

II CONGRESO PERUANO DE ANTROPOLOGÍA

“DERECHO Y DIVERSIDAD CULTURAL”

Preparatorio de los Congresos de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica
(RELAJU) de Colombia 2008 y Perú 2010
(Lima, 3-5 de Septiembre del 2008)

Ponencia:

ANÁLISIS DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS QUE AFECTAN A LOS PUEBLOS INDÍGENAS, EMITIDOS POR EL PODER EJECUTIVO EN VIRTUD A LA LEY N° 29157

Por: Milagros Ortega Vásquez (CAAAP)

RESUMEN

Con el propósito de implementar el acuerdo comercial que el Estado Peruano ha suscrito con Estados Unidos, a través de la Ley 29157, el Congreso ha delegado funciones en el Poder Ejecutivo para legislar en las materias que están señaladas en los artículos 1 y 2 de la mencionada Ley.

De acuerdo a nuestra carta constitucional, existen restricciones en la delegación de facultades concedidas por el Congreso al Poder Ejecutivo; lo que significa que determinados temas no pueden ser materia de legislación delegada. No obstante a ello el Ejecutivo ha emitido una serie de decretos legislativos, entre los cuales algunos son ofensivos para los pueblos indígenas, en tanto vulnera sus derechos y pone en riesgo su propia existencia.

En el presente informe vamos a hablar de algunos de ellos desde una perspectiva jurídico-legal, teniendo como base nuestro marco constitucional y algunos instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Hemos centrado nuestro análisis en los siguientes decretos legislativos: 994, 1015, 1073, 1064, 1079, 1081, 1089 y 109; habiéndonos focalizado en la problemática de tierras y recursos naturales, sin dejar de mencionar un tema trascendental: la consulta, como expresión de los Derechos de Autonomía y Autodeterminación.

Lima, 4 de setiembre de 2008

**ANÁLISIS DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS QUE AFECTAN A LOS
PUEBLOS INDÍGENAS, EMITIDOS POR EL PODER EJECUTIVO EN VIRTUD A
LA LEY N° 29157**

CONTENIDO

- 1. PRESENTACIÓN**
- 2. PRINCIPALES DECRETOS LEGISLATIVOS QUE AFECTAN A LOS
PUEBLOS INDÍGENAS**
- 3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**
- 4. BIBLIOGRAFÍA**

PRESENTACIÓN

En las últimas décadas se ha producido un cambio en el orden jurídico internacional sobre derechos humanos -obligatorio para los Estados- plasmado en un régimen especial de derechos de los pueblos indígenas que les reconoce su derecho al igual disfrute de los derechos humanos y, al mismo tiempo, a ser colectivos diferentes.

Por medio de sus organizaciones y acciones, los pueblos indígenas han logrado poner en el debate público, sus demandas de reconocimiento como colectivos diferenciados –pueblos– y han exigido nuevos estatutos que garanticen su existencia y sus derechos. Se trata de propuestas de nuevos pactos sociales y una ampliación de la ciudadanía.

A pesar de estos avances, en el Perú no hay una clara política estatal sobre la promoción y defensa de los derechos humanos de estos pueblos. Por el contrario, la mayoría de veces, el Estado desconoce los compromisos suscritos a nivel internacional.

A fines del año pasado, con el propósito de facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, el Congreso de la República mediante Ley 29157¹ delegó facultades en el Ejecutivo² para emitir decretos legislativos, motivo de este análisis. No obstante hay que tener en cuenta que existen restricciones en la delegación de facultades concedidas por el Congreso al Poder Ejecutivo; es decir, determinados temas no pueden ser materia de legislación. Tal como constan en los artículos 101, inciso 4, y 104 de la Constitución³.

¹ Ley que delega en el Poder Ejecutivo, la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del acuerdo de promoción comercial Perú-Estados Unidos, y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento, publicada, promulgada el 19/12/2007.

² **Art. 1. Disposición autoritativa general** Deléguese en el Poder Ejecutivo, la facultad de legislar sobre las materias especificadas en le presente Ley, con la finalidad de facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos y su Protocolo de Enmienda, y el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento, dentro del marco de lo previsto en el segundo párrafo del Inciso 4 del Artículo 101 y el Artículo 104 de la Constitución Política del Perú, y lo establecido en el inciso d) del numeral 1 del Artículo 76 y el Artículo 90 del Reglamento del Congreso de la República.

Art. 2 . Plazo y materias de delegación de facultades legislativas

2.1 La delegación a que se refiere el Art. 1 tendrá un plazo de 180 días calendario y comprende la facultad de legislar sobre las siguientes materias:

- Facilitación del comercio;
- mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado;
- mejora de la administración de justicia en materia comercial y contencioso administrativa;
- promoción de la inversión privada;
- impulso a la innovación tecnológica, la mejora de la calidad y el desarrollo de capacidades;
- promoción del empleo y de las micro, pequeñas y medianas empresas;
- fortalecimiento institucional de la gestión ambiental;
- y mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.

³ **Artículo 101.** Son atribuciones de la Comisión Permanente:...

4. Ejercitar la delegación de facultades legislativas que el Congreso le otorgue. No pueden delegarse a la Comisión Permanente materias relativas a reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.

Por otro lado, varios de los Decretos Legislativos promulgados por el Poder Ejecutivo modifican Leyes Orgánicas, Decretos Leyes y Decretos Legislativos; asimismo contravienen derechos humanos reconocidos por Tratados Internacionales celebrados por el Estado Peruano y la propia Constitución Política del Perú.

Podemos observar que los conceptos de necesidad pública, el desarrollo integral, competitivo y sostenible del sector agrario; así como la conservación y el aprovechamiento eficiente de las tierras de uso agrario, se enmarcan en el discurso político del gobierno que subestima el uso tradicional de los pueblos indígenas. De conformidad con este discurso, el aprovechamiento eficiente está vinculado al tema de la maximización del uso de los recursos, que es el principio fundamental del libre mercado.

Hay que tener en cuenta que el derecho de propiedad está garantizado por la Constitución Política de 1993 (art.88); esta protección alcanza a la propiedad comunal⁴. No obstante lo señalado en este artículo, queda aún pendiente la implementación de mecanismos y procedimientos adecuados para garantizar la vigencia del derecho de propiedad, en función a los principios establecidos por el Convenio No.169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En este sentido, la lectura de este artículo debe hacerse conjuntamente con el art. 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT⁵.

De acuerdo con el mencionado Convenio, hay un deber del Estado para reconocer estos derechos; esto incluye la adopción de medidas destinadas a dar seguridad jurídica a los territorios de las comunidades nativas y campesinas, considerando aquellas tierras a las cuales

Artículo 104 . El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.

Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.

El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo.

⁴ **Artículo 88.-** El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.

⁵ **Artículo 13.-** Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Artículo 14.- Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

han tenido tradicionalmente acceso. En la práctica, los pueblos indígenas deben someterse a procedimientos engorrosos para obtener su inscripción y reconocimiento, así como la titulación de sus tierras. Además se crea un marco legal que genera incentivos para la parcelación y titulación individual, contraviniendo sus formas tradicionales de organización y uso de sus territorios.

Con relación a la existencia legal y su afirmación como personas jurídicas, la Constitución es muy clara al respecto⁶. Sin embargo, este reconocimiento legal se restringe a las comunidades nativas y campesinas, cuando en concordancia con el Convenio 169 de la OIT, deberíamos hablar de pueblos indígenas.

La presente ponencia ha sido elaborada en base al documento elaborado por el CAAAP⁷, el cual fue difundido en el mes de agosto del presente año. Asimismo hemos estado atentos a todos los informes y comentarios que sobre el tema han circulado. El tema está planteado y con este trabajo queremos contribuir a un debate más amplio sobre la política nacional, y la necesidad de una reforma estructural del Estado, sobre el tema indígena, que promueva el reconocimiento y fortalecimiento de los derechos individuales y colectivos en el marco jurídico nacional, con la finalidad de brindarles seguridad e incluirlos como sujetos de derechos. De esta manera se reafirmará la diversidad y pluralidad del Estado peruano.

PRINCIPALES DECRETOS LEGISLATIVOS QUE AFECTAN A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Decreto legislativo N° 994 que promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola

Decreto legislativo N°1064 que aprueba el régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario

Decreto legislativo N°1015 que unifica los procedimientos de las comunidades campesinas y nativas de la sierra y de la selva con las de la costa, para mejorar su producción y competitividad agropecuaria

Decreto legislativo N°1073 que modifica el literal b) del artículo 10° 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; modificado por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1015

Decreto Legislativo N°1079 que establece medidas que garanticen el patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas

Decreto Legislativo N°1081 que crea el Sistema Nacional de Recursos Hídricos

⁶**Artículo 89.-** Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

⁷ Análisis de los Decretos Legislativos que afectan a los Pueblos Indígenas emitidos por el Poder Ejecutivo en virtud a la Ley N° 29157. Lima, 15 de agosto de 2008.

Decreto Legislativo N°1089 que establece el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de predios rurales

Decreto Legislativo N°1090 que aprueba la Ley Forestal y de Fauna Silvestre

Decreto Legislativo 994

Se fundamenta en la idea de que la competitividad del sector agrario necesita la participación de la inversión privada y, por lo tanto, se requieren mecanismos que permitan facilitar y promover dicha participación.

Tierras eriazas con aptitud agrícola. La norma plantea el concepto de “tierras eriazas con aptitud agrícola”(Art.3); denominando así a las tierras no explotadas, por falta o exceso de agua, y que la propiedad corresponde al Estado. Establece excepciones cuando las tierras se encuentran comprendidas dentro de un título de propiedad privada o comunal inscrito en los Registros Públicos.

Si bien el Decreto Legislativo 994 exigía que estas tierras (individuales o comunales), se encuentren inscritas en Registros Públicos, en contradicción con el principio de nuestro derecho que establece que el Registro es declarativo y no constitutivo, este texto fue subsanado con el 1064⁸, volviéndose en este punto al estado anterior, en tanto que este criterio estaba planteado en el Art.9 del Decreto Supremo 011-97-AG, Reglamento de la Ley 26505⁹, con la diferencia de que aquí se hablada de tierras de aptitud agropecuaria.

Registros Públicos. No obstante no exigirse la inscripción en registros públicos, actualmente existen muchas comunidades con procesos pendientes de titulación o ampliación. En la práctica se presenta mucha resistencia de los funcionarios para atender estos pedidos, muestra de ello es la existencia de comunidades con procesos de ampliación que se prolongan durante muchos años¹⁰.

Reconocimiento y titulación de los territorios comunales. Los procedimientos para el reconocimiento y titulación de los territorios comunales, son lentos y complicados y solo reconocen la propiedad de la tierra de aptitud agropecuaria; quedando, los bosques en dominio del Estado, los cuales por ser tierras de aptitud forestal y/o de protección, solo pueden ser otorgados en cesión de uso.

⁸ Quinta Disposición Complementaria Final Modificatoria del Decreto Legislativo No.1064: Modifíquese el numeral 3.2 de artículo 3° del Decreto Legislativo N° 994, en los términos siguientes:

Para los fines de esta norma, las tierras eriazas con aptitud agrícola son de dominio del Estado, salvo aquellas sobre los que exista título de propiedad privada o comunal.

⁹ Art.7°.- Son tierras eriazas con aptitud agropecuaria, las no explotadas por falta o exceso de agua.

Art.9°.- Las tierras eriazas con aptitud agropecuaria son de dominio del Estado, salvo aquellas sobre las que exista título de propiedad privada o comunal.

¹⁰ Un ejemplo es la C.N Puerto Azul, ubicada en el distrito y Provincia de Padre Abad del Departamento de Ucayali. Esta comunidad tiene un pedido de ampliación iniciado en el año 1991, no concluido hasta la fecha.

Proyectos de irrigación. Con respecto a los proyectos de irrigación, se dice que estos aprovecharán las aguas de libre disponibilidad, las cuales serán determinadas por la autoridad competente, que en virtud al Dec.Leg. 1081 es la Autoridad Nacional del Agua quien es el ente rector del Sistema Nacional de Recursos Hídricos. El Ministerio del Ambiente es parte de este sistema, pero no está definido el rol que tiene dentro del sistema. De otro lado no están planteados los criterios para determinar la disponibilidad de las aguas, los cuales tendrían que ser claros y justos a fin de evitar conflictos y/o superposición de derechos de los pueblos indígenas con particulares. Este es un tema que toca un tema muy sensible, el recurso agua el cual debe ser analizado con mucho cuidado.

Aprovechamiento de recursos naturales. En cuanto al aprovechamiento de los recursos naturales, si bien existe la Ley 26821 – Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, establece las condiciones de su utilización y aprovechamiento, en virtud al Art. 66° de la Constitución Política¹¹, podemos observar que dicha Ley Orgánica contiene disposiciones que no son compatibles con los principios del Convenio 169 de la OIT, en tanto establece limitaciones en cuanto al acceso y beneficio de los recursos naturales en tierras de comunidades¹².

Si bien es cierto que es un rol del Estado promover el uso sostenible de los recursos naturales, en la práctica se desarrollan políticas que excluyen la participación de los pueblos indígenas, generando conflictos y afectación de sus derechos. Estas políticas, por lo general, son aplicadas de manera unilateral y desde una visión de mercado sin tomar en cuenta los valores y prioridades de estos pueblos.

Transferencia de propiedad de las tierras. El Art. 5° inciso d,¹³ referido a los modos de contraprestación en relación a la transferencia de propiedad de las tierras, deja a libertad del

¹¹ **Artículo 66° de la Constitución Política de 1993.**

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.

¹² **Artículo 17° de la Ley 26821 – Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.** Los habitantes de una zona geográfica, especialmente los miembros de las comunidades campesinas y nativas, pueden beneficiarse, gratuitamente y sin exclusividad, de los recursos naturales de libre acceso del entorno adyacente a sus tierras, para satisfacer sus necesidades de subsistencia y usos rituales, siempre que no existan derechos exclusivos o excluyentes de terceros o reserva del Estado. Las modalidades ancestrales de uso de los recursos naturales son reconocidas, siempre que no contravengan las normas sobre protección del ambiente.

El beneficio sin exclusividad no puede ser opuesto a terceros, inscrito, ni reivindicado. Termina cuando el Estado otorga los recursos naturales materia del beneficio. El entorno a que se refiere el párrafo precedente abarca los recursos naturales que puedan encontrarse en el suelo y subsuelo y los demás necesarios para la subsistencia o usos rituales.

Recursos en tierras de las comunidades campesinas y nativas, debidamente tituladas

Artículo 18° de la Ley 26821 – Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. Las comunidades campesinas y nativas tienen preferencia en el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales de sus tierras, debidamente tituladas, salvo expresa reserva del Estado o derechos exclusivos o excluyentes de terceros.

¹³ **Artículo 5°** De las transferencias de las tierras eriazas.

Inciso d) Cualquier otra modalidad que estructure el inversionista y que conforme a lo previsto en el reglamento de la presente norma sea aprobada por el Organismo Promotor de la Inversión Privada.

inversionista estructurar otra modalidad de contraprestación distinta, sin poner más límite que la aprobación del Organismo Promotor de la Inversión Privada -es decir del Ministerio de Agricultura- según lo señalado en el Artículo 7° del Decreto Legislativo 994¹⁴.

Si bien es cierto, que la Constitución establece dos supuestos donde se permite la privación de este derecho; ésta señala que es una situación especial, por lo tanto requiere una ley expresa. No basta la declaración prevista en el art. 1° del Decreto Legislativo 994, para justificar la privación del derecho de propiedad en los proyectos de irrigación que esta norma pretende promover.

Normas y derechos que se vulneran. Este Decreto Legislativo vulnera el Derecho a la Consulta y al de Libre Determinación, conforme lo establece el Convenio N° 169 de la OIT, en su art. 6 numeral¹⁵, al no haber sido materia de consulta a los pueblos interesados.

La norma sugiere una interpretación restrictiva del derecho de propiedad y posesión de los pueblos indígenas, reconocido en el Convenio 169 de la OIT (Arts 13 y 14). En este sentido se vulnera el derecho de propiedad, previsto en el art. 70 de la Constitución Política¹⁶, el cual señala que esta es inviolable y garantizada por el Estado, en concordancia con los artículos 70 y 88 de la misma carta magna; por lo tanto es inconstitucional.

Decreto Legislativo 1064.

Objetivo de la norma. “Establecer el marco normativo sistematizado en materia de tierras de uso agrario con el fin de garantizar la seguridad jurídica sobre éstas” (Art.2). La norma plantea un sistema estandarizado a nivel nacional, dejando de lado las particularidades propias de las regiones naturales. La norma se focaliza en el sector agrario, pero acoge un concepto de tierras muy amplio que a todo predio susceptible de tener uso agrario, el que incluye el uso agrícola, forestal o pecuario¹⁷.

¹⁴Según este artículo (numeral 7.1), el Ministerio de Agricultura tendrá a su cargo la tramitación y evaluación de las iniciativas privadas de inversión, cuando se trate de iniciativas privadas de competencia del Gobierno Nacional, conforme a las normas de promoción de la inversión privada; para tal efecto podrá constituir un Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada-CEPRI. Por su parte, el numeral 7.2 del mismo artículo establece que los Gobiernos Regionales y Locales tendrán a su cargo la conducción de los procesos de promoción de inversión cuando se trate de proyectos regionales o locales, según sea el caso. Mientras que el Gobierno Nacional podrá desarrollar conjuntamente con éstos las actividades para la promoción y desarrollo de proyectos de inversión privada de irrigaciones de tierras eriazas con aptitud agrícola de propiedad del Estado.

¹⁵Establece el deber de los gobiernos a consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

¹⁶ **Artículo 70°.** El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

¹⁷ **Artículo IV.- De las tierras de uso agrario**

El concepto constitucional de tierras en el régimen agrario comprende a todo predio susceptible de tener uso agrario, el que incluye el uso agrícola, forestal o pecuario. Son tierras en el régimen agrario, entre otras, las tierras de pastoreo, las tierras destinadas al cultivo de forrajes, las tierras con recursos forestales y de fauna, las

Derecho de propiedad. La norma plantea una interpretación restrictiva del derecho de propiedad de los pueblos, en tanto no toma en cuenta los principios del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Por otro lado, según la propia constitución la propiedad comunal se encuentra garantizada por el Estado¹⁸; asimismo según la misma constitución, las comunidades campesinas y nativas, como personas jurídicas con existencia legal, gozan de autonomía en cuanto a su organización, el trabajo comunal y el uso y libre disposición de sus tierras.¹⁹

Sin embargo, el concepto constitucional de tierras en el régimen agrario fue establecido en el Art. 2º de la Ley 26505. Este mismo artículo declaraba que el régimen jurídico de las tierras agrícolas se rige por el Código Civil. Según el Decreto Ley 22175 (3º Disposición Complementaria), el término “agrario” comprende las actividades agrícolas pecuarias y forestales.

Cambio de uso de las tierras. De conformidad con el Art. VI, se permite el cambio de uso de las tierras y crea las condiciones para el desarrollo de la inversión privada en el sector agrario. Con esta norma es posible que las tierras con capacidad de uso forestal, pasen a ser eriazas o de aptitud agrícola, posibilitándose así su adjudicación. Con ello se incentiva la deforestación de los bosques a fin de facilitar su cambio de uso a tierras agropecuarias.

Predios rurales vs. propiedad territorial. Pese a que se reconoce la propiedad territorial de las comunidades campesinas y comunidades nativas²⁰, se introducen definiciones de predios rurales estatales²¹, predios rurales privados²² y predios rurales comunales²³, correspondiendo

tierras eriazas, así como las riberas y márgenes de álveos y cauces de ríos y, en general, cualquier otra denominación legal que reciba el suelo del territorio peruano que sea susceptible de tener uso agrario.

El uso de las tierras con aptitud forestal se regirá por la legislación de la materia y supletoriamente por lo previsto en la presente norma.

El régimen jurídico de las tierras de uso agrario se rige por lo establecido en el presente Decreto Legislativo y supletoriamente por el Código Civil.

¹⁸ **Artículo 88º.** El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.

Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.

¹⁹ **Artículo 70º.** El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

²⁰ **Artículo 3º.- Generalidades**

3.1. Las Comunidades Campesinas y las Comunidades Nativas, en cuanto a su existencia, organización y derechos, se rigen por lo dispuesto en la Constitución y en la legislación de la materia.

3.2. El Estado garantiza la integridad de la propiedad territorial de las Comunidades Campesinas y de las Comunidades Nativas.

3.3. La propiedad territorial de las Comunidades Campesinas y de las Comunidades Nativas es imprescriptible.

²¹ **Artículo 1º.- De los Predios Rurales Estatales.** La naturaleza de dominio público o dominio privado de los Predios Rurales Estatales se determina de conformidad con la legislación de la materia

²² **Artículo 2º.- De los Predios Rurales Privados.** Se considera Predio Rural Privado en el régimen agrario, a las tierras de propiedad de los particulares, conforme a la legislación vigente.

estos últimos a las comunidades campesinas y comunidades nativas. Esta clasificación buscaría incluir a los territorios de las comunidades nativas en los alcances del Decreto Legislativo 1089 que establece un Régimen Temporal Extraordinario a cargo de COFOPRI para la Formalización y Titulación de los Predios Rurales, cuyo procedimiento especial de titulación será aprobado después mediante Decreto Supremo.

En el Art. 5^o²⁴ se establecen los criterios para determinar la Propiedad Territorial de las Comunidades Nativas, los cuales son bastante restrictivos en cuanto solo se refieren a la relación de dominio actual sobre las tierras, basados en criterios de aprovechamiento económico de estas sin considerar las formas tradicionales de manejo y uso del territorio basados en la relación especial construida en base a valores propios de la cultura de cada pueblo indígena. En este sentido se establece (numeral 5.2) un impedimento al derecho de ampliación del territorio de las comunidades nativas, el de no afectar el derecho de propiedad estatal, de terceros o de otras comunidades, a diferencia del Decreto Ley 22175 y su reglamento, que prevé la posibilidad de asimilar a los colonos o de indemnizarlos a fin de que las tierras que ocupen sean demarcadas o incorporadas al dominio de la comunidad nativa.

Contratos de cesión de uso. Tampoco se establece (numeral 5.3) el procedimiento ni la entidad responsable para suscribir o formalizar las cesiones de uso a favor de las comunidades. Este vacío legal se mantiene en el Decreto Legislativo 1090.

Comunidades nativas y parques nacionales. El numeral 5.4 establece que las comunidades nativas al interior de los parques nacionales, podrán permanecer en ellos pero no se podrán titular. Esto contradice lo establecido en el art. 110 de la Ley 28611 - Ley General del Ambiente, que señala que el Estado reconoce el derecho de propiedad de las comunidades campesinas y nativas sobre las tierras que poseen dentro de las ANPs y en sus zonas de amortiguamiento.

Propiedad comunal. No hay una clara definición sobre propiedad comunal en la norma pero en el Art. 7 se establece lo que quedaría excluido de ella²⁵. Sin embargo debemos advertir:

²³ **Artículo 4°.- De los Predios Rurales Comunales.** Para efectos del presente decreto legislativo, se considera Predio Rural Comunal a las tierras cuya propiedad corresponde a las Comunidades Campesinas y a las Comunidades Nativas, de conformidad con lo establecido en el presente decreto legislativo y en la legislación vigente.

²⁴ **Artículo 5°.- De la Propiedad Territorial de las Comunidades Nativas**

5.1. Para la demarcación de la propiedad territorial de las Comunidades Nativas, se deberá tener en cuenta:

a. Cuando las comunidades hayan adquirido carácter sedentario, la superficie que actualmente ocupan para desarrollar sus actividades agropecuarias, de recolección, caza y pesca; y,
b. Cuando las comunidades realicen migraciones estacionales, la totalidad de la superficie donde se establecen al efectuarlas.

5.2. Cuando las Comunidades Nativas posean tierras en cantidad insuficiente, se les adjudicará el área que requieran para la satisfacción de las necesidades de su población, sin que ello implique la afectación del derecho de propiedad estatal, de terceros o de otras comunidades.

5.3. La parte del territorio de las Comunidades Nativas que corresponda a tierras con aptitud forestal, les será cedida en uso y su utilización se regirá por la legislación de la materia.

5.4. Las Comunidades Nativas localizadas dentro de los límites de los Parques Nacionales, cuyas actividades no atenten contra los principios que justifican el establecimiento de dichas unidades de conservación, podrán permanecer en ellas sin títulos de posesión y/o de propiedad.

²⁵ **Artículo 7°.- Excepciones a la propiedad Comunal.** No se consideran Predios Rurales Comunales:

7.1. Los predios de propiedad de terceros amparados en títulos legítimos obtenidos.

El numeral 7.1 contraviene el artículo 14.1 del Convenio 169 de la OIT, que establece garantizar el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Esta norma modifica al Decreto Ley 22175 y su reglamento, que establecían la posibilidad de asimilar a los colonos, o de indemnizarlos, a fin de que las tierras ocupadas sean demarcadas o incorporadas al dominio de la comunidad nativa.

El numeral 7.2 pone en riesgo a la propiedad comunal, pues en muchos casos se exige a las comunidades ceder determinadas áreas para uso de los servicios públicos. La norma no establece ningún tipo de indemnización o compensación, ya sea económica o con nuevas tierras, constituyéndose en un acto de virtual despojo oficial de las tierras comunales.

El numeral 7.3 es concordante con el Decreto Legislativo 1015 y su modificatoria el Decreto Legislativo 1073 que promueve y facilita la parcelación y enajenación de las tierras de las comunidades.

El numeral 7.4 amplía la figura del abandono a las tierras de las comunidades. Con la Ley 26505 se establecía que el abandono solo operaba en tierras adjudicadas en concesión, en los casos de incumplimiento de los términos y condiciones de aquella.

El numeral 7.5 atenta directamente con el derecho que tienen los pueblos indígenas a su territorio, reconocido en el Convenio 169 de la OIT. No se hace distinción si la tierra ocupada por centros poblados, o asentamientos, está titulada a favor de una comunidad. Se establece un procedimiento de formalización (adjudicación y registro de la propiedad individual) de las tierras ocupadas por asentamientos humanos que podría aplicarse con el propósito de excluir las zonas invadidas y/o ocupadas por los colonos. No se establece ningún tipo de indemnización o compensación, ya sea económica o con nuevas tierras, constituyéndose en un acto de virtual despojo oficial de las tierras comunales.

Servidumbres. En el art. 8 del Decreto Legislativo 1064²⁶ se establecen servidumbres legales; la comunidad, ni el propietario individual, podrá negociar el valor de su propiedad,

7.2. Los predios que el Estado ha utilizado para servicios públicos, salvo convenio celebrados entre el Estado y la Comunidad.

7.3. Las tierras que la Comunidad transfiera a sus comuneros o a terceros de conformidad con lo establecido en la legislación vigente y en el Reglamento de la presente norma.

7.4. Las tierras de las Comunidades que sean declaradas en abandono, de conformidad con lo establecido en la Constitución Política del Perú.

7.5. Las tierras que se encuentren ocupadas por centros poblados o asentamientos humanos al 31 de diciembre de 2004, salvo aquéllas sobre las que se haya interpuesto acciones de reivindicación hasta antes de esa fecha por parte de las Comunidades. Las entidades del Estado correspondientes procederán a formalizar y registrar las tierras ocupadas por los asentamientos humanos, con el fin de adjudicar y registrar la propiedad individual de los lotes a sus ocupantes. Se exceptúan las tierras de los centros poblados que estén formados, dirigidos y gobernados por la propia Comunidad

²⁶ **Artículo 8º.- De las servidumbres**

8.1. Las tierras de uso agrario quedan sujetas a las siguientes servidumbres:

(i) Servidumbres ordinarias.

(ii) Servidumbres de libre tránsito por los puentes, oroyas y caminos existentes y aquellos que se construyan en el futuro; y,

(iii) Servidumbre de libre paso de oleoductos, gaseoductos, mineroductos, instalaciones para la exploración y explotación minera y petrolera, instalaciones para el servicio público de telecomunicaciones, líneas de

sino que deberá acatar lo que el Estado le imponga vía tasación como indemnización por la imposición de la servidumbre. La intención de la norma es derogar el Art. 7 de la ley 26505.

Adjudicación de tierras. Se deja para el Reglamento las características, requisitos, condiciones y el procedimiento respectivo para la adjudicación de tierras con fines agropecuarios y agroindustriales en la Selva y Ceja de Selva.

Derogación de normas. El Decreto Legislativo 1064 está relacionado con el Decreto Legislativo 1089 así como con el 1015, su modificatoria con el Decreto Legislativo 1073. Este decreto si bien no deroga expresamente el Decreto Ley 22175, lo modifica sustancialmente, generando mayor vulnerabilidad a los territorios y a la propia existencia de los pueblos indígenas; en tanto que establece criterios incompatibles con los artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 del Convenio 169 de la OIT, y que son contrarios a la Constitución Política del Perú (artículos 2 Inciso 19, 88 y 89).

Se derogan de manera expresa: los Títulos I, II, III, IV y la Séptima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 653, la Ley N° 26505, con excepción de lo previsto en su artículo 10° modificado por Decreto Legislativo N° 1015, y todas las normas que se opongan a lo establecido en el presente decreto legislativo. Hay una derogación expresa del Decreto Legislativo N° 653 (Ley de Promoción de las inversiones en el sector agrario) y de la Ley 26505 (exceptuando el art.10 modificado por el Decreto Legislativo N° 1015).

Debe tenerse en cuenta que de conformidad con la Tercera Disposición Final de la Ley 26505, cualquier modificación o derogación de la misma, se efectuará a través de otra norma legal expedida por el Congreso y aprobada por mayoría calificada, de acuerdo al art. 106 de la Constitución Política del Perú.

Normas y derechos que se vulneran:

- El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados (Art. 6° del Convenio 169 de la OIT). Asimismo el derecho de los pueblos y comunidades de decidir sus propias prioridades de desarrollo y participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (Art. 7 del Convenio 169 de la OIT).
- Las disposiciones del Convenio 169 de la OIT sobre las tierras de los pueblos indígenas (arts. 13 al 19), al no tomar medidas que garanticen la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión ni prevé sanciones contra la invasión de sus tierras.
- Art. 4 numeral 1. del Convenio 169 de la OIT que establece el deber de adoptar medidas especiales para salvaguardar las personas e instituciones de los pueblos interesados.

transmisión de energía, vías de comunicación de toda especie, obras para irrigación y drenaje establecidas o que sea necesaria establecer, así como las que demande su operación y mantenimiento.

8.2. Asimismo, las tierras de uso agrario son susceptibles de sujetarse a las demás cargas y derechos previstos en el Código Civil.

8.3. El Reglamento establecerá los criterios para la valorización de la contraprestación por las servidumbres y otras cargas y derechos previstos por el presente artículo.

- Derecho a la integridad e identidad cultural, establecido en el art.8 de la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Libertad de contratación y negociación, establecido como principio constitucional.
- Artículos 18, 19, 26, 28 y 32 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Decretos Legislativos 1015 y 1073.

Ley 26505. El 1015, promulgado el 19 de mayo de 2008, modifica el Art.10 y deroga el Art. 11 de la Ley 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 nativas²⁷.

El 1073, modifica el literal b) del Art. 10° de la Ley 26505; modificado por el artículo único del 1015²⁸.

Incentivo perverso. Ambas normas constituyen un incentivo para la parcelación y disposición de los territorios comunales, al disminuir el número de votantes requeridos para disponer del territorio comunal y derogar el artículo 11 de la Ley 26505. Esta situación puede propiciar conflictos al interior de las comunidades, en tanto que la mitad de los miembros de

²⁷**Artículo Único.** Modifícase el artículo 10° de la Ley N° 26505, Ley de la Inversión en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, en los siguientes términos:

Artículo 10°.- Las Comunidades Campesinas y las Comunidades Nativas deberán regularizar su organización comunal de acuerdo con los preceptos Constitucionales y la presente Ley.

Tratándose de tierras de propiedad de las Comunidades Campesinas y Nativas, la regularización del derecho de propiedad se regirá por las siguientes normas:

a) Para la adquisición en propiedad por parte de poseedores comuneros sobre la tierra que poseen por más de un año, el acuerdo de Asamblea General de la Comunidad requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los comuneros poseedores con más de un año. Para los efectos de la adquisición por el actual poseedor, la entrega de las parcelas se acredita con el documento extendido por la Comunidad a su favor.

b) Para la adquisición en propiedad por parte de miembros de la comunidad no poseedores o de terceros así como para gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre las tierras comunales, se requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los miembros asistentes a la Asamblea instalada con el quórum correspondiente.

²⁸ Artículo Único.- Modificación del literal b) del artículo 10° de la 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; modificado por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1015.

Modifícase el literal b) del artículo 10° 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; modificado por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1015, en los siguientes términos.

"Artículo 10°.- Las Comunidades Campesinas y las Comunidades Nativas deberán regularizar su organización comunal de acuerdo con los preceptos Constitucionales y la presente Ley.

Tratándose de tierras de propiedad de las Comunidades Campesinas y Nativas, la regularización del derecho de propiedad se regirá por las siguientes normas: (...)

"b) Para la adquisición en propiedad por parte de miembros de la comunidad no poseedores o de terceros así como para gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre las tierras comunales, se requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los comuneros poseedores con más de un año".

una comunidad en desacuerdo con aprobar un acto de disposición sobre las tierras comunales, quedarían obligados a renunciar a su derecho de mantener la integridad de su territorio comunal, precarizando su situación de comunero; lo cual en la práctica conducirá a la división y la consecuente desaparición de la comunidad.

Comunero poseionario. Se amplía a las comunidades nativas el concepto del comunero poseionario o poseionario comunero, que se aplicaba a las comunidades campesinas, lo cual podría generar confusión al interior de las comunidades nativas al determinar la calidad de comunero con derecho a participar en las asambleas

Inconstitucionalidad de ambos decretos. El 30 de Mayo, la Defensoría del Pueblo ha presentado una demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1015, sosteniendo que dicho Decreto vulnera los derechos constitucionales de participación y consulta, y el derecho a la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas, consagrados en el artículo 2° inciso 19 y el artículo 89° de la Constitución Política del Perú.

Aprobación por mayoría calificada. El Decreto Legislativo 1015, y su modificatoria el Decreto Legislativo 1073, han sido emitidos al margen de lo establecido en la Tercera Disposición Final de la Ley 26505, que señala que cualquier modificación o derogación de dicha Ley, se efectuará a través de otra norma legal expedida por el Congreso y aprobada por mayoría calificada, de acuerdo al art. 106 de la Constitución Política del Perú.

Recordemos, además, que el Decreto Legislativo 1015 reproduce el texto del Proyecto de Ley 1992/2007-PE, el cual fue cuestionado y rechazado por las organizaciones indígenas e incluso observado por la Defensoría del Pueblo; siendo finalmente dictaminado de forma negativa por la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología, del Congreso de la República, el 18 de abril de 2008.

Normas y derechos que se vulneran:

- El Art. 89° de la Constitución Política del Perú : El derecho de propiedad que es inviolable y está garantizado por el Estado y el derecho a la autonomía de las comunidades.

- El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, conforme lo establece el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT.

-Las disposiciones del Convenio de la OIT sobre las tierras de los pueblos indígenas (arts. 13 al 19), al no tomar medidas que garanticen la protección efectiva de sus derechos de propiedad.

-Derecho a la Libre Determinación y a la Autonomía y Gobierno (arts. 3 y 4 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).

Decreto Legislativo 1079.

Administración de patrimonio forestal. Se asigna competencia para la administración del patrimonio forestal, flora y fauna silvestre al Ministerio del Ambiente a través del Servicio Nacional de ANPs. Esta función le correspondía al INRENA, creado por la Ley Orgánica del Ministerio de Agricultura –Decreto Ley N° 25902 del año 1992.

Principio de dominio eminencial. Se establece el principio de dominio eminencial²⁹, según este principio, el Estado conserva el dominio sobre todos los recursos naturales, pese a haber otorgado derechos sobre los mismos bajo cualquier modalidad contemplada en distintas leyes. De este principio se desprende que el Estado podrá, bajo cualquier mecanismo, recuperar los recursos naturales renovables que se encuentren en poder de alguna persona, sin necesidad de un procedimiento administrativo sancionador, como hasta ahora se había aplicado.

No se precisa qué norma se deroga y deja abierta la posibilidad de inaplicabilidad de algunas normas; es una forma encubierta de deshacerse de normas cuya derogación expresa causaría controversia y reacciones.

Se requiere una revisión del marco jurídico ambiental, y una lectura paralela con el reciente Decreto Legislativo 1081 que crea el Sistema Nacional de Recursos Hídricos.

Normas y derechos que se vulneran. El Decreto Legislativo 1079 modifica la Ley Orgánica del Ministerio de Agricultura, esto al margen de lo dispuesto por los artículos 101 Inciso 4 y 104 de la Constitución Política, comentado en la página 3 del presente documento. Si bien es cierto lo positivo de esta norma es que se establece las competencias del Ministerio del Ambiente sobre los recursos naturales y servicios ambientales dentro de las ANPs incorpora el principio de “dominio eminencial”, por el cual quedaría excluido toda pretensión de los pueblos para reivindicar sus derechos de propiedad sobre los recursos naturales que se encuentran en sus territorios comunales, contraviniendo con ello las disposiciones del Convenio 169 de la OIT (artículos 13, 14, 15 y 16). De otro lado debe concordarse este Decreto Legislativo con el art. 5.4 del Decreto Legislativo 1064 el cual además se contradice con el art. 110 de la Ley 28611 - Ley General del Ambiente, tal como hemos comentado en la página 13 del presente documento.

Decreto Legislativo 1081.

La gestión integrada de los recursos hídricos. La presente norma tiene como principal propósito el promover la gestión integrada de los recursos hídricos, que comprende entre otras actividades: la evaluación, valoración, disposición, asignación del uso y aprovechamiento del recurso agua, multisectorial eficiente y sostenible del recurso agua, creando para tal efecto el Sistema nacional de Recursos Hídricos³⁰.

²⁹ Artículo 3.- Principios que garantizan el Patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas

El procedimiento administrativo sobre asuntos referidos a recursos naturales renovables ubicados en las Áreas Naturales Protegidas de nivel nacional se sustenta en los siguientes principios, a los cuales se les aplica supletoriamente aquellos señalados en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General:

...

2. Principio del dominio eminencial.- Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada uno de ellos. En cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos, productos y subproductos, en tanto ellos no hayan sido obtenidos acorde con el título por los cuales fueron otorgados.

³⁰ Artículo 2.- Objeto de la norma. La presente norma tiene por objeto articular el accionar del Estado para la gestión integrada y multisectorial de los recursos hídricos que comprende entre otras actividades la evaluación, valoración, disposición, asignación del uso y aprovechamiento multisectorial eficiente y sostenible del recurso agua, creando para tal efecto el Sistema Nacional de Recursos Hídricos.

Principios. En el art. 4 se señalan los principios para la gestión integrada de los recursos hídricos³¹, dentro de ellos queremos resaltar los siguientes:

El Principio Precautorio (numeral 4.2) está planteado en un sentido distinto a lo establecido en la Ley de ANPs para las zonas reservadas. Según lo planteado en el Decreto Legislativo 1081, la ausencia de certeza absoluta sobre el peligro de daño grave o irreversible que amenace las fuentes de agua, no constituye impedimento para adoptar medidas que impidan su degradación o extinción. En la Ley de ANPs, este principio está orientado a evitar actividades de aprovechamiento dentro las zonas reservadas.

Si bien en el 4.5 se dice que el Estado respeta los usos y costumbres de las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas, así como su derecho de utilizar las aguas que discurren por sus tierras, existe una incompatibilidad del Decreto Legislativo 1081 con el Convenio 169 de la OIT, que establece disposiciones en relación a los derechos de los pueblos indígenas al acceso a los recursos naturales que se encuentran en sus territorios.

A pesar de que la norma describe las acciones conjuntas de diversas instituciones públicas y de otros actores sociales con cierta presencia y nivel de incidencia en temas de agua, no se esclarece el rol que le corresponde a cada una dentro de este sistema.

Este Decreto Legislativo intenta modificar la Ley Orgánica del Ministerio de Agricultura (Decreto Ley N° 25902), sin tomar en cuenta las restricciones de los artículos 101, inciso 4 y 104, de la Constitución Política del Perú.

Normas y derechos que se vulneran. El Decreto Legislativo 1081 contraviene además el art. 15 del Convenio 169 de la OIT, relacionado a la protección especial de los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales que se encuentran en sus tierras, en concordancia con los artículos 13 y 14 de la misma norma constitucional incompatible con el Convenio 169 de la OIT. Este Decreto no toma en cuenta la protección especial a la que tienen derecho los pueblos indígenas, en relación al acceso a los recursos naturales, que se encuentran en sus territorios.

Decreto Legislativo 1089.

Régimen Temporal Extraordinario. Esta norma crea un Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de predios rústicos y tierras eriazas habilitadas, a nivel nacional, por un período de cuatro años, a cargo de COFOPRI³². Aquí no se menciona a las comunidades, recordemos la clasificación de predios rurales que se hace en el 1064.

³¹ Artículo 4.- Principios para la gestión integrada de los recursos hídricos. Son principios para la gestión integrada de los recursos hídricos los siguientes: 4.1 Principio de Prioridad en el acceso al agua, 4.2 Principio precautorio, 4.3 Principio de Sostenibilidad, 4.4 Principio de seguridad jurídica, 4.5 Principio de respeto de los usos del agua por las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas, 4.6 Principio de valoración y cultura del agua, 4.7 Principio de eficiencia, 4.8 Principio ecosistémico, 4.9 Principio de transparencia de la información.

³² **Artículo 1.- Objetivo.** Declárese de interés público nacional la formalización y titulación de predios rústicos y tierras eriazas habilitadas, a nivel nacional, por un período de cuatro (4) años contados a partir de la vigencia del presente Decreto Legislativo.

Acciones de formalización de oficio. Asimismo dispone que las acciones de formalización de la propiedad se inicien de oficio y de manera progresiva sobre las jurisdicciones que COFOPRI determine. Así mismo, se le faculta a ejecutar las acciones necesarias para la generación, modernización, consolidación, conservación y actualización del catastro rural del país.

Propiedad comunal Vs. Propiedad individual. Este Decreto reproduce en gran parte el texto del cuestionado Proyecto de Ley 1770/2007-PE, pero no menciona por alguna razón a las comunidades campesinas y nativas; sin embargo tampoco señala expresamente que estas están excluidas de la aplicación de la norma. Por otro lado se mantienen vigentes los procedimientos de prescripción adquisitiva administrativa de dominio, expedición y aprobación de planos para la inscripción y de determinación, conversión y/o rectificación de áreas, establecidos por el Decreto Legislativo N° 667 - Ley de Registro de Predios Rurales³³(1991), el cual excluye a las comunidades campesinas y nativas (Art. 4 Inciso b del Decreto Legislativo 667), en tanto es una norma aplicable solo a parcelas; es decir la propiedad comunal se marginaliza priorizándose lo individual.

Procedimiento Especial de Titulación. Al disponerse que mediante Decreto Supremo se establecerá y reglamentará el nuevo Procedimiento Especial de Titulación, se deja abierta la posibilidad de incluir en los alcances de dicho “procedimiento especial” a los predios rurales comunales; principalmente en los procedimientos para la determinación, conversión y/o rectificación de áreas o georeferenciación de los territorios de las comunidades nativas (conforme lo proponía el ejecutivo en el Proyecto de Ley 1770/2007-PE).

Este Decreto Legislativo 1089 no entrará en vigencia sino hasta que salga su reglamento.

Normas y derechos que se vulneran.

- El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, conforme lo establece el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT.
- Las disposiciones del Convenio de la OIT sobre las tierras de los pueblos indígenas (Arts. 13 al 19), al no tomar medidas que garanticen la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.
- Derecho a la Autodeterminación (artículos 3 y 4 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas) y al respeto de sus formas tradicionales de mantener sus territorios (Art. 17 del Convenio 169 de la OIT); así como al derecho de desarrollo de políticas agrarias adecuadas a dichos pueblos (art. 19 del Convenio 169 de la OIT)

Artículo 2.- Del Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación. Créase un Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de predios rústicos y tierras eriazas habilitadas, a nivel nacional, por el plazo dispuesto en el artículo 1 del presente Decreto Legislativo.

³³ **Cuarta Disposición Complementaria Transitoria.** Los procedimientos de prescripción adquisitiva administrativa de dominio, expedición y aprobación de planos para la inscripción y de determinación, conversión y/o rectificación de áreas, establecidos por el Decreto Legislativo N° 667, a cargo de COFOPRI, continuarán vigentes hasta la aprobación del Decreto Supremo que establezca y reglamente el Procedimiento Especial de Titulación.

Al igual que el Decreto Legislativo 1064, el Decreto Legislativo 1089, tiene un evidente propósito de derogar el Decreto Ley 22175 y su reglamento (Decreto Supremo 003-79-AA de Enero 25 de 1979), entre otras normas, manteniéndose vigente por otro lado el Decreto Legislativo 667 (Ley de Registro de Predios Rurales).

Decreto Legislativo 1090.

Derogación expresa de la Ley 27308– Ley Forestal y de Fauna Silvestre (2001)³⁴. Si bien mantiene la estructura y los mismos objetivos de la norma que deroga, incluye 38 modificaciones significativas³⁵. En la presente ponencia no vamos a referirnos a estas modificaciones por obvias razones, sin embargo queremos resaltar en nuestro análisis dos temas:

Primer tema: Límites de la delegación del Ejecutivo. El primero una cuestión formal pero básica que nos debe invitar a reflexionar sobre cómo está funcionando el Estado peruano. Según nuestra constitución hay temas que no pueden ser materia de delegación, en virtud al Art. 104, en concordancia con el Art 101 Inciso 4 de la misma constitución; en el caso concreto del 1090 se están sustituyendo toda una ley y se está colisionando con la ley orgánica de los gobiernos regionales; en este sentido consideramos que este es un tema que debe ser evaluado en su momento por la Comisión Multipartidaria que va a revisar este paquete de decretos legislativos.

Segundo tema: inseguridad para los pueblos respecto a sus bosques. El segundo es un tema que es vital para los pueblos indígenas y tiene que ver con sus territorios y los recursos naturales que se encuentran en él. El 1090 promueve la privatización y el mercado forestal mediante la promoción de la transferencia de derechos de aprovechamiento³⁶; no prevé el uso y/o aprovechamiento tradicional de subsistencia, solo el aprovechamiento de sus recursos forestales y de fauna silvestre, con fines industriales y comerciales, bajo un Plan de Manejo aprobado por la autoridad competente, de acuerdo a los requisitos que señale el reglamento³⁷; manteniéndose el vacío legal con respecto a los contratos de cesión de uso y la inseguridad

³⁴ **Disposición complementaria derogatoria única.-** Derógase la Ley N° 28204, Ley de Transferencia de Madera Decomisada y sus normas modificatorias; la Ley N° 27308, Ley Forestal y de Fauna Silvestre y sus normas modificatorias, con excepción de lo previsto en su Séptima Disposición Complementaria Transitoria y su Cuarta Disposición Complementaria final; y las demás normas que se opongan a lo establecido en el presente Decreto Legislativo.

³⁵ CHE PIU DEZA, Hugo. COMENTARIOS LEGALES AL DECRETO LEGISLATIVO N° 1090 QUE APRUEBA LA LEY FORESTAL Y DE FAUNA SILVESTRE. Derecho Ambiente y Recursos Naturales - DAR. Lima, setiembre, 2008, pag 18.

³⁶ URTEAGA CROVETTO, Patricia. INFORME SOCIO JURÍDICO SOBRE DECRETOS LEGISLATIVOS VINCULADOS A DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS. IBIS, Lima, Agosto 2008, página 32.

³⁷ **Artículo 15.- Aprovechamiento de los recursos forestales y de la fauna silvestre en tierras de Comunidades.** Las comunidades nativas y campesinas, previo al aprovechamiento de sus recursos forestales y de fauna silvestre, con fines industriales y comerciales, deberán contar con su Plan de Manejo aprobado por la autoridad competente, de acuerdo a los requisitos que señale el Reglamento, a fin de garantizar el aprovechamiento sostenible de dichos recursos.

La autoridad competente asesorará y asistirá, con carácter prioritario, a las Comunidades Nativas y Campesinas para el fin antes señalado

jurídica de los bosques que están dentro de los territorios indígenas, lo cual nos induce a presagiar que éstos podrán ser concedidos a terceros.

Normas y derechos que se vulneran

- El Art. 89 de la Constitución Política del Perú
- Los artículos del 6, 7, 13 al 19 del Convenio 169 de la OIT

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Las facultades de delegación concedidas al Ejecutivo son demasiado amplias, y en razón a ello se requiere un control político por parte del Legislativo, especialmente en aquellos decretos legislativos que han sido materia del presente análisis.

En general todos los Decretos Legislativos analizados no han sido consultados, vulnerando así el derecho a la consulta, previsto en el art. 6 Incisos 1.a y 2 del Convenio 169 de la OIT, sobre el Derecho al Consentimiento Previo, Libre e Informado; así como en el art. 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Se hace necesario la implementación de este derecho, vía una Ley especial que establezca un procedimiento obligatorio y vinculante.

Es importante institucionalizar el derecho a la consulta previa, antes de otorgar derechos de exploración o de explotación; en ese sentido se debe implementar mecanismos de consulta y consentimiento previo libre e informado según el Convenio 169/OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas.

La creación de bosques de producción permanente y concesiones forestales deben ser previamente consultados a los pueblos interesados, esto en virtud al mandato del convenio y con el propósito de garantizar la sostenibilidad de las actividades económicas en el área; asimismo deben responder a procesos participativos de ordenamiento del territorio y zonificación económica ecológica del territorio peruano

La legislación sobre la relación pueblos indígenas/actividades extractivas, no garantiza los derechos que tienen los pueblos indígenas sobre sus territorios y recursos. Debe contarse con una legislación que implemente el Convenio 169 OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas.

Es importante adecuar la legislación nacional a los tratados internacionales sobre derechos humanos y derechos colectivos; en este sentido se precisa se otorgue rango constitucional a la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de Pueblos Indígenas, debiendo incluirse los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas en la Constitución, por lo que debe haber una reforma constitucional.

Es necesaria la revisión y concordancia del marco legal en materia de titulación y formalización de predios, pero sin vulnerar los derechos de los pueblos indígenas. Se deben establecer políticas adecuadas que permitan el desarrollo sostenible de estos pueblos y los recursos naturales que son parte de sus territorios ancestrales. Se requiere establecer políticas coherentes de saneamiento legal de territorios y políticas de ordenamiento territorial, acordes al Convenio 169/ de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas.

BIBLIOGRAFÍA

1. CAAAP. ANÁLISIS DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS QUE AFECTAN A LOS PUEBLOS INDÍGENAS, EMITIDOS EN VIRTUD A LA LEY N° 29157. Documento de Trabajo, Lima 15 de agosto de 2008.
2. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. 2008 Predictamen recaído en el Proyecto de Ley N° 1770/2007-PE, del Poder Ejecutivo y el Proyecto de Ley N° 1900, que proponen establecer el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas.
3. CHE PIU DEZA, Hugo. COMENTARIOS LEGALES AL DECRETO LEGISLATIVO N° 1090 QUE APRUEBA LA LEY FORESTAL Y DE FAUNA SILVESTRE. Derecho Ambiente y Recursos Naturales - DAR. Lima, setiembre, 2008, 102 páginas.
4. URTEAGA CROVETTO, Patricia. INFORME SOCIO JURÍDICO SOBRE DECRETOS LEGISLATIVOS VINCULADOS A DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS. IBIS, Lima, Agosto 2008, 47 páginas.

Extraído de:

http://www.dar.org.pe/hidrocarburos/RELAJU/Congreso%20PDF/Mesa5/milagros_ortega.doc