



Carta N° 96–2023/DE/COMEXPERU

Miraflores, 31 de mayo de 2023

Señor Congresista
HERNANDO GUERRA GARCÍA
Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento
Congreso de la República
Presente.-

Ref.: Proyecto de Resolución Legislativa N° 5126/2022-CR

De nuestra consideración:

Por la presente carta es grato saludarle y dirigirnos a usted para comunicarle que la Sociedad de Comercio Exterior del Perú – ComexPerú es una organización privada que busca contribuir en la implementación de políticas públicas, con una visión de defensa de principios por sobre intereses particulares, teniendo como objetivo mejorar la calidad de vida del ciudadano. Nuestro trabajo se basa en análisis objetivos, rigurosos y sólida evidencia técnica. Desde ComexPerú nos ponemos a su disposición para aportar en los temas y proyectos que se vean en su Comisión.

Al respecto, hacemos de su conocimiento la posición de ComexPerú sobre el proyecto de resolución legislativa de la referencia (en adelante, “el Proyecto”), el cual propone modificar diversos artículos del Reglamento del Congreso de la República (en adelante, “el Reglamento”) para implementar el proceso de consulta previa en las medidas legislativas que tengan relación con pueblos indígenas u originarios. Al respecto, manifestamos nuestra preocupación sobre los efectos negativos de la eventual aprobación del Proyecto en tanto contraviene normativa nacional sobre la consulta previa y la naturaleza del mismo Convenio 169 de la OIT (en adelante, “el Convenio”).

Así, advertimos la necesidad de tomar en consideración los siguientes aspectos en la evaluación del Proyecto:

1. Mejora regulatoria.

El análisis de impacto regulatorio (AIR) es una metodología adoptada por los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que busca que las normas y regulaciones sean efectivas y eficientes, es decir, que logren los objetivos trazados al menor costo posible y tengan efectos negativos mínimos, considerando principios como los de necesidad, proporcionalidad y mínima intervención.

En el caso peruano, este estándar se introdujo en nuestro sistema jurídico mediante el Decreto Legislativo N° 1448, como parte de la denominada "mejora de la calidad regulatoria" en el Poder Ejecutivo, el cual ha sido recientemente actualizado mediante el Decreto Legislativo N° 1565, Decreto Legislativo que aprueba la Ley General de Mejora de la Calidad Regulatoria.

La contraparte parlamentaria de esta mejora regulatoria se da mediante la Resolución Legislativa del Congreso N° 023-2020-2021-CR, que dispuso la modificación de diversos artículos del Reglamento del Congreso de la República (en adelante, “el Reglamento”), incluyendo en la práctica parlamentaria determinadas disposiciones que obedecen a los estándares del AIR.

Entre estas, resaltamos lo referido a la presentación de las propuestas legislativas. El artículo 75° del Reglamento dispone expresamente que las propuestas deben contener una exposición de motivos donde se exprese el problema que se pretende resolver y los fundamentos de la propuesta, los antecedentes legislativos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, precisando qué artículos o partes de artículos se propone modificar o derogar, así como el análisis costo-beneficio de la futura norma legal que incluya la identificación de los sectores que se beneficiarían o perjudicarían con el proyecto de ley, los efectos monetarios y no monetarios de la propuesta, su impacto económico y, cuando corresponda, su impacto presupuestal y ambiental.

Lo anterior no hace más que garantizar que las propuestas de ley sean formuladas con debido sustento y evidencia, es decir, con altos niveles de calidad, lo que finalmente mejorará su debate y, de ser viable, su eventual aprobación.

Como venimos mencionando reiteradamente, es indispensable que el Congreso realice un análisis de impacto normativo, como parte del proceso de formulación de sus leyes, el mismo que incluya elementos básicos que esta metodología contempla, como empezar con una clara identificación del problema que se pretende enfrentar, sustentado en evidencia empírica, que dé como resultado un diagnóstico público, transparente y participativo, así como una propuesta de solución que podría consistir en una regulación en particular, otro tipo de intervención pública o, inclusive, no hacer nada en absoluto. Solo de esta manera nos aseguraremos de contar con regulaciones eficientes y aplicables en la práctica.

En el caso del Proyecto, esto no se cumple. No solo no se sustenta con evidencia sólida y rigurosa el problema de política pública que se pretende atender con la propuesta legislativa, sino que carece de un real análisis de costo beneficio.

Como primer punto, se advierte que 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 (en adelante, “la Ley”) y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MC, ya reconocen y regulan la obligación estatal de realizar procesos de consulta previa cada vez que se prevean medidas legislativas que afecten de modo directo a los pueblos indígenas.

Si bien el Proyecto trata de introducir algunas reglas sobre la consulta previa en el procedimiento parlamentario para dilucidar mejor lo dispuesto en la Ley y el referido reglamento sobre las etapas en las que debería realizarse la evaluación interna en las organizaciones de los pueblos indígenas (artículo 8.5 de la Ley) y el proceso de diálogo entre representantes del Estado y de los pueblos indígenas (artículo 8.6 de la Ley); el Proyecto adolece de evidencia, sustento y análisis en cada una de las modificaciones propuestas.



Así, un aspecto que resulta muy preocupante es la incorporación del artículo 78-A al Reglamento, el cual exige que el Acta de Consulta con preacuerdos -elaborada por los representantes de los pueblos indígenas- y el Dictamen de la Comisión Dictaminadora sean aprobados conjuntamente, pues de lo contrario, dispone que el dictamen regrese a Comisión para mayor análisis, o si el Pleno rechaza que regrese a Comisión, propone el archivamiento de la iniciativa legislativa.

Conforme puede apreciarse, este extremo del Proyecto estaría frustrando la aprobación de muchas iniciativas legislativas en la medida en que el Pleno no apruebe conjuntamente el dictamen de la Comisión y el Acta de Consulta que contiene los referidos preacuerdos, estableciendo un mecanismo de veto de los proyectos en los que no se aprueba el Acta de Consulta.

En esa medida, resulta preocupante que el Proyecto no cuente con un análisis costo-beneficio que resulte serio, limitándose a señalar que “En la presente propuesta legislativa, el impacto social es directo, puesto que las comunidades indígenas estarán más protegidas en las medidas legislativas que pudieran afectarles. Asimismo, que la presente resolución legislativa no irroga gasto alguno al erario nacional, genera un beneficio para la paz social que requiere nuestro país y que, a nivel institucional, nuestro país estaría cumpliendo con sus obligaciones internacionales y no podrá ser demandando ante instancias nacionales o internacionales por no adecuar su legislación a dicho tratado.”

Estas afirmaciones no solo son falsas, sino sumamente irresponsables. La posibilidad de vetar iniciativas legislativas sin ponderar los altos costos sociales y económicos que podrían generarse como consecuencia de no aprobar proyectos que, en muchos casos, permiten el desarrollo de actividades extractivas a nivel nacional, es una decisión imprudente.

Así, iniciativas que afectan en diferente magnitud a las comunidades indígenas, son también en muchos casos, fuente de aportes por concepto de canon y sobre canon que benefician a las regiones. Por ello, tal como sustentaremos a continuación, si bien este tipo de iniciativas deben ser sometidas a consulta previa, ello no implica impedir o entrapar su aprobación condicionándola al consentimiento de todos los preacuerdos, más aún sin siquiera dimensionar las consecuencias sociales y económicas que repercuten en esa misma población.

Así, en casos como este, se hace imperativo que las autoridades realicen esta ponderación y no limitarse a señalar que los proyectos superan el análisis costo beneficio dado que: “no habrá afectación al erario público para su implementación”, sin medir el impacto de los costos antes señalados en contraposición con los beneficios esperados del Proyecto, ya que los perjuicios no solo impactarían en la economía nacional, sino en las regiones del país y en todos los peruanos.

2. Análisis del Proyecto.

El Convenio es claro al estipular que los gobiernos deberán 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.



El punto 2 del artículo 6° del Convenio expresamente señala que las consultas 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.

Es decir, el sentido del Convenio es garantizar que se realice la consulta, con miras a lograr un acuerdo o el consentimiento, pero de ninguna manera, que el proceso de consulta previa sea utilizado como una posibilidad de veto de los proyectos. De ahí que en ninguna parte el Convenio exige algún tipo de consentimiento obligatorio. Es justamente por ello que la Ley recoge la naturaleza del Convenio al precisar en su artículo 15° que la decisión final será del Gobierno.

Al respecto, es importante precisar que el 9 de junio de 2010 el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) emitió un pronunciamiento previo a la promulgación y vigencia de la Ley 29785, recaído en la sentencia del Expediente N° 0022-2009-PI/TC seguido por Gonzalo Tuanama Tuanama, en el que se señaló que el derecho a la consulta previa no implicaba un derecho a veto, conforme se aprecia a continuación:

25. **De la lectura del artículo 6 y 15 del Convenio N° 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de derecho de veto.** Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, **no les otorga la capacidad impedir que tales medidas se lleven a cabo.** Si bien en el último párrafo del artículo 6 del Convenio se expresa que la consulta debe ser llevada a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. Lo que explica tal artículo es que tal finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta. De ello se infiere que un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado. Debe afirmarse que no fluye de los artículos del convenio que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto. Lo que pretende la norma es institucionalizar el dialogo intercultural.
26. En suma, es obligatorio y vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, asimismo, el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello **no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo.** Y es que, si bien es legítimamente exigible la tutela de los pueblos indígenas, también es cierto que esta realización debe concretizarse dentro de los márgenes del Bien Común, concepto nítidamente establecido en la Constitución como destino fundamental de la actividad del Estado, solo sometido al principio de protección de la dignidad de la persona. (Énfasis añadido)

Así, el desarrollo efectuado por el TC es muy claro al establecer que el derecho a la consulta previa no implica un derecho al veto, al no contemplarse de esa manera en el articulado del Convenio, ni mucho menos en una norma internacional mucho más reciente como lo es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas del año 2007.

Ahora bien, es cierto que el TC con posterioridad a dicho pronunciamiento ha emitido muchos otros realizando mayores precisiones sobre los alcances de la consulta previa¹;

¹ Entre algunos de ellos tenemos a los siguientes: Expedientes No. 06316-2008- PA/TC, No. 05427- 2009-TC, No. 0023-2009- PI/TC, No. 00025-2009- PI/TC, No. 00026-2009- PI/TC, No. 00027-2009- PI/TC, No. 00028-2009- PI/TC y No. 00024-2009- PI.



sin embargo, a la fecha no se ha pronunciado de manera expresa reconociendo que el derecho a la consulta previa implique o no un derecho a veto.

En el Proyecto, tal como fue expuesto en el acápite anterior, el artículo 78-A introduce ciertas limitaciones para que el Pleno apruebe los dictámenes emitidos por la Comisión Dictaminadora Principal, y más aún, establece un mecanismo de veto de los proyectos, disponiendo las siguientes reglas:

1. *El Acta de Consulta con preacuerdos prevista en el artículo 77-A es puesta a consideración del Pleno en la primera votación junto con el dictamen correspondiente.*
2. *Si sometido al voto, el dictamen y la correspondiente Acta son aprobados por el Pleno, se exonera de la segunda votación.*
3. *Si son rechazados por el Pleno, se somete a votación su regreso a la Comisión Dictaminadora Principal, a fin de que pueda ser materia de mayor estudio, debate y diálogo con los pueblos u organizaciones indígenas que participan en el proceso de consulta.*
4. *Si el Pleno rechaza el regreso a Comisión, el presidente ordenará su archivo*

Así, de acuerdo con el Proyecto, en los casos de iniciativas legislativas susceptibles de afectar directamente a la población indígena, la única posibilidad para que el dictamen se apruebe en el Pleno, es que también se apruebe el Acta de Consulta que contiene los preacuerdos adoptados por las comunidades indígenas y sus representantes, lo que finalmente condiciona la aprobación del dictamen a la de los preacuerdos, y termina vetando aquellos dictámenes en los que no se cuenta con una aprobación del Acta de Consulta.

Atendiendo a ello, es que nos encontramos ante un Proyecto que incumple lo dispuesto en la normativa nacional e internacional, ya que, tal como ha sido expuesto es evidente que, en la actualidad, desde un punto de vista estrictamente positivo, no contamos con una legislación que reconozca el derecho a veto como parte del derecho a la consulta previa², pues ni la Ley 29785, ni su Reglamento lo han reconocido de esa forma, sino todo lo contrario, conforme se aprecia claramente en el Reglamento de la Ley:

Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169° de la Organización Internacional del Trabajo

“Artículo 23.- Etapa de decisión

23.1 La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad promotora. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por el o los pueblos indígenas durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias directas que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos en la Constitución Política del Perú y en los tratados ratificados por el Estado Peruano.

²<https://ius360.com/consulta-previa-en-el-marco-de-proyectos-de-aprovechamiento-de-recursos-naturales-funciona-realmente-en-el-peru-sandra-lock-y-gustavo-huarcaya/>



23.2 De alcanzarse un acuerdo total o parcial entre el Estado y el o los pueblos indígenas, como resultado del proceso de consulta, dicho acuerdo es de carácter obligatorio para ambas partes.

23.3 En caso de que no se alcance un acuerdo y la entidad promotora dicte la medida objeto de consulta, le corresponde a dicha entidad adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos del o de los pueblos indígenas, así como los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo, promoviendo la mejora de su calidad de vida. Los o las representantes que expresen su desacuerdo tienen el derecho de que el mismo conste en el Acta de Consulta. (Énfasis añadido)

Por otro lado, tenemos que el máximo intérprete de la Constitución considera que del Convenio no se desprende que los pueblos indígenas “gocen de una especie de derecho a veto”, por lo que presumiblemente cualquier reclamo futuro ante dicho órgano seguirá una suerte similar³.

Por lo anteriormente expuesto, consideramos que el Proyecto no debería ser aprobado. Desde ComexPerú nos ponemos a su disposición para colaborar con evidencia y sustento que permita una mejor toma de decisiones.

Sin otro particular, y agradeciendo su gentil atención, nos valemos de la ocasión para reiterarle nuestra especial consideración y estima personal.

Atentamente,

Jessica Luna Cárdenas
Directora Ejecutiva

³ Ibidem.