

Carta N° 46-2019/GG/COMEXPERU

46651

Señor

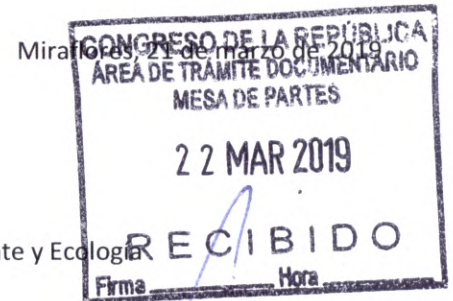
WILBERT ROZAS BELTRÁN

Presidente

Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología

Congreso de la República

Presente.-



Ref.: Proyecto de Ley N° 3794/2018-CR

Es grato saludarlo 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”), que propone establecer con carácter vinculante el proceso de consulta previa.

Al respecto, manifestamos nuestra más profunda 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 una ausencia de un análisis de impacto regulatorio. Observamos que las disposiciones del Proyecto contravienen abiertamente la Constitución Política del Perú, norma de mayor rango en nuestro ordenamiento jurídico, así como la normativa nacional e internacional vigente a través de los compromisos asumidos por el Perú en los distintos convenios internacionales que este ha ratificado, y mantiene un marcado sesgo en contra de las industrias extractivas, mismas que han sido clave para asegurar un crecimiento sostenido.

Sobre el particular, ComexPerú presenta las siguientes consideraciones:

1. El Proyecto establece como objetivo principal modificar los artículos 4 y 15 de 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, a fin de introducir el principio de autodeterminación en el ámbito de esta, y establecer los supuestos bajos cuales el Estado peruano debería obtener el permiso o consentimiento previo de los pueblos indígenas u originarios para poder actuar.

Tal como se evidencia de la exposición de motivos del Proyecto, de manera errada este parte de la premisa que el objetivo primigenio de la consulta previa es la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas cada vez que el Estado adopte medidas legislativas o administrativas que los atañen directamente, y que le confiere un derecho a veto.



Asimismo, esgrime, sin ningún sustento, que las decisiones del Estado, únicamente relacionadas a la concesión, exploración y explotación de recursos, vienen subordinando los derechos de los pueblos indígenas. Más aún, acota su análisis a las decisiones estatales y planes relativos a la inversión privada, señalando que esta sería el móvil por el que tales derechos se verían afectados. De esta forma, propone que para solucionar los conflictos sociales que estarían asociados a esta actividad, la consulta previa debiera ser vinculante y con derecho a veto.

Sin embargo, cabe señalar que el objetivo de la Ley no fue establecer, como condición, “el consentimiento” para la actuación estatal. Tal como las disposiciones de la Ley señalan, esta regula el procedimiento y los principios bajo los cuales se ejecuta el proceso de la consulta, en concordancia con el Convenio 169 OIT. Así, buscaría resguardar el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente en los procesos de diálogo y acciones que el Estado toma, y que los podría afectar de manera directa:

“Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente Ley desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. Se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa 26253.

Artículo 2. Derecho a la consulta

Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos.

La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado.” (Resaltado nuestro)

Más aún, si bien el artículo 15 de la Ley dispone que la decisión final del proceso le corresponde a la entidad estatal competente, también establece que esta debe estar debidamente motivada; además, debe incluir en su evaluación los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones abordados por los pueblos indígenas durante el proceso de diálogo. Por tanto, las afirmaciones sobre que bajo la regulación vigente las acciones del Estado subordinan los derechos de los pueblos originarios, no son correctas. Por el contrario, las normas fortalecen y disponen los procedimientos, mecanismos y recursos para una efectiva implementación del derecho a la consulta e inclusión de los pueblos en los planes del Estado.

2. Al incorporar el principio de autodeterminación, el Proyecto atenta contra la Constitución. De esta forma, dicha propuesta resultaría inconstitucional en la medida que el Convenio 169 OIT no recoge





este principio, por lo que la Ley mantendría disposiciones que irían más allá de los establecido en el referido convenio.

Asimismo, si bien el principio de autodeterminación es un derecho colectivo, no se trata de un principio en el marco del derecho internacional o nacional. Además, según fallos en el ámbito internacional, como lo señalado por la Corte Suprema de Canadá en el asunto relativo a la secesión de Quebec, la autodeterminación no es de aplicación general¹.

3. Al establecerse 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 169 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.”*

Contrariamente a lo afirmado en el Proyecto, el Convenio 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.

4. Respecto al supuesto relativo al almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras de los pueblos indígenas u originarios, el Proyecto no aporta nada nuevo a la regulación nacional, que de acuerdo con el convenio lo prevé. Ello evidencia además la ausencia de un exhaustivo análisis de calidad legal, como consecuencia de una falta de análisis de impacto regulatorio.

Así, el reglamento de la Ley, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MC, 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 numeral 2 del artículo 29 del Convenio 169 de la 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 los titulares de las mismas, debiendo asegurarse que de forma previa a tal decisión reciban la información adecuada, debiendo cumplir con lo establecido por la legislación nacional vigente sobre residuos sólidos y transporte de materiales y residuos peligrosos.



¹ Bermejo G. Romualdo. El derecho de autodeterminación de los pueblos a la luz del Derecho Internacional. Disponible en http://www.wshrw.org/Documentos/espa%C3%B1ol/An%C3%A1lisis/Bermejo_Ref_ONU_Autodet.pdf

5. De igual forma, al exigir el consentimiento previo ante planes, proyectos o actividades de inversión de alto impacto social, cultural o ambiental, que implique riesgo para la subsistencia o integridad de los pueblos indígenas u originarios, o grave afectación a sus derechos, se desvirtúa la legislación nacional e internacional, pues conforme al convenio y los pronunciamientos de la OIT en el marco de la consulta previa, no existe derecho a veto.

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. Sin embargo, lo hace adoptando las previsiones necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas involucrados en el proceso. Del mismo modo, la Constitución establece en el artículo 66 que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación, siendo el Estado soberano en su aprovechamiento.

6. Igualmente, bajo el supuesto de cambios significativos en el uso de las tierras de los pueblos originarios, supuesto que el Proyecto busca introducir para un otorgamiento vinculante de consentimiento, el mismo no incluye dentro de su análisis que la normativa vigente ya lo dispone. Por tanto, para realizar cualquier actividad en el territorio de pueblos indígenas se requiere un derecho para acceder al terreno superficial. Así, las comunidades deben autorizarlo mediante una votación en Asamblea Comunal conforme a la Ley General de las Comunidades Campesinas, Ley N° 24656. Dicha autorización constituye un requisito para la elaboración y aprobación de los instrumentos de gestión ambiental.
7. La incorporación de la Quinta Disposición Complementaria Final por la cual se busca reconocer la validez de las consultas comunales, ciudadanas y vecinales, realizadas dentro de los alcances de lo establecido en los artículos 6 y 7 del Convenio 169 OIT, resulta inconstitucional y violaría el mismo convenio al incorporar otros sujetos de derecho distintos a los señalados en dicho tratado, aplicable exclusivamente a los pueblos indígenas y tribales conforme lo establece su artículo 1. Es en esta línea que la Ley 29785 establece en el artículo 7 los criterios de identificación de los pueblos indígenas y originarios.
8. Finalmente, cabe destacar que el Proyecto no ha demostrado y sustentado sobre evidencia que una eventual aprobación de un derecho a veto o hacer vinculante la decisión del pueblo consultado solucione los conflictos sociales en torno a ella. Cabe señalar que, de acuerdo con información de la Defensoría del Pueblo, la conflictividad social en los últimos años ha mostrado una disminución, con menores casos reportados en 2017, al pasar de 211 casos en diciembre de 2015 a 169 en diciembre de 2017². No obstante, en 2018, los casos registrados aumentaron entre enero y abril, pero hacia final de año volvieron a seguir la tendencia decreciente, aunque en menor medida a los años anteriores. Particularmente, los conflictos sociales en materia socio ambiental pasaron de



² Defensoría del Pueblo. Vigésimo Primer Informe Anual 2017. Disponible en https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/07/Informe_anual_DP_2017.pdf



120 en diciembre de 2017 a 113 en diciembre de 2018, de los cuales un 78.1% se encuentran en proceso de diálogo³, aspecto que el Proyecto soslaya.

Creemos que los esfuerzos para observar los derechos colectivos y la solución de conflictos sociales debe orientarse a fortalecer una correcta aplicación de la normativa vigente, potenciando los procesos de diálogo con un enfoque preventivo, así como transparentar y difundir información objetiva y oportuna sobre los proyectos en torno a la conflictividad social. Por el contrario, el Proyecto muestra un sesgo muy marcado en contra del desarrollo de determinadas industrias, como la minera, a las que, sin respaldo técnico, atribuye presiones en desmedro de los derechos de los pueblos indígenas.

Por lo expuesto anteriormente, consideramos que el presente Proyecto no debería aprobarse.

Atentamente,


Jessica Luna Cárdenas
Gerente General



³ Defensoría del Pueblo. Reporte Mensual de Conflictos Sociales N° 178. Disponible en <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/01/Conflictos-Sociales-N%C2%B0-178-Diciembre-2018.pdf>