



Carta N° 93-2022/GG/COMEXPERU

Miraflores, 18 de marzo de 2022

Señora Congresista

MARGOT PALACIOS HUAMÁN

Presidenta de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y
Afroperuanos, Ambiente y Ecología
Congreso de la República
Presente.-

Ref.: Proyecto de Ley N° 1382/2021-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 ley de la referencia (en adelante, “el Proyecto”), el cual propone modificar diversos artículos de la Ley N° 29785, Ley de Consulta Previa (en adelante, “la Ley”). Al respecto, manifestamos nuestra más profunda preocupación sobre los efectos negativos de la eventual aprobación del Proyecto en tanto excede los términos 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.

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 pasar por 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.

Por una parte, si lo que pretende el Proyecto es ampliar el proceso de consulta previa a aquellos proyectos que afecten indirectamente a los pueblos indígenas u originarios, se debe partir por detallar, con evidencia, proyectos que se hayan dado a la fecha, que se considere hayan afectado indirectamente a estos pueblos, y que no hayan contado con el proceso de consulta previa. No hacerlo implica una carencia de definición sobre el problema de política pública que se pretende atender con la regulación.

Por otra parte, el análisis costo beneficio es poco serio y riguroso. Solo se limita a decir que *“La presente propuesta legislativa no irroga gasto alguno al erario nacional o disponer de los recursos públicos por lo contrario amplía la protección de la Ley de Consulta Previa, en relación a los afectados, a los derechos protegidos, el consentimiento del Estado, así como la revisión de las consultas anteriores a la Ley puedan ser revisadas y adecuadas, especialmente las que contravienen el Convenio N° 169 de la OIT”*. (sic)

Esta afirmación no solo es falsa, sino contradictoria. Falsa porque ampliar el proceso de consulta previa a los casos de afectación indirecta y pretender revisar procesos ya efectuados evidentemente genera un costo que no es menor, y que es obligación del legislador calcular, evaluar y ponderar.

Cada proceso de consulta implica una serie de actividades que requieren de mucho tiempo y recursos monetarios, personales y logísticos, como la identificación de los pueblos a consultar, publicidad e información, evaluación de la afectación y el proceso de diálogo.

Y es contradictoria la afirmación por cuanto después de sostenerse que no irroga gasto alguno, se reconoce expresamente que se ampliará el proceso de consulta y se revisará las consultas anteriores. No se entiende como ambas afirmaciones pueden darse en forma continua. Fruto de esta ampliación, ¿cuántos más procesos de consulta previa tendrá que desarrollar el Gobierno? ¿Cuánto se necesitará destinar para solventar esta mayor actividad? No evaluar esta información tacha de plano el Proyecto.

2. Propuestas de modificación.

El Proyecto propone modificar las siguientes disposiciones de la Ley:

LEY VIGENTE	PROPUESTA DE MODIFICACIÓN
<p>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.</p>	<p>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 e indirectamente. Se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa 26253.</p>
<p>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.</p> <p>La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado.</p>	<p>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 e indirectamente todos los derechos individuales y 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.</p> <p>La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado.</p>
<p>Artículo 15. Decisión</p>	<p>Artículo 15. Decisión</p>

LEY VIGENTE	PROPUESTA DE MODIFICACIÓN
<p>La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.</p> <p>El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.</p> <p>Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial.</p>	<p>La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.</p> <p>El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.</p> <p><u>En el caso de la consulta sobre la realización de megaproyectos, depósitos de relaves tóxicos, desplazamientos poblacionales o cuando se afecte la supervivencia y otros de gran impacto medio ambiental, el Estado debe lograr su consentimiento de la consulta previa con los afectados de manera directa e indirecta.</u></p> <p>Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial.</p>
<p>SEGUNDA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL. La presente Ley no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana. Tampoco modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia.</p>	<p>SEGUNDA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL. La presente Ley no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana.</p> <p><u>Las medidas legislativas y administrativas que no haya pasado por un proceso de consulta previa deberán</u></p>



LEY VIGENTE	PROPUESTA DE MODIFICACIÓN
	<u>adecuarse a lo establecido por la presente Ley.</u>

Así pues, apreciamos que, básicamente, son cuatro los elementos que son materia de la propuesta, los cuales pasaremos a desarrollar a continuación:

a) Afectación indirecta.-

Según su artículo 1 (Objeto de la Ley), la Ley N° 29785 desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa previstos en el Convenio. Tan es así que el mismo artículo termina disponiendo que su interpretación se hace de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio.

El artículo 6 del Convenio expresamente dispone que, al aplicar sus disposiciones, 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 subrayado es nuestro)

Así, el mismo Convenio delimita el derecho a la consulta previa a casos de afectación directa, por lo que ampliarlo a una afectación indirecta va en contra de su naturaleza. Y esto se da por pura lógica. Todo proyecto, independientemente de su tamaño o del sector al que pertenece, genera una afectación. Usar un término tan amplio y arbitrario como “inafectación indirecta” finalmente generaría que todo proyecto deba pasar por un proceso de consulta previa, y esa no es la naturaleza del Convenio, de ahí que se limite a la afectación directa.

b) Afectación a derechos individuales.-

Conforme se aprecia a lo largo del Convenio, su naturaleza obedece al reconocimiento de las condiciones sociales, culturales y económicas de los pueblos, de ahí que su ámbito de aplicación sean los derechos colectivos. Extender el ámbito a derechos individuales sería contrario a la naturaleza de reconocimiento y protección de los colectivos y no de las personas individualmente.

c) Consentimiento obligatorio para determinados proyectos.-

El Convenio es claro al estipular que la obligación de los gobiernos es garantizar el ejercicio del derecho a la consulta previa. El punto 2 del artículo 6 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 esa consulta constituya una posibilidad de veto de los proyectos. De ahí que en ninguna parte el Convenio exija 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.

d) Retroactividad de la consulta previa.-

Independientemente de que la naturaleza de la consulta sea “previa”, por lo que no se podría plantear su irretroactividad, la propia Constitución Política del Perú señala, en su artículo 103, que “**ninguna ley tiene efecto retroactivo**”. Decir lo contrario sería inconstitucional.

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
Gerente General