

## **INFORME JURÍDICO**

# **ANÁLISIS DE LA CONFORMIDAD CONSTITUCIONAL DEL USO DE LAS FACULTADES LEGISLATIVAS OTORGADAS POR EL CONGRESO AL PODER EJECUTIVO MEDIANTE LA LEY N° 29157**

**ELABORADO A SOLICITUD DE OXFAM AMERICA**

**FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI**  
**Abogado – Reg. CAL N° 7908**

**LIMA, 5 DE AGOSTO DEL 2008-08-05**

## **OBJETO Y ALCANCES DEL INFORME**

El presente informe, que nos ha sido solicitado por OXFAM AMERICA, tiene por objeto realizar un análisis jurídico de la adecuación y conformidad constitucional de la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo, aprobada por el Congreso mediante la Ley N° 29157, así como de la utilización dada a dicha habilitación en el casi centenar de decretos legislativos expedidos por el gobierno.

Como se recordará, esta delegación fue concedida con la finalidad de que se dicten normas con rango de ley que faciliten la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial celebrado entre el Perú y los Estados Unidos (conocido como TLC), así como para apoyar la mejora de la competitividad económica para su aprovechamiento.

En cuanto al contenido de este informe, comprenderá los aspectos siguientes:

- 1) Análisis del marco constitucional que regula los requisitos y condiciones para el otorgamiento de facultades legislativas delegadas por el Congreso al Poder Ejecutivo, así como para su control parlamentario.
- 2) Contenido y alcances de la Ley N° 29157 de delegación de facultades legislativas.
- 3) Análisis y evaluación general de la utilización dada por el Poder Ejecutivo a las facultades legislativas recibidas.
- 4) Análisis de la constitucionalidad, por razones de forma y de fondo, de algunos decretos legislativos específicos; relacionados fundamentalmente con el uso y aprovechamiento de recursos naturales (tierra, agua, minerales, etc.), la protección de los derechos de los pueblos indígenas, del medio ambiente y el régimen laboral.

Debe precisarse que, debido a la gran cantidad y complejidad temática del «paquete» de decretos legislativos expedidos, **este informe solo podrá realizar una evaluación general de la adecuación y conformidad constitucional** del uso dado por el Poder Ejecutivo a las facultades legislativas recibidas del Congreso mediante la Ley N° 29157. Asimismo, **al analizar los diversos decretos legislativos específicos que se nos ha solicitado, se evaluará mayormente su compatibilidad constitucionalidad por razones de forma y fondo.**

Con ello queremos advertir que, dado que los decretos legislativos objeto de análisis abarcan una amplia variedad temática y modifican una voluminosa legislación previa, **no estamos en capacidad de efectuar una evaluación profunda del contenido de cada decreto**, ni sobre aspectos tales como su conveniencia, implicancias políticas, incidencia positiva o negativa frente a la normativa preexistente o los derechos fundamentales de la población; asuntos complejos y especializados que corresponderá analizar, con mayor rigor y conocimiento, a los expertos en cada uno de estos campos.

## **DESARROLLO**

### **1. LA DELEGACIÓN DE FACULTADES LEGISLATIVAS AL PODER EJECUTIVO EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA**

#### **1.1.- La Constitución de 1979**

1.- Aunque la delegación de facultades legislativas por parte del Congreso al Poder Ejecutivo tuvo en el Perú antecedentes de utilización en el pasado, recién estuvo regulada expresamente, por primera vez, en la Constitución de 1979, cuyo artículo 188° disponía:

*"El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar,*

*mediante decretos legislativos, sobre las materias y por el término que especifica la ley autoritativa. Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley."*

A su vez, el inciso 10 del artículo 211° de esa misma Carta Política, al establecer las atribuciones del Presidente de la República, contemplaba como una de éstas: *"Dictar decretos legislativos con fuerza de ley, previa delegación de facultades por parte del Congreso, y con cargo de dar cuenta a éste."*

2.- El análisis de la regulación dada por la Constitución de 1979 a la delegación de facultades legislativas del Congreso al Poder Ejecutivo, así como la profusa utilización que tuvo durante los gobiernos de Fernando Belaunde (1980-85), Alan García (1985-90) y Alberto Fujimori, planteaba algunas interrogantes que tenían insuficiente precisión constitucional y ameritaban un esclarecimiento expreso.

3.- Un aspecto importante era **determinar si cualquier materia que se regula mediante ley era susceptible de delegarse al Poder Ejecutivo, o si existían materias indelegables**. En este campo, **mención especial merecían las leyes orgánicas**, previstas en la propia Constitución, donde se exigía para su aprobación el voto favorable de una mayoría calificada de más de la mitad del número legal de congresistas hábiles. Cabe señalar que el Congreso, en reiteradas ocasiones, había delegado facultades para normar mediante decretos legislativos aspectos reservados a ley orgánica, utilizando para este caso la aprobación de la ley de delegación con la misma mayoría de votos estipulada para la aprobación de la ley orgánica.

4.- Otro aspecto importante, era esclarecer el **alcance del procedimiento de dación de cuenta** ante el Congreso de los decretos legislativos dictados por el Poder Ejecutivo en ejercicio de las facultades recibidas, a fin de garantizar un **efectivo control parlamentario** de la conformidad de los decretos dictados con respecto a la Constitución y a los términos de la ley autoritativa de

delegación.

## **1.2.- La Ley N° 25397**

5.- Esta ley fue dictada por el Congreso en 1992, durante el gobierno de Alberto Fujimori, dos meses antes de producirse el autogolpe del 5 de abril. **Introdujo algunas precisiones en este campo, especialmente en dos aspectos: la delegación en materia de leyes orgánicas y el procedimiento de dación de cuenta para el control por el Congreso** de los decretos legislativos dictados por el Poder Ejecutivo.

6.- En el primer caso, **se autorizaba expresamente la posibilidad de delegar facultades legislativas al Ejecutivo en materia de leyes orgánicas** (art. 14°, inciso b), "formalizando" la práctica que venía usando el Congreso de aprobar la ley autoritativa para este tipo de delegación con la mayoría calificada exigida por el artículo 194° de la Constitución para dictar leyes orgánicas, es decir, con el voto favorable de más de la mitad del número legal de miembros de cada Cámara parlamentaria.

7.- A su vez, en el artículo 15° de la Ley N° 25397 se convalidaba otra práctica algunas veces utilizada por el Congreso, consistente en la **posibilidad de condicionar la delegación a un control parlamentario previo del decreto legislativo elaborado por el Ejecutivo, antes de su promulgación por éste**. El referido artículo establecía la posibilidad de recurrir a esta modalidad de delegación exclusivamente cuando ella versaba sobre leyes orgánicas.

8.- El **condicionamiento de la delegación legislativa a una revisión previa de los decretos por el Congreso, revestía aspectos controvertidos**. De un lado, **a su favor** cabía argumentar que favorece un mayor grado de control parlamentario del decreto legislativo y que, por lo demás, siendo el Congreso titular de la potestad legislativa, a él compete decidir la forma, condiciones y modalidades que estime conveniente para conferir la delegación al Poder

Ejecutivo.

De otro lado, **en contra** de este condicionamiento podía argumentarse que el procedimiento de «**dación de cuenta**» parece sugerir más bien una modalidad de control a posteriori, es decir, de revisión de los decretos legislativos ya promulgados, publicados y vigentes. Imponer un control parlamentario previo podría decirse que implicaría autorizar al Ejecutivo a elaborar un "proyecto" de decreto legislativo, pero no a ejercer una verdadera delegación para dictar directamente una norma con rango de ley, lo que no resultaría del todo compatible con el modelo de legislación delegada previsto en la Constitución.

9.- La referida ley también **regulaba el procedimiento ordinario de control parlamentario de los decretos legislativos, es decir, cuando la delegación no versaba sobre el dictado de leyes orgánicas**. Así, en los artículos 19° y 20° de la Ley N° 25397, se establecía la obligación del Presidente de la República de dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de los decretos legislativos expedidos, dentro de los tres días posteriores a su publicación.

Ello determinaba el inicio de un procedimiento de revisión del decreto legislativo ante una Comisión determinada del Congreso, durante un lapso que no podía exceder de treinta días hábiles. La Comisión parlamentaria sólo emitía dictamen si consideraba que un decreto había transgredido la ley autoritativa o vulnerado la Constitución, recomendando entonces su derogación. En consecuencia, la ausencia de dictamen de la Comisión, vencido el término de los treinta días hábiles, conllevaba un «**silencio positivo**» **que convalidaba el decreto legislativo**.

### **1.3.- La Constitución de 1993**

10.- La vigente Constitución de 1993 mantiene para el Congreso la reserva de la titularidad para dictar leyes (art. 102°, inciso 1), aunque contempla también la

delegación de facultades legislativas de éste al Poder Ejecutivo (artículo 104°). Una novedad es que, al regular la acción de inconstitucionalidad (Art. 200°, inciso 4), señala las **normas que tienen rango de ley**, en las que ubica a las leyes, los decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados internacionales, Reglamento del Congreso, y ordenanzas dictadas por los gobiernos regionales y municipalidades. Sobre la delegación de facultades legislativas al Ejecutivo esta Constitución, en su Art. 104°, dispone:

*"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 establecido 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."*

Como puede observarse, la Carta de 1993 no introduce mayor innovación en la regulación de la delegación de facultades legislativas del Congreso al Poder Ejecutivo, repitiendo casi el tratamiento del tema dado por la Constitución de 1979. Así, la ley autoritativa es una ley ordinaria, repitiendo como única exigencia el tener que especificar las materias y el plazo por los que se concede la delegación.

11.- La única **novedad importante** es que se establece expresamente la existencia de algunas **materias indelegables**. En efecto, la nueva Carta impide la delegación al Poder Ejecutivo de aquellas materias que no pueden ser objeto de delegación del Congreso a su Comisión Permanente. En tal sentido, el

**segundo párrafo del inciso 4 del artículo 101° de la Constitución**, señala **taxativamente como materias indelegables** las leyes de reforma constitucional, de aprobación de tratados, las **leyes orgánicas**, la Ley de Presupuesto y la Ley de la Cuenta General de la República.

Es positivo que la Constitución de 1993 haya establecido la existencia de ciertas materias indelegables al Poder Ejecutivo. **No se podrá, en consecuencia, delegar la elaboración de leyes orgánicas, ni siquiera mediante la aprobación de la ley autoritativa con la mayoría calificada de más de la mitad de los votos del número legal de congresistas**, impidiendo la continuidad de una práctica parlamentaria utilizada profusamente con anterioridad, que permitió cometer muchos excesos al gobierno que recibía la delegación.

12.- En cuanto a la **determinación de cuáles son las materias que tienen que normarse mediante ley orgánica**, la Carta de 1993 supone un avance relativo frente a la Constitución de 1979, que no contenía mayor prescripción al respecto. Sin embargo, el actual **artículo 106°** de la Carta de 1993 tampoco aborda el tema de manera suficiente o exhaustiva, asignando a leyes orgánicas la regulación de *«la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica esté establecida en la Constitución.»*

De este modo, aunque se supera en parte la omisión que presentaba el artículo 194° de la Constitución de 1979, que no especificaba qué materias debían normarse mediante leyes orgánicas, se mantiene un tratamiento poco técnico e impreciso del tema. Y es que, de un lado, se requerirá revisar todo el texto constitucional para verificar qué entidades estatales están recogidas en la Constitución y se exige su regulación por una ley orgánica; de otro lado, la posibilidad de que cualquier otra materia, por especificación constitucional, pueda ser objeto de ley orgánica, mantiene la incertidumbre acerca de la naturaleza conceptual que se otorga a esta categoría especial de leyes.

13.- Cabe señalar que un aspecto que, al parecer, pasó bastante inadvertido, es que la Constitución de 1993 **contempla la delegación de facultades legislativas del Congreso hacia su Comisión Permanente** (art. 101, inc. 4). En verdad desconocemos las razones del constituyente para adoptar este criterio, pero francamente encontramos poco congruente la existencia simultánea de la potestad del Congreso de delegar, indistintamente, facultades legislativas tanto al Poder Ejecutivo como a la Comisión Permanente.

14.- Finalmente, es lamentable que la Constitución vigente haya reincidido en el laconismo y la falta de toda precisión acerca de los alcances del procedimiento de **dación de cuenta para el control parlamentario de los decretos legislativos**.

#### **1.4.- El Reglamento del Congreso y el control parlamentario de la legislación delegada**

15.- La omisión de la Constitución respecto a las implicancias o el procedimiento de **dación de cuenta al Congreso** de los decretos legislativos dictados por el Poder Ejecutivo, ha sido llenada en parte por el **Reglamento del Congreso**, tanto porque se trata de una norma de rango legal, inferior en jerarquía a la Constitución, como por su propio contenido. En el **artículo 90°** del Reglamento se dispone:

##### ***“Procedimiento de control sobre la legislación delegada***

**Artículo 90°**- *El Congreso ejerce control sobre los Decretos Legislativos que expide el Presidente de la República en uso de las facultades legislativas a que se refiere el artículo 104° de la Constitución Política, de acuerdo con las siguientes reglas:*

- a) *El Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de los decretos legislativos que dicta en*

*uso de las facultades legislativas, dentro de los tres días posteriores a su publicación.*

- b) Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto legislativo y a más tardar el primer día útil siguiente, el Presidente del Congreso envía el expediente a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso o a la que señale la ley autoritativa, para su estudio.*
  
- c) La Comisión informante presenta dictamen, obligatoriamente, en un plazo no mayor de 10 días. En el caso que el o los decretos legislativos contravengan la Constitución Política o excedan el marco de la delegación de facultades otorgado por el Congreso, recomienda su derogación o su modificación para subsanar el exceso o la contravención, sin perjuicio de la responsabilidad política de los miembros del Consejo de Ministros.”*

*(Inciso modificado. Resolución Legislativa del Congreso N° 011-2001-CR, publicada el 13 de octubre de 2001)*

16.- Como se puede apreciar, en el **inciso a)** se establece la obligación del Presidente de la República de remitir al Congreso los decretos legislativos expedidos en ejercicio de las facultades delegadas, dentro de los tres días posteriores a su publicación. Ello implicaría que **la dación de cuenta es un procedimiento de control posterior a la expedición y publicación directa de los decretos legislativos por el Poder Ejecutivo**, por lo que no estaría contemplada la revisión o el control parlamentario previo de los decretos ni se podría establecer ello como una condición para su validez o un requisito a verificar antes de su promulgación, publicación y vigencia.

17.- En el **inciso b)** se determina que la revisión de los decretos legislativos estará a cargo de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, salvo que la ley de delegación confiera esta competencia a otras comisiones parlamentarias. Y en el **inciso c)** se precisa que la comisión tendrá que emitir

informe, en el plazo de 10 días, recomendando, de ser el caso, la derogación de los decretos que exceden la delegación, o la modificación o subsanación del vicio; sin perjuicio de la responsabilidad política que ello origine para el Consejo de Ministros, que puede ameritar su censura.

## **2.- LA LEY N° 29157 DE DELEGACIÓN DE FACULTADES LEGISLATIVAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL TLC CON ESTADOS UNIDOS Y EL APOYO A LA COMPETITIVIDAD ECONÓMICA PARA SU APROVECHAMIENTO**

### **2.1.- El contenido de la delegación conferida por la Ley N° 29157**

1.- Mediante la Ley N° 29157, el Congreso aprobó la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo en diversas materias específicas, con la finalidad de implementar y aprovechar el TLC celebrado entre el Perú y los Estados Unidos. La ley fue promulgada por el Presidente de la República el 19 de diciembre del 2007 y publicada el día 20 de diciembre. En su Art. 3° se dispuso que entraría en vigencia el 1° de enero del 2008.

2.- Conforme señala textualmente el título de la propia ley, se ***“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”***. El Art. 1° de la referida Ley reafirma su objeto y finalidad, señalando:

#### ***Artículo 1°.- Disposición autoritativa general***

*Delégase en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre las materias especificadas en la 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 en el artículo 104° de la Constitución Política del Perú, y lo establecido en el inciso d) del numeral 1 del artículo 76° y en el artículo 90° del Reglamento del Congreso de la República.*

3.- En el **Art. 2° de la Ley se establecen dos precisiones fundamentales para delimitar los alcances y contenido de la delegación** aprobada por el Congreso a favor del Poder Ejecutivo. Así, en el **numeral 2.1** se cumple con la exigencia constitucional del primer párrafo del Art. 104° de la Constitución, **estipulando las materias y el plazo de la delegación**. Dicha norma dispone:

*2.1 La delegación a la que se refiere el artículo 1° tendrá un plazo de ciento ochenta (180) días calendario y comprende la facultad de legislar sobre las siguientes materias:*

- a) Facilitación del comercio;*
- b) mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado;*
- c) mejora de la administración de justicia en materia comercial y contencioso administrativa; para lo cual se solicitará opinión al Poder Judicial;*
- d) promoción de la inversión privada;*
- e) impulso a la innovación tecnológica, la mejora de la calidad y el desarrollo de capacidades;*
- f) promoción del empleo y de las micro, pequeñas y medianas empresas;*
- g) fortalecimiento institucional de la gestión ambiental; y,*
- h) mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.*

4.- A su vez, en el **numeral 2.2** se precisa que **“el contenido de los decretos se sujetará estrictamente a los compromisos del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y de su Protocolo de Enmienda, y a las medidas necesarias para mejorar la competitividad económica para su**

***aprovechamiento....”***

Ello es importante porque clarifica que los decretos legislativos que se dicten **tendrán que referirse a las materias delegadas pero en vinculación a la implementación y el cumplimiento de los compromisos contenidos en el Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos (conocido como TLC) o para apoyar la competitividad económica con miras a su aprovechamiento.**

5.- Lo dispuesto en el Art. 2.2 de la Ley nos lleva a sostener que la **interpretación de ambos numerales del Art. 2° de la Ley N° 29157 debe hacerse de manera necesariamente conjunta.** Así, si bien en el Art. 2.1 de la Ley N° 29157 se autorizó la delegación de facultades para que el Poder Ejecutivo legisle en 8 materias específicas, algunas de las cuales contienen a su vez algunos subtemas, no puede olvidarse que en el Art. 2.2 de la propia ley se precisó expresamente que ***el contenido de los Decretos Legislativos se sujetará estrictamente a los compromisos del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos y de su Protocolo de Enmienda, y a las medidas necesarias para mejorar la competitividad económica para su aprovechamiento.***

6.- En consecuencia, existe una **necesaria e indisoluble articulación entre ambos numerales del artículo 2° de la Ley N° 29157, lo que implica que las materias específicas que se delegan no tienen (ni puede adjudicárseles) un alcance general, sino que deben circunscribirse y limitarse a los marcos previstos en el TLC Perú – Estados Unidos, sea para facilitar su implementación y dar cumplimiento a sus acuerdos, o para mejorar la competitividad económica que permita su aprovechamiento.**

7.- Debe también tenerse presente que una **pauta general de interpretación cuando se evalúan los alcances y el contenido de la delegación legislativa conferida, es que debe predominar un criterio restrictivo.** Y es que siendo el Congreso el titular originario de la potestad legislativa, no cabe que el uso de

la habilitación recibida exceda los términos estrictos y razonables del contenido enunciado en la ley de delegación, ni que el Poder Ejecutivo realice una interpretación extensiva de los términos de esta delegación.

## **2.2.- La excesiva amplitud de la delegación**

8.- Conviene tener presente que, si bien en el texto de la Ley N° 29157 no aparece mención alguna al respecto, al momento de conferir esta delegación el Congreso resolvió conformar una **«Comisión Multipartidaria del Congreso constituida para la revisión previa de los decretos legislativos que dicte el Poder Ejecutivo con motivo de la delegación conferida para la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial celebrado entre Perú y Estado Unidos y el apoyo a la mejora de la competitividad económica para su aprovechamiento»**.

En el Informe Final de esta Comisión Multipartidaria, fechado el 4 de julio del 2008, se señala que el 12 de diciembre de 2007 el Poder Ejecutivo presentó al Congreso el Proyecto de Ley N° 1979/2007-PE, solicitando la delegación de facultades legislativas en diversas materias, para la implementación y aprovechamiento del TLC. Añade que el 14 de diciembre, casi de inmediato, el Congreso aprobó la delegación solicitada, mediante la **Ley N° 29157**, *“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”*.

9.- Cabe recordar que en el Perú, quien aprobó el TLC fue el Congreso que concluyó sus funciones en julio del 2006 y no el actual. Ello permite suponer que, debido a la oportunidad de la aprobación y la extensión de este Acuerdo, una gran mayoría de los actuales parlamentarios no debe conocer con mayor detalle su contenido. Además, una simple lectura del Preámbulo del TLC con los Estados Unidos nos permite advertir que estamos ante un instrumento que

excede los términos habituales de un mero acuerdo comercial entre dos Estados. En efecto, **en dicho Preámbulo, además de estipulaciones sobre el ámbito comercial, se incluyen referencias a objetivos y aspectos tales como: reducción de la pobreza, alternativas a cultivos utilizados para la producción de drogas, oportunidades de empleo y mejora de las condiciones laborales, transparencia y lucha contra la corrupción y el soborno en el comercio internacional e inversiones, protección y conservación del medio ambiente.**

10.- Si bien en la Ley N° 29157 se enumeran las **8 materias objeto de delegación**, su contenido resulta bastante amplio; no solo porque éstas comprenden además algunos subtemas, sino porque están referidas a un documento singularmente extenso como el TLC con los Estados Unidos, que comprende 23 capítulos, con innumerables rubros y anexos, así como una Enmienda. De allí que cuando el Congreso aprobó, sin mayor revisión ni ajuste, el proyecto de ley de delegación de facultades legislativas elaborado y remitido por el Poder Ejecutivo, otorgó parámetros bastante extensos para la habilitación, sobre todo por las particulares características del TLC, que impone a nuestro país compromisos que exceden lo estrictamente comercial y abarcan temas relacionados con otros ámbitos legislativos y de política nacional.

### **2.3.- El control parlamentario previo de los decretos legislativos.**

11.- Parecería que en el Congreso existía cierta conciencia de los riesgos de otorgar una delegación que abarcaba aspectos tan amplios, lo que explica la decisión parlamentaria de conformar una Comisión Multipartidaria encargada de dar seguimiento al proceso de elaboración de los decretos legislativos a cargo del Poder Ejecutivo, así como de **realizar una revisión previa** de los mismos, antes de su promulgación. En el informe de la referida Comisión Multipartidaria, se expresa para justificar esta revisión previa de los decretos legislativos:

*«Teniendo en cuenta que se trata de una muy amplia delegación de facultades y de que se encuentran involucradas materias de importancia nacional es que el Congreso tomó en la misma sesión Plenaria de fecha 14 de diciembre de 2007 la decisión de conformar una Comisión Multipartidaria, encargada de la “Revisión Previa de los Proyectos de Decretos Legislativos destinados a la Plena Ejecución del APC Perú-EEUU”. Decisión que fue fortalecida cuando el Pleno en sesión del 12 marzo de 2008 designó a sus integrantes, de conformidad con el artículo 36° del Reglamento del Congreso (...)*

*Mediante Oficio N° 231-2007-2008-DDP-D/CR de fecha de recepción 31 de marzo de 2008, el Presidente del Congreso de la República comunica la designación de los congresistas integrantes de la Comisión Multipartidaria y dispone se proceda a su instalación y elección de la mesa directiva de la Comisión.»*

12.- No cabe duda, entonces, que al momento de aprobarse la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo, existió en el Congreso el **acuerdo político** para crear esta Comisión Multipartidaria que **realice una revisión previa de los decretos**. Por ello se hace referencia, incluso, a **que se trata de proyectos de decretos legislativos**, lo que reafirma, que se trataba de un **control previo a su promulgación y publicación por el Poder Ejecutivo**.

13.- La existencia y funcionamiento ulterior de esta Comisión Multipartidaria se corrobora con la referencia que hace el citado informe a que la sesión de instalación de la Comisión se realizó el 8 de abril del 2008; que sostuvo tres sesiones públicas y dos reuniones privadas de trabajo, con la presencia del Comité Interministerial de Implementación de Acuerdos Comerciales y Apoyo a la Competitividad Económica- CIIACE (creado por D.S. N° 012-2007-MINCETUR), el que está presidido por la Ministra de Comercio Exterior y Turismo y es la instancia encargada de impulsar iniciativas y proyectos para la mejora de la competitividad y la adecuada implementación interna y aprovechamiento de los acuerdos comerciales suscritos por el Perú. También

refiere haberse reunido con el Consejo Empresarial de Negociaciones Internacionales – CENI, entidad que agrupa a las 25 entidades gremiales más importantes de los sectores productivos, económicos y financieros.

14.- El informe señala también que la Comisión Multipartidaria solicitó reiteradamente al Poder Ejecutivo y la Ministra que se les haga entrega previa del texto de los decretos legislativos, para su adecuada revisión antes de que fueran publicados, en cumplimiento de lo acordado por el Pleno del Congreso. Y agrega que **luego el Ejecutivo se negó a realizar esta entrega**, por entender que gozaba de facultades delegadas para expedir directamente los decretos legislativos, limitándose a remitir fichas con información del decreto, donde se consignaba solo: el título del decreto legislativo, su objeto, un breve resumen y el impacto buscado. Al evaluar el comportamiento del Poder Ejecutivo respecto al dictado y control parlamentario de estos decretos, la **Comisión Multipartidaria del Congreso** señala en las reflexiones y consideraciones finales de su informe:

3. *Respecto a la naturaleza de esta “Comisión Multipartidaria encargada de la revisión previa de los proyectos de Decretos Legislativos”, es estrictamente política y partió por ende de un acuerdo político tomado durante la aprobación de la delegación de facultades; decisión que se enmarca en las relaciones de control y colaboración entre Poder Ejecutivo y Legislativo.*
4. *La delegación se efectuó en un marco de confianza compartida con el Poder Ejecutivo; la misma que se traduciría en la tarea conjunta que se ejercería mediante la participación de la Comisión Multipartidaria como su representante en tan importante labor legislativa.*
5. *Sin embargo, durante los 81 días en que trabajó la Comisión Multipartidaria, se produjeron los siguientes hechos:*

- a. *La negativa permanente del Poder Ejecutivo a entregar, en forma previa, los proyectos de decretos legislativos a ser emitidos.*
- b. *El Poder Ejecutivo se limitó a remitir, en la mayoría de los casos luego de la publicación de la norma legal en el diario oficial El Peruano, fichas resumen de los decretos legislativos.*
- c. *En más de dieciocho decretos legislativos, ni siquiera se remitieron fichas resumen.*
- d. *Las referidas “fichas” sólo constituyen un muy breve comentario de media página sobre algunas materias involucradas, sin informarse de los posibles efectos negativos o de los sectores o grupos afectados; lo que no permitía evaluar leyes de más de 200 artículos.*
- e. *La negativa a facilitar documentación ampliatoria o absolver preguntas expresas de los miembros de la Comisión Multipartidaria respecto a la situación de ciertas normas.*

*En más de los 50% de los casos la Comisión Multipartidaria ha tomado conocimiento de los Decretos Legislativos a través del Diario Oficial El Peruano.*

*Con esta actitud, el Poder Ejecutivo ha **incumplido el acuerdo político** a que llegó el Gobierno, a través del Presidente del Consejo de Ministros, al otorgarse la delegación de facultades.*

Como se puede apreciar, a propia confesión de parte, **la Comisión Multipartidaria conformada por el Congreso para la revisión y el control previo de los decretos legislativos a expedirse en aplicación de la Ley N° 29157, no pudo efectuar mayor control parlamentario de los mismos, a lo que contribuyó tanto la omisión en la ley de esta exigencia, a pesar de haber sido producto de un acuerdo político al aprobar la delegación, como la conducta del Ejecutivo poco interesado en someterse a dicho control.**

15.- Aquí se presenta un delicado **problema de interpretación** de los alcances de la delegación conferida por el Congreso en la Ley N° 29157. **De la revisión del texto de la ley, se observa que no aparece consignada referencia alguna a la existencia de la Comisión Multipartidaria ni a la exigencia de un control parlamentario previo de los decretos legislativos, antes de su expedición y publicación por el Poder Ejecutivo. Ello a pesar que también resulta claro que ese fue el acuerdo político adoptado en el Pleno del Congreso para aprobar la delegación, lo que dio lugar a la conformación y puesta en funcionamiento de la Comisión Multipartidaria, que sostuvo reuniones de trabajo con el Poder Ejecutivo.**

**¿A qué se debió la omisión de esta exigencia en el texto final de la Ley N° 29157? ¿Fue un problema de descuido o existió alguna maniobra política al momento de aprobar dicha ley? ¿Hay alguna responsabilidad del propio Congreso o de algunas instancias parlamentarias en este resultado?** Es un asunto que debería ser investigado y esclarecido por el propio Congreso

16.- Sin perjuicio de ello, **¿hasta qué punto era válida y compatible con la Constitución, o el Reglamento del Congreso, que se estableciera este control previo de los decretos legislativos, restringiendo el ejercicio de las facultades delegadas al Poder Ejecutivo?** Ya hemos indicado que la Constitución y el Reglamento del Congreso inducen a la interpretación de que la dación de cuenta implicaría la remisión al Congreso de los decretos legislativos expedidos, para su revisión y control posterior, es decir, cuando ya se publicaron y son ley. No obstante, ha existido en el pasado una práctica parlamentaria que, en varias oportunidades ha aprobado esta modalidad de delegación condicionada al control previo. **¿Siendo el Congreso el titular de la potestad legislativa, al haber establecido un acuerdo político para crear una Comisión Multipartidaria que realice la revisión previa de los decretos, no era esa una forma de convalidar esta forma y condicionamiento de la delegación? ¿Estaba obligado el Ejecutivo a**

**someterse a este procedimiento, a pesar que no aparece incluido en el texto de la ley de delegación?**

17.- Consideramos que **la falta de toda mención en la Ley N° 29157 a un procedimiento de control parlamentario previo a la expedición de los decretos legislativos, impediría afirmar que el incumplimiento de este trámite por el Poder Ejecutivo, y su no verificación efectiva por el Congreso, acarrearían una causal de nulidad o invalidez formal de los decretos legislativos dictados. En todo caso, el Congreso podría exigir la responsabilidad política del gabinete ministerial por el incumplimiento del acuerdo, solicitando su censura.**

### **3.- LOS DECRETOS LEGISLATIVOS EXPEDIDOS POR EL PODER EJECUTIVO EN USO DE LAS FACULTADES DELEGADAS POR EL CONGRESO EN LA LEY N° 29157**

1.- En los 180 días de duración de las facultades delegadas por el Congreso en la Ley N° 29157, comprendidos entre el 1° de enero y el 28 de junio del 2008, el Poder Ejecutivo **expidió 99 decretos legislativos** (ver **Anexo 1**). Sin embargo, **76 de ellos se dictaron y publicaron en el último mes**, es decir en junio, buena parte de ellos incluso durante las últimas semanas antes del vencimiento del término de la delegación.

2.- La delegación, como se indicó anteriormente, se **realizó sobre 8 materias específicas**, que comprenden también algunas submaterias, relacionadas con la implementación del TLC entre el Perú y los Estados Unidos y el apoyo a la competitividad económica para mejorar su aprovechamiento. La gran mayoría de los decretos legislativos invoca en su parte considerativa algunas o varias de estas materias. En función de ello, conforme se detalla en el **Anexo N° 2**, atendiendo a las materias invocadas por los decretos legislativos éstos pueden ser clasificados de la manera siguiente:

- a) Facilitación del comercio: 14 decretos legislativos.
  
- b) Mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado: 67 decretos legislativos.
  
- c) Mejora de la administración de justicia en materia comercial y contencioso administrativa: 2 decretos legislativos
  
- d) Promoción de la inversión privada: 32 decretos legislativos.
  
- e) Impulso a la innovación tecnológica, la mejora de la calidad y el desarrollo de capacidades: 11 decretos legislativos.
  
- f) Promoción del empleo y de las micro, pequeñas y medianas empresas: 6 decretos legislativos. 12 decretos legislativos.
  
- g) Fortalecimiento institucional de la gestión ambiental: 12 decretos legislativos.
  
- h) Mejora de la competitividad de la producción agropecuaria: 23 decretos legislativos.

3.- Destaca notoriamente la gran cantidad de decretos legislativos, dos tercios de ellos, que hacen referencia a las materias de **mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional, simplificación administrativa y modernización del Estado**. Puede así señalarse que, con estas normas, **se ha procedido a realizar una verdadera reforma del marco regulatorio en diversas actividades económicas así como de la estructura organizacional del Estado**, lo que ha supuesto: creación de un nuevo ministerio, modificación de la organización y funciones de varios ministerios, creación o modificación de competencias de organismos públicos, modificación del régimen regulatorio, etc.

4.- También debe mencionarse que **6 decretos legislativos no hacen referencia, en su parte considerativa, a ninguna de las materias incluidas en la delegación, aunque están referidos a aspectos que forman parte del TLC Perú – Estados Unidos.** De ellos, 4 invocan el capítulo 16 del Acuerdo, sobre propiedad industrial; 1 sobre fortalecimiento de la gestión forestal y 1 sobre protección de la propiedad intelectual.

#### **4.- EVALUACIÓN DEL USO E INTERPRETACIÓN DADO POR EL PDOER EJECUTIVO A LAS FACULTADES DELEGADAS RECIBIDAS**

1.- Si bien en el Art. 2.1 de la Ley N° 29157 se autorizó la delegación de facultades para que el Poder Ejecutivo legisle en 8 materias específicas, no puede olvidarse que en el Art. 2.2 de la propia ley se precisó expresamente que **«el contenido de los Decretos Legislativos se sujetará estrictamente a los compromisos del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos y de su Protocolo de Enmienda, y a las medidas necesarias para mejorar la competitividad económica para su aprovechamiento.»**

2.- Existía, entonces, una **necesaria e indisoluble articulación entre ambos numerales del artículo 2° de la Ley N° 29157, lo que implica que las materias específicas por las que se delegaba, aunque puedan tener un contenido enunciado en forma algo genérica, tenían que limitarse y circunscribirse a los marcos previstos en el TLC Perú – Estados Unidos, sea para facilitar su implementación y dar cumplimiento a sus acuerdos, como para mejorar la competitividad económica para aprovecharlo.**

3.- Una pauta indispensable a considerar **cuando se evalúan los alcances y el contenido de una delegación legislativa, es que debe predominar una interpretación restrictiva de las facultades conferidas, ya que se trata de una competencia original del Congreso que se concede excepcionalmente al Poder Ejecutivo.** No resulta así admisible que el uso de

esta habilitación exceda los términos razonables del contenido enunciado en la ley que concede el encargo.

Sin embargo, al analizar el conjunto de decretos legislativos dictados por el Poder Ejecutivo, en aplicación de las facultades delegadas por la Ley N° 29157, **puede constatarse sin mayor dificultad que ha predominado un uso extensivo y abusivo de los términos del contenido de la delegación**, que se expresa en situaciones como las siguientes:

- a) **Dictado de una gran cantidad de decretos legislativos que no se relacionan estrictamente con la facilitación y el cumplimiento del TLC con los Estados Unidos o con su aprovechamiento.**- No se ha respetado la indispensable articulación entre las materias específicas delegadas y el cumplimiento de acuerdos, facilitación de cumplimiento o mejora de competitividad económica para aprovechar el TLC Perú – Estados Unidos. Así, si bien **la mayoría de decretos legislativos hace referencia o coincide formalmente con las materias delegadas, realmente NO GUARDAN NINGUNA VINCULACIÓN CON EL REFERIDO TLC. Ya sea por referirse a aspectos no incluidos en el TLC; por suponer modificaciones o reforma de la organización estatal, sin vinculación mayor con el Acuerdo, o que la podrían tener en forma muy discutible.** Algunos de los casos mas notorios de esta desnaturalización de la delegación, son los siguientes:
  - **Decreto Legislativo 998**, referido a la calidad de la **formación docente**, que suspende la autorización de funcionamiento y de creación de Facultades o Escuelas de Educación y establece que la educación a distancia en formación docente, sólo se llevará a cabo con acreditación previa del Consejo de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad de la Educación Superior Universitaria.

- **Decreto Legislativo 996**, referido a recursos para la ***ejecución de programas sociales***.
- **Decreto Legislativo 999**, que modifica la **Ley de Aeronáutica Civil**.
- **Decreto Legislativo 1003**, que modifica la Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, para agilizar la tramitación de la ejecución realización de obras públicas.
- **Decreto Legislativo 1006**, que permite obtener recursos al Estado para compensaciones, autorizando a ***subastar las acreencias de las entidades del Estado***.
- **Decreto Legislativo 1008**, que modifica la **Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones**.
- **Decreto Legislativo 1009**, que dispone el **ordenamiento y venta de sedes institucionales de las entidades públicas del Poder Ejecutivo**.
- **Decreto Legislativo 1017**, que aprueba la nueva **Ley de Contrataciones del Estado**.
- **Decreto Legislativo 1018**, que crea la **Central de Compras Públicas – Perú Compras**, para centralizar las contrataciones y adquisiciones de entidades públicas.
- **Decreto Legislativo 1023**, que **crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil**, como órgano rector del sistema administrativo de gestión de recursos humanos.

- **Decreto Legislativo 1024**, que crea y regula el **Cuerpo de Gerentes Públicos**.
- **Decretos Legislativos 1027**, que modifica la **Ley General de Pesca** (respecto a la cancelación de permisos de pesca); y **1084**, que fija límites máximos de captura de anchoveta por embarcación. La actividad extractiva de pesca de anchoveta no forma parte del TLC.
- **Decreto Legislativo 1029**, que modifica la **Ley del Procedimiento Administrativo General**.
- **Decreto Legislativo 1031**, que promueve la **eficiencia de la actividad empresarial del Estado**.
- **Decreto Legislativo 1037**, Promueve la Inversión Privada en Proyectos de ***Construcción de Viviendas de Interés Social***.
- **Decreto Legislativo 1044**, Ley de **represión de la competencia desleal**.
- **Decreto Legislativo 1049**, que establece la **Ley del Notariado**.
- **Decreto Legislativo 1050**, que establece la **Ley General del Sistema Concursal**.
- **Decreto Legislativo 1051**, que modifica la **Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre**.
- **Decreto Legislativo 1057**, que establece un **Régimen Especial para la contratación administrativa de servicios en el Estado**.

- **Decreto Legislativo 1061**, que modifica la **Ley del Mercado de Valores**.
- **Decreto Legislativo 1065**, que modifica la **Ley General de residuos Sólidos**.
- **Decreto Legislativo 1066**, que aprueba el **otorgamiento de becas a estudiantes** de escasos recursos.
- **Decreto Legislativo 1067**, que modifica la **Ley del Proceso Contencioso Administrativo**.
- **Decreto Legislativo 1068**, Ley de **Defensa Jurídica del Estado**.
- **Decreto Legislativo 1070**, que modifica la **Ley de Conciliación**.
- **Decreto Legislativo 1088**, que crea el **Sistema y el Centro Nacional de Planeamiento estratégico**.

b) **Falta de referencia a la parte del TLC objeto de tratamiento en el decreto legislativo o necesidad y efectos que producirá en éste.**- La casi totalidad de decretos legislativos, en su parte considerativa, se limitan a referir como una mera fórmula genérica que la delegación está vinculada al TLC por la Ley N° 29157, y la materia o materias a que se refiere la norma específica, pero **sin consignar mención alguna**, en su parte considerativa, a **cuál es la relación que guarda el decreto con el TLC, o qué aspectos de éste está cumpliendo con facilitar o mejorar su aprovechamiento**.

Ello favorece que se hayan expedido una **gran cantidad de decretos legislativos de alcance general**, es decir, que regulan

el conjunto de la actividad o de un sector, a pesar que éste pueda no estar contenido en el TLC o que quienes quedan sujetos a la norma no tengan vinculación con el Convenio o la propia actividad comercial. **Paradójicamente, de los 6 decretos legislativos que no hacen mención alguna a las materias específicas delegadas en la Ley N° 29157, 4 de ellos si señalan expresamente el capítulo específico del TLC al que se relacionan, referido al capítulo 16 sobre propiedad industrial, y 1 a la protección de la propiedad intelectual.**

- c) **Regulación de Ministerios y creación o reforma de órganos y entidades que modifican la estructura del Poder Ejecutivo.-** Es sabido que la Constitución prohíbe la delegación de facultades legislativas en materias que se regulan por Ley Orgánica, lo que impide que estas materias se normen mediante decretos legislativos. Si bien el Poder Ejecutivo se encuentra normado por una Ley Orgánica, esta ley y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional **precisan que las leyes de organización y funciones de los Ministerios tienen carácter ordinario y no orgánico.**

**Aunque ello parecería habilitar genéricamente el dictado de decretos legislativos en este campo, NO ES ASÍ. Y es que la propia Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, señala expresamente, en su Art. 22.5, que la creación, fusión o disolución de Ministerios se aprueba por ley del Congreso, a propuesta del Poder Ejecutivo; lo mismo se establece para la aprobación de las leyes de organización y funciones de los distintos Ministerios (Primera Disposición Transitoria de la LOPE).**

De modo que el Poder Ejecutivo no puede efectuar directamente, mediante un decreto legislativo, la creación de un Ministerio ni aprobar o modificar la ley de organización y funciones de los ministerios, o crear nuevas entidades integrantes de los ministerios o del Poder Ejecutivo. Sin embargo, entre los decretos legislativos expedidos se encuentran:

- **Decreto Legislativo 997**, Ley de Organización y Funciones del **Ministerio de Agricultura**.
- **Decreto Legislativo 1013**, que aprueba la Ley de creación, organización y funciones del **Ministerio del Ambiente**.
- **Decreto Legislativo 1039**, que **modifica disposiciones del DL N° 1013**, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente.

d) **Otorgamiento de nuevas competencias a Gobiernos Regionales y Municipalidades**.- La Constitución establece que *«Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución...»* Los Gobiernos Regionales y las Municipalidades son entidades del Estado previstas en la Constitución, por lo que sus competencias o atribuciones están actualmente reguladas en normas como la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales o la Ley Orgánica de Municipalidades.

Pese a ello, diversos decretos legislativos han otorgado o regulado competencias y atribuciones de los Gobiernos Regionales y Municipalidades, infringiendo ámbitos sujetos a reserva de ley orgánica, que no pueden ser normados por el Poder Ejecutivo ni mediante decretos legislativos. Cabe así

señalar como ejemplo:

- **Decreto Legislativo 1040**, que modifica la Ley N° 27651, *Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y Minería Artesanal* y la Ley General de Minería, cuyo TUO fue aprobado mediante DS N° 014-92-EM.
  
- **Decreto Legislativo 1065**, que modifica la Ley de Residuos Sólidos, *incorporando competencias a los gobiernos regionales y a las municipalidades*.
  
- **Decreto Legislativo 1070**, que modifica la Ley de Conciliación y *establece nuevas funciones a las municipalidades y gobiernos regionales*.

## **5.- ANÁLISIS DE ALGUNOS DECRETOS LEGISLATIVOS ESPECÍFICOS**

### **5.1.- RÉGIMEN DE TIERRAS, PRODUCCIÓN AGROPECUARIA Y DERECHOS DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS**

- **Decreto Legislativo N° 994**: Promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola (publicado el 13-3-2008).
  - **Objetivo**: Establecer un régimen especial para promover la inversión privada en proyectos de irrigación de tierras eriazas de propiedad del Estado con aptitud agrícola, a fin de extender la frontera agrícola y elevar la competitividad de la producción agropecuaria.
  
  - **Materias invocadas**: Mejora del marco regulatorio y mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.

- **Referencia al TLC:** En la parte considerativa y normativa del decreto legislativo no se hace ninguna referencia a su vinculación específica con aspectos contenidos con el TLC o relacionados con su implementación o mejor aprovechamiento.
- **Aspectos más relevantes:**
  - Son tierras eriazas con aptitud agrícola las no explotadas por falta o exceso de agua.
  - Se excluyen las tierras eriazas de propiedad privada o comunal, con título inscrito en los Registros Públicos.
  - Excluye las tierras comprendidas o que constituyen: Áreas Naturales Protegidas; patrimonio arqueológico de la Nación; destinadas a defensa o seguridad nacional; pertenecientes a planes aprobadas de expansión urbana; forestales o con capacidad de uso mayor forestal; ribereñas del mar; cauces, riberas y franjas de ríos, arroyos y similares.
  - El titular del proyecto a quien se transfiera la propiedad de las tierras, podrá pagar al Estado en dinero, con entrega de tierras eriazas habilitadas, transferencia de infraestructura hidráulica construida, u otras formas señaladas por el reglamento.
  - El beneficiario deberá cumplir los compromisos de inversión; si transfiere al Estado tierras eriazas habilitadas, se comprometerá a brindar servicio de asistencia técnica en agricultura de riego e información agraria.
  - El Ministerio de Agricultura tramitará y evaluará los proyectos, para lo cual podrá constituir un Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada (CEPRI).

- En el numeral 7.2 se dispone que los Gobiernos Regionales y Locales tendrán a su cargo la conducción de los procesos de promoción de inversión privada de irrigación en sus ámbitos respectivos; pudiendo el Gobierno Nacional realizarlo conjuntamente con éstos.
- Inversionistas institucionalizados, incluyendo AFP y compañías de seguros, podrán invertir en estos proyectos.
- Se establece un procedimiento judicial especial y sumario para casos de invasión o usurpación de estas tierras.
- **Análisis:**
  - Las materias invocadas en la parte considerativa del decreto corresponden formalmente a las delegadas en la Ley N° 29157.
  - Es evidente que la captación de inversiones para realizar irrigaciones que amplíen la frontera agrícola, es una forma de mejorar la producción agraria, materia comprendida en la delegación de la Ley N° 29157. Asimismo, los productos agropecuarios forman parte importante del TLC con los Estados Unidos, por lo que **puede admitirse que la adopción de medidas que contribuyan a elevar la cantidad de tierras de aptitud agrícola redundará, de alguna manera, en el aumento de la producción agrícola y el mejor aprovechamiento del TLC.**
  - Esta articulación entre la materia y su incidencia con el aprovechamiento del TLC **permitiría considerar, en general, que el decreto se inscribe dentro de los términos de la delegación, resultando constitucional.**

- Podría **objetarse** de la norma que al contemplar la posibilidad de que el Ministerio de Agricultura constituya un CEPRI para la captación y regulación de la inversión privada en proyectos de irrigación, podría estar modificando la ley de organización y funciones del ministerio, lo que debe aprobarse mediante ley ordinaria del Congreso, a, propuesta del Poder Ejecutivo. Asimismo el encargo de algunas competencias específicas en este campo a los gobiernos regionales y municipales (artículo 7.2), lo que supone afectar lo establecido en sus respectivas leyes orgánicas y que, por ello, no puede efectuarse mediante un decreto legislativo ni ser objeto de delegación.

- **Decreto Legislativo N° 1007: Promueve la irrigación de tierras eriazas con aguas desalinizadas** (publicado el 3-5-2008).

- **Objetivo:** Promover el otorgamiento de tierras eriazas de libre disponibilidad del Estado con fines de irrigación, mediante la utilización de aguas desalinizadas, para ser destinadas a fines agrícolas y agroindustriales.
- **Materias invocadas:** Promoción de la inversión privada y mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.
- **Referencia al TLC:** En la parte considerativa y normativa del decreto legislativo no se hace ninguna referencia a su vinculación específica con aspectos contenidos con el TLC o relacionados con su implementación o mejor aprovechamiento.
- **Aspectos más relevantes:**
- Se establece el procedimiento a seguir por las personas naturales o jurídicas interesadas en presentar proyectos para adquirir tierras eriazas de la faja costera, para ser irrigadas mediante aguas

desalinizadas.

- Se debe presentar un Estudio de Factibilidad Técnico-Económico que debe ser revisado y aprobado por el Ministerio de Agricultura.
  - Se concederá derecho de uso de aguas marinas y adjudicación de la tierra a ser irrigada para fines agrícolas o industriales.
  - Se establecen las condiciones contractuales del contrato de compraventa.
  - El titular tendrá derecho a utilizar el agua que obtenga para sí o para su venta a terceros.
  - Lo dispuesto en el decreto legislativo N° 994 es de aplicación complementaria.
  - **Análisis:**
  - Las materias invocadas en la parte considerativa del decreto corresponden formalmente a las delegadas en la Ley N° 29157.
  - La ampliación de tierras con aptitud agrícola debe redundar en el incremento de la producción agropecuaria, lo que se encuentra comprendida en el TLC y es parte de la delegación.
  - **El decreto, tanto por razones de forma como de fondo, resultaría en general conforme a la Constitución y a la delegación conferida.**
- 
- **Decreto Legislativo N° 1015: 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**  
(publicado el 20-5-2008).

- **Objetivo:** Modificar el artículo 10° de la Ley N° 26505, Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en la tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas. Para este efecto fija la votación requerida en la asamblea de las comunidades campesinas y nativas para adoptar decisiones sobre la adquisición individual de la propiedad comunal o para realizar actos de disposición o gravamen sobre la propiedad comunal.
- **Materias invocadas:** Promoción de la inversión privada y mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.
- **Referencia al TLC:** En la parte considerativa y normativa del decreto legislativo no se hace ninguna referencia a su vinculación específica con aspectos contenidos con el TLC o relacionados con su implementación o mejor aprovechamiento.
- **Aspectos más relevantes:**
  - Los comuneros poseionarios podrán adquirir en propiedad la tierra comunal que poseen por más de un año, mediante acuerdo de la asamblea comunal adoptada con el voto favorable de no menos del cincuenta por ciento de comuneros poseionarios con más de un año.
  - Para la adquisición en propiedad por parte de miembros de la comunidad no poseionarios o de terceros, así como para gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre las tierras comunales (lo que incluye venta), 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.

- **Análisis:**

- Si bien las materias invocadas en el decreto corresponden formalmente con las señaladas en la delegación otorgada por la Ley N° 29157, no aparece en al parte considerativa o normativa del decreto ninguna referencia a su vinculación con la implementación o aprovechamiento del TLC.
- **Ni la delegación conferida ni el TLC, contienen ninguna disposición que pueda interpretarse como habilitante para la fijación o modificación del número de votos requeridos o de los procedimientos comunales para que se adopten decisiones sobre la adquisición individual de tierras de propiedad de las comunidades campesinas o nativas, o para realizar actos de disposición o gravamen sobre dichas tierras.**
- **Ello hace a este decreto inconstitucional por razones de forma, al no corresponder a los términos de la delegación conferida.**
- En cuanto a la **constitucionalidad por razones de fondo**, debe tenerse presente que la mientras la Constitución de 1979 establecía que las tierras de las comunidades campesinas y nativas eran inalienables, inembargables e imprescriptibles; la Constitución de 1993, en su Art. 89°, solo les confiere carácter imprescriptible, lo que habilitaría su eventual venta. Sin embargo, la tierra es un componente esencial de la vida, hábitat y supervivencia de las comunidades campesinas y nativas, por lo que la ley debe brindar especial protección a las tierras comunales.
- En este sentido, el decreto legislativo N° 1015, al modificar el artículo 10° de la Ley N° 26505, Ley de la inversión privada en el

desarrollo de las actividades económicas en la tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, **introduce un régimen menos protectorio de la conservación de las tierras comunales, al reducir el número de votos requeridos para que se apruebe el fraccionamiento o transferencia en propiedad individual la propiedad comunal a favor de comuneros poseionarios o de terceros no comuneros.** Debe tenerse presente que la Ley N° 26505 establecía un régimen diferenciado entre las comunidades campesinas de la costa respecto a las comunidades campesinas y nativas de sierra y selva (artículos 10° y 11°), exigiendo para estas últimas (en su Art. 11°) que los acuerdos para transferir la propiedad comunal a comuneros no poseionarios o terceros, así como para realizar actos de disposición, venta o gravamen de la tierra, requerían del voto favorable en asamblea de al menos dos tercios del total de comuneros. La nueva norma solo exige el voto favorable del 50% , pero no del conjunto de los comuneros sino de los presentes en la asamblea.

- Este decreto legislativo **incumple lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales**, instrumento ratificado por el Perú que puede considerarse como un tratado internacional sobre derechos humanos por lo que, en aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sus normas tendrían rango constitucional. En el **Art. 17.2 del Convenio 169**, se dispone expresamente que **«deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.»** Para el dictado de este decreto legislativo, **el gobierno no ha cumplido con realizar consulta alguna a las comunidades campesinas y nativas acerca de la modificación del régimen legal referido a la disposición de sus tierras o venta de éstas a terceros ajenos a la comunidad. Esta**

**vulneración de la norma del Convenio, haría también que el decreto legislativo sea inconstitucional.**

- Posteriormente, **el Decreto Legislativo N° 1073** ha modificado parcialmente lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1015, como veremos a continuación.
  
- **Decreto Legislativo N° 1073: 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 anteriormente por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1015** (publicado el 28-6-2008).
  - **Objetivo:** Asegurar que la adopción de los acuerdos relacionados con los actos descritos en dicho literal de la norma, respondan a la voluntad mayoritaria de los miembros de las comunidades campesinas y nativas.
  - **Materias invocadas:** Promoción de la inversión privada y mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.
  - **Referencia al TLC:** En la parte considerativa y normativa del decreto legislativo no se hace ninguna referencia a su vinculación específica con aspectos contenidos con el TLC o relacionados con su implementación o mejor aprovechamiento.
  - **Aspectos más relevantes:**
    - Para la adquisición en propiedad por parte de miembros de la comunidad no poseionarios 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 posesionarios con más de un año.

- **Análisis:**

- Si bien este decreto corrige en parte lo dispuesto previamente en el decreto legislativo N° 1015, al elevar al 50% el número de votos requeridos en la asamblea para aprobar la transferencia en propiedad individual de las tierras comunales a favor de comuneros no posesionarios y de terceros, así como para practicar actos de disposición y gravamen sobre dichas tierras, **sigue siendo pasible de formularle las mismas objeciones respecto a su constitucionalidad**, tanto por no corresponder a los términos de la delegación conferida por la Ley N° 28157, como por la vulneración del Art. 17.2 del Convenio 169 de la OIT.

- **Decreto Legislativo N° 1020: Promociona la organización de los productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural para el crédito agrario** (publicado el 10-6-2008).

- **Objetivo:** Establecer el marco normativo para promover la organización de los productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural con la finalidad de ampliar el acceso al crédito agrario.
- **Materias invocadas:** Mejora del marco regulatorio y mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.
- **Referencia al TLC:** En la parte considerativa y normativa del decreto legislativo no se hace ninguna referencia a su vinculación específica con aspectos contenidos con el TLC o relacionados con su implementación o mejor aprovechamiento.

- **Aspectos más relevantes:**
  
- Se define a la Entidad Asociativa Agraria, al Productor Agrario, al Pequeño Productor Agrario y a la Unidad Productiva Sostenible.
  
- Las Entidades Asociativas Agrarias se constituyen por la voluntad común de las partes, expresada en un contrato. Gozan de capacidad jurídica como personas jurídicas para efectos de celebrar contratos de financiamiento o de garantía con empresas del sector financiero.
  
- Se autoriza a los Gobiernos Regionales a constituir fideicomisos en entidades del sistema financiero nacional hasta por un monto de cinco millones de soles, con la finalidad de garantizar el financiamiento que reciban las Entidades Asociativas Agrarias y Productores Agrarios de sus respectivas circunscripciones.
  
- Se crea el Fondo de Apoyo a la Consolidación de la Propiedad Rural, con la finalidad de contribuir a la conformación de Unidades Productivas Sostenibles y dar crédito a los Pequeños Productores Agrarios.
  
- **Análisis:**
  
- Las materias invocadas en el decreto corresponden formalmente a las consideradas en la delegación conferida por la Ley N° 29157, aunque no aparece, ni en la parte considerativa ni en la normativa del decreto, ninguna referencia a su vinculación con el TLC.
  
- En general, puede admitirse que la promoción y regulación de organizaciones agrarias, para efectos de favorecer que sean receptoras de financiamiento, contribuirá al desarrollo de la producción agropecuaria, aspecto comprendido en la delegación y en el TLC. Ello abonaría a que **el decreto se inscriba dentro de los**

**términos de la delegación y a favor de su constitucionalidad.**

- Puede objetarse que **se imponga un mandato a los Gobiernos Regionales de constituir un fondo y fideicomiso, ya que ello afecta su autonomía política y económica, así como sus competencias**, asunto que se norma en la respectiva ley orgánica y no mediante un decreto legislativo.
  
- **Decreto Legislativo N° 1059: Aprueba la Ley General de Sanidad Agraria** (publicado el 28/06/2008).
  - **Objetivo:** Prevenir, controlar y erradicar las plagas y enfermedades en vegetales y animales, que representan riesgo para la vida, la salud de las personas y los animales y la preservación de los vegetales. Promocionar las condiciones sanitarias favorables para el desarrollo sostenido de la agroexportación, a fin de facilitar el acceso a los mercados de los productos agrarios nacionales. Regular la producción, comercialización, uso y disposición final de insumos agrarios, a fin de fomentar la competitividad de la agricultura nacional. Promover la aplicación del Manejo Integrado de Plagas para el aseguramiento de la producción agropecuaria nacional, según estándares de competitividad.
  
  - **Materias invocadas:** Mejora del marco regulatorio y mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.
  
  - **Referencia al TLC:** En la parte considerativa y normativa del decreto legislativo no se hace ninguna referencia a su vinculación específica con aspectos contenidos con el TLC o relacionados con su implementación o mejor aprovechamiento.
  
  - **Aspectos más relevantes:**

- Establece que la autoridad nacional en sanidad agraria es el Servicio Nacional de Sanidad Agraria (SENASA) del Ministerio de Agricultura, que es responsable de promover y participar en la armonización y equivalencia internacional de normas y medidas sanitarias y fitosanitarias. Regulará la movilización de plantas, productos vegetales, animales, productos de origen animal y otros productos reglamentados, cuando constituya riesgo.
- El SENASA declara los estados de alerta o emergencia fito y zoonosanitaria, declara Zona Libre o de Baja Prevalencia de plagas y enfermedades, establece las medidas y campañas fito y zoonosanitarias, y realiza la certificación para las exportaciones.
- El SENASA establece y conduce el control, registro y fiscalización de los insumos agrarios. Conoce sobre las infracciones a la presente norma y establece las sanciones.
- **Análisis:**
- Las materias invocadas en el decreto legislativo corresponden a las señaladas en la ley de delegación. Si bien no se hace ninguna referencia a la vinculación y efecto de la norma con el TLC, es evidente que éste comprende la exportación de productos agrarios y que los temas vinculados al control de su sanidad no solo se encuentran contemplados en el Acuerdo Comercial con los Estados Unidos, sino que son fundamentales para el mejor aprovechamiento del TLC. Por ello **cabría sostener que el decreto se enmarca dentro de los términos de la delegación y de la Constitución.**
- Podría objetarse que al regular las competencias del SENASA, se está **modificando la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura**, asunto que, como ya hemos indicado

anteriormente, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo exige que sea aprobado por una ley del Congreso, a propuesta del Poder Ejecutivo.

- **Decreto Legislativo N° 1060: Regula el Sistema Nacional de Innovación Agraria** (publicado el 28-6-2008).

- **Objetivo:** Promover el desarrollo de la investigación y tecnología, la innovación y la transferencia tecnológica en materia agraria, con la finalidad de impulsar la modernización y la competitividad del sector agrario.
- **Materias invocadas:** Mejora del marco regulatorio y mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.
- **Referencia al TLC:** En la parte considerativa y normativa del decreto legislativo no se hace ninguna referencia a su vinculación específica con aspectos contenidos con el TLC o relacionados con su implementación o mejor aprovechamiento.
- **Aspectos más relevantes:**
  - El Sistema Nacional de Innovación Agraria está conformado por el conjunto de instituciones, principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales el Estado promueve y desarrolla las actividades de investigación, capacitación y transferencia de tecnología en materia agraria.
  - El Sistema Nacional de Innovación Agraria lo integran: El Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el Instituto Nacional de Innovación Agraria – INIA; el Servicio Nacional de Sanidad Agraria – SENASA;. las instancias de los Gobiernos Regionales y de los Gobiernos Locales dedicadas a las actividades de investigación,

capacitación y transferencia de tecnología en materia agraria en sus respectivas jurisdicciones; las universidades públicas y privadas que desarrollen actividades de investigación y capacitación agraria; las empresas privadas dedicadas a actividades agropecuarias, agroindustriales, de producción de semillas, desarrollo de genética animal y biotecnología, empresas de procesamiento y de comercialización de insumos y productos agropecuarios; las organizaciones de productores agrarios; las personas jurídicas relacionadas con la investigación y capacitación agraria; el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Industrial - INDECOPI para la protección y difusión de los derechos intelectuales en materia agraria.

- El Instituto Nacional de Innovación Agraria (INIA) es la autoridad nacional en innovación tecnológica agraria y es el ente rector del Sistema Nacional de Innovación Agraria.
- El INIA elaborará y mantendrá actualizado un inventario que incluya las investigaciones ejecutadas, en ejecución y el ámbito de acción de las diferentes instituciones que llevan a cabo actividades de investigación y transferencia de tecnología agraria.
- Se crea la Comisión Nacional para la Innovación y Capacitación en el Agro, con el propósito de apoyar las actividades de investigación, innovación, capacitación y transferencia de tecnología en materia agraria en el país. Se establecen sus funciones, conformación, y su condición de Comisión Multisectorial adscrita al Ministerio de Agricultura.
- El Instituto Nacional de Innovación Agraria – INIA podrá transferir, a título oneroso, los predios rústicos de su propiedad con el propósito de destinar los recursos que se obtengan a fines de investigación, capacitación y transferencia de tecnología en materia agraria, así

- Deroga la Ley 28987 - Ley que restablece la denominación del Instituto Nacional de Investigación Agraria - INIA y precisa sus funciones y el artículo 1º de la Ley 28573 - Ley que declara la intangibilidad de los predios rústicos del Instituto Nacional de Investigación y Extensión Agraria - INIEA.
  
- **Análisis:**
  
- Las materias invocadas en el decreto legislativo corresponden formalmente a las delegadas por la ley N° 29157, aunque no se hace ninguna vinculación de la norma con la implementación o aprovechamiento del TLC.
  
- La ley Orgánica del Poder Ejecutivo dispone que los Sistemas Nacionales y Comisiones Multisectoriales pueden ser creados pro el Ejecutivo mediante decretos supremos y resoluciones supremas. Siendo el decreto legislativo una norma con rango de ley y consiguiente mayor jerarquía, podría admitirse su utilización para este propósito. Sin embargo, **a pesar de la importancia de la labor de las entidades públicas que se establecen en este decreto legislativo, puede cuestionarse que se modifique la estructura del Estado y del Poder Ejecutivo sin mediar una delegación expresa para este efecto, o que la medida pretenda justificarse en relación a la implementación o aprovechamiento del TLC.** Consideramos por ello que **la norma excedería los términos de la delegación y vulneraría, por razones de forma, la Constitución.**
  
- **Decreto Legislativo N° 1064: Aprueba el régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario (publicado el 28-6-2008).**

- **Objetivo:** Establecer el marco normativo sistematizado en materia de tierras de uso agrario con el fin de garantizar la seguridad jurídica sobre éstas.
- **Materias invocadas:** Mejora del marco regulatorio y mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.
- **Referencia al TLC:** En la parte considerativa y normativa del decreto legislativo no se hace ninguna referencia a su vinculación específica con aspectos contenidos con el TLC o relacionados con su implementación o mejor aprovechamiento.
- **Aspectos más relevantes:**
  - El Estado garantiza el libre acceso a la propiedad de las tierras y el derecho de propiedad sobre la tierra en todas sus modalidades.
  - Se define el concepto de tierras de uso agrario, de las tierras eriazas con aptitud de uso agrario, su capacidad de uso, y sobre el abandono.
  - El Estado garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra en todas sus modalidades. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. El derecho de propiedad agraria es inviolable.
  - 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.
  - Regula sobre los predios rurales comunales de las comunidades campesinas y comunidades nativas; y se establecen las excepciones.

- 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 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 Organismo de Formalización de la Propiedad Informal - COFOPRI, en su condición de entidad competente para ejecutar las acciones de formalización y titulación de la propiedad rural, proporcionará la información generada producto del levantamiento catastral a su cargo que le requiera el Ministerio de Agricultura.
- Las tierras eriazas con aptitud agrícola son de dominio del Estado, salvo aquéllas sobre las que exista título de propiedad privada o comunal.
- Se deroga la Ley N° 26505, a excepción de su Art. 10°, modificado por el decreto legislativo N° 1015.
- **Análisis:**
- Las materias invocadas en el decreto corresponden a los términos de la delegación, aunque no se hace ninguna referencia a su vinculación con la implementación o aprovechamiento del TLC.
- Podría afirmarse que la definición del régimen jurídico aplicable a los distintos tipos de tierras de uso agrario, así como el impulso a su formalización legal y titulación, deben contribuir a la mejora de la producción agraria, lo que puede redundar en el mejor aprovechamiento del TLC y **haría que quepa considerar que el decreto se inscribe dentro del marco de la delegación legislativa.**

- Pero este decreto **adolece de un vicio que afecta su validez y lo torna inconstitucional por razones de forma.** Y es que la derogación que realiza de la Ley N° 26505 viola lo dispuesto expresamente en la Tercera Disposición Final de dicha ley que señala que: *«La presente Ley se aprueba por mayoría calificada de acuerdo con lo previsto en el Artículo 106° de la Constitución Política del Perú y su modificación o derogación se efectuará a través de otra norma legal expedida por el Congreso cumpliendo la misma formalidad.»* (el subrayado es nuestro). De este modo, **un decreto legislativo no podía realizar esta derogación, ya que incumpliría el mandato previsto en la propia ley que se deroga en cuanto a exigencia de una mayoría calificada para modificarla o derogarla.**
  
- También es grave que **con esta derogación se deja sin efecto el artículo 7° de la Ley N° 26505,** que señalaba la obligatoriedad para el titular de un derecho minero de contar con un acuerdo con el propietario de la tierra, como requisito para poder realizar cualquier actividad en ella.
  
- **Decreto Legislativo N° 1082:** Crea el Sistema Integrado de Estadística Agraria, conformante del Sistema Estadístico Nacional (publicado el 28-6-2008).
  - **Objetivo:** Establecer un marco jurídico aplicable al tratamiento y gestión de la información en sus diferentes etapas: recolección, procesamiento y difusión, para que responda a las necesidades de la nueva política agraria promovida por el sector. Dotar al Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) para que pueda efectuar acciones de investigación y sanción del incumplimiento de requerimientos efectuados a diversas entidades conforantes del

Sistema Estadístico Nacional (SEN), ante requerimientos formulados por el Ministerio de Agricultura.

- **Materias invocadas:** Mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.
- **Referencia al TLC:** En la parte considerativa y normativa del decreto legislativo no se hace ninguna referencia a su vinculación específica con aspectos contenidos con el TLC o relacionados con su implementación o mejor aprovechamiento.
- **Aspectos más relevantes:**
  - Se crea el Sistema Integrado de Estadística Agraria (SIEA), que estará conformado por los órganos del MINAG, los organismos adscritos al sector agrario, los Gobiernos Regionales y Locales, así como sus diferentes dependencias en la materia. Se señala que formará parte del Sistema Estadístico Nacional (SEN), cuyo órgano rector es el INEI.
  - El Ministerio de Agricultura dirige, consolida y coordina, a nivel nacional, con las diferentes entidades conformantes del Sistema Integrado de Estadística Agraria (SIEA), la recopilación, acopio de la información estadística agraria que éstas produzcan.
  - Las entidades que conforman el SIEA quedan obligadas, bajo responsabilidad, a proporcionar la información que el MINAG les requiera, en términos de calidad, cantidad y oportunidad. La obligatoriedad se extiende a las personas naturales o jurídicas que se encuentran en el país que, por el desarrollo de sus actividades, produzcan información estadística agraria.

- El MINAG comunicará al INEI, cualquier incumplimiento de entrega de información estadística agraria para que aplique las sanciones correspondientes.
- El SIEA podrá hacer uso de las modernas técnicas y herramientas disponibles, tales como medios satelitales y redes de comunicación, para la recolección y difusión de información.
- **Análisis:**
  - Las materias invocadas en el decreto corresponden formalmente a los términos de la delegación, aunque no se hace ninguna referencia a su vinculación o efecto con la implementación o aprovechamiento del TLC.
  - Sin embargo, el decreto crea organismos y confiere competencias que modifican la **Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura**, asunto que la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, como ya hemos indicado, somete a aprobación por ley del Congreso, a propuesta del Poder Ejecutivo. Ello haría que el decreto exceda los términos de la delegación, **haciéndolo inconstitucional por razones de forma.**
- **Decreto Legislativo N° 1089: Establece el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales** (publicado el 28-6-2008).
  - **Objetivo:** Se declara de interés público nacional la formalización y titulación de predios rústicos y tierras eriazas habilitadas, a nivel nacional, por un período de 4 años contados a partir de la vigencia del presente Decreto Legislativo.

- **Materias invocadas:** Mejora del marco regulatorio, promoción de la inversión privada y mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.
- **Referencia al TLC:** En la parte considerativa y normativa del decreto legislativo no se hace ninguna referencia a su vinculación específica con aspectos contenidos con el TLC o relacionados con su implementación o mejor aprovechamiento.
- **Aspectos más relevantes:**
  - Se crea un Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de predios rústicos y tierras eriazas habilitadas, a nivel nacional, por un periodo de cuatro años.
  - Se establece que el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) asumirá de manera temporal y excepcional estas competencias.
  - Los poseedores de tierras eriazas de propiedad del Estado que hayan habilitado y destinado íntegramente las mismas a alguna actividad agropecuaria con anterioridad al 31 de diciembre del 2004, cuya posesión sea directa, continua, pacífica y pública, podrán solicitar al COFOPRI la regularización de su situación jurídica, mediante el procedimiento de adjudicación directa, previo pago del valor del terreno.
  - Los títulos de propiedad y otros instrumentos de formalización, serán aprobados por el COFOPRI y tendrán mérito suficiente para su inscripción en el Registro de Predios.
- **Análisis:**

- Las materias invocadas en el decreto corresponden formalmente a las contenidas en la ley de delegación N° 29157. Si bien no hay ninguna referencia en la parte considerativa o normativa del decreto a su vinculación con la implementación o aprovechamiento del TLC, podría considerarse que la formalización y titulación de los predios rústicos y tierras eriazas es importante para acceder al crédito y mejorar la producción agraria, lo que permitirá un mejor aprovechamiento del TLC mediante tales productos. Por ello, el decreto se adecuaría a los términos de la delegación y resultaría compatible con la Constitución.

## 5.2.- MEDIO AMBIENTE Y GESTIÓN AMBIENTAL

### - **Decreto Legislativo N° 1013: Aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente** (publicado el 14-5-2008).

- **Objetivo:** Crear el Ministerio del Ambiente, establece su ámbito de competencia sectorial y regula su estructura de organización y funciones. Su finalidad es la conservación del ambiente, de modo tal que se propicie y asegure el uso sostenible, responsable, racional y ético de los recursos naturales y del medio que los sustenta; que permita contribuir al desarrollo integral social, económico y cultural de la persona humana, en permanente armonía a su entorno, y así asegurar a las presentes y futuras generaciones el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida.
- **Materias invocadas:** Fortalecimiento institucional de la gestión ambiental.
- **Referencia al TLC:** En la parte considerativa y normativa del decreto legislativo no se hace ninguna referencia a su vinculación específica con aspectos contenidos con el TLC o relacionados con su

implementación o mejor aprovechamiento.

- **Aspectos más relevantes:**

- Es el organismo del Poder Ejecutivo rector del sector ambiental, que desarrolla, dirige, supervisa y ejecuta la política nacional del ambiente.
  - El sector ambiental comprende el Sistema Nacional de Gestión Ambiental como sistema funcional, el que integra al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, al Sistema Nacional de Información Ambiental y al Sistema Nacional de Áreas Naturales protegidas por el Estado.
  - Se crea el Viceministerio de Desarrollo Estratégico de los Recursos Naturales y el Viceministerio de Gestión Ambiental.
  - Se adscribe a este Ministerio el Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología del Perú (SENAMHI) y el Instituto Geofísico del Perú IGP).
  - Se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) y el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado.
  - Se fusiona el Consejo Nacional del Ambiente (CONAM) y la Intendencia de Áreas Naturales Protegidas del INRENA.
- **Análisis:**
- La materia invocada en el decreto, fortalecimiento institucional de la gestión ambiental, corresponde formalmente a los términos de la delegación conferida por la Ley N° 29157. Si bien en el TLC existe un amplio tratamiento de aspectos ambientales y compromisos en este

campo, no aparece en el decreto ninguna referencia a éste para justificar la creación del nuevo Ministerio.

- Aunque pudiera justificarse la creación de un Ministerio del Ambiente, para una mejor gestión y control ambiental, ello supone la modificación de la estructura del Poder Ejecutivo, lo que no puede justificarse a partir de la delegación conferida por la Ley N° 29157 o del TLC con los Estados Unidos.
  - **La Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, dispone expresamente, en su Art. 22.5, que la creación, fusión o disolución de Ministerios es aprobado por ley del Congreso, a propuesta del Poder Ejecutivo. Por tanto, no cabe que el Ejecutivo, mediante un decreto legislativo, norme esta materia directamente ni cabe su delegación; menos aún, utilizar una delegación sin esta autorización específica, para hacerlo. Una exigencia similar se establece para las leyes de organización y funciones de los ministerios, en la Primera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.**
  - **La creación del Ministerio del Ambiente modifica la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, en tanto que ésta enumera los distintos ministerios.** Ello no puede hacerse mediante un decreto legislativo, ya que éste no puede aprobar ni reformar materias normadas por una ley orgánica.
  - Por estas consideraciones, **el decreto excede los términos de la delegación y resulta inconstitucional por razones de forma.**
- **Decreto Legislativo N° 1042: Modifica y adiciona diversos artículos a la Ley N° 28271, Ley que regula los pasivos ambientales de la actividad minera (publicado el 26-6-2008).**

- **Objetivo:** Posibilitar una mayor variedad de modalidades de participación de terceros en la remediación de pasivos ambientales, establecer incentivos para su identificación.
- **Materias invocadas:** Fortalecimiento institucional de la gestión ambiental.
- **Referencia al TLC:** En la parte considerativa y normativa del decreto legislativo no se hace ninguna referencia a su vinculación específica con aspectos contenidos con el TLC o relacionados con su implementación o mejor aprovechamiento.
- **Aspectos más relevantes:**
  - Los responsables de un pasivo ambiental podrán reutilizar (integrar a sus actuales operaciones) o reaprovechar (extraer los minerales de valor que contengan) los pasivos ambientales mineros que generaron, como alternativas a la obligación de cierre.
  - Se establece una mayor flexibilidad en las modalidades de financiamiento de los pasivos ambientales, permitiendo acuerdos entre el MINEM y terceros, que tengan por objetivo principal el cierre de los pasivos ambientales.
  - Se permite la reutilización y el reaprovechamiento de los pasivos ambientales mineros por el concesionario minero en cuya concesión se encuentren ubicados, a fin de promover que se haga responsable de las medidas de manejo ambiental, mitigación, remediación y cierre, a la vez que utiliza el pasivo ambiental para su propio beneficio.

- El titular de actividad minera que reutilice o reaproveche el pasivo ambiental no podrá exigir la devolución de los gastos incurridos en su cierre al responsable originario del pasivo ambiental.
- Los generadores del pasivo ambiental minero no se liberarán de su responsabilidad, en tanto el titular de actividad minera que reutilice o reaproveche el pasivo ambiental no haya concluido la etapa de post-cierre.
- El MINEM podrá promover la remediación voluntaria de cualquier pasivo ambiental, extendiendo la posibilidad que se emplee modalidades de promoción adicionales a las de “manejo y control” de pasivos ambientales mineros.
- El gasto en que los titulares mineros incurran para efectos de remediar pasivos ambientales mineros de los que no resulten responsables, podrá ser aplicado para el cumplimiento de la obligación de trabajo que permite el mantenimiento de la concesión minera.
- Se permitirá, excepcionalmente, el uso alternativo de los pasivos ambientales, excluyéndolos de la obligación de cierre, siempre que sea solicitado a la Dirección General de Minería por el gobierno local en el que se encuentren ubicados, siempre que el uso o mantenimiento de dichos pasivos no representen un riesgo para la salud humana o para el ambiente.
- **Análisis:**
- La materia invocada en el decreto, mejora de la gestión ambiental, se encuentra comprendida en la ley de delegación. Si de bien en la parte considerativa y normativa del decreto legislativo no se hace referencia a su vinculación con el TLC, **dicho Acuerdo Comercial**

**tiene todo un Capítulo, Anexos y un Convenio de Cooperación Ambiental, por lo que estos asuntos se encuentran relacionados con la implementación del TLC.**

- Dada la incidencia de los pasivos ambientales que genera la actividad minera, su remediación y el incentivo a nuevas formas para su manejo resulta positiva y puede considerarse dentro de los alcances de la delegación y de la implementación del TLC, lo que determinaría la **adecuación constitucional del decreto legislativo.**
  
- **Decreto Legislativo N° 1055: Modifica la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente** (publicado el 27-6-2008).
  - **Objetivo:** Complementa la Ley General del Ambiente a fin de que incorpore los mecanismos de transparencia, participación ciudadana y las sanciones aplicables al incumplimiento de las obligaciones contenidas en ella.
  
  - **Materias invocadas:** Mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional, simplificación administrativa, modernización del Estado y fortalecimiento institucional de la gestión ambiental.
  
  - **Referencia al TLC:** En la parte considerativa y normativa del decreto legislativo no se hace ninguna referencia a su vinculación específica con aspectos contenidos con el TLC o relacionados con su implementación o mejor aprovechamiento.
  
  - **Aspectos más relevantes:**
    - Define al Límite Máximo Permisible (LMP) como la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una

emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Su determinación corresponde al Ministerio del Ambiente. Su cumplimiento es exigible legalmente por dicho Ministerio y los organismos que conforman el Sistema Nacional de Gestión Ambiental.

- Establece las obligaciones en materia de acceso a la información ambiental de las entidades públicas con competencias ambientales y las personas jurídicas que presten servicios públicos, conforme a lo señalado en el acápite precedente.
  
- Señala que toda persona tiene derecho a conocer el estado de las denuncias que presente ante cualquier entidad pública respecto de infracciones a la normatividad ambiental, sanciones y reparaciones ambientales, riesgos o daños al ambiente y sus demás componentes, en especial aquellos vinculados a daños o riesgos a la salud de personas. Asimismo que las entidades públicas deben establecer en sus ROF, TUPAs u otros documentos de gestión, los procedimientos para la atención de las citadas denuncias y sus formas de comunicación al público. Las entidades deberán enviar anualmente un listado con las denuncias recibidas y soluciones alcanzadas, con la finalidad de poder hacer pública esta información a la población a través del SINIA.
  
- Se señalan los criterios a seguir en los procedimientos de participación ciudadana, precisando que cuando se realicen consultas públicas u otras formas de participación ciudadana, el sector correspondiente debe publicar los acuerdos, observaciones y recomendaciones en su portal institucional. Si las observaciones o recomendaciones que sean formuladas como consecuencia de los mecanismos de participación ciudadana que no son tomadas en cuenta, el sector correspondiente deberá fundamentar por escrito las razones para ello.

- Finalmente se señala que el Ministerio del Ambiente supervisará el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley General del Ambiente referido a los procesos en los que se promueven mecanismos de participación ciudadana.
- **Análisis:**
- Las materias invocadas en el decreto legislativo corresponden formalmente a las establecidas en la ley de delegación. Sin embargo, ni en la parte considerativa o normativa del decreto se establece alguna referencia en cuanto a su incidencia en la implementación o aprovechamiento del TLC.
- No obstante, el TLC y su Enmienda contienen un amplio tratamiento del tema de la gestión y supervisión ambiental (un Capítulo específico, anexos y un Convenio de Cooperación Ambiental), así como aspectos referidos a la transparencia. Por ello **puede considerarse que el decreto legislativo se enmarcaría en los términos de la delegación conferida otorgada en la Ley N° 29157 y en la Constitución.**
- **Decreto Legislativo N° 1078: Modifica la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental** (publicado el 28/06/2008).
- **Objetivo:** Adecuar las funciones del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), conforme a las directivas del Ministerio del Ambiente (MINAM). Modifica los artículos 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 10°, 11°, 12°, 15°, 16°, 17° y 18° de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.
- **Materias invocadas:** Mejora del marco regulatorio, fortalecimiento

institucional, simplificación administrativa, modernización del Estado y fortalecimiento institucional de la gestión ambiental.

- **Referencia al TLC:** En la parte considerativa y normativa del decreto legislativo no se hace ninguna referencia a su vinculación específica con aspectos contenidos con el TLC o relacionados con su implementación o mejor aprovechamiento.
  
- **Aspectos más relevantes:**
  - Comprenden en el ámbito de aplicación de la Ley, las políticas, planes y programas de nivel nacional, regional y local que puedan originar implicaciones ambientales significativas; así como los proyectos de inversión pública, privada o de capital mixto, que impliquen actividades, construcciones, obras, y otras actividades comerciales y de servicios que puedan causar impacto ambientales negativos significativos.
  
  - No podrá iniciarse la ejecución de proyectos ni actividades de servicios y comercio y ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitirles, concederlas o habilitarlas, si no cuentan previamente con la certificación ambiental contenida en la Resolución expedida por la respectiva autoridad competente.
  
  - El procedimiento para la certificación ambiental constará de las etapas siguientes: Presentación de la solicitud; clasificación de la acción; evaluación del instrumento de gestión ambiental; resolución; y, seguimiento y control.
  
  - El MINAM, a través del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, es responsable del seguimiento y supervisión de

la implementación de las medidas establecidas en la evaluación ambiental estratégica.

- Serán consideradas como autoridades competentes de administración y ejecución, el Ministerio del Ambiente, las autoridades sectoriales nacionales, las autoridades regionales y las autoridades locales.
- Corresponda al MINAM las funciones establecidas en el artículo 17 de la ley y su reglamento; y a las autoridades sectoriales, emitir la certificación ambiental de los proyectos o actividades de alcance nacional o multiregional, en el ámbito de sus respectivas competencias.
- Corresponde a las autoridades regionales y locales, emitir la certificación ambiental de los proyectos que dentro del marco del proceso de descentralización resulten de su competencia.
- **Análisis:**
- Las materias invocadas en el decreto corresponden formalmente a las contempladas en la delegación. El TLC, en su Capítulo 18, la Enmienda y el Convenio de Cooperación se ocupan ampliamente del tema ambiental y su regulación. En este sentido, el decreto se enmarcaría dentro de los términos de la delegación, pues los estudios de impacto ambiental son parte de la implementación y aprovechamiento del TLC.
- Lo que debe tenerse presente es que el TLC y su Enmienda (Art. 18.1) establece el compromiso de las partes de adoptar o mejorar sus leyes y políticas ambientales para mantener el adecuado nivel de protección ambiental y esforzarse para elevarlo. En consecuencia, habrá que determinar si este decreto cumple esta obligación o rebaja

los actuales niveles de exigencia ambiental y los estándares sobre la materia.

### 5.3.- ACTIVIDAD MINERA

- **Decreto Legislativo N° 1010: Sustituye artículos del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería** (publicado el 9-5-2008).

- **Objetivo:** Sustituir los artículos 25°, 38°, 40°, 41° y 59° del TUO de la Ley General de Minería.
- **Materias invocadas:** Promoción de la inversión privada.
- **Referencia al TLC:** En la parte considerativa y normativa del decreto legislativo no se hace ninguna referencia a su vinculación específica con aspectos contenidos con el TLC o relacionados con su implementación o mejor aprovechamiento.
- **Aspectos más relevantes:**
  - El Ministerio de Energía y Minas (MINEM) podrá autorizar áreas de no admisión de petitorios al Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (INGEMMET), por plazos de 5 años, para que realice trabajos de prospección minera regional.
  - Cada una de estas áreas no podrá comprender más de 300,000 hectáreas.
  - Se establece la obligación de trabajar la concesión minera y se fija el mínimo de producción anual para distintos tipos de explotación minera.

- La producción deberá iniciarse antes del vencimiento del séptimo año de recibido el título de la concesión. De no hacerlo, desde el octavo año se pagará una penalidad. Si el incumplimiento prosigue hasta el decimotercer año, la concesión minera caducará.
- Las normas del decreto no serán de aplicación a las concesiones mineras otorgadas en programas de promoción de la inversión privada, que se registrarán por sus contratos, ni a las que gozan de convenios de estabilidad y garantías..
- **Análisis:**
  - La materia invocada, promoción de la inversión privada, forma parte de la delegación conferida por la Ley N° 29157.
  - Sin embargo, no se señala ni se aprecia cuál es la vinculación de las modificaciones efectuadas en la Ley General de Minería con el TLC, sea respecto de su implementación o aprovechamiento. Por ello **consideramos que el decreto excede los términos de la delegación y resulta inconstitucional por razones de forma.**
  - Este decreto sufrió modificaciones en el decreto legislativo N° 1054, que analizamos a continuación.
- **Decreto Legislativo N° 1054: Modifica artículos del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM** (publicado el 27-6-2008).
  - **Objetivo:** Modifica el Decreto Legislativo N° 1010, que, a su vez, había modificado los artículos 38°, 40° y 41° de la Ley General de Minería, extendiendo el plazo para realizar las actividades de exploración y determinación de factibilidad de los proyectos mineros,

así como para que proceda la caducidad de la concesión.

- **Materias invocadas:** Promoción de la inversión privada.
  
- **Referencia al TLC:** En la parte considerativa y normativa del decreto legislativo no se hace ninguna referencia a su vinculación específica con aspectos contenidos con el TLC o relacionados con su implementación o mejor aprovechamiento.
  
- **Aspectos más relevantes:**
  - La producción mínima anual deberá obtenerse no más tarde del vencimiento del décimo año, computado a partir del año siguiente en que se hubiera otorgado el título de concesión.
  
  - Si no se cumple con lo señalado en el artículo 38º, referido a la producción mínima y a su plazo de obtención, a partir del primer semestre del undécimo año computado desde el siguiente en que se hubiera otorgado el título, el concesionario deberá pagar una penalidad del 10% de la producción mínima anual exigible por año y por hectárea, hasta el año en que cumpla con la misma. En caso el incumplimiento continuara hasta el vencimiento del 15º año de otorgada la concesión, se declarará su caducidad.
  
  - Se establece que el concesionario no incurre en causal de caducidad, al vencimiento del 15º año mencionado y hasta por un plazo máximo de 5 años no prorrogable, si el incumplimiento se debe a caso fortuito o fuerza mayor o algún hecho no imputable al titular de la actividad minera.
  
  - El concesionario podrá eximirse de la caducidad, dentro del plazo señalado en el numeral anterior, pagando la penalidad y acreditando

inversiones equivalentes a no menos 10 veces el monto de la penalidad correspondiente.

- Si el incumplimiento continuara hasta el vencimiento del 20º año computado a partir del año siguiente en que se otorgó la concesión, se declarará indefectiblemente su caducidad.
  
- **Análisis:**
  
- Si bien la materia invocada por el decreto legislativo, promoción de la inversión privada, corresponde formalmente con las otorgadas en la ley de delegación, ni la parte considerativa ni la normativas del decreto contienen ninguna especificación sobre su vinculación con la implementación o aprovechamiento del TLC. Ello lo hace **exceder los términos de la delegación e inconstitucional por razones de forma.**
  
- En cuanto a su **contenido, esta norma modifica y extiende los plazos fijados en el decreto legislativo N° 1010** para que el titular de la concesión minera realice la exploración y alcance la producción mínima anual exigida, que pasa de 7 a 10 años. Asimismo, el plazo de caducidad de la concesión por la continuidad de esta deficiencia, se extiende de 13 años a 20. **Como se puede apreciar, la norma es desfavorable pues extiende los plazos de tolerancia para la falta de explotación o la explotación ineficiente de la concesión minera, así como para que opera la caducidad de la concesión.**
  
- **Decreto Legislativo N° 1040: Modifica la Ley N° 27651 “Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y Minería Artesanal” y la Ley General de Minería cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM (publicado el 26-6-2008).**

- **Objetivo:** Promover la formalización y el empleo en las actividades que desarrollan los pequeños productores mineros y los productores mineros artesanales, a fin que los mismos puedan tomar mejores decisiones para el crecimiento y mayor aprovechamiento de sus unidades productivas. Siendo que gran parte de la minería se desarrolla a pequeña escala, resulta necesario tomar medidas que permitan que este sector se vuelva más productivo y más atractivo para futuras inversiones.
  
- **Materias invocadas:** Promoción de la inversión privada y promoción del empleo y de la micro, pequeñas y medianas empresas.
  
- **Referencia al TLC:** En el segundo párrafo de la parte considerativa del decreto legislativo, **se señala expresamente que entre los objetivos del TLC** se encuentra el incremento y la diversificación de las exportaciones, así como el aumento de la inversión nacional y extranjera para promover una economía de escala, mayor especialización y eficiencia en los factores productivos.
  
- **Aspectos más relevantes:**
  - Se modifica la ley N° 27651 en sus artículos 2°, sobre el ámbito de aplicación de la Ley; Art. 11°, sobre la participación de los gobiernos regionales; y Art. 14°, sobre sostenibilidad y fiscalización. Se modifica el artículo 91° de la Ley General de Minería, sobre la definición de pequeños productores mineros y mineros artesanales.
  
  - La norma dispone que las actividades del Pequeño Productor Minero y Minero Artesanal puedan ser realizadas únicamente por personas naturales o conjuntos de personas naturales o personas jurídicas conformadas por personas naturales, que busquen maximizar ingresos de subsistencia. De esta forma, **se deja de lado a las personas jurídicas formadas por otras personas jurídicas**, que

distorsionaban el régimen promocional otorgado a los pequeños productores y minería artesanal, obteniendo beneficios indebidos.

- Se establece como excepción a las personas jurídicas conformadas por cooperativas mineras o centrales de cooperativas mineras, que se encuentren conformadas por otras cooperativas mineras y/o centrales de cooperativas mineras, siempre que hayan sido constituidas sin propósito de lucro, y en virtud al carácter social que identifica a este tipo de agrupaciones.
- La norma contempla la obligación de los gobiernos regionales para que, en aplicación de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, fiscalicen a los pequeños productores mineros y mineros artesanales, aún cuando no se hayan calificado como tales para el goce del régimen de beneficios previstos en la Ley General de Minería. Serán estos gobiernos los que ejerzan el rol tutelar del Estado, procurándoles capacitación tecnológica operativa y de administración, e información respecto de sus derechos y obligaciones, los procedimientos administrativos que deben seguir, facilitación de información respecto de los proveedores y clientes, entre otros.
- Se modifica los límites de capacidad de producción y/o beneficio contemplados en el artículo 91º de la Ley General de Minería, así como también incorpora un artículo en la Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal que prevé que son los gobiernos regionales quienes formalizan, fiscalicen y sancionan a aquellos que cumplan con las condiciones previstas en los numerales 1 y 3 del artículo 91º del TUO de la Ley General de Minería, para lo cual les exigirán el cumplimiento de las obligaciones ambientales y seguridad e higiene minera que corresponde a los pequeños productores mineros aunque no se hayan calificado como tales.

- **Análisis:**
  - Las materias invocadas en el decreto corresponden a las indicadas en la delegación conferida por la Ley N° 29157. En la parte considerativa de la norma se hace una referencia expresa al TLC, en el sentido que éste propugna el incremento y diversificación de las exportaciones, captación de inversiones privadas y mejora en la eficiencia de la explotación de recursos. **Con ello se adecua a los términos formales de la delegación.**
  - La **formalización y mejor regulación de la pequeña producción minera y de la minería artesanal son positivas**, dado que ocupan a sectores de la población pobre, carentes de mayor educación y formación, sujetos a condiciones de especial explotación y sin conocimiento o vigencia de sus derechos. En este sentido, **el decreto puede contribuir a esta finalidad y se adecua a la delegación y a la Constitución.**
- **Decreto Legislativo N° 1048: Precisa la regulación minera ambiental de los depósitos de almacenamiento de concentrados de minerales** (publicado el 26-6-2008).
  - **Objetivo:** Precisar que el almacenamiento de concentrado de minerales en depósitos ubicados fuera de las áreas de las operaciones mineras, constituye una actividad del sector minero que no se realiza mediante el sistema de concesiones, encontrándose regulada por la normas y procedimientos previstos por el Ministerio de Energía y Minas, así como por las disposiciones vigentes en materia ambiental y de seguridad e higiene minera, en los aspectos que le resulten aplicables.

- **Materias invocadas:** Mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional, simplificación administrativa, modernización del Estado y fortalecimiento institucional de la gestión ambiental.
  
- **Referencia al TLC:** En la parte considerativa y normativa del decreto legislativo no se hace ninguna referencia a su vinculación específica con aspectos contenidos con el TLC o relacionados con su implementación o mejor aprovechamiento.
  
- **Aspectos más relevantes:**
  - Se determina que es titular de la actividad de almacenamiento de concentrados de minerales en depósitos ubicados fuera de las áreas de las operaciones mineras, toda persona natural y/o jurídica nacional o extranjera, que realice dicha actividad bajo cualquier título.
  
  - La Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del MEM es la autoridad competente para evaluar y aprobar o desaprobado, los instrumentos de gestión ambiental para el desarrollo de las actividades de almacenamiento de concentrados de minerales mencionada.
  
  - El OSINERGMIN es la autoridad competente para supervisar, fiscalizar y sancionar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas referidas a la conservación y protección del ambiente, seguridad e higiene, así como el cumplimiento a los instrumentos de gestión ambiental aprobados por el MEM, para el desarrollo de las actividades de almacenamiento de concentrados de minerales mencionadas.
  
  - El titular de la actividad de almacenamiento de concentrados de minerales referido, para el inicio de sus operaciones, está obligado a contar con el respectivo Estudio de Impacto Ambiental aprobado por

el MEM, aún en los casos en que realice dicha actividad conjuntamente con otras actividades económicas.

- El titular de la actividad de almacenamiento mencionada es responsable del manejo, almacenaje y manipuleo de tales concentrados, así como de las emisiones, vertimientos, ruidos, manejo y disposición final de residuos sólidos, y, disposición de desechos al ambiente que se produzcan en sus instalaciones.
- Se precisa que los titulares que a la fecha se encuentren desarrollando estas actividades de almacenamiento, sin contar con el instrumento ambiental aprobado por MEM, deberán presentar dentro de los 6 meses de vigencia de la norma, su respectivo estudio ambiental a fin de definir las medidas de manejo, cierre y rehabilitación; sin perjuicio, de las acciones de supervisión, fiscalización y sanción que puede efectuar OSINERGMIN.
- Para fines de su labor supervisora, fiscalizadora y sancionadora, OSINERGMIN se encuentra facultado para tipificar y establecer las sanciones correspondientes, así como para aplicar la Escala de Sanciones y Multas vigente.
- **Análisis:**
- Las materias invocadas en el decreto legislativo corresponden formalmente a las indicadas en la ley de delegación. Si bien en la parte considerativa y normativa del decreto no se menciona ninguna vinculación con el TLC, **dicho Acuerdo Comercial comprende un Capítulo, Anexos y Convenio de Cooperación Ambiental; por lo que dicha materia es parte sustancial del mismo.**
- En general, puede considerarse que la regulación del régimen de los depósitos de almacenamiento de concentrados de minerales

**contribuye a la mejora de la gestión ambiental, dando cumplimiento al TLC, por lo que el decreto se adecuaría a los términos de la delegación.**

- Cabe preguntarse la relación, coordinación y complementariedad de este decreto y de las competencias que confiere al OSINERGIM y al Ministerio de Energía y Minas en la materia, respecto a las que corresponden o deberían corresponder al Ministerio del Ambiente.

#### **5.4.- EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES**

- **Decreto Legislativo N° 1032: Declara de interés nacional la actividad acuícola** (publicado el 24-6-2008).

- **Objetivo:** Declarar de interés nacional la inversión y facilitación administrativa de la actividad acuícola, con la finalidad de promover la participación de personas naturales y jurídicas nacionales y extranjeras en dicha actividad, como fuente de alimentación, empleo e ingresos.
- **Materias invocadas:** Fortalecimiento institucional, promoción de la inversión privada, mejora del marco regulatorio, simplificación administrativa y modernización del Estado.
- **Referencia al TLC:** En la parte considerativa y normativa del decreto legislativo no se hace ninguna referencia a su vinculación específica con aspectos contenidos con el TLC o relacionados con su implementación o mejor aprovechamiento.
- **Aspectos más relevantes:**

- Se crea la Ventanilla Única para el desarrollo de la acuicultura; a través de la misma, las personas naturales y jurídicas que realizan o proyectan realizar actividades acuícolas, podrán gestionar y obtener del Ministerio de la Producción la aprobación de la correspondiente concesión, así como los permisos, autorizaciones, habilitaciones, informes favorables y estudios de impacto ambiental.
- Fusiona en uno solo los procedimientos administrativos de concesión para desarrollar actividades de acuicultura a mayor escala y de certificación ambiental del Estudio de Impacto Ambiental (EIA), fusionando también los procedimientos de autorización para desarrollar actividades de acuicultura a mayor escala y de certificación ambiental.
- Los procedimientos administrativos a cargo de otras instituciones públicas, no deberán exceder de 30 días calendario, aplicándose el silencio administrativo positivo.
- En los procedimientos en materia acuícola a cargo del Ministerio de la Producción, se faculta a utilizar servicios de terceros debidamente calificados y registrados en dicho Ministerio, a efectos de la certificación y evaluación de los diversos parámetros físicos, químicos, biológicos y ambientales, especialmente para la elaboración de un inventario de lagunas ambientalmente aptas para el desarrollo de la actividad acuícola.
- **Análisis:**
- Las materias invocadas en el decreto corresponden formalmente a las señaladas en la delegación, aunque no hay referencia a su vinculación con el TLC. El único sector económico productivo específico que se menciona en la delegación es el agropecuario, del

que no forma parte el acuícola.

- Sin embargo, de la revisión del **TLC se observa en su Capítulo Cuarto, «Reglas de Origen y Procedimiento de Origen», en la Sección B, Procedimiento de Origen, Artículo 4.23, Definiciones,** que al ocuparse de las **mercancías obtenidas en su totalidad o producidas enteramente en el territorio de una o más de las Partes,** en el **inciso d)** se hace referencia a las **mercancías provenientes de la acuicultura,** realizada en una o más de las Partes. Por ello, **cabría sostener que la promoción de la acuicultura y de productos acuícolas se encuentra comprendida dentro del TLC,** lo que hace al **decreto compatible con la delegación y la Constitución.**
  
- **Decreto Legislativo N° 1079: Establece medidas que garanticen el patrimonio de las áreas naturales protegidas** (publicado el 28-6-2008).
  - **Objetivo:** Perfeccionar los mecanismos de aprovechamiento, conservación y custodia de los recursos naturales contenidos en las Áreas Naturales Protegidas del país.
  
  - **Materias invocadas:** Mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional, simplificación administrativa, modernización del Estado, y fortalecimiento institucional de la gestión ambiental.
  
  - **Referencia al TLC:** En la parte considerativa y normativa del decreto legislativo no se hace ninguna referencia a su vinculación específica con aspectos contenidos con el TLC o relacionados con su implementación o mejor aprovechamiento.
  
  - **Aspectos más relevantes:**

- El MINAM, a través del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, es la autoridad competente para administrar el patrimonio forestal, flora y fauna silvestre de las Áreas Naturales Protegidas y sus servicios ambientales.
- Se establecen los principios que garantizan el patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas: prevención, dominio eminential, protección administrativa y gobernanza ambiental.
- Se establece el tratamiento aplicable a los especímenes, productos y subproductos recuperados o encontrados abandonados en Áreas Naturales Protegidas.
- Los especímenes de fauna y flora silvestre recuperados encontrados abandonados en áreas naturales protegidas por la autoridad correspondiente, no serán objeto de remate, subasta o comercio. Se incluyen en esta disposición los productos y subproductos desarrollados a partir de tales especímenes o recursos.
- Las actividades de recolección y caza con fines de subsistencia y autoconsumo en dicha áreas se exceptúan de la presente disposición, siempre que no contravengan las disposiciones legales vigentes y sean compatibles con la sostenibilidad ambiental.
- Los mecanismos de reintroducción, disposición y/o destrucción de los especímenes, recursos, productos y subproductos recuperados o encontrados abandonados en Áreas Naturales Protegidas serán establecidos en el Reglamento de la Ley, aprobado mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro del Ambiente
- **Análisis:**
- Las materias invocadas en el decreto corresponden formalmente a

las indicadas en la ley de delegación, aunque no se menciona ni explica la vinculación que pueda tener la norma con la implementación o el aprovechamiento del TLC. No obstante, la regulación que preserve las áreas naturales protegidas y mejore la gestión ambiental de los recursos naturales, puede tener alguna incidencia respecto al TLC. Habrá que determinar y evaluar en qué medida estas normas contribuyen a mejorar los niveles de protección ambiental y de los recursos naturales.

- **Decreto Legislativo N° 1081: Crea el Sistema Nacional de Recursos Hídricos** (publicado el 28-6-2008).

- **Objetivo:** 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.
- **Materias invocadas:** Mejora del marco regulatorio y mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.
- **Referencia al TLC:** En la parte considerativa y normativa del decreto legislativo no se hace ninguna referencia a su vinculación específica con aspectos contenidos con el TLC o relacionados con su implementación o mejor aprovechamiento.
- **Aspectos más relevantes:**
- Se declara de interés nacional y de necesidad pública la gestión integrada de los recursos hídricos con el propósito de lograra eficiencia y sostenibilidad en el manejo de las cuencas hidrográficas

y los acuíferos para la conservación incremento del agua, así como asegurar su calidad fomentando una nueva cultura del agua, para garantizar la satisfacción de la demanda de las actuales y futuras generaciones.

- La norma se aplica a toda persona natural y jurídica, pública y privada, en el ámbito nacional, regional y local, relacionadas con la gestión de recursos hídricos continentales superficiales y subterráneos.
- Se establecen los principios para la gestión integrada de los recursos hídricos: prioridad en el acceso al agua, precautorio, sostenibilidad, seguridad jurídica, respeto de los usos del agua por las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas, valoración y cultura del agua, eficiencia, ecosistémico y de transparencia en la información.
- Se establece la finalidad, conformación objetivos y alcances del Sistema Nacional de Recursos Hídricos.
- Se establece que la Autoridad Nacional del Agua es el ente rector del Sistema Nacional de Recursos Hídricos, definiendo su organización, consejo directivo y funciones.
- Se establecen los Consejos de Cuenca y los instrumentos de planificación del Sistema Nacional de Recursos Hídricos.
- **Análisis:**
- Las materias invocadas en el decreto corresponden formalmente a las indicadas en la ley de delegación, aunque no se menciona ni explica la vinculación que pueda tener la norma con la implementación o el aprovechamiento del TLC. Ello, además del

carácter general de la norma, pondrían en duda su adecuación a los términos de la delegación conferida por la Ley N° 29157.

- No obstante, en el TLC existen diversos aspectos referidos a la protección del medio ambiente y los recursos naturales, por lo que podría sostenerse que la regulación de los recursos hídricos se encuentra involucrada. La norma, sin embargo, modifica la estructura funcional del Poder Ejecutivo, crea un Sistema Nacional de Recursos Hídricos y una Autoridad Nacional de Aguas.

- **Decreto Legislativo N° 1083: Promueve el aprovechamiento eficiente y la conservación de los recursos hídricos** (publicado el 28-6-2008).

- **Objetivo:** Promover el aprovechamiento eficiente y la conservación de los recursos hídricos, incentivando el desarrollo de una cultura de uso eficiente de dichos recursos entre todos los usuarios y operadores de infraestructura hidráulica, pública o privada.
- **Materias invocadas:** Mejora del marco regulatorio y mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.
- **Referencia al TLC:** En el segundo párrafo de la parte considerativa del decreto legislativo se señala expresamente que el incremento de la demanda de agua es cada vez mayor y que no puede ser atendida adecuadamente, situación que debe agudizarse con la vigencia del TLC y que debe modificarse para superar un obstáculo serio para su aprovechamiento, garantizando el acceso al recurso de los exportadores a Estados Unidos.
- **Aspectos más relevantes:**
- Se declara de necesidad pública e interés nacional la conservación

de los recursos hídricos así como su aprovechamiento eficiente.

- La Autoridad Nacional del Agua establece los Parámetros de Eficiencia aplicables al aprovechamiento de los recursos hídricos, en concordancia con la Política Nacional del Ambiente. También la certificación de aprovechamiento eficiente, los incentivos institucionales, el régimen diferenciado de retribuciones económicas, el financiamiento y cofinanciamiento.
- La Autoridad Nacional del Agua otorga “Certificados de Eficiencia”, que es el instrumento que certifica el aprovechamiento eficiente de los recursos hídricos por parte de los usuarios y operadores de infraestructura hidráulica, pública o privada, que cumplan con los Parámetros de Eficiencia.
- La Autoridad Nacional del Agua podrá otorgar incentivos institucionales a fin de promover el aprovechamiento eficiente y la conservación de los recursos hídricos.
- Los usuarios y operadores de infraestructura hidráulica, pública o privada, que no cumplan los Parámetros de Eficiencia, deben presentar un Plan de Adecuación para el Aprovechamiento Eficiente de Recursos Hídricos.
- La Autoridad Nacional del Agua promueve la reversión de los excedentes de recursos hídricos que se obtengan en virtud del cumplimiento de la presente norma.
- La Autoridad Nacional del Agua promoverá la inclusión en la currícula regular del Sector Educación de asignaturas respecto a la cultura y valoración de los recursos hídricos, su aprovechamiento eficiente así como su conservación e incremento.

- **Análisis:**
- Las materias invocadas en el decreto corresponden formalmente a las conferidas en la ley de delegación, y en la parte considerativa de la norma se hace una referencia a su vinculación con el TLC. **Ello haría suponer que el decreto se inscriba dentro de los términos de la delegación, aunque puede ser objetado porque la vinculación aludida no parece suficientemente convincente.**
- La fijación de competencias de la Autoridad nacional de Aguas (creada en el decreto legislativo N° 1081) y su papel en la regulación del uso de los recursos hídricos, difícilmente pueden justificarse en función del aprovechamiento del TLC, pues se relaciona a un conjunto mucho más amplio y variado de usuarios y actividades.
- **Decreto Legislativo N° 1085: Crea el Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre** (publicado el 28-6-2008).
  - **Objetivo:** Supervisar y fiscalizar el aprovechamiento sostenible y la conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre, así como de los servicios ambientales provenientes del bosque. Para este efecto, se crea el OSINFOR, como Organismo Público Ejecutor adscrito a la PCM, encargado de cumplir estas funciones.
  - **Materias invocadas:** Fortalecimiento institucional de la gestión forestal.
  - **Referencia al TLC:** En el segundo párrafo de la parte considerativa de la norma se señala expresamente que, conforme al TLC con Estados Unidos, se requiere fortalecer al OSINFOR como institución responsable de hacer cumplir la legislación ambiental.

- **Aspectos más relevantes:**
- Se establece la competencia, funciones, estructura básica, facultad coactiva y recursos del Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (OSINFOR).
- Entre las funciones de OSINFOR se contempla la supervisión y fiscalización del cumplimiento de los títulos habilitantes otorgados por el Estado (concesiones, permisos y autorizaciones), que tengan como objetivo el aprovechamiento sostenible y la conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre; así como los servicios ambientales provenientes del bosque.
- Se establece la facultad del OSINFOR de ejercer sus funciones de supervisión y fiscalización a través de personas naturales o jurídicas de derecho privado, especializadas en la materia.
- Los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, los Comités de Gestión de Bosques, la Policía Nacional y demás órganos del Estado, se encuentran obligados, bajo responsabilidad, a brindar apoyo al OSINFOR, en su calidad de autoridad nacional en los asuntos de su competencia.
- El OSINFOR deberá notificar al Ministerio del Ambiente, cualquier infracción que en el ejercicio de sus funciones detecte en relación a la conservación de los recursos naturales o de la biodiversidad o de daño actual o potencial al Patrimonio Forestal o al ambiente.
- Se establece el Tribunal Forestal y de Fauna Silvestre, y las infracciones, sanciones y causales de caducidad.
- **Análisis:**

- Este decreto legislativo invoca como materia expresamente el **fortalecimiento institucional de la gestión forestal**, materia no comprendida formalmente en la ley de delegación, que alude a la gestión ambiental. No obstante, el decreto refiere también su vinculación al Anexo del Capítulo sobre Medio Ambiente del TLC, que se ocupa de los recursos forestales y fauna silvestre. En efecto, el **Anexo 18.3.4 del TLC versa sobre el manejo del sector forestal**, resaltando la importancia de enfrentar y corregir la tala ilegal de madera y comercio ilegal de especies de la fauna silvestre. Ello **haría, finalmente, que la materia del decreto se vincule con el cumplimiento del TLC**.
  
- Sin perjuicio de ello, la referencia expresa que hace el decreto a que el fortalecimiento del OSINFOR como órgano ejecutor en materia del manejo forestal emana del TLC, es dudosa. Lo que hace el referido Anexo del TLC y su Enmienda es referirse al fortalecimiento institucional del manejo forestal. Puede discutirse la razón de que el OSINFOR sea un órgano adscrito a la PCM y no a un Ministerio competente para el control y manejo de estos recursos naturales. Más aún cuando el decreto legislativo N° 1090 señala que la Autoridad Nacional en materia forestal y de fauna silvestre es el Ministerio de Agricultura.
  
- **Decreto Legislativo N° 1090: Aprueba la Ley Forestal y de Fauna Silvestre** (publicado el 28-6-2008).
  
- **Objetivo:** Normar, regular y supervisar el uso sostenible y la conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre del país, compatibilizando su aprovechamiento con la valorización progresiva de los servicios ambientales del bosque, en armonía con el interés social, económico y ambiental de la Nación.

- **Materias invocadas:** Mejora del marco regulatorio y fortalecimiento institucional de la gestión ambiental.
- **Referencia al TLC:** En la parte considerativa y normativa del decreto legislativo no se hace ninguna referencia a su vinculación específica con aspectos contenidos con el TLC o relacionados con su implementación o mejor aprovechamiento.
- **Aspectos más relevantes:**
  - Se nombra al Ministerio de Agricultura como Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre, disponiéndose la posibilidad de delegar en terceros las actividades referidas a la administración y/o control de los recursos forestales y de fauna silvestre.
  - Se establece la definición de recursos forestales, de fauna silvestre y de servicios ambientales; así como su promoción y gestión.
  - Se establece el ordenamiento de la superficie forestal y la zonificación forestal, diferenciando bosques de producción, bosques para aprovechamiento futuro, bosques de protección, áreas naturales protegidas, bosques en comunidades campesinas y comunidades nativas, y bosques locales.
  - Se establece el aprovechamiento de los recursos forestales mediante las concesiones forestales con fines maderables, con fines no maderables, los permisos y autorizaciones, el manejo forestal, y las especies y diámetros de corte autorizados para extracción.
  - Se establece las modalidades de manejo y aprovechamiento de los recursos de la fauna silvestre.

- Se establece el aprovechamiento de los recursos forestales y de la fauna silvestre en tierras de comunidades campesinas y comunidades nativas.
- Se establece la forestación y reforestación, así como la promoción de la transformación y comercialización de los productos forestales.
- Se establece la investigación forestal y de fauna silvestre, y el control, infracciones y sanciones.
- Se precisa las causales de caducidad de los derechos de concesión. Asimismo, se precisa disposiciones sobre promoción de la industria forestal, y certificación y acreditación.
- **Análisis:**
- Las materias invocadas en el decreto corresponden a las contempladas en la ley de delegación, aunque no se menciona ninguna referencia de la vinculación de esta norma respecto a la implementación o el aprovechamiento del TLC.
- Lo anterior podría llevar a cuestionar la adecuación del decreto a los términos de la delegación. No obstante, es evidente que el Capítulo sobre Medio Ambiente del TLC contiene un Anexo, así como referencias expresas en su documento de Enmienda, al manejo de los recursos forestales y fauna silvestre, por lo que el decreto se enmarcaría formalmente en el TLC y la delegación de la Ley N° 29157.
- Puede ser discutible que en función del TLC se justifique el dictado de toda una Ley Forestal y de Fauna Silvestre, ya que se trata de una materia general. Habrá también que analizar si el contenido de esta ley se adecua a lo estipulado en el TLC para la protección de

estos recursos.

## 5.5.- OTRAS MATERIAS

- **Decreto Legislativo N° 1012**: Aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la Generación de Empleo Productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada (publicado el 13-5-2008).

- **Objetivo**: Establecer los principios, procesos y atribuciones del Sector Público para la evaluación, implementación y operación de infraestructura pública o la prestación de servicios públicos, con participación del sector privado, así como establecer el marco general aplicable a las iniciativas privadas.
- **Materias invocadas**: Facilitación del comercio, promoción de la inversión privada, la mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado.
- **Referencia al TLC**: En la parte considerativa y normativa del decreto legislativo no se hace ninguna referencia a su vinculación específica con aspectos contenidos con el TLC o relacionados con su implementación o mejor aprovechamiento.
- **Aspectos más relevantes**:
  - Es de aplicación a las entidades públicas pertenecientes al Sector Público no financiero.
  - Se establecen la definición y clasificación de las asociaciones público-privada (APP).

- Se establecen los organismos promotores de la inversión privada tratándose del Gobierno Nacional, los gobiernos regionales y locales.
- Se establecen los procedimientos para los proyectos de inversión y los contratos de asociación público-privada; así como las garantías, compromisos, registro y límites.
- **Análisis:**
  - Si bien las materias invocadas en el decreto corresponden formalmente a las contenidas en la delegación aprobada por la Ley N° 29157, ni en la parte considerativa o normativa del decreto se indica ni se deduce la vinculación con la implementación o aprovechamiento del TLC.
  - Por ello consideramos que **el decreto no se enmarca dentro de los términos de la delegación y resulta inconstitucional por razones de forma.**
- **Decreto Legislativo N° 1038: Precisa los alcances de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización.** (publicado el 25-6-2008).
  - **Objetivo:** Precisa los alcances de la Ley que regula los Servicios de «Tercerización», especialmente en lo concerniente al tiempo requerido para adecuarse a sus disposiciones.
  - **Materias invocadas:** Promoción de la inversión privada y del empleo.
  - **Referencia al TLC:** En la parte considerativa y normativa del decreto legislativo no se hace ninguna referencia a su vinculación específica

con aspectos contenidos con el TLC o relacionados con su implementación o mejor aprovechamiento.

- **Aspectos más relevantes:**
  
- La Ley que Regula los Servicios de Tercerización, la define como la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Asimismo establece que constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuenten con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. **Este Decreto Legislativo bajo análisis establece que las empresas mencionadas podrán adecuarse al requisito referido a la pluralidad de clientes en un plazo de un año a partir de la vigencia de la indicada Ley. De igual plazo contarán las empresas que se constituyan, a contar desde el momento de su constitución.**
  
- Las obligaciones y restricciones establecidas en los artículos 4° al 9° de la Ley que Regula los Servicios de Tercerización, son aplicables a aquellas empresas tercerizadoras que realicen sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal.
  
- El artículo 9° de la Ley que Regula los Servicios de Tercerización, señala que la empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora, es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo

desplazado. Dispone que dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento y que la empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral. **El Decreto Legislativo bajo análisis, señala que esta solidaridad se contrae únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social establecidos por norma legal y no a las de origen convencional o unilateral.**

- La empresa principal obligada a asumir las responsabilidades de la empresa tercerista, en atención a la solidaridad establecida por la ley, tiene derecho a repetir lo pagado contra ésta y adquiere los derechos y privilegios del crédito laboral en casos de insolvencia o quiebra.

- **Análisis:**

- Las materias invocadas en el decreto corresponden formalmente a las indicadas en la ley de delegación. Sin embargo, ni en la parte considerativa o normativa del decreto se hace referencia a su vinculación con el TLC.
- La **Ley N° 29245, que regula la «Tercerización» laboral, fue aprobada pro el Congreso con posterioridad a la delegación conferida por la Ley N° 29157, y poco antes de que se expida el presente decreto legislativo. Es evidente que la Ley N° 29245 tiene carácter laboral general y no guarda ninguna relación con el TLC; si fuera así, seguramente hubiera sido dictada por el Poder Ejecutivo aprovechando esta delegación.**
- Lo que **hace el presente decreto legislativo es precisar y modificar los alcances y plazo de aplicación de la «Ley de Tercerización»**, lo que **no estaba autorizado** a hacer pues supone regular una materia específicamente normada poco antes por el Congreso, con posterioridad a la autorización legislativa conferida.

Con ello se «enmienda la plana» al Congreso o se mediatiza su voluntad normativa.

- Por **el decreto excede los términos de la delegación**, tanto porque la materia normada no tiene relación con el TLC como porque modifica una ley recientemente dictada por el Congreso. Ello **lo hace inconstitucional por razones de forma**.

- **Decreto Legislativo N° 1058: Promueve la inversión en la actividad de generación eléctrica con recursos hídricos y con otros recursos renovables** (publicado el 28-6-2008).

- **Objetivo:** Otorgar incentivos y medidas como la depreciación acelerada, para promover la inversión en la generación de electricidad con el uso de fuentes de energía renovable; incentivar la investigación científica e innovación tecnológica, así como la realización de proyectos que califiquen como Mecanismos de Desarrollo Limpio. De obtener éstos su registro, podrán ser materia de compraventa de Certificados de Reducción de emisiones CRE que pueden ser vendidas a empresas de los países industrializados y estos, a su vez, contabilizar estas reducciones de GEI como parte de las metas cuantitativas a que se comprometieron con el Protocolo de Kyoto.

- **Materias invocadas:** Mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional, modernización del Estado, promoción de la inversión privada, impulso a la innovación tecnológica, y fortalecimiento institucional de la gestión ambiental.

- **Referencia al TLC:** En el segundo párrafo de la parte considerativa del decreto legislativo, se señala expresamente que el crecimiento sostenido de la economía peruana viene generando el incremento de la demanda de energía eléctrica, situación que se estima se

acrecentará con la vigencia del TLC con los Estados Unidos. Por ello se justifica la mayor generación de energía eléctrica, pero no utilizando recursos no renovables como el petróleo o el gas, sino mediante energías renovables y limpias, que también contribuyen con el medio ambiente.

- **Aspectos más relevantes:**

- Establece que la actividad de generación de energía eléctrica a base de recursos hídricos o a base de otros recursos renovables, tales como el eólico, el solar, el geotérmico, la biomasa o la mareomotriz, gozará del régimen de depreciación acelerada para efectos del Impuesto a la Renta.

- Este régimen será aplicable a las centrales que entren en operación comercial a partir de la vigencia del presente Decreto Legislativo.

- La depreciación acelerada será aplicable a las maquinarias, equipos y obras civiles necesarias para la instalación y operación de la central, que sean adquiridos y/o construidos a partir de la vigencia del presente Decreto Legislativo.

- Para estos efectos, la tasa anual de depreciación será no mayor de veinte por ciento (20%) como tasa global, que podrá ser variada anualmente por el titular de generación, previa comunicación a la SUNAT y sin exceder el límite señalado, excepto en los casos en que la propia Ley del Impuesto a la Renta autorice porcentajes globales mayores.

- **Análisis:**

- Las materias invocadas en el decreto legislativo corresponden a las indicadas en la ley de delegación. En la parte considerativa de la

norma **se hace referencia expresa a la necesidad de incrementar la generación de energía eléctrica, para satisfacer la mayor demanda que generará la vigencia del TLC, Por ello se adecua a los términos de la delegación y a la Constitución.**

- La utilización de energías renovables y limpias para la generación de electricidad, es positiva porque contribuye al medio ambiente, lo que también se inserta en la línea del TLC. Pero es discutible que una normativa de este tipo se circunscriba o justifique en función de aprovechar el TLC.

- **Decreto Legislativo N° 1072: Protege datos de prueba no divulgados de productos farmacéuticos** (publicado el 28-6-2008).

- **Objetivo:** Desarrollar un régimen de protección de datos de pruebas u otros no divulgados en el procedimiento de registro sanitario de productos farmacéuticos.
- **Materias invocadas:** El Acuerdo establece en su Capítulo 16 disposiciones relativas al respecto y salvaguarda de los Derechos de Propiedad Intelectual, entre los cuales se incluyen las relacionadas a la propiedad industrial.
- **Referencia al TLC:** En la parte considerativa y normativa del decreto legislativo no se hace ninguna referencia a su vinculación específica con aspectos contenidos con el TLC o relacionados con su implementación o mejor aprovechamiento.
- **Aspectos más relevantes:**
  - Cuando la Autoridad Sanitaria exija como condición para la obtención del registro sanitario de un producto farmacéutico que contiene una

nueva entidad química, la presentación de datos de prueba u otros no divulgados necesarios para determinar la seguridad y eficacia de tal producto protegerá tales datos contra la divulgación, cuando su generación haya involucrado esfuerzos considerables.

- El periodo de protección será normalmente de cinco años contados desde La fecha en que se concedió el registro sanitario en el territorio nacional; o, a partir de la fecha de la primera aprobación de comercialización, si el registro sanitario se basa en la aprobación de comercialización concedida en otro país y es otorgado dentro de los seis meses de haberse presentado ante la Autoridad Sanitaria el expediente de solicitud completo.
- La Autoridad Sanitaria, a fin de determinar el periodo de protección, tomará en cuenta la naturaleza de los datos y los esfuerzos y gastos realizados para producirlos.
- Ninguna persona, diferente a quien los presentó podrá, sin autorización de ésta, utilizar los datos de prueba u otros no divulgados, para respaldar una solicitud de obtención de registro sanitario durante el periodo de protección establecido en la presente Ley.
- La información sobre la identidad del solicitante del registro sanitario y sobre el producto farmacéutico, cuyos datos de prueba u otros no divulgados se presenten, serán publicados en el diario oficial “El Peruano” por una sola vez y por cuenta y costo del solicitante, a efectos que terceros que consideren afectado su derecho presenten oposición, adjuntando la información pertinente, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la publicación de la solicitud
- **Análisis:**

- Si bien el decreto legislativo no invoca formalmente ninguna de las materias específicas señaladas en la ley de delegación, **si hace referencia al Capítulo 16 del TLC, dedicado expresamente a la protección de la propiedad intelectual.**
- Siendo la intención de la ley de delegación N° 29157 el dictado de normas que contribuyan a la implementación y aprovechamiento del TLC, consideramos que este decreto, **al margen de no corresponder a ninguna de las materias expresamente delegadas, se adecua a la finalidad de la delegación, por lo que cabría considerarlo adecuado a ésta y a la Constitución.**
- **Decreto Legislativo N° 1074: Aprueba la Norma de protección de información de seguridad y eficacia en el procedimiento de autorización de comercialización de plaguicidas químicos de uso agrícola (publicado el 28-6-2008).**
  - **Objetivo:** Desarrollar un régimen de protección de información de seguridad y eficacia en el procedimiento de autorización de comercialización de plaguicidas químicos de uso agrícola.
  - **Materias invocadas y TLC:** El decreto señala en su parte considerativa que el TLC, en su Capítulo 16, contiene disposiciones relativas al respeto y salvaguarda de los Derechos de Propiedad Intelectual, entre los cuales se incluyen las relacionadas a la propiedad industrial.
  - **Aspectos más relevantes:**
    - La Autoridad Nacional competente en materia de plaguicidas químicos de uso agrícola, protegerá la información sobre seguridad o eficacia presentada dentro del procedimiento de autorización de

comercialización de un nuevo producto químico de uso agrícola en otro país; no debiendo, sin el consentimiento de la persona que previamente presentó la información en dicho país, autorizar a otra persona para que comercialice el mismo o un producto similar con base en: a) La información de seguridad o eficacia presentada como requisito para la aprobación de comercialización en dicho país; b) La evidencia de la aprobación de comercialización en dicho país.

- La protección tendrá una duración de diez años, contados a partir de la fecha de la aprobación de comercialización del nuevo producto químico agrícola en el Perú.
- Como condición indispensable para que opere la protección establecida, la persona que presentó la información en el otro país debe solicitar la autorización de comercialización de su producto en el Perú, dentro de los cinco años siguientes de haber obtenido la autorización de comercialización del nuevo producto químico en el otro país.
- Un tercero podrá usar el producto protegido sólo para generar la información necesaria para apoyar la solicitud de aprobación de comercialización de un producto químico de uso agrícola.
- SENASA, que forma parte del Ministerio de Agricultura, será la Autoridad Nacional competente para esta materia.
- **Análisis:**
- El decreto no hace referencia a ninguna de las materias específicas objeto de delegación en la Ley N° 29157. Si menciona su vinculación al Capítulo 16 del TLC sobre Propiedad Intelectual, y que éste incluye a la propiedad industrial.

- Ello **plantea un problema de interpretación sobre la adecuación del decreto a la delegación y su constitucionalidad por razones de forma**, ya que si bien cabe argumentar que podría tener relación con el TLC, dado que la materia de Propiedad Intelectual es parte indudable del Acuerdo Comercial con los Estados Unidos, ella no ha sido contemplada expresamente en la ley de delegación para su regulación específica por el Poder Ejecutivo.

## **CONCLUSIONES:**

1.- La Constitución de 1993 contempla la delegación de facultades legislativas del Congreso al Poder Ejecutivo en su Art. 104°. Esta se realiza a través de la aprobación de una ley autoritativa, que es una ley ordinaria, que debe especificar las materias y el plazo por los que se concede la delegación. A su vez, el segundo párrafo del inciso 4) del Art. 101° de la Carta establece que existen ciertas materias legislativas indelegables, entre las que se encuentran las leyes orgánicas. La delegación recibida se ejercita por el Poder Ejecutivo mediante la expedición de decretos legislativos, que son normas con rango de ley.

2.- La Constitución establece que los decretos legislativos están sujetos a control parlamentario; por ello, en el último párrafo del artículo 104° se dispone que el Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso de cada decreto legislativo. Sin embargo, la norma constitucional no precisa los alcances de este procedimiento de dación de cuenta para el control parlamentario de los decretos legislativos. No obstante, el Reglamento del Congreso, en su artículo 90°, se ocupa de ello, y lo concibe como un procedimiento de control posterior a la expedición y publicación directa de los decretos legislativos por el Poder Ejecutivo. Ni la Constitución o el Reglamento del Congreso mencionan la posibilidad de un control parlamentario previo a la publicación y vigencia de los decretos legislativos.

3.- La Ley N° 29157 aprobó la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo con la finalidad de permitir la expedición de normas destinadas a implementar y aprovechar el Acuerdo de Promoción Comercial celebrado entre el Perú y los Estados Unidos (conocido como TLC).. En el numeral 2.1 de dicha norma se establecen las 8 materias y el plazo de la delegación; y en su numeral 2.2 se precisa que el contenido de los decretos legislativos que se dicten deberá sujetarse estrictamente a los compromisos del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y de su Protocolo de Enmienda, y a las medidas necesarias para mejorar la competitividad económica para su aprovechamiento. De ello se deduce que la interpretación de ambos numerales del Art. 2° de la Ley N° 29157 debe realizarse de manera conjunta. Es decir, las materias específicas que se delegan no tienen, ni se les puede adjudicar, un alcance general, debiendo circunscribirse a los marcos previstos en el TLC Perú – Estados Unidos, sea para facilitar su implementación y dar cumplimiento a sus acuerdos, o para apoyar la competitividad económica que permita su mejor aprovechamiento.

4.- Una pauta general de interpretación cuando se evalúan los alcances y el contenido de la delegación legislativa, es que debe predominar un criterio restrictivo. Siendo el Congreso el titular originario de la potestad legislativa, no cabe que el Poder Ejecutivo, al hacer uso de la habilitación recibida, exceda los términos estrictos y razonables del contenido enunciado en la ley de delegación, ni realice una interpretación extensiva de los mismos.

5.- Si bien en la Ley N° 29157 se enumeran 8 materias específicas que son objeto de la delegación, su contenido resulta bastante amplio; no solo porque comprenden además algunos subtemas, sino porque están referidas a un documento singularmente extenso como el TLC. De allí que cuando el Congreso aprobó, sin mayor revisión ni ajuste, el proyecto de ley de delegación de facultades legislativas elaborado por el Poder Ejecutivo, otorgó parámetros bastante extensos para la habilitación, sobre todo por las particulares características del TLC, que impone a nuestro país compromisos que exceden lo estrictamente comercial y abarcan temas relacionados con otros ámbitos legislativos y de políticas nacionales.

6.- Al aprobarse la Ley N° 29157 de delegación de facultades legislativas, habría existido un acuerdo político en el Congreso para la conformación de una Comisión Parlamentaria Multipartidaria, encargada de dar seguimiento al proceso de elaboración de los decretos legislativos a cargo del Poder Ejecutivo, así como de realizar una revisión previa de los mismos, antes de su publicación. Si bien la existencia y funciones de esta Comisión Parlamentaria y la exigencia del control previo de los proyectos de decretos legislativos no está consignada en la Ley N° 29157, está acreditada su conformación, instalación y funcionamiento; habiendo elaborado un informe que lo certifica..

7.- El Informe Final de esta Comisión Multipartidaria señala que, a pesar de su exigencia reiterada, el Poder Ejecutivo no cumplió con hacerle entrega previa del texto de los decretos legislativos, a fin de proceder a su revisión y control antes de que sean publicados. Afirma que el Poder Ejecutivo incumplió este acuerdo del Pleno del Congreso por entender que gozaba de facultades delegadas para expedir directamente los decretos legislativos, limitándose a remitir, ni siquiera en todos los casos, fichas con información resumida del decreto ya publicado.

Sin embargo, a pesar de no haberse podido efectuar este control parlamentario previo de los decretos legislativos, ello no afectaría su validez ni acarrea una causal de nulidad formal de los mismos, tanto porque este tipo de control no aparece contemplado en la Constitución o el Reglamento del Congreso, como porque dicha exigencia o condicionamiento ni siquiera se incluyó en el texto final aprobado y publicado de la Ley de delegación N° 29157. En todo caso el Congreso, si así lo estima, podría exigir la responsabilidad política del Gabinete de Ministros.

8.- El uso dado por el Poder Ejecutivo a las facultades legislativas delegadas, ha sido particularmente extenso y amplio desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo. Así, durante el plazo de 180 días conferidos, se dictaron 99 decretos legislativos, más de dos tercios de ellos en las semanas previas al

vencimiento del término. En lo cualitativo, el contenido de los decretos es particularmente variado, abarcando aspectos tales como la modificación de la estructura de organización y funciones y de competencias de ministerios y organismos integrantes del Poder Ejecutivo; la fijación o modificación del régimen regulatorio de diversas actividades económicas y productivas o vinculadas a la explotación de recursos naturales: tierras y actividad agropecuaria, pesca, minería, bosques y fauna silvestre, recursos hídricos, etc. También hay un sinnúmero de decretos referidos a aspectos de control y protección ambiental, régimen de contrataciones del Estado y de gestión empresarial pública, normas sobre procesos legales y judiciales, etc.

9.- Si bien la gran mayoría de decretos legislativos invocan en su parte considerativa varias de las distintas materias objeto de delegación en la Ley N° 29157, 67 de ellos manifiestan estar referidos a la mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional, simplificación administrativa y modernización del Estado; 32 decretos a la promoción de la inversión privada; y 23 a la mejora de la competitividad de la producción agropecuaria. Sin embargo, casi la totalidad de decretos se limita a mencionar, en su parte considerativa, que la delegación conferida tiene que ver con la implementación y el aprovechamiento del TLC con los Estados Unidos, pero sin incluir ninguna precisión respecto a la vinculación concreta del decreto con alguna parte o aspecto específico del TLC, ni su incidencia en éste. Con ello se dificulta seriamente la verificación y el control del estricto cumplimiento de los términos de la delegación, que articulaba la facultad de legislar sobre ciertas materias específicas pero no con alcance genérico, sino en relación al TLC, su cumplimiento o aprovechamiento.

10.- Un rasgo característico del uso dado por el Poder Ejecutivo a las facultades legislativas delegadas, ha sido la intención manifiesta de exceder y aprovechar las atribuciones recibidas para expedir un amplio número de normas con ninguna o muy escasa vinculación efectiva al TLC, distorsionando y desnaturalizando así los términos de la delegación aprobada por el Congreso

mediante la Ley N° 29157. Ello hace que tales decretos puedan ser calificados de inconstitucionales por razones de forma, al haber incumplido los parámetros fijados en la ley de delegación, lo que ameritaría su derogación en el control ulterior que corresponde efectuar al Congreso, o que se declare su inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en los procesos que seguramente se promoverán con este propósito.

11.- Con el uso dado por el Poder Ejecutivo a las atribuciones legislativas recibidas y los decretos dictados, se ha buscado realizar una reforma sustantiva del marco organizativo y competencial de diversas entidades del Estado, así como del régimen regulatorio aplicable a actividades económicas de especial relevancia, dándole a estas normas y a las materias delegadas un alcance general que no puede razonablemente sostenerse que guarde relación o vinculación estricta con el TLC. En las partes pertinentes de este informe, se analizan un significativo número de decretos legislativos específicos, señalando su contenido normativo y evaluando su conformidad constitucional por razones de forma o fondo.

Miraflores, 5 de agosto del 2008.

FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI  
Abogado – Reg. CAL N° 7908