

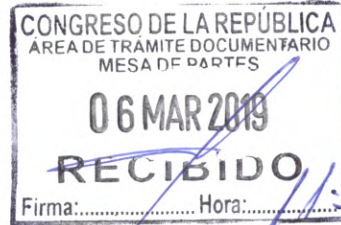


Carta N° 38-2019/GG/COMEXPERU

43415

Miraflores, 05 de marzo de 2019

Señora
ROSA BARTRA BARRIGA
Presidente
Comisión de Constitución y Reglamento
Congreso de la República
Presente.-



Ref.: Proyecto de Ley N° 3844/2018-CR

Es grato saludarla y dirigirnos a usted para hacer de su conocimiento la posición de la Sociedad de Comercio Exterior del Perú – ComexPerú sobre el proyecto de ley de la referencia (en adelante, “el Proyecto”), en virtud del cual se busca modificar la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (en adelante, “la Ley”).

Al respecto, manifestamos nuestra preocupación sobre los efectos que acarrearía una eventual aprobación del Proyecto sobre el desempeño y desarrollo del país, incluso más allá del ámbito económico. Queremos, además, llamar su atención sobre el carente sustento técnico y legal de los cambios que la iniciativa legislativa busca implementar, precisamente por la ausencia de un riguroso análisis de impacto regulatorio. Asimismo, observamos que las disposiciones del Proyecto contravienen la Constitución Política del Perú, norma de mayor rango en nuestro ordenamiento jurídico, así como la normativa nacional e internacional vigente, derivada de los compromisos asumidos por el Perú a través de los convenios internacionales que este ha ratificado.

Sobre el particular, ComexPerú presenta las siguientes consideraciones:

1. El Proyecto establece como objetivo principal modificar los artículos 1,2,4,9, 11,12,13,14 y 15 de la Ley, que regulan el contenido, los principios y el procedimiento de la consulta previa. Asimismo, propone la inclusión de la Quinta y Sexta Disposiciones Finales y Complementarias, referidas a los alcances de la Ley, modificando, a su vez, la Ley N° 26505, Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas.

A través de dichas modificaciones, el Proyecto buscaría, en primer lugar, que la Ley se interprete no solo de acuerdo al Convenio 169 de la OIT (en adelante, “Convenio OIT”), sino, además, de acuerdo a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), lo cual evidencia un serio desconocimiento de la regulación vigente en materia de protección de derechos de los pueblos indígenas en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Más aún, el Proyecto no aporta al alcance de la Ley en la regulación de dicha materia.





En efecto, en virtud de las disposiciones de la Constitución¹ y el Código Procesal Constitucional peruano², el Tribunal Constitucional ha afirmado el carácter vinculante de las sentencias de la Corte IDH, hecho que tanto la Ley como su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MC, ya recogen.

Cabe señalar que la Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos son los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que han desarrollado el contenido de las obligaciones estatales frente a los pueblos indígenas. De este modo, ambas han afirmado que el Convenio OIT es el instrumento internacional de derechos humanos específico más relevante para los derechos indígenas³ y, particularmente, la Corte IDH ya ha recurrido a la DNUDPI para determinar el alcance de derechos específicos⁴; elementos que la Ley y su reglamento ya incluyen en sus disposiciones. Así, el reglamento establece, en sus artículos 1.1 y 1.4, que el proceso de implementación del proceso de consulta previa se interpreta de acuerdo con el referido convenio y se toma en cuenta la DNUDPI.

2. El Proyecto busca que el Estado y las instituciones públicas correspondientes obtengan el permiso o consentimiento previo de los pueblos originarios para poder llevar a cabo medidas legislativas o administrativas que no necesariamente los afecten de manera directa, lo que contraviene las disposiciones del Convenio OIT, que señala:

“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** (...)*
(Resaltado nuestro)

Esta medida resulta inconstitucional al disponer un alcance mayor al reconocido en el Convenio OIT. Al respecto, el reglamento señala de forma clara:

“Artículo 3.- Definiciones

*Afectación Directa.- Se considera que una medida legislativa o administrativa **afecta directamente** al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos **que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos.**”*

Asimismo, el Proyecto establece que, salvo en contextos de carácter extraordinario o temporal por emergencias, el Estado solo actuará para prevenir las vulneraciones de los “derechos fundamentales”, siempre y cuando el Estado haya formulado y ejecutado la intervención con la participación de los pueblos indígenas, lo que desconocería el carácter extraordinario de dichos eventos y que requieren celeridad en la intervención estatal, hecho que la regulación vigente contempla en atención a la naturaleza de dichos eventos. Incluso, dentro de este contexto, el



¹ Cuarta Disposición Final y Transitoria.

² Artículo V del Título Preliminar.

³ CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*. CIDH, *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú*.

⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

Proyecto elimina la potestad del Estado de actuar ante eventos relacionados con la persecución de actividades ilícitas, que sí recoge el literal l) del artículo 5 del reglamento de la Ley.

3. Respecto a la asistencia jurídica y técnica a los pueblos consultados, es preciso señalar que el Estado se encuentra obligado a otorgarla dentro del proceso de consulta. Así, el reglamento, en el artículo 2, literal d) inciso i, dispone que se debe poner a disposición de los pueblos toda la información respecto al proceso de consulta, y el artículo 18 establece que se debe brindar información oportuna a los pueblos indígenas y a sus representantes, desde el inicio del proceso de consulta, sobre los motivos, implicancias, impactos y consecuencias de la medida legislativa o administrativa. Asimismo, el artículo 11.3 del reglamento faculta a que los pueblos cuenten con asesoría técnica durante el proceso. Por tanto, afirmar que la regulación vigente incentiva la asimetría de información en favor del Estado, de manera especial en determinadas actividades, no resulta correcto.

Por otro lado, al disponer aspectos sobre el financiamiento de dicha asistencia sin reglas específicas, el Proyecto podría acarrear incentivos para la preferencia de determinados grupos no necesariamente orientados al objetivo de la Ley, e incluso actos de corrupción.

4. El Proyecto modifica el procedimiento de adhesión o inicio por solicitud del proceso de consulta, y prevé el efecto suspensivo de cualquier proceso en curso ante dichos casos. Sin ningún sustento de por medio, el Proyecto estima que esta disposición resulta un mejor escenario que el contemplado por la Ley y su reglamento, que no solo ya contemplan esta figura, sino que, además, disponen que una vez aceptada la solicitud se adopten las medidas que garanticen el ejercicio pleno del derecho a la consulta para el pueblo incorporado.

Más aún, los plazos que dispone para el referido proceso no son susceptibles de una medición objetiva, requisito indispensable para un desarrollo adecuado del proceso de consulta.

5. Asimismo, respecto de la publicidad de la medida legislativa o administrativa, el Proyecto dispone que el Plan de Consulta debe elaborarse con participación de los pueblos y publicarse junto con la medida a consultar, lo que excede el ámbito de lo dispuesto por el Convenio OIT, que señala:

“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;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; (...)” (Resaltado nuestro)

Por tanto, es potestad del Estado elaborar el Plan de Consulta y establecer el procedimiento más adecuado para ello, el mismo que debe garantizar una efectiva participación y protección de los derechos reconocidos para los pueblos indígenas. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que el





Estado tiene el deber de realizar los procedimientos de consulta y asegurar la participación de los pueblos desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta⁵. De igual forma, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que es deber del Estado disponer los mecanismos idóneos y eficaces para alcanzar acuerdos u obtener el consentimiento en el marco del proceso de consulta. De esta forma, para garantizar la eficacia e interculturalidad de la consulta, se debe promover y asegurar la participación respecto de la medida, y no sobre el Plan de Consulta, que es facultad del Estado, y que, en todo caso, podría disponer la participación del pueblo indígena de ser necesario.

6. Al establecerse en el artículo 15 la obligación del Estado de obtener el consentimiento previo en casos de traslado o desplazamiento, el Proyecto va en contra de lo establecido en el artículo 16 del Convenio OIT, que señala:

“Artículo 16

*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.”*

Cabe señalar que el Convenio OIT sí prevé el traslado o desplazamiento aun cuando no se logre el consentimiento del pueblo indígena, siempre que se dé en el marco de los procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional. Por tanto, la medida propuesta implicaría que la Ley exceda el ámbito de aplicación y regulación del convenio.

Asimismo, al disponer que se obtenga el consentimiento respecto del almacenamiento de materiales peligrosos en las tierras de los pueblos indígenas u originarios, el Proyecto no aporta a la regulación nacional, que de acuerdo con el Convenio OIT ya lo prevé. Ello evidencia la ausencia de un exhaustivo análisis de impacto regulatorio. Así, el reglamento establece, en su Séptima Disposición Complementaria, Transitoria y Final, las garantías a la propiedad comunal y del derecho a la tierra de los pueblos indígenas. En concordancia con el artículo 29 del Convenio OIT, dicha disposición establece, en el literal b), que no se podrá almacenar ni realizar la disposición final de materiales peligrosos en tierras de los pueblos indígenas, ni emitir medidas administrativas que autoricen dichas actividades, sin el consentimiento de sus titulares, debiendo asegurarse que de forma previa a tal decisión reciban la información adecuada y cumplir con lo establecido por la legislación nacional vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos.

7. De igual forma, al exigir el consentimiento previo ante planes, proyectos o actividades de inversión que impliquen un profundo impacto negativo en la vida y cultura de los pueblos, se desvirtúa la legislación nacional e internacional, pues conforme al Convenio OIT y los pronunciamientos de la OIT en el marco de la consulta previa, no existe derecho a veto.



⁵ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 27 de junio de 2012. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

Como se ha explicado, esta no solo prevé que tales derechos no se vean afectados, sino que, en ausencia de un acuerdo, corresponde al Estado de manera soberana tomar la decisión que considere más adecuada. Sin embargo, lo hace adoptando las previsiones necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas involucrados en el proceso.

8. Finalmente, la incorporación de la Quinta y Sexta Disposición Complementaria Final, por las cuales se busca que los gobiernos subnacionales adecúen su normativa según la Ley; y que el artículo 7 de la Ley N° 26505, Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, no aplique a comunidades y posesiones indígenas, respectivamente, no se requieren, ya que la Ley aplica a estos casos, sin necesidad de replicar su contenido en leyes particulares, como pretende erróneamente el Proyecto.

Por lo expuesto anteriormente, consideramos que el presente Proyecto *no debería aprobarse*. En todo caso, creemos que los esfuerzos para observar los derechos colectivos deben orientarse, más bien, a fortalecer una correcta aplicación de la normativa vigente, potenciando los procesos de diálogo, así como transparentar y difundir información objetiva y oportuna sobre los proyectos que el Estado busca emprender.

Atentamente,

Jessica Luna Cárdenas
Gerente General

