que también debería ser considerado en el Grupo de Trabajo Ad Hoc de Integración Energética.

- Por otra parte, en noviembre de 2007, la Dirección General de Electricidad (DGE) del Ministerio de Energía y Minas, presentó el informe final “Elaboración de resúmenes ejecutivos y fichas de estudios de las centrales hidroeléctricas con potencial para la exportación a Brasil”. En el referido documento se presenta información sobre 15 proyectos de centrales hidroeléctricas con potencias mayores de 200 MW, ubicadas en la vertiente del Atlántico, los mismos que sumarían una potencia instalada de 19,285 MW, según el siguiente detalle:

Nombre	Ubicación		Potencia (MW)
	Latitud Sur	Longitud Oeste	
Pongo de Manseriche	4° 27' 49"	77° 32' 16"	7,550
Cumba 4	6° 04' 08"	78° 32' 42"	825
Chadin 2	6° 25' 26"	78° 13' 24"	600
La Balsa	6° 48' 38"	78° 01' 06"	915
Chaglla	9° 41' 17"	75° 51' 45"	444
Pongo de Rentema	5° 20'	78° 30'	1525
La Guitarra	12° 16'	74° 43'	220
Man 270	12° 02'	74° 41'	286
Sumabeni	12° 09' 50"	74° 04' 13"	1,074
Paquitzapango	11° 31' 04"	74° 04' 30"	1,379
Tambo – Puerto Prado	10° 09' 10"	74° 14' 21"	620
Vizcatán	12° 25'	74° 17'	750
Cuquipampa	12° 17'	74° 19'	800
Ina 200 (Inambari)	15° 12'	72° 18'	1355
Urub 320 (Urubamba)	12° 14'	72° 51'	942
		Total	19,285

- Posteriormente, el 17 de mayo de 2008, fue suscrito el Convenio de Integración Energética entre el Ministerio de Energía y Minas del Perú y el Ministerio de Minas y Energía de Brasil⁴, mediante el cual se acordaron una serie de objetivos entre los que cabe destacar los siguientes:

- Desarrollar estudios sobre el potencial de integración energética entre los dos países;
- Evaluar proyectos hidroeléctricos para la

exportación de energía de Perú a Brasil, incluyendo la transmisión asociada y la evaluación de los respectivos regímenes hidrológicos;

- Evaluar el marco normativo y regulatorio de cada país;
- Examinar la implementación de proyectos de conexiones eléctricas fronterizas, entre los que se nombra específicamente la conexión eléctrica fronteriza Assis – Iñapari.

⁴ Ver texto del Convenio en http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Electricidad/publicaciones/inter_brasil/mayo-17-2008%20CONVENIO%20DE%20INTEGRACION%20ENERGICA%20ENTRE%20PERU%20Y%20BRASIL.pdf

De acuerdo a los términos del Convenio (artículo VI), las actividades del Grupo de Trabajo no afectarán los derechos de las partes y obligaciones que las partes hayan contraído en otros convenios internacionales. De igual forma, no afectarán los derechos de las partes sobre sus respectivos territorios y recursos naturales, conforme a sus ordenamientos jurídicos y las normas de derecho internacional aplicables.

El referido Convenio tiene una vigencia de 5 años, es decir continúa vigente.

- El 21 de julio de 2008, se reunieron las delegaciones del Perú y Brasil, para tratar temas relacionados a la Integración Energética. Ambas delegaciones estuvieron conformadas por funcionarios gubernamentales de los despachos de Energía y Minas; sin embargo, la delegación brasileña contó también con la presencia del Asesor de la Presidencia, el Superintendente de Operaciones en el Exterior, la Ministra Consejera de la Embajada de Brasil, el Presidente de ELETROBRAS⁵, quien presidió la delegación, y el Director de Ingeniería de dicha empresa.

Durante esta reunión se acordó conformar dos grupos de trabajo, integrados por representantes de ambas partes: el Grupo A, encargado de evaluar los aspectos técnicos de los proyectos identificados (centrales hidroeléctricas Paquizapango, Sumabeni, Urubamba, Vizcatán y Cuquipampa); y el Grupo B, que tendría a su cargo el análisis de los aspectos normativos y regulatorios para preparar un proyecto de acuerdo a través del cual se haga efectiva la integración eléctrica entre ambos países.

Asimismo, la delegación peruana hizo entrega de información técnica sobre los cinco proyectos de centrales hidroeléctricas de interés de

ELETROBAS, dentro del portafolio de proyectos presentado por el Ministerio de Energía y Minas del Perú. Por su parte, ELETROBRAS, única empresa presente, manifestó su interés en obtener concesiones temporales y definitivas para los proyectos mencionados, para lo que requiere constituir una filial en el Perú.

Debe notarse que si bien en esa oportunidad no se hizo mención al proyecto de central hidroeléctrica de Inambari, en la siguiente reunión de las delegaciones, llevada a cabo entre el 28 y el 31 de julio del mismo año, la parte peruana presentó información técnica sobre dicho proyecto, entre otros⁶.

- El 28 de abril de 2009, el Ministerio de Energía y Minas de Perú y su par brasileño, suscribieron el “Memorando de Entendimiento para el Apoyo a los Estudios de Interconexión Eléctrica entre el Perú y Brasil”, con el objeto de permitir el desarrollo de estudios de viabilidad para la interconexión eléctrica entre los dos países, para la exportación de energía eléctrica del Perú al Brasil y para el suministro de energía eléctrica al mercado peruano, relacionados con los proyectos hidroeléctricos que sean determinados como prioritarios por las partes, vinculados al Convenio de Integración Energética suscrito el 17 de mayo de 2008⁷.

Para su ejecución se acordó la designación de coordinadores de ambas partes. Asimismo, Brasil designaría representantes de dos empresas del rubro electricidad, mientras que Perú se comprometió a designar a dos representantes de las entidades competentes.

Por otro lado, de acuerdo a la cláusula VI, las partes acuerdan mantener reserva absoluta sobre todas las informaciones recibidas u obtenidas durante

⁵ ELETROBRAS es una empresa de capital abierto, controlada por el gobierno brasileño. Sus actividades se realizan en las áreas de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica. Lidera un sistema compuesto de 12 subsidiarias, una empresa de participaciones (Eletrobras Eletropar), un centro de pesquisas (Eletrobras Cepel) y la mitad del capital de Itaipú Binacional.

⁶ Ver Minutas de las reuniones de las delegaciones de Perú y Brasil sobre integración energética del 21 y 31 de julio de 2008, en http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Electricidad/publicaciones/inter_brasil/Jul-28-2008%20MINUTA%20DE%20LA%20REUNION%20DE%20LAS%20DELEGACIONES%20DE%20PERU%20Y%20BRASIL.pdf

⁷ Ver texto del documento en http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Electricidad/publicaciones/inter_brasil/MEMORANDO%20DE%20ENTENDIMIENTO%20PARA%20EL%20APOYO%20A%20LOS%20ESTUDIOS%20DE%20INTERCONEXION.pdf

las actividades relacionadas al Memorando, a excepción de su divulgación a autoridades del Sector de ambos países. Es decir, dicha información no podría ser revisada por ninguna otra entidad pública o privada, sin importar su competencia o el interés que pudieran tener en la misma. Cualquier divulgación de información debía contar con el consentimiento por escrito de la parte que proporcionó la misma.

La vigencia de este Memorando era de 180 días a partir de su firma.

- El 17 de julio de 2009, el Vice Ministerio de Energía de Perú remitió a la Secretaría de Planeamiento y Desarrollo Energético del Ministerio de Minas y Energía de Brasil, la propuesta peruana respecto a los temas relevantes que regirían el tratado de integración eléctrica entre ambos países⁸.

Entre los puntos de la propuesta sobresalen:

- El tiempo de las concesiones de generación hidroeléctrica debería ser de 30 años, más el período de construcción que se estima de 5 años. Al vencimiento del plazo, la propiedad de infraestructuras debería transferirse al Estado Peruano sin costo.
- Las concesiones deberían ejecutarse como resultado de licitaciones internacionales conforme a la legislación peruana. El factor de competencia, que determinaría quién se llevaría la buena pro, debía ser el precio de venta al mercado eléctrico peruano (cabe recordar que ELETROBRAS formó parte de la delegación brasilera, lo que le habría dado una ventaja injusta frente a las demás empresas que hubiesen participado de las licitaciones).
- La suma de potencias efectivas de todas las centrales hidroeléctricas que se desarrollen en el marco del acuerdo deberían ser como mínimo 2000 MW y como máximo 6000 MW.
- Que la energía de cada central hidroeléctrica en territorio peruano se envíe al mercado brasileño de la siguiente forma: 80% de la producción de cada central, durante su primer decenio; 60% durante el segundo y 40% durante el tercer decenio; destinándose la diferencia al mercado peruano. Al concluir el plazo de 30 años, el 100% de la producción debería ser destinada al mercado peruano.
- Se planteaba que ante una situación de desabastecimiento o crisis energética, las partes deberían acordar las condiciones que aplicarán en estos casos y las compensaciones que correspondan.
- El Estado Peruano ofrece ayudar en las gestiones para la obtención de licencias por parte de los adjudicatarios de las concesiones.
- Las centrales hidroeléctricas y líneas de transmisión deberían pagar los mismos cargos por concepto de contribución a los organismos normativo, regulador y al Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES), que pagan los generadores y transmisores en Perú.
- Las centrales hidroeléctricas pagarían un derecho por el uso del recurso hídrico.

Sin embargo la única salvaguarda ambiental de la propuesta se recoge en una línea, “que se garantice el cuidado del medio ambiente con base al cumplimiento de las normas ambientales”.

- El 07 de Agosto del mismo año, se celebró en Río de Janeiro la Primera Reunión Ministerial en el Ámbito del Memorando de Entendimiento para Apoyo a los Estudios de Interconexión Eléctrica entre Brasil y Perú, cuyo objetivo era aprobar el Plan de Trabajo de las actividades a ser realizadas, designar a los responsables y establecer un cronograma, conforme a lo establecido en la Cláusula IV del Memorando de Entendimiento; así como dar a conocer los avances realizados en el ámbito del Convenio de Integración Eléctrica del 17 de Mayo de 2008⁹.

⁸ Oficio N° 226-2009-ME/VME de fecha 17 de julio de 2009. Ver http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Electricidad/publicaciones/inter_brasil/Jul-17-2009%20PROPUESTA%20DEL%20MEM-PERU%20SOBRE%20TEMAS%20RELEVANTES%20PARA%20TRATADO.pdf

⁹ Acta de la Primera Reunión Ministerial en el Ámbito del Memorando de Entendimiento para Apoyo a los Estudios de Interconexión Eléctrica entre Brasil y Perú. Ver http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Electricidad/publicaciones/inter_brasil/ago-7-2009%20ACTA%20DE%20LA%20PRIMERA%20REUNION%20MINISTERIAL%20DE%20ACUERDO%20AL%20MEMORANDO%20DE%20ENTENDIMIENTO.pdf

En esta reunión, el Ministro peruano señaló que los principales desafíos para proseguir con la integración energética eran las cuestiones relacionadas con el medio ambiente y las comunidades afectadas, temas que podían ser trabajados de forma progresiva y que estaban siendo tratados por el gobierno peruano. Asimismo, resaltó que una vez que se pueda desarrollar un proyecto como Inambari, la introducción de empresas brasileñas en el mercado peruano daría señales mucho más claras de integración, con mayor aceptación por parte del pueblo peruano.

Del mismo modo, el titular peruano declaró que en nuestro país, el desarrollo del proyecto de integración energética puede ser realizado por un acuerdo a nivel de Poder Ejecutivo, a lo que el titular brasileño acotó que para Brasil, la cuestión de exportación/importación de energía sólo puede resolverse a través de un Tratado que requiere la aprobación del Congreso. Sobre este punto debe resaltarse que, de acuerdo con nuestra Constitución, el Acuerdo también debe ser aprobado por el Congreso peruano de forma previa a su ratificación. Este punto es de vital importancia ya que la aprobación por parte del Congreso permite una revisión de los términos pactados y promueve una discusión abierta respecto a los mismos. En el siguiente apartado se realizará un análisis más detallado sobre este tema.

Es importante resaltar que por parte de Brasil asistieron a la reunión, además de funcionarios del Ministerio de Minas y Energía, representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores y representantes de ELETROBRAS, mientras que la delegación peruana estuvo conformada por tres miembros de la cartera de Energía y Minas, incluyendo a su titular, y el embajador de Perú en Brasil, siendo 18 el número total de asistentes. Esta diferencia en la conformación de ambas delegaciones refleja un desbalance en las negociaciones que podría haber afectado el contenido del Acuerdo, estableciendo condiciones que resultan en una relación más beneficiosa para Brasil que para Perú.

- El 22 de setiembre de 2009, el Secretario de Planeamiento y Desarrollo del Ministerio de Minas

y Energía de Brasil, dio respuesta a la propuesta peruana respecto a los temas relevantes que regirían el tratado de integración eléctrica entre ambos países¹⁰.

Entre los temas tratados en dicho documento cabe resaltar los siguientes:

- Se señala que los dos primeros puntos de la propuesta peruana, que se refieren al plazo de las concesiones a otorgarse, la transferencia de la propiedad al estado peruano vencido éste y la necesidad de realizar licitaciones internacionales, no reflejan los acuerdos a los que se habían arribado en las negociaciones, por lo que se sugiere su adecuación.
- Respecto a la potencia efectiva de todas las centrales hidroeléctricas, precisa que desde el inicio de las negociaciones se habló de un potencial de 20,000 MW aproximadamente. Esto refleja que a pesar de no estar recogidos de forma explícita en el texto del Acuerdo, los proyectos a desarrollarse en el marco del mismo estaban plenamente identificados antes de su suscripción (recordemos el Informe “Elaboración de resúmenes ejecutivos y fichas de estudios de las centrales hidroeléctricas con potencial para la exportación a Brasil”, en el que se presentó información sobre 15 proyectos que sumarían una potencia de 19,285 MW).
- En cuanto a la reducción progresiva de la cantidad de energía eléctrica a ser exportada, se señala que el mercado brasileño requiere el suministro de una cantidad constante de energía por el plazo de 30 años. Por lo que se propone que se determine la cantidad de energía que será destinada al mercado interno peruano y que se exporten los excedentes.
- El monto a pagar por concepto de contribución a los organismos normativo, regulador y al COES debería ser establecido en los contratos de concesión y mantenerse fijo durante el plazo de las mismas.
- El monto a pagar por derecho de uso del recurso hídrico debería ser el mismo que pagan las centrales hidroeléctricas actuales, y debería mantenerse fijo.

¹⁰ Oficio N° 142/SPE/MME del 22 de setiembre de 2009. Ver http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Electricidad/publicaciones/inter_brasil/TEMAS%20RELEVANTES%20PARA%20EL%20TRATADO%20DE%20INTEGRACION%20ENERGETICA%20ENPRE%20PERU%20Y%20BRASIL.pdf

En cuanto al aspecto medioambiental se limita a señalar que el cumplimiento de las normas ambientales es importante para el desarrollo de los proyectos.

En base a las observaciones formuladas, el Ministerio de Minas y Energías de Brasil adjunta su contrapropuesta respecto a los temas relevantes a tenerse en cuenta para el Tratado de Integración Energética, en los términos expuestos.

- Cabe resaltar que, habiendo tomado conocimiento del Convenio de Integración Energética celebrado en el 2008 y de los proyectos de centrales hidroeléctricas que se implementarían en el marco del Acuerdo que se venía negociando con Brasil, el 19 de octubre de 2009, el Colegio de Ingenieros del Perú emitió un pronunciamiento en el que expresó su preocupación por los siguientes puntos¹¹:
 - La forma poco transparente como se venía llevando el proceso de negociación;
 - El Estado no debe comprometer a perpetuidad el potencial hidroeléctrico de la Nación, sobre todo teniendo en cuenta que la demanda eléctrica aumenta año a año. De acuerdo a sus proyecciones con un crecimiento de PBI de 5% anual, en 30 años la demanda eléctrica será 8 veces mayor a la actual.
 - La exportación de energía eléctrica requiere una base jurídica clara y suficiente, que permita resolver con equidad los cargos de transporte asociados a la oferta exportada en contraposición con la demanda nacional, para evitar que los usuarios locales deban asumir sobrecostos por una red de transmisión que no requieren.
 - La necesidad de establecer de forma explícita que se atenderá preferentemente el mercado interno. En tal sentido, señala que los contratos de suministro para exportación de energía que se celebren en virtud del Acuerdo no deberían tener una vigencia mayor a 5 años, pudiendo ser renovados sólo en caso el país tenga excedentes exportables de energía.
- La necesidad de establecer obligaciones de conservación y protección de la fauna y flora silvestre de las zonas a inundarse y sus zonas de influencia.
- El 06 de noviembre de 2009, el Viceministro de Energía trasladó la posición peruana respecto a la contrapropuesta brasileña, señalando lo siguiente¹²:
 - Se reitera que el plazo de las concesiones debe ser de 30 años más el tiempo que dure la construcción de cada proyecto.
 - Ya no se aplicará el sistema de licitación internacional para las concesiones y el precio al cual se venderá la energía destinada al mercado peruano deberá ser determinado por OSINERGMIN.
 - Se reitera que la suma de potencias efectivas de todas las centrales hidroeléctricas que se desarrollen en el marco del acuerdo será como máximo 6000 MW. Sin embargo, contempla la posibilidad de ampliar el límite en base a “las lecciones que se obtengan de la implementación de las primeras hidroeléctricas, la identificación de requerimientos de demanda y la viabilidad de proyectos hidroeléctricos”.
 - La energía producida por las centrales hidroeléctricas que se instalen en el marco del tratado de integración deben destinarse prioritariamente a atender la demanda del mercado interno peruano. Los excedentes de producción se podrán exportar a Brasil.
 - Precisa que los montos a pagar al Ministerio de Energía y Minas, OSINERGMIN y COES, serán los mismos que pagan los operadores peruanos; sin embargo, pueden variar en el tiempo.
 - Respecto al monto a pagar por derecho de uso del recurso hídrico, se precisa que éste deberá ser fijado por la Autoridad Nacional del Agua y será de aplicación para todos los usuarios de dicho recurso. Sin embargo, este punto no fue recogido de forma expresa en el texto final del acuerdo.

¹¹ Pronunciamiento publicado en diversos diarios. Ver <http://www.bicusa.org/en/Document.101586.aspx>

¹² Oficio N° 392-2009-MEM/VME del 06 de noviembre de 2009. Ver http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Electricidad/publicaciones/inter_brasil/OFICIO%20N%C2%B0%20392-2009-MEM-VME_EL%20PARECER%20DEL%20GRUPO%20DE%20TRABAJO-PERU.pdf

- Posteriormente, a fin de continuar con el diálogo respecto a la integración energética, entre otros temas, el 11 de diciembre de 2009, el presidente de Brasil realizó una visita a su par peruano, la misma que dio lugar al Comunicado Conjunto de la misma fecha, a través del cual ambos mandatarios reafirmaron su compromiso para la suscripción del acuerdo de integración energética y encargaron a sus respectivos ministros de Energía y Minas presentar un proyecto de acuerdo, en un plazo de 60 días.
- En ese sentido, a fin de procurar que el referido acuerdo recoja criterios sociales, económicos y ambientales, así como medidas para mitigar los impactos que tendrían los proyectos a desarrollarse en el marco del mismo; diversas entidades de la sociedad civil trasladaron sus principales preocupaciones y recomendaciones a las autoridades competentes, señalando que de acuerdo a la poca información disponible se vendrían negociando condiciones muy desiguales entre Perú y Brasil, donde el primero asumiría la mayor parte de los costos y los riesgos de los proyectos¹³. Asimismo, señalaron que las negociaciones para la firma del Acuerdo se venían realizando con muy poca información a la ciudadanía, y que a pesar de ello ya se habían otorgado derechos de evaluación de proyectos específicos, como el de Inambari¹⁴.
- Así, el 17 de febrero de 2010, la Embajada de Perú en Brasil, hizo llegar al Departamento de Energía del Ministerio de Relaciones Exteriores brasileño

el texto final del proyecto de “Acuerdo para el Suministro de Electricidad al Perú y la Exportación de Excedentes al Brasil”¹⁵.

En relación con dicho documento, es importante resaltar que diversas organizaciones de la sociedad civil, con el apoyo de expertos en temas ambientales, entablaron comunicación con representantes del Ministerio de Energía y Minas, a fin de trasladar sus observaciones al texto de la propuesta, entre las que destaca la necesidad de incluir garantías de respeto a los derechos fundamentales de las personas directa e indirectamente afectadas, cautelando sus intereses en el manejo, uso y conservación de la Amazonía, los ecosistemas y recursos que contiene; detallándose los compromisos indispensables que deberían asumir las partes en materia ambiental¹⁶.

- De igual forma, se hicieron llegar las preocupaciones de la sociedad civil a la Organización de Estados Americanos (OEA), a través de un pronunciamiento dirigido a su Asamblea General, en el que se señala que “los impactos ambientales, sociales y económicos de los proyectos hidroeléctricos que se ejecutaran en el marco del mencionado convenio podrían generar – en el corto y mediano plazo – una crisis ambiental y de gobernabilidad en la Amazonía”¹⁷.
- A pesar de ello, y de lo declarado por Pedro Sánchez, Titular de la cartera de Energía y Minas¹⁸,

¹³ Carta del 03 de febrero de 2010, suscrita entre otras instituciones por la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, y dirigida a los Ministros de Relaciones Exteriores, Ambiente, Energía y Minas, y al presidente del CEPLAN. Ver <http://www.actualidadambiental.pe/wp-content/uploads/2010/02/Carta-Acuerdo-Peru-Brasil-5feb10.pdf>

¹⁴ El 12 de junio de 2008, mediante Resolución Ministerial 287-2008-MEM/DM, el Ministerio de Energía y Minas otorgó a la Empresa de Generación Eléctrica Amazonas Sur S.A.C. (EGASUR), concesión temporal para realizar estudios de factibilidad relacionados a la actividad de generación eléctrica en la futura Central Hidroeléctrica de Inambari, por un plazo de 24 meses. El plazo de la concesión fue ampliado hasta el 07 de octubre de 2010, mediante Resolución Ministerial 259-2010-MEM/DM.

¹⁵ Nota Diplomática N° 5-2-M/055 del 17 de febrero de 2010. Ver <http://www.mem.gob.pe/minem/archivos/file/Electricidad/Acuerdo-Int-Peru-Brasil%2017%20feb%202010.pdf>

¹⁶ Ver carta del 14 de abril de 2010, dirigida al Viceministro de Energía, y carta del 11 de mayo de 2010, dirigida al Ministro de Energía y Minas; en <http://www.actualidadambiental.pe/wp-content/uploads/2010/04/Recomendaciones-Sociedad-Civil-para-Acuerdo-Energetico-Peru-Brasil-14abr10.pdf> y <http://www.actualidadambiental.pe/wp-content/uploads/2010/05/carta337.pdf>

¹⁷ Pronunciamiento en el Marco del Cuadragésimo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de Estados Americanos, del 05 de abril de 2010. Ver <http://www.amazonia-andina.org/sites/default/files/Pronunciamiento%20Acuerdo%20Energetico%20Peru%20Brasil%20junio%202010.pdf>

¹⁸ De acuerdo a las declaraciones publicadas el 07 de mayo de 2010 en el diario Expreso, el Ministro habría afirmado que se han incluido en el Acuerdo las sugerencias de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (alcanzadas en realidad por diversas organizaciones de la sociedad civil), lo que “garantiza un convenio donde ambos países tendrán niveles de exigencia para efectuar un desarrollo sostenible”. Ver http://www.expreso.com.pe/edicion/index.php?option=com_content&task=view&id=99180&Itemid=32

el “Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Federativa del Brasil para el Suministro de Electricidad al Perú y la Exportación de Excedentes al Brasil” (en adelante, el Acuerdo), fue suscrito el 16 de junio de 2010, sin que se produjesen las modificaciones propuestas¹⁹.

Así tenemos que, en los considerandos del Acuerdo se resalta la importancia del desarrollo sostenible y la voluntad de avanzar en una integración energética que genere los mayores beneficios para ambos países, en particular para sus comunidades locales, conservando el ambiente y manejando eficientemente sus recursos hídricos. Sin embargo, la única referencia al respecto se encuentra recogida en el artículo 9, que de forma muy general señala que todas las actividades que se realicen para el cumplimiento del objeto del Acuerdo, se efectuarán en un contexto de Desarrollo Sostenible y considerando los estándares ambientales que exigen los dispositivos legales de ambas partes, incluyendo los acuerdos internacionales adoptados por las mismas.

El texto original de este artículo según la propuesta peruana establecía que las actividades que se realicen se efectuarían “respetando el uso sostenible de los recursos naturales, la conservación del ambiente, el patrimonio arqueológico y cultural, procurando el bienestar social y económico de las comunidades lugareñas”; es decir, era más exhaustivo, sin embargo este fue modificado sin razón aparente.

- Los principales compromisos asumidos por las partes en el texto final del Acuerdo son los siguientes:
 - El plazo de cada concesión de generación hidroeléctrica y de transmisión será de 30 años más el tiempo que dure la construcción de la central hidroeléctrica. Vencido dicho plazo se transferirán al Estado Peruano los derechos eléctricos y la propiedad de la infraestructura.
 - La capacidad acumulada de todas las centrales de generación que se comprometan a la

exportación de energía a Brasil en el marco del Acuerdo será de 6000 MW. Sin embargo, a diferencia de lo señalado en la propuesta peruana, se establece una tolerancia del 20% sobre dicho límite. Es decir que podrían llegar a sumar una capacidad de hasta 7200 MW.

- La cantidad de potencia y energía eléctrica que se destinará al mercado regulado peruano, así como los precios correspondientes, serán determinadas de forma previa al otorgamiento de la concesión definitiva para cada central hidroeléctrica, y se mantendrán fijos por 30 años.
- La cantidad de potencia y energía eléctrica que se destinará al mercado libre peruano se determinará mediante procesos públicos de oferta. Es decir, se determinará de acuerdo a la demanda existente al momento de otorgarse la concesión, quedando fija por los 30 años que dure la concesión.
- Los excedentes de potencia y energía eléctrica que podrán ser exportados a Brasil serán determinados de acuerdo al resultado de los procedimientos señalados en los dos puntos anteriores. Estos valores quedarán recogidos en los contratos de concesión y se mantendrán fijos por un plazo de 30 años, contados desde el inicio del suministro al Brasil (nótese que el plazo no inicia una vez terminada la construcción sino cuando efectivamente se inicie el suministro de energía al Brasil).
- Los titulares de las centrales de generación y líneas de transmisión estarán sujetos a los mismos cargos y obligaciones que se apliquen a los operadores peruanos.

Como se puede apreciar de los antecedentes, las negociaciones sostenidas entre los estados peruano y brasileño se fueron desarrollando sin la necesaria difusión, debido no sólo a la falta de transparencia pública y participación ciudadana (no obstante las disposiciones de nuestro marco legal), sino al hecho que, al menos dos de las autoridades competentes para conocer temas de manejo y gestión de recursos hídricos transfronterizos, como son el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Autoridad Nacional del Agua, no tuvieron participación alguna en el proceso.

¹⁹ Ver texto final del Acuerdo en <http://www.mem.gob.pe/minem/archivos/file/Electricidad/acuerdo%20peru%20brasil%2016%20julio%202010.pdf>

Por otro lado, resulta indiscutible que para Brasil la finalidad detrás de la firma del Acuerdo es garantizar el suministro de energía a su mercado interno, a través de la exportación de la energía que generen las centrales hidroeléctricas que se construirían en la Amazonía Peruana. Recordemos que en el inicio de las negociaciones, en el Memorando de Entendimiento de 1997 se hizo hincapié en la necesidad de Brasil de buscar alternativas para garantizar su suministro de energía, considerando entre ellas la importación de energía eléctrica. Asimismo, uno de los objetivos del grupo de trabajo Ad Hoc de Integración Energética, conformado en el 2007 era desarrollar estudios sobre el potencial de integración energética, “incluyendo proyectos hidroeléctricos para la exportación de energía de Perú a Brasil”

A pesar de ello, el Gobierno Peruano promociona el Acuerdo como un instrumento que permitirá desarrollar el potencial energético de nuestro país y garantizar la cobertura de la demanda interna peruana en los próximos años.

En tal sentido, a continuación realizaremos un análisis de las principales observaciones al Acuerdo, tanto respecto a las formalidades que debió observar para su suscripción y validez, como respecto al contenido del mismo, a fin de determinar si su ratificación sería beneficiosa para el Perú o si simplemente estaríamos sacrificando nuestros recursos y asumiendo altos costos sociales y ambientales para garantizar la cobertura de las necesidades de nuestro país vecino.

III. Análisis Legal y Observaciones al Acuerdo

Para el presente análisis hemos priorizado los siguientes puntos:

- a. Exclusión de la Autoridad Nacional del Agua en el proceso de negociación y suscripción del Acuerdo.
- b. La necesidad de aprobación por parte del Congreso Peruano para su entrada en vigencia.
- c. Los alcances del Convenio 169 de la OIT y la necesidad de consulta previa a los pueblos indígenas afectados.
- d. La falta de compromisos ambientales y sociales específicos, entre otras observaciones al contenido del Acuerdo.

3.1 Observaciones a las formalidades del proceso de negociación, suscripción y entrada en vigencia del Acuerdo:

Sobre la no intervención de la Autoridad Nacional del Agua.-

La Autoridad Nacional del Agua (ANA) es el ente rector del Sistema Nacional de Gestión de los

Recursos Hídricos, y como tal elabora la Política y Estrategia Nacional de los Recursos Hídricos y el Plan Nacional de Recursos Hídricos; supervisa y evalúa las actividades, el impacto y el cumplimiento de los objetivos del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos. Asimismo, es el organismo nacional encargado de realizar y promover las acciones necesarias para el aprovechamiento multisectorial y sostenible de los recursos hídricos por cuencas hidrográficas en el país, en el marco de la gestión integrada de recursos hídricos y de la gestión de la calidad ambiental nacional²⁰.

Sobre la base de ello, el artículo 33 de la Ley de Recursos Hídricos señala que “la Autoridad Nacional coordina con el Ministerio de Relaciones Exteriores la suscripción de acuerdos multinacionales que tengan por finalidad la gestión integrada del agua en las cuencas transfronterizas”.

En el mismo sentido, el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos establece que “el Ministerio de Relaciones Exteriores, en coordinación con la Autoridad Nacional del Agua, participa, negocia y suscribe los tratados y demás instrumentos

²⁰ Artículo 4 del Reglamento de Organización y Funciones de la Autoridad Nacional del Agua, aprobado por Decreto Supremo 066-2010-AG, publicado en el diario oficial El Peruano el 08 de julio de 2010.

internacionales que tengan por finalidad la gestión integrada del agua en las cuencas transfronterizas”²¹.

Al respecto, Pulgar-Vidal señala que la existencia de esta autoridad constituye una oportunidad en el tratamiento de recursos hídricos compartidos, ya que el hecho de ser el ente rector de un sistema que articula a un grupo importante de autoridades, le da legitimidad para definir posiciones en la lógica de cooperación de recursos compartidos²².

A pesar de ello, la referida entidad no tuvo participación alguna en el proceso de negociación en el que se fijaron los términos y condiciones del tratado, ni en la suscripción del mismo. Esta exclusión fue confirmada por la propia ANA a través de la carta remitida a la Central Ashaninka del Río Ene (CARE) el 10 de junio de 2010²³. CARE solicitó a dicha entidad y al Ministerio de Relaciones Exteriores, copia de las actas de las reuniones oficiales en las que conste la participación de la ANA en las negociaciones y suscripción del Acuerdo para el Suministro de Electricidad al Perú y la Exportación de Excedentes al Brasil, obteniendo como respuesta de la ANA que no cuenta con los documentos solicitados y no tiene información respecto al Acuerdo.

A su vez, el Ministerio de Relaciones Exteriores, informó que la negociación del Acuerdo se encontraba a cargo del Ministerio de Energía y Minas, por lo que recomendó a CARE dirigir su pedido a dicha entidad por ser la competente en la materia²⁴. Como se puede ver, el Ministerio de Relaciones Exteriores tampoco tuvo una participación directa en la negociación y suscripción del convenio.

Esta omisión constituye una clara vulneración al ordenamiento jurídico peruano, específicamente a lo dispuesto por el artículo 44 del Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos, derivada de la premura con que el Ministerio de Energía y Minas llevó a cabo la negociación y firma del Acuerdo.

La total exclusión de la ANA en la negociación del Acuerdo es grave, no sólo por contravenir una norma expresa, sino debido a que su intervención pudo significar la inclusión de condiciones específicas que regulen la forma en que van a gestionarse las cuencas que sufrirán los impactos de los proyectos de hidroeléctricas.

Consultado al respecto, el Viceministro de Energía manifestó que la intervención de la ANA en el proceso de negociación no era necesaria ya que el Acuerdo versa sobre la construcción de infraestructura eléctrica en territorio peruano y el suministro de electricidad, y no sobre gestión de cuencas transfronterizas²⁵.

Este razonamiento es cuestionable ya que resulta claro que la implementación del Acuerdo a través de la construcción de centrales hidroeléctricas afectará las cuencas transfronterizas de la Amazonía²⁶, debido a que implica el desarrollo de obras de represamiento que no sólo modificarán las condiciones naturales de las cuencas, sino que podrían generar emisiones de metano por la descomposición de la materia orgánica sumergida, así como procesos de sedimentación y alterar la composición y comportamiento de los recursos hidrobiológicos en los que sustentan su alimentación pobladores de la zona²⁷.

²¹ Reglamento de la Ley de la Ley 29338 – Ley de Recursos Hídricos, aprobado por Decreto Supremo 001-2010-AG, publicado en el diario oficial El Peruano el 24 de marzo de 2010.

²² Pulgar-Vidal, Manuel. Marco Legal e Institucional para la Gestión del Agua en Cuencas Transfronterizas de los Estados Parte de la Comunidad Andina de Naciones. Caso de Estudio Perú. Documento sin publicar. s/f.

²³ Carta N° 0040-2010-ANA-DGCCCI-ATO del 10 de junio de 2010. Ver <http://www.actualidadambiental.pe:80/wp-content/uploads/2010/08/Respuesta-ANA.jpg>.

²⁴ Oficio RE (TAI) N° 0-2-B/59 del 16 de junio de 2010.

²⁵ Oficio N° 313-2009-MEM/VME, del 07 de setiembre de 2010.

²⁶ Mediante Resolución Ministerial 033-2008-AG, publicada en el diario oficial El Peruano el 17 de enero de 2008, se aprobó la Memoria Descriptiva y el Plano de Delimitación y Codificación de las Unidades Hidrográficas del Perú, en dicho plano se pueden apreciar las cuencas transfronterizas ubicadas en la Amazonía.

²⁷ Pulgar-Vidal, Manuel. Op. Cit.

Conscientes de estos riesgos, representantes de la sociedad civil hicieron llegar, mediante carta del 11 de mayo de 2010, una serie de recomendaciones al texto del acuerdo, entre las que se encontraba el que las partes se comprometían a “desarrollar mecanismos binacionales para la gestión sostenible de las cuencas transfronterizas afectadas por los proyectos de infraestructura de generación hidroeléctrica y de transmisión eléctrica asociada”. El Ministerio de Energía y Minas respondió que este tema ya estaba comprendido en el ordenamiento jurídico peruano, citando expresamente el artículo 33 de la Ley de Recursos Hídricos y 44 de su Reglamento²⁸.

Es decir, las autoridades encargadas de la negociación y suscripción del Acuerdo eran plenamente conscientes de la obligación legal de incluir a la Autoridad Nacional de Agua en dicho proceso, sin embargo, optaron por ignorar dicha obligación, lo que genera suspicacias respecto a los motivos de dicha decisión.

Sobre la Aprobación del Acuerdo por el Congreso Peruano.-

De acuerdo a declaraciones de representantes del Ministerio de Energía y Minas del Perú, una vez suscrito el Acuerdo, sería necesaria su aprobación por el Congreso brasileño, mientras que en nuestro país sólo sería necesaria su aprobación por parte del Poder Ejecutivo²⁹, de acuerdo a lo establecido por el artículo 57 de la Constitución Política del Perú (en adelante la Constitución), según el cual:

“Artículo 57.- Tratados Ejecutivos
El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso.

Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la

Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.

La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste”.

En el mismo orden de ideas, el Viceministro de Energía ha señalado que se está evaluando la conveniencia de someter el Acuerdo a la aprobación del Congreso³⁰. Sin embargo, una posición como ésta no toma en cuenta que el artículo 56 de la Constitución establece claramente los supuestos en los cuales los tratados deben ser aprobados por el Congreso de la República, como se detalla a continuación:

“Artículo 56.- Aprobación de tratados
Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

1. Derechos Humanos.
2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.
3. Defensa Nacional.
4. Obligaciones financieras del Estado.

También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución”.

Para determinar si el Acuerdo materia del presente análisis debe ser aprobado por el Congreso peruano, debemos evaluar su contenido. Así tenemos que de acuerdo a su artículo 2, el objeto del Acuerdo es “establecer el marco legal que promueva el desarrollo de la infraestructura necesaria en el territorio peruano para la producción de electricidad destinada a su

²⁸ Oficio N° 240-2010-MEM/VME recibida por la Sociedad Nacional de Pesquería el 17 de junio de 2010.

²⁹ Ver “Acuerdo de integración energética entre Perú y Brasil se firmaría en primer semestre” publicado por Andina Agencia Andina de Noticias el 25 de marzo de 2010; en <http://www.andina.com.pe/espanol/Noticia.aspx?id=dH5Ytk8raxw=>.

³⁰ Ver “En fase final el acuerdo de energía Perú-Brasil”, publicado en el diario El Comercio el 26 de mayo del 2010; en <http://elcomercio.pe/imprensa/notas/fase-final-acuerdo-energia-peru-brasil/20100526/485126>.

mercado interno y la exportación de los excedentes de potencia y energía eléctrica asociada al Brasil, con el objetivo de viabilizar la interconexión entre los sistemas interconectados nacionales de las Partes”.

Por otro lado, el artículo 4 recoge las obligaciones comunes de las partes, las que asumen, entre otros los siguientes compromisos:

“a. Adecuar, en caso sea necesario, sus respectivos marcos legales y normas técnicas, así como promover soluciones para la implementación de la infraestructura en un contexto de Desarrollo Sostenible.

(...)

d. El Gobierno de la República del Perú, implementará la normativa necesaria para asegurar que la energía de las Centrales de Generación, asignada al mercado regulado peruano se distribuya entre las empresas de distribución de energía eléctrica”.

Como se puede ver, la suscripción del Acuerdo implica el compromiso del Estado Peruano de modificar el marco normativo que actualmente regula el otorgamiento de concesiones eléctricas, a fin de promover el desarrollo de la infraestructura necesaria para la producción de energía eléctrica y hacer posible la interconexión de nuestro sistema eléctrico con el brasileño. En consecuencia, al ser necesarias medidas legislativas para su ejecución, debe ser aprobado por el Congreso antes de su ratificación.

Son claros ejemplos de que la implementación del Acuerdo conllevará a modificaciones legislativas i) el Proyecto de Ley 3817-2009-PE, que busca modificar la Ley 28223 – Ley sobre los Desplazamientos Internos, a fin de regular los desplazamientos forzados que se den a causa de proyectos de desarrollo en gran escala, y ii) el Proyecto de Ley 4335-2010-PE, Ley que modificaría el marco jurídico eléctrico.

Las modificaciones propuestas e implicancias de este último proyecto de ley serán analizadas en un acápite independiente debido a su importancia en la forma como se regula el aspecto ambiental para la implementación de centrales hidroeléctricas.

Asimismo, no debemos perder de vista que el Acuerdo versa sobre temas relacionados con la gestión de recursos naturales, específicamente recursos hidroenergéticos (reconocidos como tales en el artículo 3 de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales³¹), los que de acuerdo al artículo 66 de la Constitución son Patrimonio de la Nación, por lo que las condiciones de su utilización y otorgamiento a particulares deben ser fijadas por Ley Orgánica.

“Artículo 66.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son Patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”.

Por otro lado, es importante resaltar que independientemente de la formalidad que se utilice para la incorporación de un tratado internacional a nuestro ordenamiento jurídico, una vez ratificado éste tendrá rango de ley, en virtud a lo establecido por el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución, según el cual:

“Artículo 200.- Son garantías constitucionales: (...) 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”.

³¹ Ley 26821 – Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, publicada en el diario oficial El Peruano el 26 de junio de 1997.

“Artículo 3.- Se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tengan un valor actual o potencial en el mercado, tales como:

a. Las aguas: superficiales y subterráneas; (...)

d. Los Recursos hidrocarbúricos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares. (...)

Es en virtud a ello que los tratados internacionales que exijan modificación o derogación de alguna ley o requieran de medidas legislativas para su ejecución deben ser, necesariamente, aprobados por el Congreso, ya que sobre él recae la facultad legislativa, acorde al artículo 102 de la Constitución, cuyo texto señala:

“Artículo 102.- Son atribuciones del Congreso:
1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes (...)
3. Aprobar los tratados, de conformidad con la Constitución”.

Es decir, siendo el Congreso quien deberá ejercer la función legislativa a fin de implementar los compromisos asumidos en los Tratados que requieran la modificación o derogación de normas, como es el caso del Acuerdo firmado con Brasil, es de vital importancia que el mismo Congreso apruebe el texto del mismo de forma previa a la ratificación presidencial, ya que de él depende el que se emitan las leyes necesarias una vez que el Acuerdo entre en vigencia.

Este razonamiento también es recogido por el Reglamento del Congreso, según el cual “los tratados internacionales que celebre o ratifica y adhiere el Presidente de la República al amparo del artículo 57 de la Constitución Política se denominan “Tratados Internacionales Ejecutivos” (...) y sólo pueden versar sobre materias distintas a las contempladas en el artículo 56 de la Constitución Política. Los tratados internacionales ejecutivos no pueden contener pactos que supongan modificación o derogación de normas constitucionales o que tienen rango de ley, o que exijan desarrollo legislativo para su cumplimiento”³².

Al respecto, el artículo 2 de la Ley 26647 establece lo siguiente:

“Artículo 2.- La aprobación legislativa de los tratados a que se refiere el Artículo 56 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa; y su ratificación al Presidente de la República, mediante Decreto Supremo.

Cuando los tratados no requieran la aprobación legislativa, el Presidente de la República los ratifica directamente, mediante Decreto Supremo, de acuerdo a lo previsto en el Artículo 57 de la Constitución (...)”³³.

De las normas citadas se concluye que en el caso del Acuerdo para el Suministro de Electricidad al Perú y la Exportación de Excedentes al Brasil, someter el texto a la aprobación del Congreso es un requisito previo indispensable para su ratificación, y no una prerrogativa del Poder Ejecutivo, como parecerían sostener los representantes del Ministerio de Energía y Minas.

De igual forma, debe tenerse en cuenta que el Acuerdo implica compromisos de largo plazo (el plazo de vigencia es de 50 años), por lo que su aprobación requiere un debate multipartidario que sólo puede aportar el Congreso de la República.

En ese sentido, un grupo de organizaciones de la sociedad civil vinculadas a la protección del medio ambiente y de los derechos de los pueblos indígenas, han informado de la situación al Congreso de la República, solicitando que en cumplimiento de sus funciones, discuta el contenido del Acuerdo y se pronuncie al respecto³⁴.

A pesar de ello, a la fecha la Dirección de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores no ha emitido informe técnico pronunciándose sobre este tema, por lo que se encuentra pendiente la emisión del Oficio que remita el texto del Acuerdo al Congreso para su aprobación.

³² Artículo 92 del Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso, publicado en el diario oficial El Peruano, en Separata Especial, el 30 de mayo de 1998.

³³ Ley 26647 – Establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado Peruano, publicada en el diario oficial El Peruano el 28 de junio de 1996.

³⁴ Carta dirigida a Luis Alva Castro, Presidente del Congreso de la República, suscrita por Aprodeh, Care-Perú, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, entre otros. Ver <http://www.servindi.org/actualidad/26946>.

En cuanto al procedimiento previsto en el ordenamiento brasileño en materia de tratados internacionales, el artículo 84 de la Constitución Nacional de dicho país establece que el Presidente de la República es el competente para su celebración; sin embargo, se encuentran sujetos al refrendo del Congreso de la República, de conformidad con lo señalado en el artículo 49 del mismo cuerpo legal, según el cual el referido órgano tiene competencia exclusiva para “resolver definitivamente sobre tratados, acuerdos o actos internacionales que acarreen encargos o compromisos gravosos para el patrimonio nacional”. El Acuerdo para el Suministro de Electricidad al Perú y la Exportación de Excedentes al Brasil, aún se encuentra pendiente de aprobación.

Sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT.-

En 1989 la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó el Convenio sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales (Convenio 169), el mismo que fue ratificado por el Perú el 02 de febrero de 1994³⁵.

El objetivo de este Convenio no es otorgar a los pueblos indígenas “derechos especiales” que no le corresponden a otros sectores de la sociedad, sino que por el contrario busca reconocer derechos específicos para contrarrestar las formas específicas de discriminación y marginación que enfrentan los pueblos indígenas. Asimismo, busca mitigar los altos impactos que han sufrido los pueblos indígenas a lo largo de la historia por la implementación de proyectos de desarrollo, a través de la inclusión de sus opiniones y preocupaciones en los procesos de toma de decisiones.

Al respecto, la OIT ha señalado que en todo el mundo existen desigualdades arraigadas entre los pueblos indígenas y las comunidades dominantes dentro de los límites del estado. En tal sentido, el Convenio 169 exige a los gobiernos que garanticen los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y trabajen de la mano con ellos para poner fin a la

discriminación en cuanto a las desigualdades en los resultados (diferencias en salud, educación, empleo, etc.) y a las desigualdades en los procesos de gobernanza (participación en la toma de decisiones, en las instituciones y programas del gobierno)³⁶.

Asimismo, señala que “el establecimiento de mecanismos apropiados y eficaces para la consulta de los pueblos indígenas y tribales en relación con las cuestiones que les conciernen es la piedra angular del Convenio 169”³⁷. Así tenemos que el derecho de consulta previa se encuentra recogido en el artículo 6 del referido documento, en los siguientes términos:

“Artículo 6.-

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; (...)
2. Las consultas llevadas a cabo en la aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

Por otro lado, el artículo 7 del Convenio hace mención específica a la participación de los pueblos indígenas en la elaboración e implementación de programas de desarrollo, estableciendo que:

“Artículo 7.-

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de

³⁵ El citado Convenio fue aprobado por el Congreso Constituyente Democrático mediante Resolución Legislativa 26253, del 05 de diciembre de 1993.

³⁶ Organización Internacional del Trabajo; Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica – Una Guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT; 2009. Pág. 29.

³⁷ Ibidem. Pág. 59.

controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

Lo que se busca garantizar con estos artículos es que los pueblos indígenas puedan tener una participación efectiva en todos los niveles de la toma de decisiones en los órganos políticos, legislativos y administrativos y en los procesos que puedan afectarles directamente. Así, de acuerdo a la Guía sobre el Convenio 169, la consulta no implica sólo el derecho de reaccionar sino, también el derecho de proponer; es decir, los pueblos indígenas tienen derecho a decidir cuáles son sus propias prioridades para el proceso de desarrollo y, en consecuencia, a ejercer control sobre su propio desarrollo económico, social y cultural³⁸.

En este sentido, al ratificar el Convenio los países se obligan a permitir la participación de los pueblos indígenas en todos los niveles de formulación, implementación y evaluación de las medidas y programas que los afecten directamente. Por otra parte, de acuerdo a la Guía, la obligación de los gobiernos de consultar a los pueblos indígenas adquiere especial relevancia, en los siguientes casos:

- Al prever medidas legislativas o administrativas;
- Con anterioridad a la reubicación de los pueblos indígenas, que sólo deberá efectuarse con el consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa; entre otros³⁹.

Es en virtud a esta obligación, y a que el Convenio no establece ninguna excepción al derecho de

consulta, sino que éste se aplica ante cualquier tipo de medida legislativa que pueda afectar de forma directa a los pueblos indígenas, que resulta pertinente evaluar si la ratificación del Acuerdo para el Suministro de Electricidad al Perú y la Exportación de Excedentes al Brasil, requiere de forma previa la consulta a los pueblos indígenas que se verán afectados por la construcción de centrales hidroeléctricas en sus territorios; sobre todo si tenemos en cuenta que en el sistema jurídico peruano los tratados internacionales tienen rango de ley, y que de acuerdo a James Anaya, el requisito de consulta y participación no se aplica sólo a la toma de decisiones en el ámbito de los procesos locales o municipales, sino también a la toma de decisiones en la esfera internacional⁴⁰.

Ahora bien, resulta claro que la ejecución del Acuerdo entre Perú y Brasil afectará de forma directa a diferentes pueblos indígenas que habitan en la Amazonía peruana, ya que varios de los proyectos que se implementarán en virtud de dicho Acuerdo se encuentran en territorios indígenas, como puede apreciarse en el informe final “Elaboración de resúmenes ejecutivos y fichas de estudios de las centrales hidroeléctricas con potencial para la exportación a Brasil” presentado por el Estado Peruano en noviembre de 2007, y en las minutas de las reuniones de las delegaciones de ambos países del 21 y 31 de julio de 2008, en las que se formó un grupo de trabajo con la finalidad de evaluar los proyectos ya identificados entre los que se encontraba los de Pakitzapango e Inambari, entre otros.

Sin embargo, en este caso consideramos que la realización de consultas a los pueblos indígenas afectados podría no resultar exigible como requisito previo a la ratificación del Acuerdo, debido a que en

³⁸ Ibidem. Pág. 60.

³⁹ Artículo 16 del Convenio 169 de la OIT:

“1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados(...)”.

⁴⁰ Anaya, James; *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford University Press, second edition, 2004. Citado en: Organización Internacional del Trabajo; Op. Cit. Pág. 61.

su texto no se hace mención expresa a los proyectos específicos de centrales hidroeléctricas que se construirán en ejecución del mismo, o a su ubicación; sino que simplemente se establece la potencia total máxima que deberán sumar estos. A pesar de que los proyectos se encuentran plenamente identificados y la eventual afectación a comunidades indígenas es indiscutible.

En nuestra opinión, la decisión de no incluir en el texto del Acuerdo una alusión clara a las áreas donde deberán ejecutarse los proyectos es criticable, debido a que dificulta la adecuada aplicación del Convenio 169 de la OIT. Como ejemplo podemos citar el caso de Pakitzapango, donde las comunidades Ashaninkas afectadas han denunciado que se viene vulnerando su derecho a la consulta previa⁴¹.

Al respecto, el 19 de noviembre de 2008 el Ministerio de Energía y Minas emitió la Resolución Ministerial 546-2008-MEM/DM, mediante la cual se otorgó a la empresa Paquitzapango Energía S.A.C. una concesión temporal para desarrollar estudios de factibilidad relacionados a la generación de energía eléctrica de la futura Central Hidroeléctrica Pakitzapango, en los distritos de Mazamari, Río Tambo y Pangoa, provincia de Satipo, departamento de Junín, por un plazo de 20 meses⁴². De acuerdo a las coordenadas referidas en la resolución, la zona sobre la cual se otorga la concesión se ubica sobre comunidades nativas Ashaninkas asentadas en las laderas del Río Ene; sin embargo, dichas comunidades no fueron consultadas al respecto y la citada norma tampoco señala la necesidad de realizar consultas durante el periodo que dure la concesión.

Si bien a la fecha en que se otorgó la referida concesión, las normas sectoriales internas no establecían la necesidad de realizar consultas previas para el otorgamiento de derechos para realizar

estudios, sino sólo para la ejecución de proyecto; debe tenerse en cuenta que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados cada vez que se prevean medidas susceptibles de afectarles directamente, nace directamente del Convenio 169 y no del reconocimiento de este derecho por la legislación nacional.⁴³

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia recaída en el expediente N° 00022-2009-PI/TC que “no es un argumento constitucionalmente válido excusar la aplicación de derechos fundamentales debido a una ausencia de regulación legal o infra legal. Ello sería dejar en manos de la discrecionalidad estatal el cumplimiento de los derechos fundamentales, posición que riñe con el Estado Constitucional del Derecho en la que la Constitución vincula a toda la sociedad, incluyendo a los órganos constitucionales o a los llamados Poderes de Estado”.

Sin perjuicio de lo expuesto, y aunque en el caso específico del Acuerdo entre Perú y Brasil no fuese exigible la consulta previa para su ratificación; debemos señalar que al establecer entre los compromisos de las partes el “adecuar, en caso sea necesario, sus respectivos marcos legales y normas técnicas, así como promover soluciones para la implementación de la infraestructura en un contexto de Desarrollo Sostenible”; la emisión de dichas normas, cuando afecten directamente a pueblos indígenas, deberá cumplir el requisito de consulta previa⁴⁴, por lo que habría sido conveniente que el Acuerdo recogiese el compromiso expreso de las partes de cumplir con las disposiciones del Convenio 169.

Asimismo, será necesario que cuando los proyectos de centrales hidroeléctricas vayan a afectar directamente pueblos indígenas, como es el caso de Pakitzapango, antes de la aprobación de cada proyecto, y durante cada etapa de su implementación, se cumpla con

⁴¹ Artículo “Ashaninkas del Río Ene rechazan hidroeléctrica en Pakitzapango” publicado por NoticiasSer.Pe. Ver: <http://www.noticiasser.pe/19/05/2010/nacional/comunidades-ashaninkas-rechazan-hidroelectrica-en-pakitzapango>

⁴² Resolución Ministerial 546-2008-MEM/DM, publicada en el diario oficial El Peruano el 03 de diciembre de 2008.

⁴³ Organización Internacional del Trabajo. Op. Cit. Pág. 66.

⁴⁴ En relación con el derecho de consulta, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 00022-2009-PI/TC, establece criterios para definir cuando se considera que una medida legislativa afecta de forma directa a pueblos indígenas.

el requisito de la consulta previa, de acuerdo a lo establecido por el artículo 15 del Convenio⁴⁵.

Cabe resaltar que a la fecha existe un proyecto de “Ley de Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas y Originarios” que pretende reglamentar el Convenio 169 de la OIT. Dicho proyecto fue observado por el Poder Ejecutivo y se encuentra en el Congreso de la República, órgano que debe dar respuesta a las observaciones formuladas.

Asimismo, el 25 de octubre último el Ministerio de Energía y Minas ha publicado en su portal institucional el proyecto de Reglamento de Consulta a los Pueblos Indígenas para las Actividades Minero Energéticas⁴⁶, el mismo que ha sido objeto de diversas observaciones por organizaciones de la sociedad civil por no ser acorde a las disposiciones del Convenio 169, entre las que destaca la necesidad de que el reglamento que se apruebe sea producto de un proceso participativo en el que se incluya a las organizaciones indígenas.

3.2 Otras observaciones al Acuerdo:

No puede negarse que el Perú requiere desarrollarse energéticamente para sostener su progreso económico, preferentemente a través de una matriz energética basada en fuentes renovables de energía, como la hidroenergía, para lo que se necesitan realizar inversiones importantes. Por su parte, Brasil necesita ampliar sus fuentes de energía. Por ello, una colaboración entre ambos países podría resultar en beneficios mutuos. Sin embargo, para que ello ocurra es necesario que

el Acuerdo a través del cual se regule la relación entre los dos países incorpore un marco regulatorio que otorgue seguridad jurídica a las inversiones, y al mismo tiempo incorpore salvaguardas ambientales y sociales; dada su importancia estratégica y los serios impactos que puede generar la construcción de centrales hidroeléctricas y la interconexión de las redes de energía de ambos países.

Respecto a los posibles impactos, la Comisión Mundial de Represas ha manifestado que es indiscutible que en demasiados casos los beneficios generados por las grandes represas se han obtenido a un precio inaceptable y a menudo innecesario, en especial en términos sociales y ambientales, las personas desplazadas, las comunidades río abajo, los contribuyentes y el medio ambiente natural⁴⁷.

En el mismo sentido, la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA) ha señalado que según las experiencias que se han tenido en la Región, este tipo de megaproyectos puede generar daños ambientales que se traducen en una vulneración a los derechos humanos de las personas y comunidades afectadas, ya que por lo general desconocen las normas del derecho internacional ambiental y diversos estándares internacionales sobre la implementación y operación de represas⁴⁸.

El derecho internacional ambiental reconoce una serie de principios que han sido desarrollados por diversos instrumentos, como la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, firmada por Brasil y Perú, entre otros países⁴⁹. Entre estos principios

⁴⁵ Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT:

“1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

⁴⁶ Ver <http://www.minem.gob.pe/prepublicacionesSectorDetalles.php?idSector=10&idPrepublicacion=65>

⁴⁷ Comisión Mundial de Represas; Represas y Desarrollo: Un Nuevo Marco para la Toma de Decisiones; 2000. Pág. XXX.

⁴⁸ Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente-AIDA; Grandes Represas en América ¿Peor el remedio que la enfermedad? Principales consecuencias ambientales y en los derechos humanos y posibles alternativas; 2009. Pág. VI

⁴⁹ El referido documento fue suscrito durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, llevada a cabo en Río de Janeiro, Brasil, en junio de 1992.

podemos citar, por su especial relevancia para el caso bajo análisis, los principios de prevención de daños, de acceso a la información, de participación, de precaución, y de evaluación de impactos ambientales, los mismos que se recogen en la Declaración de Río en los siguientes términos:

“Principio 2.- De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional”.

“Principio 10.- El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

“Principio 15.- Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

“Principio 17.- Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”.

Asimismo los derechos humanos que estarían siendo afectados con la implementación de grandes centrales hidroeléctricas están consagrados en múltiples instrumentos de derecho internacional, tanto en el marco jurídico de las Naciones Unidas, como el regional de la Organización de Estados Americanos.

Sobre la base de lo expuesto, y tomando como referencia el informe de la Comisión Mundial de Represas (CMR), a continuación resumiremos los principales riesgos vinculados a la construcción de megaproyectos de hidroeléctricas y los derechos que pueden verse vulnerados durante su implementación⁵⁰:

- a. Daños irreversibles al ambiente.- De acuerdo a la CMR es evidente que las grandes represas han provocado impactos ambientales negativos como: i) la pérdida de bosques y de hábitats naturales, de poblaciones de especies, y la degradación de las cuencas río arriba debido a la inundación de la zona de los embalses; ii) la pérdida de la biodiversidad acuática, de las pesquerías río arriba y abajo, y de los servicios brindados por las planicies de inundación río abajo, por los humedales, y por los ecosistemas de las riberas, y estuarios adyacentes; y iii) impactos acumulativos en la calidad del agua, en las inundaciones naturales y en la composición de las especies, cuando en el mismo río se construyen varias represas.

Sobre este punto AIDA señala que “en la construcción de grandes represas se ha documentado la destrucción de ecosistemas estratégicos esenciales para la biodiversidad y para las poblaciones humanas, incluyendo

⁵⁰ Para mayor información sobre los impactos de las grandes centrales hidroeléctricas ver: Comisión Mundial de Represas; Represas y Desarrollo: Un Nuevo Marco para la Toma de Decisiones; 2000.

bosques, humedales y zonas fértiles cultivables. Tales impactos pueden causar la acumulación de sedimentos tóxicos como los metales pesados en las aguas de los embalses y en aguas subterráneas, aumento de enfermedades transmitidas por agua e insectos, daños irreversibles de los ciclos de reproducción y migración de los peces, y la reducción del agua disponible para el riego⁵¹. Por ende, este tipo de proyectos no sólo generan impactos ambientales directos, sino que pueden afectar de forma negativa la calidad de vida, la salud, el acceso a fuentes de alimentación y las formas de vida tradicionales.

- b. Desplazamientos forzados.- Una de las violaciones a los derechos humanos más graves provocadas por proyectos de grandes represas es el desplazamiento forzado de personas y comunidades debido a las inundaciones de grandes áreas de terreno y la falta de implementación de las medidas previstas por el derecho internacional; vulnerando entre otros, el derecho a la propiedad, a la vivienda y a la indemnización adecuada⁵².

Al respecto la CMR ha determinado que entre 40 y 80 millones de personas han sido desplazadas en todo el mundo por las represas. Asimismo señala que con frecuencia no todos los desplazados son reconocidos o registrados como tales y por lo tanto no reciben la indemnización correspondiente; agregando que incluso en los casos en que se entregan indemnizaciones, éstas son insuficientes y que por lo general los programas de reasentamiento se centran en el traslado físico y no en el desarrollo económico y

social de los afectados que se ven privados de sus medios de subsistencia tradicionales.

Adicionalmente, las grandes represas analizadas por la CMR han tenido también considerables efectos adversos en el patrimonio cultural debido a la pérdida de los recursos culturales de las comunidades locales y el sumergimiento y degradación de monumentos arqueológicos y cementerios.

- c. Ausencia de evaluaciones de impactos ambientales y sociales adecuadas.- Estas evaluaciones son esenciales para identificar, analizar y posteriormente reducir o eliminar los posibles daños ambientales de un proyecto, y por ende, las afectaciones a los derechos humanos involucrados.
- d. Falta de acceso a la información, consulta previa y participación pública adecuada, oportuna e integral.- De acuerdo al estudio de casos realizado por la Comisión, por lo general los mecanismos de participación y transparencia de los procesos de planificación de las grandes represas no fueron inclusivos ni abiertos. Asimismo, señala que la evaluación de los impactos ambientales y sociales se ha realizado de forma tardía y con un alcance limitado.

La falta de mecanismos adecuados de participación ciudadana resulta especialmente grave si tenemos en cuenta los fuertes impactos sociales que deben asumir las poblaciones que se ven directamente afectadas por las represas

⁵¹ Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente – AIDA. Op. Cit., Pág. vi.

⁵² En el Perú, se encuentran prohibidos los desplazamientos arbitrarios, entre los que se encuentran aquellos causados por proyectos de desarrollo en gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial; de conformidad con lo establecido por el artículo 7 de la Ley 28223, Ley sobre los desplazamiento internos. Sin embargo, en la actualidad existe un proyecto de ley (Nº 3817-2009-PE) para modificar el artículo 8 de esta norma, incorporando el inciso 8.4 según el cual:

“Si el desplazamiento se produjese a causa de proyectos de desarrollo en gran escala justificados por un interés público superior o primordial, la autoridad competente para autorizar dicho desplazamiento será el Titular del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social – MINDES-

Para tal efecto, tendrá en cuenta, además de lo preceptuado en los incisos anteriores del presente artículo, que el Titular del Sector del Estado afín a la actividad principal de dichos proyectos haya otorgado la calificación respectiva, para lo cual las entidades correspondientes adecuarán los procedimientos que fuesen necesarios, de manera que las solicitudes de calificación presentadas por los promotores o ejecutores de aquellos proyectos sean resueltas con la mayor celeridad posible.

En el caso de desplazamiento de pobladores de comunidades nativas o campesinas, se cumplirá lo dispuesto por las normas nacionales e internacionales sobre la materia.”

de las grandes hidroeléctricas. Al no existir un espacio en el que los afectados puedan transmitir sus preocupaciones resulta difícil incluir estos elementos al determinar la conveniencia de llevar a cabo un proyecto.

- e. Violaciones a los derechos de los pueblos indígenas y tribales.- Como mencionamos en el capítulo anterior existen estándares internacionales específicos para proteger a los pueblos indígenas y su relación con sus territorios tradicionales, incluyendo el derecho a ser consultados de forma previa e informada, respecto a los proyectos de desarrollo que puedan afectarlos.

Según reporta la CMR las grandes represas han afectado de forma negativa las vidas, medios de subsistencia, cultura y existencia espiritual de grupos indígenas y tribales alrededor del mundo, quienes han sufrido de manera desproporcionada los impactos negativos de este tipo de proyectos, además de que a menudo se los ha excluido del reparto de beneficios.

De lo expuesto puede concluirse que la inadecuada implementación de un acuerdo entre Perú y Brasil para la construcción de centrales hidroeléctricas en la Amazonía Peruana y la interconexión de sus redes de energía, podría generar una grave crisis ambiental y de gobernabilidad. Por ello, un acuerdo de estas características debería contemplar el compromiso expreso de las partes de cumplir los estándares internacionales en materia ambiental y social.

A pesar de ello, de la revisión del texto del Acuerdo para el Suministro de Electricidad al Perú y la Exportación de Excedentes al Brasil, se aprecia que éste no proporciona un marco regulatorio adecuado, el mismo que resulta especialmente necesario si tenemos en cuenta que este tipo de operación no tiene precedentes en el ordenamiento peruano.

Las salvaguardas ambientales y sociales recogidas en el artículo 9 del Acuerdo son insuficientes y poco concretas, a pesar de las múltiples recomendaciones y propuestas alcanzadas por organizaciones de la

sociedad civil. El texto del artículo es el siguiente:

“Artículo 9. Desarrollo Sostenible

Todas las actividades que se realicen para el cumplimiento del objeto del presente Acuerdo, incluidas las etapas de planeamiento, construcción, operación y cierre de la infraestructura a que se refiere el artículo 2 del presente Acuerdo, se efectuarán en un contexto de Desarrollo Sostenible y considerando los estándares ambientales que exigen los dispositivos legales de las Partes, incluyendo los acuerdos internacionales adoptados por las mismas.”

Sobre este punto, debe precisarse que la instalación y funcionamiento de las centrales hidroeléctricas, incluyendo la evaluación de los estudios de impacto ambiental y procedimientos de participación ciudadana, se realizarán de acuerdo con las disposiciones recogidas en las normas peruanas. Los estándares ambientales y sociales recogidos en la legislación brasilera no son vinculantes para las empresas que ejecuten los proyectos, debido a que estos se ejecutaran en territorio peruano.

En tal sentido, para garantizar que la ejecución de los proyectos no ponga en peligro los ecosistemas amazónicos y no atente contra los derechos de sus pobladores, ambos países deberían asumir compromisos claros y concretos para la conservación de los biomas andinos y amazónicos, y el respeto del patrimonio arqueológico y cultural. Entre las recomendaciones de la sociedad civil al respecto, podemos citar⁵³:

1. Asumir la inversión y costos necesarios para asegurar los más altos estándares en el planeamiento, evaluación y gestión de impactos ambientales y sociales para el desarrollo de infraestructura de generación hidroeléctrica y de transmisión eléctrica asociada.
2. Realizar evaluaciones ambientales estratégicas de las políticas y planes públicos de desarrollo energético en la Amazonía.

⁵³ Carta del 11 de mayo de 2010 dirigida al Ministro de Energía y Minas; en: <http://www.actualidadambiental.pe/wp-content/uploads/2010/05/carta337.pdf>

3. Mejorar los criterios, procedimientos y capacidades para las evaluaciones ambientales que garanticen el análisis integrado y acumulativo de los impactos en las cuencas y ríos afectados, considerando los factores de cambio climático, por los proyectos de infraestructura de generación hidroeléctrica y de transmisión eléctrica asociada.
4. Desarrollar las estructuras y capacidades para la gestión sostenible de las cuencas y ríos afectados por los proyectos de infraestructura de generación hidroeléctrica y de transmisión eléctrica asociada.
5. Desarrollar mecanismos binacionales para la gestión sostenible de las cuencas transfronterizas afectadas por los proyectos de infraestructura de generación hidroeléctrica y de transmisión eléctrica asociada.
6. Asumir que el 10% del costo total de inversión es el mínimo porcentaje destinado a mitigar los impactos ambientales y sociales generados por el desarrollo de infraestructura de generación hidroeléctrica y de transmisión eléctrica asociada.
7. Establecer una comisión independiente de expertos que evalúe y monitoree el cumplimiento de los compromisos ambientales y sociales del presente acuerdo, que informe y recomiende oportunamente en cada una de las etapas de los proyectos.
8. Garantizar la transparencia, acceso a la información adecuada y oportuna, y participación ciudadana en cada una de las etapas de los proyectos de generación hidroeléctrica y de transmisión eléctrica asociada promovidos por el presente Acuerdo.
9. Aplicar los mecanismos de consulta previa, libre e informada de acuerdo al Convenio 169 de la OIT, siendo necesario el consentimiento para los casos de reasentamiento o desplazamiento forzoso, cuando exista población indígena involucrada en el desarrollo de los proyectos de infraestructura mencionados.
10. Promover la creación de un mecanismo de diálogo tripartito: Estado, empresas y sociedad civil para prever y evaluar la viabilidad y la ejecución de los proyectos identificados.

Por otro lado, el Perú no cuenta con información suficiente respecto a su demanda y potencial hidroeléctrico real y sobre las perspectivas hidrológicas en un contexto de cambio climático. Por ello, habría sido recomendable que se reserve el derecho de revisar las condiciones del Acuerdo una vez que cuente con esta información, pues el potencial energético proyectado a la firma del acuerdo podría no ser realizable. Por el contrario, el Acuerdo establece en su artículo 14 que el mismo sólo podrá ser denunciado luego de 15 años contados desde su entrada en vigor, lo que evitaría que el gobierno peruano pueda plantear mejoras en las condiciones del mismo, si lo considerase conveniente⁵⁴.

Esta situación se ve agravada por lo dispuesto en el segundo párrafo del citado artículo según el cual en caso de denuncia, el Perú deberá cumplir con los compromisos ya asumidos, incluidos los términos de los contratos de concesión que hayan sido celebrados hasta el momento de la denuncia.

Si tenemos en cuenta lo establecido por el artículo 3, inciso c) del Acuerdo, según el cual una vez definidos los excedentes de potencia y energía exportable a Brasil, estos valores se incluirán en los contratos de concesión que se otorguen y se mantendrán fijos por 30 años; concluimos que

⁵⁴ “Artículo 14. Denuncia

1. El presente acuerdo podrá ser denunciado por cualquiera de las Partes, a través de los canales diplomáticos, luego de quince (15) años de su efectiva entrada en vigencia (...).

2. En caso de denuncia, las Partes se comprometen a garantizar el cumplimiento de sus compromisos ya asumidos y de las condiciones para el cumplimiento de los contratos firmados, incluidos los de concesión, para la exportación de energía de Perú a Brasil a que hace referencia el inciso “c” del numeral “v” del artículo 3 del presente Acuerdo”.

aún en caso el Perú denuncie el Acuerdo, no podrá destinar más energía al mercado interno peruano de la acordada al otorgar cada derecho de concesión. Es decir, si bien es cierto el Acuerdo no establece los porcentajes de energía que serán destinados a Perú y Brasil, en la práctica una vez fijados los “excedentes” de energía que cada hidroeléctrica puede destinar a la exportación éstos se mantendrán fijos sin posibilidad de renegociación por parte del Estado Peruano.

De igual forma, consideramos que lo dispuesto por el artículo 7 del Acuerdo, que regula las “situaciones de emergencia” es un claro ejemplo de la falta de equidad del Acuerdo, en favor de Brasil. El referido artículo señala:

“Artículo 7. Situaciones de Emergencia

1. En condiciones de emergencia, inclusive hidrológica, o situaciones que puedan poner en peligro la seguridad del suministro eléctrico a los mercados de Perú y Brasil, ambas situaciones coyunturales, las Partes podrán, de común acuerdo y temporalmente, cambiar los valores de las exportaciones de electricidad comprometidos, teniendo en cuenta la seguridad energética del Perú y Brasil. En esta situación, las Partes acordarán las condiciones temporales extraordinarias que se aplicarán a estos casos, así como las compensaciones correspondientes.
2. Para los fines del párrafo 1 anterior y antes que se inicien las exportaciones de energía eléctrica al Brasil, el Ministerio de Energía y Minas de la República del Perú y el Ministerio de Minas y Energía de la República Federativa del Brasil definirán conjuntamente las condiciones de emergencia”.

Es decir, en caso ocurra algún fenómeno meteorológico o geológico, o de cualquier otra índole, que afecte las centrales hidroeléctricas, el Perú además de asumir los costos que esto genere al interior del país, deberá compensar a Brasil por el corte o reducción del suministro de energía.

3.3 ¿Lecciones Aprendidas?

Es de conocimiento general que el Acuerdo suscrito con Brasil no es la única iniciativa que promueve la construcción de grandes infraestructuras en la Amazonía Peruana, por el contrario existen proyectos ya implementados como el Proyecto Camisea para la explotación de gas natural y la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Sudamericana (IIRSA) en el marco de la cual se viene construyendo la carretera interoceánica.

Es ese sentido es importante evaluar las lecciones que nos han dejado estos proyectos a fin de identificar los puntos más relevantes que deberían ser tenidos en cuenta antes de negociar un Acuerdo como el que se viene discutiendo y las materias que deberían ser reguladas por éste, a fin de asegurar que el desarrollo de la Amazonía que se pretende promover sea tal y no deje de lado las necesidades de las comunidades que habitan en ella y la protección de los ecosistemas que la conforman.

Refiriéndose a las obras de infraestructura en el sector transporte, Dourojeanni y otros, señalan que frecuentemente los mega-proyectos son subdivididos en diferentes fases o etapas, y luego cada una de ellas es presentada y adjudicada como proyecto independiente de las demás, a efectos de evadir las responsabilidades ambientales y sociales que surgen de la sumatoria de sus impactos acumulativos y sinérgicos. En consecuencia, los EIA a ser elaborados no evalúan todos los impactos directos e indirectos de estos proyectos o del conjunto de proyectos en los que se dividen, muchos de ellos ubicados en una o más jurisdicciones regionales⁵⁵.

Esta situación genera grandes vacíos en el tratamiento de estos impactos. Por esta razón, en iniciativas como el Acuerdo, que busca promover la construcción de un número no determinado de grandes hidroeléctricas, es necesario el uso de mecanismos de gestión ambiental de mayor envergadura: como el ordenamiento territorial ambiental y la evaluación ambiental estratégica; a fin de incluir en su concepción los aspectos sociales y ambientales.

⁵⁵ Dourojeanni, Marc et al.; Amazonía Peruana en 2021. Explotación de recursos naturales e infraestructura: ¿Qué está pasando? ¿Qué es lo que significa para el futuro?; Lima, 2010. Pág. 115.

La Evaluación Ambiental Estratégica se encuentra regulada en el artículo 57 del Reglamento de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, según el cual “La Autoridad Ambiental Nacional, en cumplimiento de su rol director del SEIA puede solicitar la realización de estudios que identifiquen los potenciales impactos ambientales negativos significativos a nivel de políticas, planes y programas”⁵⁶. Adicionalmente, el artículo 4 de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, modificado por el Decreto Legislativo 1078, establece que “corresponde al sector proponente aplicar una Evaluación Ambiental Estratégica – EAE, en el caso de propuestas de Política, Planes o Programas de desarrollo sectorial, regional y local susceptibles de originar implicaciones ambientales significativas. Dicha EAE dará lugar a la emisión de un Informe Ambiental por el MINAM que orientará la adecuada toma de decisiones que prevenga daños al ambiente”⁵⁷.

Como nos recuerda Castro, el valor de la EAE está dado por los propósitos que cumple: a) la identificación de los objetivos (explícitos e implícitos) de la política, plan o programa; b) la comprensión de las consecuencias para el ambiente de las políticas, planes y programas; c) la consideración de los temas ambientales junto con los factores económicos y sociales; d) la validación ante la comunidad de los distintos instrumentos de planificación; y e) la transparencia del proceso de toma de decisiones⁵⁸. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la EAE no sustituye ni suprime la necesidad de una evaluación de impacto ambiental en el nivel del proyecto, pero “puede ayudar a racionalizar y concentrar la incorporación de las inquietudes ambientales (incluida la diversidad biológica) en el proceso de adopción de decisiones, lográndose así frecuentemente que la evaluación

de impacto ambiental en el nivel de los proyectos sea un proceso más eficaz”⁵⁹.

Sin embargo, el uso de esta herramienta viene siendo postergada y la decisión estratégica del sector Energía de promover la firma del Acuerdo y la construcción de centrales hidroeléctricas en la Amazonía Peruana no cuenta con una EAE previa, que permitiría contar con información necesaria para determinar si estos proyectos son la mejor opción de desarrollo para la Amazonía.

Por otra parte, entre las principales lecciones que pueden rescatarse de las experiencias en promoción de grandes infraestructuras en la Amazonía se destacan las siguientes:

- La necesidad de contar con un Plan de Desarrollo de la Amazonía Peruana, elaborado de forma multisectorial, con la participación de autoridades regionales y locales y de una sociedad civil informada, en especial de los pobladores de la Amazonía. De acuerdo a Dourojeanni y otros, la aprobación de nuevos proyectos en la Amazonía debería suspenderse hasta que este instrumento sea aprobado. Ello debido a que en la actualidad se viene dando luz verde a distintos proyectos, evaluando cada uno de forma independiente y no en relación con otras iniciativas (sin tener en cuenta los impactos acumulados) ni como parte de un objetivo nacional o amazónico⁶⁰.
- Es importante ver el Acuerdo como un megaproyecto que abarca la construcción de un número indeterminado de hidroeléctricas. En tal sentido, de ratificarse el Acuerdo sería necesario crear una instancia de coordinación intersectorial que monitoree este proyecto como un todo y con facultades para ejecutar medidas correctivas de ser necesario.

⁵⁶ Reglamento de la Ley 28245 – Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, aprobado por Decreto Supremo 008-2005-PCM, publicado en el diario oficial El Peruano el 08 de enero de 2005.

⁵⁷ Decreto Legislativo 1078, publicado en el diario oficial El Peruano el 28 de junio de 2008.

⁵⁸ Castro Sánchez-Moreno; “Concesiones Eléctricas: En retroceso y sin prevención ambiental”. Artículo publicado por Actualidad Ambiental el 15 de noviembre de 2010. Ver: <http://www.actualidadambiental.pe/?p=7809>

⁵⁹ Secretaría del Convenio de Biodiversidad; “La Diversidad Biológica en las evaluaciones de impacto”; 2006. Pág. 49. Obra citada por Castro Sánchez-Moreno en “Concesiones Eléctricas: En retroceso y sin prevención ambiental”; Op. Cit.

⁶⁰ Dourojeanni, Marc, et al.; Amazonía Peruana en 2021. Explotación de recursos naturales e infraestructura: ¿Qué está pasando? ¿Qué es lo que significa para el futuro?; Lima, 2010.

- En la Amazonía existen problemas de superposición de derechos sobre la tierra, así como respecto a la titulación de estos derechos. Esto debe ser tenido en cuenta al planificar proyectos como las grandes hidroeléctricas que conllevan el otorgamiento de concesiones y la imposición de servidumbres sobre terrenos en los que la propiedad no se encuentra debidamente inscrita o sobre los cuales ya existen conflictos por superposición de derechos.
- Debe desarrollarse un programa de asistencia técnica a las entidades gubernamentales que se beneficiarían del canon, con el objetivo de fortalecer las capacidades de los profesionales de los gobiernos regionales y locales y lograr un adecuado manejo de estos recursos.
- Es necesario mejorar el marco legal que regula la participación ciudadana en todas las etapas de los proyectos, así como para aplicar mecanismos de consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas de conformidad con el Convenio 169 de la OIT, a fin de evitar conflictos socio-ambientales.
- La ejecución de megaproyectos como los promovidos por el Acuerdo, genera conflictos socio-ambientales que involucran a las poblaciones asentadas en las zonas de inversión, incluyendo comunidades campesinas y nativas así como los gremios y asociaciones de distintas actividades productivas como la agricultura o la minería. En

este contexto, se requiere de una entidad neutral, independiente y confiable para la prevención y solución de conflictos y el entendimiento entre los diferentes actores involucrados. Las funciones de dicha entidad deben ser claramente establecidas para evitar conflicto de competencias con las ya existentes.

A pesar de lo expuesto, el Acuerdo no ha tomado en cuenta las lecciones que nos han dejado experiencias previas, y no recoge compromisos concretos destinados a evitar conflictos sociales, velar por el desarrollo sostenible de la Amazonía y promover el aprovechamiento adecuado de los recursos económicos que estos proyectos generen, sino que por el contrario se limita a regular las condiciones en las que se llevará a cabo la distribución de la energía entre Perú y Brasil. Esta situación se ve agravada por propuestas de modificaciones legislativas que pretenden reducir en lugar de mejorar las exigencias que deben cumplir las empresas que deseen realizar actividades de generación y transmisión de energía, como se verá en el siguiente punto del presente informe. Debemos evitar caer en los mismos errores identificados en proyectos como Camisea donde se dieron “cambios normativos e institucionales que no reflejan sino el acomodo de la estructura estatal a favor del desarrollo de inversión extranjera, dando por descontado la construcción de un aparato estatal cuya funcionalidad regule un sector que deviene en conflictos socio-ambientales”⁶¹.

IV. Comentarios sobre el Proyecto de Ley 4335-2010-PE

El Proyecto de Ley 4335-2010-PE, “Ley que modifica el marco jurídico eléctrico y autoriza a elaborar el texto único ordenado de las normas que regulan las actividades eléctricas”, fue presentado el 24 de setiembre de 2010 al Congreso por el Presidente de la República, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

De acuerdo con lo señalado en el artículo 1 del proyecto, el objetivo de la propuesta de cambio

normativo es promover el desarrollo de las Redes Eléctricas Inteligentes (REI) en el país, para lograr una mayor eficiencia del sistema eléctrico, mejorar el monitoreo y el control del consumo eficiente de electricidad, y contribuir a una mayor utilización de energías renovables y generación distribuida, proporcionando a los usuarios un beneficio mayor que los costos correspondientes. Sin embargo, las modificaciones propuestas al Decreto Ley 25844 – Ley de Concesiones Eléctricas están orientadas a

⁶¹ Gamboa, Cesar et al.; ¿El Estado Peruano cumplió con Camisea? Diagnóstico Final sobre el Cumplimiento de los Compromisos del Perú en el Ámbito del Proyecto Camisea?; Derecho Ambiente y Recursos Naturales – DAR; Lima 2008. Pág. 151.

la flexibilización de importantes requisitos para la obtención de concesiones eléctricas y de aprobarse el proyecto significarían un grave retroceso y el debilitamiento del marco legal en materia social, ambiental y hasta financiera. Cabe resaltar que el proyecto de ley precisa que las modificaciones se aplicarían también a los procedimientos en trámite, como por ejemplo el caso de Inambari.

En materia financiera, el proyecto de ley antes mencionado pretende eliminar del artículo 25 del Decreto Ley 25844 dos requisitos importantes para la obtención de las concesiones definitivas en las actividades eléctricas: a) el sustento verificable del compromiso de inversionistas para el aporte de capital con fines de la ejecución de las obras, tratándose de concesión de generación; y b) el informe favorable emitido por una entidad Clasificadora de Riesgo calificada, respecto de la solvencia financiera del solicitante, tratándose de concesión de generación. Esta modificación contradice los objetivos planteados por el proyecto de ley, ya que estos requisitos buscan dar seguridad sobre la solidez de las empresas que solicitan concesiones a fin de garantizar la sostenibilidad de los proyectos de inversión eléctrica y de la generación de energía suficiente para la satisfacción de la demanda del país.

En materia ambiental, son dos las propuestas de modificación más preocupantes:

- La derogación de los artículos 22 y 23, que regulan el otorgamiento y características de las concesiones temporales para la realización de estudios de factibilidad. Es decir, se elimina la figura de la “concesión temporal”.
- La derogación del inciso h) del artículo 25, eliminando de los requisitos para solicitar concesión definitiva para la construcción de centrales de generación de energía, la Resolución Directoral que apruebe el Estudio de Impacto Ambiental (EIA).

Respecto a la eliminación de la resolución que apruebe el EIA para la obtención de la concesión

definitiva, la exposición de motivos del proyecto de ley bajo comentario sustenta la propuesta señalando que:

“es necesaria pues de acuerdo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 27446, Ley del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y la Ley 8611, Ley General del Ambiente, las certificaciones ambientales serán requeridas por la entidad concedente antes del inicio de la ejecución de los proyectos o de las actividades de servicios y comercio correspondientes. En ese sentido, no son requisito para la obtención de las autorizaciones administrativas de carácter sectorial, otorgadas por dichas entidades, para el ejercicio de las actividades económicas materia del proyecto adjudicado”.

Para analizar la veracidad de estos argumentos debemos remitirnos a lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley 27446 – Ley de Evaluación del Impacto Ambiental, que dispone lo siguiente:

“Artículo 3.- Obligatoriedad de la certificación ambiental

No podrá iniciarse la ejecución de proyectos ni actividades de servicios y comercio referidos en el artículo 2⁶² y ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitir las, concederlas o habilitarlas si no cuentan previamente con la certificación ambiental contenida en la Resolución expedida por la respectiva autoridad competente”.

Como puede verse, lo señalado en la exposición de motivos del proyecto de ley no es correcto, ya que de acuerdo al artículo citado las autoridades sectoriales no pueden autorizar proyectos de inversión que puedan causar impactos negativos significativos sin contar previamente con la certificación ambiental, en este caso el EIA. En el sector energético, la autorización para construir centrales de generación eléctrica se obtiene precisamente a través de la concesión definitiva, como se desprende del artículo 24 de la Ley de Concesiones Eléctricas:

⁶² Artículo 2 de la Ley 27446: “Quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley, las políticas, planes y programas de nivel nacional, regional y local que puedan originar implicaciones ambientales significativas; así como los proyectos de inversión pública, privada o de capital mixto, que impliquen actividades, construcciones, obras, y otras actividades comerciales y de servicios que puedan causar impacto ambientales negativos significativos (...)”.

“Artículo 24.- La concesión definitiva permite utilizar bienes de uso público y el derecho de obtener la imposición de servidumbres para la construcción y operación de centrales de generación y obras conexas, subestaciones y líneas de transmisión así como también de redes y subestaciones de distribución para Servicio Público de Electricidad”.

En tal sentido, el artículo 29 de dicha ley señala que el contrato de concesión deberá contener, entre otra información, el “calendario de ejecución de obras con la indicación del inicio y la puesta en operación comercial”. Es decir, una vez obtenida la concesión definitiva el titular de la misma no requiere iniciar ningún otro procedimiento ante la autoridad sectorial, sino que se encuentra autorizado a ejecutar el proyecto.

El que la aprobación del EIA sea un requisito previo a la obtención de la concesión definitiva se debe a que este es uno de los principales instrumentos de gestión ambiental de carácter preventivo, cuya finalidad es garantizar que la autoridad correspondiente tome la decisión de autorizar o no cada proyecto con base en la evaluación de los impactos ambientales y sociales del mismo y de las medidas de mitigación correspondientes. Es obvio que este objetivo no se cumple si la evaluación del EIA se realiza después de otorgado el derecho definitivo.

Para ilustrar esta afirmación pensemos en qué ocurriría si al evaluar el EIA la autoridad competente, es decir el Ministerio de Energía y Minas, determina que el inversionista no ha elegido la mejor opción de ubicación de la represa entre las diversas alternativas posibles. ¿Qué mejoras podrían hacerse al proyecto si

ya se otorgó la concesión definitiva, en la que ya se habría determinado la ubicación de la represa? ¿Sería posible revocar el derecho ya otorgado si se detecta que el proyecto tal como está planteado es inviable por sus altos impactos ambientales y/o sociales?

De igual forma es importante resaltar que el procedimiento para la elaboración y evaluación del EIA incluye etapas de participación ciudadana mediante las que se busca incluir en el proceso de toma de decisiones las opiniones de los pobladores afectados directamente por los proyectos. Resulta evidente que esta finalidad también se vería seriamente afectada si las opiniones de los ciudadanos son recogidas después de otorgada la concesión definitiva, convirtiéndose la aprobación del EIA en un requisito de mero trámite.

Por si fuera poco, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 4335-2010, no se hace mención a la opinión previa favorable del Ministerio del Ambiente, que según el inciso c) del artículo 17 de la Ley del Sistema de Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental es necesaria en los casos de los “proyectos de reglamentos relacionados a los procesos de evaluación de impacto ambiental y sus modificatorias”.

Este tipo de iniciativas legislativas, que buscan eliminar requisitos para impulsar la construcción de grandes centrales hidroeléctricas dentro del marco del Acuerdo, pone en evidencia la necesidad de que el Congreso de la República discuta los alcances del mismo; sobre todo considerando que, como hemos señalado en el punto anterior, por su envergadura este tipo de proyectos requieren elevar los estándares sociales y ambientales que el Perú viene exigiendo en esta materia.

V. Conclusiones

El desarrollo inadecuado de megaproyectos de centrales hidroeléctricas ha ocasionado grandes impactos ambientales, sociales y de derechos humanos en el mundo y en América Latina, entre los que destacan: i) daños irreversibles al medio ambiente con los consiguientes daños a la calidad de vida y la salud de las personas; ii) desplazamientos forzados

sin indemnizaciones y planes de reasentamiento adecuados; iii) pérdida de patrimonio cultural; y iv) violaciones a los derechos de los pueblos indígenas.

Por esa razón, un Acuerdo como el celebrado entre Perú y Brasil, que implica la construcción de por lo menos 5 hidroeléctricas en nuestra Amazonía,

la inundación de grandes áreas de bosque y eventualmente el desplazamiento de miles de personas; debería incluir compromisos que garanticen el respeto de los derechos de las comunidades afectadas, el desarrollo sostenible de la Amazonía y la conservación de sus ecosistemas.

Sin embargo, la única referencia al respecto se encuentra recogida en el artículo 9, que de forma muy general señala que todas las actividades que se realicen para el cumplimiento del objeto del Acuerdo, se efectuarán en un contexto de Desarrollo Sostenible y considerando los estándares ambientales que exigen los dispositivos legales de ambas partes, incluyendo los acuerdos internacionales adoptados por las mismas.

Por otro lado, las negociaciones sostenidas entre los estados peruano y brasilero se han ido desarrollando sin la necesaria difusión, debido a la falta de transparencia pública y participación ciudadana, y al hecho de que dos de las autoridades competentes para conocer temas de manejo y gestión de recursos hídricos transfronterizos, como son el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Autoridad Nacional del Agua, no tuvieron participación alguna en el proceso.

Asimismo, resultan dudosos los motivos por los cuales el Estado Peruano promueve el Acuerdo. Si bien se promociona como un instrumento que permitirá desarrollar el potencial energético de nuestro país y garantizar la cobertura de la demanda interna peruana en los próximos años, lo cierto es que las empresas brasileras que construirían las centrales hidroeléctricas tienen como objetivo garantizar el suministro de energía a su mercado interno. No existe otra razón por la cual los porcentajes de “excedentes de energía” que se exportarían a Brasil desde cada hidroeléctrica no podrían ser modificados una vez firmados los contratos de concesión, aún en caso aumente la demanda interna del mercado peruano.

En ese sentido, resulta indispensable que el texto del Acuerdo sea revisado por los Congresos de ambos países, sobre todo el peruano, de forma previa a su ratificación, a fin de promover una discusión transparente sobre su contenido y alcances, dando espacios a la participación de la ciudadanía en las decisiones sobre la forma como se van a manejar los recursos naturales que pertenecen a la Nación. Este debate debe incluir elementos técnicos que permitan

determinar la conveniencia de la firma del Acuerdo, y dado el caso la renegociación de las condiciones del Acuerdo para lograr una integración energética que sea equitativa y beneficiosa para los dos países.

Entre los términos del Acuerdo que deben ser revisados debe destacarse la necesidad de incluir en el texto del mismo salvaguardas ambientales en las que se recoja de forma expresa los compromisos que deben asumir tanto los gobiernos de ambos países como las empresas que obtengan las concesiones, para garantizar que la ejecución de los proyectos no ponga en peligro los ecosistemas amazónicos, se asegure el respeto del patrimonio arqueológico y cultural y no atente contra los derechos de sus pobladores.

Asimismo, sería conveniente renegociar las condiciones establecidas en el artículo 7 del Acuerdo, ya que resulta inequitativo que el Perú tenga que compensar a Brasil económicamente en caso se corte o reduzca el suministro de energía a Brasil por causa de una situación de emergencia, ya que este tipo de situaciones escapa al control del gobierno y también podría afectar el suministro de energía al interior del país.

Respecto al Proyecto de Ley 4335-2010-PE, consideramos que la propuesta de eliminación de requisitos para la obtención de concesiones definitivas para las actividades eléctricas es inaceptable, por significar un grave retroceso en el marco legal en materia social y de protección ambiental. El EIA es un instrumento de gestión ambiental de carácter preventivo, que garantiza la viabilidad ambiental y social de los proyectos de inversión que tengan impactos negativos significativos, por lo que su evaluación y aprobación es crítica para determinar el otorgamiento de derechos de concesión definitiva, por lo que postergar el momento en que se debe realizar dicha evaluación la vuelve intrascendente.

Finalmente, es de suma importancia que para la aprobación de las medidas legislativas que se adopten en el marco del Acuerdo, y para la implementación de cada uno de los proyectos de hidroeléctricas que se desarrollen, se respeten los derechos de las comunidades afectadas, observando el requisito de la consulta previa e informada a los pueblos indígenas directamente afectados durante todas sus etapas, de conformidad con los compromisos asumidos en el Convenio 169 de la OIT.

VI. Base Legal

- Constitución Política del Perú de 1993.
- Convenio 169 de la OIT, aprobado mediante Resolución Legislativa 26253; publicada el 05 de diciembre de 1993.
- Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas; publicado el 19 de noviembre de 1992.
- Ley 26647, establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado Peruano; publicada el 28 de junio de 1996.
- Ley 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales; publicada el 26 de junio de 1997.
- Ley 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental; publicada el 23 de abril de 2001.
- Ley 28223, Ley sobre los Desplazamientos Internos; publicada el 20 de mayo de 2004.
- Decreto Legislativo 1078, Decreto Legislativo que modifica la Ley Marco del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental; publicado el 28 de junio de 2008.
- Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos; publicada el 31 de marzo de 2009.
- Decreto Supremo 001-2010-AG, aprueban el Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos; publicado el 24 de marzo de 2010.
- Decreto Supremo 008-2005-PCM, aprueban Reglamento de la Ley 28245 – Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental; publicado el 08 de enero de 2005.
- Decreto Supremo 006-2010-AG, aprueban el Reglamento de Organización y Funciones de la Autoridad Nacional del Agua; publicado el 08 de julio de 2010.
- Resolución Ministerial 009-2007-MEM/DM, constituyen Comisión Permanente en Materia Energética, Geológica y de Minería, que tendrá como función implementar Memorándum de Entendimiento entre el Ministerio y el Ministerio de Minas y Energía de Brasil; publicada el 09 de enero de 2007.
- Resolución Ministerial 033-2008-AG, aprueban Metodología de Codificación de Unidades Geográficas de Pfafstetter, Memoria Descriptiva y el Plano de Delimitación y Codificación de las Unidades Hidrográficas del Perú; publicada el 17 de enero de 2008.
- Resolución Ministerial 287-2008-MEM/DM, otorgan concesión temporal a favor de la Empresa de Generación Eléctrica Amazonas Sur S.A.C. para desarrollar estudios relacionados a la actividad de generación de energía en la futura Central Hidroeléctrica Inambari; publicada el 18 de junio de 2008.
- Resolución Ministerial 546-2008-MEM/DM, otorgan concesión temporal a favor de Pakitzapango Energía S.A.C. para desarrollar estudios de factibilidad relacionados a la generación de energía eléctrica; publicada el 03 de diciembre de 2008.
- Resolución Ministerial 259-2010-MEM/DM, renuevan concesión temporal otorgada a Empresa de Generación Eléctrica Amazonas Sur S.A.C. mediante Resolución Ministerial 287-2008-MEM/DM para que concluya estudios relacionados con la Central Hidroeléctrica Inambari; publicada el 19 de junio de 2010.
- Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso de la República; publicado el 30 de mayo de 1998.

VII. Bibliografía

- Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente – AIDA; Grandes Represas en América, ¿Peor el Remedio que la Enfermedad? Principales consecuencias ambientales y en los derechos humanos y posibles alternativas; Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente; 2009. Disponible en: http://www.aida-americas.org/sites/default/files/InformeAIDA_GrandesRepresas_BajaRes.pdf
- Comisión Mundial de Represas; Represas y Desarrollo: Un Nuevo Marco para la Toma de Decisiones; Comisión Mundial de Represas; 2000.
- Dourojeanni, Marc et al.; Amazonía Peruana en 2021. Explotación de recursos naturales e infraestructura: ¿Qué está pasando? ¿Qué es lo que significa para el futuro?; Segunda edición; Lima; Derecho, Ambiente y Recursos Naturales – DAR, Fundación Peruana para la Conservación de la Naturales – Pronaturaleza, Iniciativa para la Conservación en la Amazonía Andina – ICCA, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental – SPDA; 2010.
- Gamboa, Cesar et al.; ¿El Estado Peruano cumplió con Camisea? Diagnóstico Final sobre el Cumplimiento de los Compromisos del Perú en el Ámbito del Proyecto Camisea?; Lima; Derecho, Ambiente y Recursos Naturales – DAR; 2008.
- Organización Internacional del Trabajo – OIT; Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica. Una Guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT; Ginebra; OIT; 2009. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf
- Pulgar-Vidal, Manuel; Marco Legal e Institucional para la Gestión del Agua en Cuencas Transfronterizas de los Estados parte de la Comunidad Andina de Naciones. Caso de Estudio Perú; Documento sin publicar.



