



Análisis de la Institucionalidad Ambiental en los Decretos Legislativos

de la Implementación del TLC Perú - EE.UU.

Alberto Barandiarán Gómez

Red Peruana por una Globalización con Equidad-RedGe
Acción Solidaria para el Desarrollo - CooperAcción

Red Peruana por una Globalización con Equidad – RedGE: Centro Peruano de Estudios Sociales - CEPES, la Convención Nacional del Agro Peruano - CONVEAGRO, Acción Solidaria por el Desarrollo - CooperAcción, Grupo Propuesta Ciudadana, Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo - DESCO, Acción Internacional para la Salud - AIS, Asociación Pro Derechos Humanos - APRODEH, Centro de Asesoría Laboral del Perú - CEDAL

Análisis de la Institucionalidad Ambiental en los Decretos Legislativos de la Implementación del TLC Perú – EE.UU.

Autor:

Alberto Barandiarán Gómez

Red Peruana por una Globalización con Equidad – RedGE:

Centro Peruano de Estudios Sociales - CEPES, la Convención Nacional del Agro Peruano - CONVEAGRO, Acción Solidaria por el Desarrollo - CooperAcción, Grupo Propuesta Ciudadana, Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo - DESCO, Acción Internacional para la Salud - AIS, Asociación Pro Derechos Humanos - APRODEH, Centro de Asesoría Laboral del Perú - CEDAL.

Diagramación e impresión:

Roble Rojo Grupo de Negocios S.A.C
Américo Vespucio N° 110 COVIMA, La Molina
Teléfonos: 349 6636 / 348 5571

© Diciembre 2008

Centro Peruano de Estudios Sociales – CEPES.

Av. Salaverry N° 818 Jesús María. Lima 11 – Perú
Teléfono: (+511) 433 6610 / Fax (+511) 433 1744
www.redge.org.pe / redge@cepes.org.pe

Acción Solidaria para el Desarrollo - CooperAcción

Calle Berlín N° 1353, Miraflores. Lima – Perú
Teléfono: (511) 446 5385 / 444 0316 / Fax: (511) 445 0908
www.cooperaccion.org.pe / cooperación@cooperaccion.org.pe

ISBN:

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N°
Primera edición
Tiraje: 1000 ejemplares

Índice

Presentación	7
Introducción	9
1. Sobre los Decretos Legislativos aprobados por el Poder Ejecutivo peruano bajo la delegación de facultades de la Ley N° 29157	13
2. Tratado de Libre Comercio (TLC) suscrito entre Perú y EE.UU	17
3. Institucionalidad ambiental - Ministerio del Ambiente (MINAM)	27
4. Recursos forestales y de fauna silvestre	47
5. Tierras de uso agrario	59
6. Recursos hídricos	67
7. Resumen de las conclusiones y recomendaciones	73
Anexo: Lista de Decretos Legislativos en materia ambiental o vinculados al tema ambiental	83
Bibliografía	87

Presentación

Entre enero y junio del año 2008, al amparo de la delegación de facultades extraordinarias que le otorgó el Congreso de la República* el Gobierno peruano promulgó 99 Decretos Legislativos para la implementación del Tratado de Libre Comercio entre el Perú y los EE.UU. y apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento. Este proceso ha sido fuertemente cuestionado, ya que el Gobierno se ha excedido en el uso de estas facultades promoviendo reformas que poco tienen que ver con los compromisos adquiridos en este acuerdo y que por el contrario, expresarían visiones que antes no habían logrado acuerdo político.

Uno de los aspectos que genera mayor preocupación, es la promulgación de casi una treintena de Decretos Legislativos que tienen que ver con el uso y aprovechamiento de los recursos naturales y la institucionalidad ambiental en el país. Algunos de ellos constituyen un avance en la materia, sin embargo un importante número de estos tiende a disminuir estándares de protección social y ambiental para facilitar la explotación y aprovechamiento de las tierras, agua y bosques afectando a los pequeños productores agrarios, así como las comunidades campesinas y nativas.

Varias de las reformas en materia ambiental promovidas por el Ejecutivo no constituyen obligaciones derivadas del TLC, sino parecerían ser en la puesta en práctica de la cuestionada visión sobre el desarrollo y uso de los recursos naturales, que diera a conocer el Presidente Alan García en la serie de artículos «síndrome del perro del hortelano»**.

El «**Análisis de la Institucionalidad Ambiental en los Decretos Legislativos de la Implementación del TLC Perú - EE.UU.**», elaborado por el Dr. Alberto Barandiarán y que presentamos en esta publicación, aborda la

* En diciembre de 2007 el Congreso aprobó la Ley N° 29157 que delegaba al Ejecutivo por 180 días la facultad de legislar 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.

** Serie de artículos periodísticos publicados en el Diario el Comercio, el primero fue publicado el 28/10/2007.

constitucionalidad de los decretos legislativos en materia de institucionalidad ambiental, tierra, recursos hídricos y bosques, y profundiza en el alcance del Capítulo Ambiental del TLC para garantizar el cumplimiento de los estándares ambientales.

El análisis de Barandiarán nos muestra de manera rigurosa cómo varios de estos decretos van en contra de principios constitucionales y compromisos internacionales en materia de derechos humanos, por lo que deberían ser derogados en el más breve plazo. Constata también, cómo muchas de estas reformas no sólo no recogen recomendaciones, aportes y propuestas derivados de importantes procesos de diálogo y concertación que han sido inclusive promovidos por el Ejecutivo, constituyendo un serio retroceso en el desarrollo de políticas del sector, sino que se orientan inclusive en sentido contrario.

Pero quizá una de las constataciones más novedosas que aporta este estudio es que, a pesar de la renegociación que promovieron los representantes del Partido Demócrata -haciendo de este un capítulo ambiental «mejorado»-, la implementación del TLC en el Perú muestra las importantes limitaciones que tiene este capítulo para dar garantía efectiva al cumplimiento de los estándares ambientales y garantizar el desarrollo sostenible. Ya que no sólo se promueven reformas que nada tienen que ver con el TLC, sino que inclusive irían en contra de principios establecidos en este acuerdo, dejando de lado algunos otros compromisos expresamente establecidos, particularmente algunos referidos al tema forestal.

Las lecciones que nos deja la implementación en materia ambiental del TLC, debe ser un punto de partida para que nuestro país tome la iniciativa para cumplir y promover en el marco de otras negociaciones comerciales, los mejores mecanismos de garantía para estos estándares. Esta publicación busca ser un insumo para el debate y la urgente acción de control que debe ejercer el Congreso de la República, el tribunal Constitucional y los ciudadanos en defensa de los principios constitucionales que han sido vulnerados por estos decretos.

Alejandra Alayza Moncloa
Coordinadora Ejecutiva - RedGE

Introducción

Durante el primer semestre del año 2008, el Gobierno peruano promulgó noventa y nueve (99) decretos legislativos gracias a la delegación de facultades que le fuera otorgada en diciembre de 2007 por el Congreso de la República, con el objetivo de lograr la implementación de algunos temas vinculados al Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre el Perú y EE.UU., conocido como TLC.

Sin embargo, principalmente desde distintos ámbitos de nuestra sociedad, han surgido algunas dudas en torno a los beneficios y aportes de estos decretos legislativos, así como respecto de su legalidad y efectiva vinculación con los compromisos contenidos en el TLC antes señalado. Como consecuencia, a la fecha existen hasta tres grupos de trabajo en el propio Congreso de la República revisando estos decretos desde distintos enfoques, y asimismo, existen también varios procesos de revisión de los mismos desarrollados por organizaciones de la sociedad civil; siendo este trabajo precisamente producto de uno de ellos.

Con el propósito de lograr un análisis más integrado, el presente documento parte de un breve análisis de la 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, Ley N° 29157. En esta norma se establecen varias condiciones para la adecuada implementación de esta delegación, principalmente referidas a plazos, marco legal, materias y su estricta vinculación con los compromisos del TLC y a las medidas de competitividad para su aprovechamiento.

Esto significa, que esta no es una delegación abierta y general, sino que por el contrario, el Congreso de la República estableció condiciones que el Poder Ejecutivo debía cumplir de manera conjunta e integrada, y que el no cumplimiento de solo una de estas condiciones por parte de alguno de estos decretos legislativos, implica la ilegalidad de la norma o la

necesidad de sustentarla en un procedimiento legal distinto al de la Ley N° 29157 para su validez.

Asimismo, el presente trabajo incorpora una breve lista de los principales compromisos acordados entre Perú y EE.UU. en este TLC -específicamente del Capítulo Ambiental de este acuerdo comercial y de su Anexo 18.3.4, referido al manejo del sector forestal peruano- y asimismo, muestra un breve análisis de sus contenidos. Este análisis permite identificar con mayor claridad el nivel de compromisos que ambos países asumen para el desarrollo de sus políticas y normas ambientales frente a los compromisos comerciales y de inversión del propio TLC.

Además, se espera que este trabajo permita identificar la necesidad de mejorar los compromisos y contenidos de los capítulos ambientales de los acuerdos comerciales que en el futuro suscriba el Estado Peruano con otros países o bloques económicos.

Por otro lado, del total de decretos legislativos aprobados, se han revisado en este estudio con más detenimiento veintitrés (23) de ellos; referidos estrictamente a materias ambientales, y asimismo, catorce (14) decretos referidos a otras materias vinculadas a esta temática ambiental¹. No obstante, el presente documento se focaliza en brindar información únicamente sobre los decretos relacionados a la institucionalidad ambiental, y asimismo, respecto de aquellos referidos a la gestión de los recursos forestales, tierras de uso agrario y recursos hídricos, respectivamente.

Para ello, el documento desarrolla brevemente algunos antecedentes de estas normas, destaca aquellos contenidos más resaltantes y controversiales de estos decretos legislativos, y finaliza planteando algunas conclusiones respecto de la legalidad y su vinculación con el TLC, así como algunas recomendaciones para la solución de aquellos problemas y vacíos identificados. Para una lectura más fácil y ordenada, este

¹ Ver Anexo.

informe presenta también un resumen de las conclusiones y recomendaciones a las que se han arribado.

Finalmente, es necesario señalar que a través de este documento se busca brindar información sobre estos decretos de una manera más sistematizada y organizada, y asimismo, se pretende aportar elementos de juicio para un debate participativo sobre el ámbito de la institucionalidad y gestión ambiental que requiere el país, sobre la necesidad de un manejo adecuado del agua y de nuestros bosques, y sobre la importancia de lograr una legislación para una gestión de tierras públicas y privadas con pleno respeto de los derechos preexistentes de los pueblos indígenas y otras poblaciones locales. Esperamos que las conclusiones permitan también identificar propuestas de solución a los problemas planteados, que generen luego la construcción de procesos participativos para la reformulación de este marco institucional y legal.

1. Sobre los Decretos Legislativos aprobados por el Poder Ejecutivo peruano bajo la delegación de facultades de la Ley N° 29157²

Bajo el argumento de la necesidad de adecuar nuestra legislación a los compromisos asumidos en el TLC con EE.UU., el actual Gobierno del Perú solicitó al Congreso de la República las facultades para emitir decretos legislativos³ sobre diversas materias.

Como consecuencia, el Congreso aprobó en diciembre de 2007 la Ley N° 29157, vigente desde el 01 de enero de 2008, mediante la cual se delega en el Ejecutivo por un plazo de 180 días calendario, la facultad de legislar sobre materias específicas «...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.» (el subrayado es nuestro).

Las materias específicas señaladas en el numeral 2.1 de la Ley N° 29167 son las siguientes:

- 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.

² Un informe más exhaustivo sobre estos temas lo constituye el elaborado por Francisco José Eguiguren Praeli en su «Informe Jurídico Análisis de la Conformidad Constitucional del Uso de la Facultades Legislativas Otorgadas por el Congreso al Poder Ejecutivo Mediante la Ley N° 29157», de agosto de 2008.

³ Normas con rango de Ley emitidas por el Poder Ejecutivo previa delegación de facultades del Congreso.

- 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.
- h. Mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.

Asimismo, el numeral 2.2 de esta norma establece a continuación una condición más, referida a 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, sin perjuicio de la observación de las disposiciones constitucionales y legales...»*⁴ (el subrayado es nuestro).

En consecuencia, es importante anotar que el artículo 2º de la Ley N° 29157 contiene claramente dos requisitos a ser cumplidos por el Ejecutivo para la correcta aplicación de las facultades delegadas, y que el cumplimiento de solo uno de ellos no subsana la falta o ausencia de cumplimiento del otro requisito. En efecto, para la adecuada implementación de esta delegación de facultades, es indispensable cumplir no solo con las materias definidas en lista del artículo 2.1º de la Ley N° 29157, sino que además, se requiere que los decretos legislativos se encuentren *«estrictamente»* vinculados a los compromisos del TLC con EE.UU. y a las medidas de mejora de la competitividad económica necesarias para el aprovechamiento de este acuerdo comercial, y viceversa.

Todo aquello que no se sujete al cumplimiento de estas condiciones, no puede ser considerado dentro de las materias de delegación, y en consecuencia, deberá ser regulado fuera del régimen de excepción de la Ley N° 29157.

⁴ Artículo 2.2 de la Ley N° 29157.

Como consecuencia, a decir de varios expertos en materia constitucional, un importante número de los noventa y nueve (99) decretos legislativos aprobados por el Gobierno del Perú a partir de esta delegación de facultades legislativas, exceden ampliamente las facultades delegadas por el Congreso, por lo que devienen en inconstitucionales e ilegales.⁵

Un elemento importante a considerar además, está en la responsabilidad legal y política del gabinete del actual Gobierno, por el incumplimiento del artículo 90º del Reglamento del Congreso de la República⁶, el mismo que establece que el Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de los decretos legislativos emitidos, dentro de los tres días posteriores a su publicación, obligación que no se cumplió y que se encuentra pendiente aún.

⁵ «... 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 si mayor dificultad que ha predominado un uso extensivo y abusivo de los términos del contenido de la delegación...**». Francisco Eguiguren, Informe Jurídico «Análisis de la Conformidad Constitucional del uso de facultades legislativas otorgadas por el Congreso al Poder Ejecutivo mediante la Ley N° 29157». 05 de Agosto del 2008.

⁶ Artículo 90º del Reglamento del Congreso de la República: «*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 104º 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.»

2. Tratado de Libre Comercio (TLC) suscrito entre Perú y EE.UU.

Las negociaciones para el TLC se iniciaron en mayo de 2004 como respuesta al vencimiento del ATPDEA, vigente hasta diciembre de 2006. Este TLC fue suscrito por ambas partes en Washington D.C., EE.UU. el 08 de diciembre de 2005, ratificado por el Perú el 29 de junio de 2006, y ratificado por EE.UU. de manera definitiva el 04 de diciembre de 2007.

El TLC, incluyendo sus adendas, contiene un Preámbulo y 23 capítulos, además de varios anexos, cartas adjuntas, entendimientos y cartas de intercambio. El Capítulo 18 es el que está referido específicamente a la temática ambiental, el cual contiene reglas generales en materia de legislación ambiental y de diversidad biológica, y un anexo con compromisos detallados para el tema del comercio forestal maderable. Es este Capítulo 18 el que ha sido analizado con más detalle para efectos del presente informe, habiéndose identificado, entre otros temas, los siguientes aspectos de interés⁷:

- Para definir los niveles de protección ambiental en el marco de este tratado, ambos países han reconocido en el artículo 18.1 de este Capítulo Ambiental del TLC que *«el derecho soberano de cada una de las partes de establecer sus propios niveles de protección ambiental interno y sus prioridades de desarrollo ambiental, y, por consiguiente, de adoptar o modificar sus leyes y políticas ambientales, cada parte procurará asegurar de que sus leyes y políticas proporcionen y estimulen altos niveles de protección ambiental y se esforzará por seguir mejorando sus propios niveles de protección ambiental.»* (el subrayado es nuestro).
- Sobre la aplicación y observancia de las leyes ambientales, el artículo 18.3.1 del TLC establece que una parte no dejará de aplicar su legislación ambiental *«para cumplir con sus obligaciones bajo los acuerdos cubiertos, a través de un curso de acción o*

⁷ Los compromisos en material forestal del TLC serán analizados al momento de abordar dicha temática en el presente informe.

inacción sostenido o recurrente, de manera que afecte al comercio o a la inversión entre las partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo.» (el subrayado es nuestro).

- Por su parte el artículo 18.3.2 señala que «...es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en sus respectivas legislaciones ambientales. En consecuencia una parte no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar, dicha legislación de manera que debilite o reduzca la protección otorgada por aquella legislación de manera afecte el comercio o la inversión entre las Partes.» (el subrayado es nuestro).
- Respecto de la diversidad biológica, ambas partes «...se mantienen comprometidas a promover y fomentar la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica y todos sus componentes y niveles, incluyendo plantas, animales y hábitats, y reiteran sus compromisos en el artículo 18.1.»⁸ (el subrayado es nuestro).
- Este capítulo señala la importancia de los acuerdos ambientales multilaterales, reconociendo como compromiso de ambas partes, en este acuerdo comercial y en específico de este Capítulo Ambiental, el de adoptar, mantener o legislar «...para cumplir con sus obligaciones bajo los acuerdos ambientales multilaterales listados en el anexo 18.2 (acuerdos cubiertos)»⁹, encontrándose en dicha lista los siguientes acuerdos ambientales internacionales:
 - a) «Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), dado firmado en Washington, 3 de marzo de 1973, enmendado;
 - b) Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, dado en Montreal, 16 de septiembre de 1987, modificado y enmendado;

⁸ Artículo 18.11.2 del TLC Perú - EE.UU.

⁹ Artículo 18.2 del TLC Perú - EE.UU.

- c) *Protocolo de 1978 Relativo al Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques*, dado en Londres, 17 de febrero de 1973, enmendado;
 - d) *Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas*, dada en Ramsar, 2 de febrero de 1971, enmendado;
 - e) *Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos*, dada en Canberra, 20 de mayo de 1980;
 - f) *Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena*, dada en Washington, 2 de diciembre de 1946; y
 - g) *Convención para el establecimiento de una Comisión Interamericana del Atún Tropical (CIAT)*, dada en Washington, 31 de mayo de 1949".
- Para el tema del manejo del sector forestal, establecido en el Anexo 18.3.4, ambos países se comprometen a combatir el comercio asociado a la tala ilegal y el comercio ilegal de fauna silvestre.
 - Ambos países se comprometen a cooperar en la aplicación de los compromisos asumidos por el Gobierno peruano, incluyendo el fortalecimiento de capacidades y otras medidas para promover el manejo sostenible de los recursos forestales. El fortalecimiento de capacidades puede incluir:
 - a) Fortalecer el marco legal e institucional de la propiedad forestal y el comercio internacional de productos forestales.
 - b) Fortalecer la capacidad institucional para el cumplimiento de las normas forestales y el comercio internacional de productos forestales.
 - c) Mejorar el desempeño del sistema de concesiones forestales.
 - d) Aumentar la participación del público y mejorar la transparencia en las decisiones sobre planificación y manejo de los recursos forestales.

- Se establece la realización de auditorias periódicas y verificaciones de los productores y exportadores y la identificación de medidas de observancia, para lo cual se han definido en este anexo los procesos y plazos de las acciones que cada parte debe realizar.
- Existe el compromiso de trabajar en el marco de la CITES, estableciendo que ninguna de las medidas de este anexo limitará las facultades de ninguna de las partes a tomar medidas consistentes con sus propias leyes de aplicación de la CITES.
- Se señala la creación de un Subcomité de Manejo del Sector Forestal, para facilitar la cooperación prevista en este anexo y para propiciar un foro de intercambio de opiniones e información entre las partes sobre cualquier asunto derivado de la aplicación de este anexo. Este subcomité está supeditado al Comité de Comercio de Mercancías y al Consejo de Asuntos Ambientales.
- Se acuerda el establecimiento por parte de cada país de un proceso para que el público presente comentarios sobre cualquier asunto comprendido en este anexo, debiendo compartirlos con la otra parte si son de dominio público.
- Se define un examen de la aplicación de este anexo a los tres años de entrada en vigor el TLC.

Como parte de los compromisos asumidos unilateralmente por el Perú dentro del tema del manejo del sector forestal, se incluyen:

- El compromiso de aumentar los recursos humanos y herramientas para el cumplimiento de la legislación forestal peruana relacionada con la tala y el comercio de productos madereros:
 - a) Más personal en los parques nacionales y concesiones y en áreas indígenas protegidas en la legislación peruana con recursos forestales.

- b) Desarrollar un plan anticorrupción para los funcionarios y personal del sector forestal.
- Establecer medidas de disuasión de responsabilidad civil y penal para toda medida que obstaculice o socave el manejo forestal sostenible del Perú.
- Imponer sanciones civiles y penales para desincentivar conductas violatorias al marco legal peruano en relación a la extracción y comercio de productos madereros.
 - a) Aumentar las penas en el Código Penal.
 - b) Suspensión del derecho de exportación del producto forestal obtenido de la infracción de una ley.
- Implementación de políticas de monitoreo de las especies enumeradas en cualquier apéndice de la CITES ¹⁰:
 - a) Inventario integral con análisis de las poblaciones de estas especies.
 - b) Estudios técnicos para fijar rendimientos de productos.
 - c) Análisis técnico y actualización periódica de este inventario y de los estudios de rendimiento, cuyos resultados deben ser públicos.
- Concluir y adoptar un plan estratégico para implementar el apéndice II de la CITES, incluyendo la caoba de hoja ancha, por decreto o resolución del gobierno central, procurando los recursos financieros para el desarrollo del plan.
- Establecer una cuota anual de exportación de caoba de hoja ancha (trozas, madera aserrada, láminas de chapa de madera y madera terciada) conforme al artículo IV de la CITES y el ase-

¹⁰ Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres.

soramiento de la autoridad científica CITES del Perú para especies forestales:

- a) Incluir en la cuota anual solo la caoba extraída de concesiones o tierras de comunidades indígenas en las que el INRENA haya aprobado y verificado el Plan Operativo Anual, sujeto a la supervisión del Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (OSINFOR).
 - b) Asegurar que la cuota de exportación considere el inventario integral de las poblaciones de estas especies, los estudios técnicos para fijar los rendimientos y las actualizaciones periódicas de los mismos.
 - c) Asegurar que la cuota de exportación no supere lo recomendado por la Autoridad Científica CITES para especies forestales.
- Mejorar la administración y manejo de las concesiones forestales:
 - a) Complementar los mecanismos existentes para implementar un proceso competitivo y transparente para la adjudicación de concesiones.
 - b) Revisar los planes operativos anuales de esas concesiones, publicar aquellos aprobados, y verificar periódica y oportunamente su cumplimiento.
 - c) Inspeccionar físicamente las áreas designadas para la extracción de especies enumeradas por la CITES antes de aprobar o verificar un plan operativo, y redactar un informe que estará a disposición del público.
 - Crear y promover el uso de herramientas que complementen y fortalezcan los controles normativos y los mecanismos de verificación para la extracción y comercio de productos madereros:
 - a) Tomando en cuenta las opiniones de las comunidades indígenas y locales, las ONG y el sector privado.

- b) Diseñando sistemas para verificar el origen y la cadena de custodia de especies enumeradas por la CITES y para rastrear las especies desde su extracción hasta su exportación.
 - c) Aplicando plenamente el marco legal forestal y fortaleciendo las instituciones responsables de hacer cumplir estas leyes y cualquier aspecto del manejo forestal en el Perú. Se establecerá el OSINFOR conforme a la Ley N° 27308.
 - d) Identificando un punto focal encargado de investigar las infracciones a las normas forestales.
- Fortalecer, proteger y elevar la capacidad de las comunidades indígenas de manejar sus tierras para la producción de madera comercial.
 - Identificar adecuadamente las áreas protegidas y las concesiones.

De la revisión de este Capítulo Ambiental del TLC con EE.UU. podemos obtener las siguientes **conclusiones** generales:

2.1 Salvo en el tema del sector forestal, no se prevén instrumentos vinculantes para la mejora en la gestión ambiental en el Perú. Asimismo, no se establecen compromisos efectivos para el cumplimiento de la legislación ambiental existente en cada país, salvo en aquellos casos en que se pudiera afectar las inversiones y el comercio materia de este acuerdo.

En efecto, este Capítulo Ambiental del TLC en realidad está básicamente enfocado en lograr la aplicación de la legislación ambiental de cada país en la medida en que se afecten las inversiones y comercio entre ambos¹¹ En esa misma idea, el artículo 18.3.2 de este TLC

¹¹ Artículo 18.3.1 (a) del TLC Perú - EE.UU.: «Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación ambiental, y sus leyes, reglamentos y otras medidas para cumplir con sus obligaciones bajo los acuerdos cubiertos, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, **de manera que afecte al comercio o la inversión entre las Partes**, después de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo.» (El subrayado y las letras en negritas es nuestro).

reconoce «...*que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en sus respectivas legislaciones ambientales...*», y a continuación establece el compromiso para ambas partes de no debilitar ni reducir la protección otorgada por dicha legislación dejándola sin efecto o derogándola «...*de manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes*».

Esto significa que, con excepción del tema del sector forestal en el Perú, el cual es tratado bajo una óptica de aprovechamiento y comercio de madera, para efectos de este TLC ambas partes asumen compromisos concretos de no debilitar su marco legal ambiental solo en la medida en que no se afecten los compromisos de inversión y de comercio establecidos en el acuerdo, dejando de lado un estricto cumplimiento de importantes principios y normas ambientales (cambio climático, diversidad biológica, etc.) y sociales (pueblos indígenas, etc.) reconocidos e incorporados por ambos países a través de compromisos internacionales y de su propio marco legal.

Es decir, si no se afecta el comercio o la inversión pero se debilita este marco legal ambiental, no procedería ningún procedimiento de investigación de infracciones al TLC o de consultas sobre su efectiva implementación, conforme a los mecanismos establecidos en dicho acuerdo¹².

Esto probablemente es consecuencia de una errónea y excesiva interpretación de soberanía y del derecho a priorizar el desarrollo ambiental de cada país establecido en el artículo 18.1 de este Capítulo Ambiental del TLC, motivo por el cual, en general, este acuerdo comercial se limita únicamente a *promover* altos estándares y niveles de protección en las políticas y leyes ambientales de ambos países.

No obstante, existen otras experiencias interesantes en las que estos acuerdos comerciales han definido obligaciones más estrictas de

¹² Artículo 18.6, 18.7, 18.8, 18.9 y 18.12 del TLC Perú – EE.UU.

cumplimiento del marco legal ambiental interno e internacional sin «renunciar» a la soberanía de cada país, que pudieron servir de base para la negociación de este Capítulo Ambiental del TLC con EE.UU. Un caso concreto es el TLC suscrito entre Chile y Canadá, en el que se estableció puntualmente la obligación de ambas partes a *garantizar* altos estándares en su legislación ambiental¹³, para lo cual cada parte *deberá aplicar de manera efectiva* sus leyes y reglamentos ambientales¹⁴, así como todos los acuerdos internacionales suscritos por cada país sobre estas materias¹⁵, -normas y acuerdos que fueron detallados en una lista que figura como apéndice- para finalmente, definir mecanismos y procedimientos para un efectivo cumplimiento de estos acuerdos, sin que ello implique cesión de soberanía o injerencia externa en la definición de sus prioridades.

En ese sentido, preocupa la errónea información proporcionada públicamente por diferentes autoridades peruanas respecto del verdadero nivel de protección de la legislación ambiental del país a partir del TLC con EE.UU., legislación que además es consecuencia de un proceso de maduración y desarrollo de dieciocho años en el Perú. Preocupa además, la debilidad con la que se ha regulado estos temas en un instrumento de intercambio comercial que puede generar importantes impactos ambientales y sociales para un país con tan importantes características de interculturalidad y diversidad biológica como el nuestro.

2.2 Solo se establecen obligaciones concretas para la implementación de un reducido número de acuerdos ambientales internacionales.

En efecto, a diferencia de lo establecido en el TLC suscrito entre Chile y Canadá antes mencionado, el Capítulo Ambiental del TLC entre

¹³ Artículo 3 del Acuerdo de Cooperación Ambiental del TLC Chile – Canadá.

¹⁴ Artículo 5 del Acuerdo de Cooperación Ambiental del TLC Chile – Canadá.

¹⁵ Artículo 40 del Acuerdo de Cooperación Ambiental del TLC Chile – Canadá: «Ninguna disposición de este acuerdo se interpretará en el sentido de afectar los derechos y obligaciones de cualquiera de las partes conforme a otros acuerdos internacionales ambientales, incluso acuerdos de conservación, del que tal Parte sea parte.»

Perú y EE.UU. plantea que cada parte debe adoptar, mantener e implementar normas y medidas para *cumplir* con sus obligaciones únicamente respecto «...de los acuerdos ambientales multilaterales listados en el anexo 18.2 («acuerdos cubiertos»)».

Como consecuencia, aquel país que se considere afectado (i) solo en aspectos sobre comercio e inversión, (ii) puede legítimamente argumentar y demostrar que el otro país no ha cumplido con adoptar, mantener o implementar leyes, reglamentos u otras medidas para cumplir una obligación contenida (iii) únicamente en alguno de estos acuerdos ambientales multilaterales.

Por su parte, en caso exista alguna «*inconsistencia*» entre las obligaciones de una de las partes en este acuerdo comercial con respecto de algunas de las obligaciones reguladas en estos acuerdos ambientales multilaterales - los de la lista -, se asume el compromiso de tratar de equilibrar ambas obligaciones, «...pero eso no impedirá que la parte adopte una medida en particular para cumplir con sus obligaciones conforme al acuerdo cubierto, siempre que el objeto principal de la medida no sea imponer una restricción encubierta al comercio.»¹⁶ (el subrayado es nuestro).

2.3 Tomando en consideración todo ello, el TLC podría permitir la priorización del cumplimiento de los compromisos comerciales establecidos en este acuerdo por sobre las obligaciones ambientales de ambos países.

2.4 Para futuros Tratados de Libre Comercio o acuerdos comerciales en general, a ser celebrados por el Estado Peruano, y en donde se desarrollen compromisos en materia ambiental, se debe tomar como base otras experiencias como la del Capítulo Ambiental del TLC Chile - Canadá, y mejorarlas en base a nuestra realidad.

¹⁶ Artículo 18.13.4 del TLC Perú – EE.UU.

3. Institucionalidad ambiental - Ministerio del Ambiente (MINAM)

A partir de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo N° 757, de fecha 13 de noviembre de 1991, se estableció que las autoridades competentes en materia ambiental - referidas en el Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales del año 1990 vigente a esa fecha - serían los sectores (ministerios) o los fiscalizadores de las actividades empresariales, sin perjuicio de las competencias de los Gobiernos Regionales¹⁷ y Locales¹⁸.

Por otro lado, el Instituto Nacional de Recursos Naturales - INRENA, creado por Decreto Ley N° 25902 de fecha 27 de noviembre de 1992 adscrito al Ministerio de Agricultura; asumía el encargo de «*promover el uso racional y la conservación de los recursos naturales con la activa participación del Sector Privado. Asimismo, podrá realizar estudios de pre-inversión en las áreas de pequeñas obras de irrigación, mejoramiento de infraestructura de riego y drenaje, recuperación de tierras afectadas por problemas de salinidad y drenaje, aprovechamiento de aguas subterráneas y de aguas servidas tratadas*». Para ello, se elaboró un marco legal institucional¹⁹ en el que dicho instituto se estructuraba básicamente en función a tres intendencias: La Intendencia Forestal, la Intendencia de Recursos Hídricos y la Intendencia de Áreas Naturales Protegidas.

Asimismo, en 1994 mediante Ley N° 26410, se crea el Consejo Nacional del Ambiente (CONAM), inicialmente encargado de proponer, coordinar,

¹⁷ Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27867, de fecha 18 de noviembre de 2002.

¹⁸ Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972, de fecha 27 de mayo de 2003.

¹⁹ El Reglamento de Organización y Funciones del INRENA, aprobado mediante D.S. 02-2003-AG, señala que esta institución es la autoridad encargada de «...*realizar y promover las acciones necesarias para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables, la conservación de la diversidad biológica silvestre y la gestión sostenible del medio ambiente rural, mediante el enfoque de ordenamiento territorial por cuencas y su gestión integrada, estableciendo alianzas estratégicas con el conjunto de actores sociales y económicos involucrados*».

dirigir y evaluar la Política Nacional Ambiental y el Plan Nacional de Acción Ambiental, y luego con atribuciones adicionales²⁰ en materia del marco general de evaluación y gestión ambiental, manejo de residuos sólidos y coordinación intersectorial de la diversidad biológica²¹, manteniéndose sin embargo en los ministerios y otras instituciones el licenciamiento y fiscalización de las actividades desarrolladas por las empresas u otros que generen impactos ambientales²².

No obstante, esta estructura de la institucionalidad ambiental peruana no funcionó al ritmo de los retos y necesidades planteados en la realidad del país. Por esa razón, y desde hace varios años, diversas instituciones y personas vinculadas al tema, solicitamos reformas estructurales en la institucionalidad ambiental peruana en la medida que ello signifique una mejora sustancial en la gestión ambiental del país, tomando en consideración la experiencia generada en estos últimos dieciocho años²³, así como en los procesos y dinámicas nacionales e internacionales en materias ambientales más específicas, como conservación de la diversidad biológica, cambio climático, entre otros.

Sin embargo, este pedido fue permanentemente descartado por sucesivos gobiernos peruanos. Fue más bien el planteamiento del Banco

²⁰ Atribuciones adicionales que se dieron a través de la promulgación de las Leyes N° 26786, 26839, 27104 y 27314.

²¹ El Reglamento de Organización y Funciones del CONAM, aprobado mediante D.S. N° 022-2001-PCM, establece que la misión de esta institución es «...promover el desarrollo sostenible propiciando un equilibrio entre el crecimiento económico, la protección del ambiente y el bienestar social», precisando a continuación como finalidad y objetivo de esta autoridad, entre otros, el de conducir «...el proceso de coordinación intersectorial con el Gobierno Central, Gobiernos Regionales y Locales y el de elaboración de estrategias y concertación de políticas, normas, plazos y metas con las instituciones y organizaciones de la sociedad civil, con miras a promover el Desarrollo Sostenible».

²² Conforme al Decreto Legislativo N° 757.

²³ Desde 1990, fecha en que entró en vigencia el derogado Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales.

Mundial²⁴ sobre la necesidad de una reforma institucional ambiental²⁵, así como los requerimientos de una mejora en la gestión estatal en megaproyectos planteada por las Instituciones Financieras Internacionales - IFIS²⁶ que aprobaron el préstamo para el Proyecto Camisea II o Proyecto Perú LNG²⁷, lo que hizo posible que el 20 de diciembre de 2007, luego de un viaje a Washington, EE.UU., el actual Presidente de la República anunciara finalmente la decisión de crear el Ministerio del Ambiente en el Perú²⁸. No obstante, más allá de las razones «oficiales y no oficiales» para proponer la creación de un Ministerio del Ambiente en el Perú, este hecho se consideró un aspecto positivo y una oportunidad única para alcanzar la ansiada mejora de la gestión ambiental en el país.

A partir del referido anuncio oficial, se genera en el Perú una especie de «competencia» por la elaboración de propuestas normativas para la creación de dicho ministerio al interior del propio Poder Ejecutivo²⁹ que en menos de 15 días ya tenía elaborada una propuesta³⁰, a pesar de existir desde hace varios meses atrás un proceso de reforma institucional ambiental desarrollado desde el Congreso de la República⁽³¹⁾⁽³²⁾. Luego

²⁴<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/ENVIRONMENT/0,,contentMDK:20441326~pagePK:210058~piPK:210062~theSitePK:244381,00.html>

²⁵ Banco Mundial. «Análisis Ambiental del Perú: Retos para un desarrollo sostenible». Mayo de 2007 http://siteresources.worldbank.org/INTPERU/SPANISH/Resources/Resumen_Ejecutivo_FINAL_publicado_corregido_Junio_11.pdf

²⁶ Banco Interamericano de Desarrollo – BID, EE.UU. Export - Import Bank – EXIMBANK EE.UU., Corporación Financiera Internacional – IFC del Banco Mundial.

²⁷ Basados en la deficiente experiencia de la gestión del Gobierno Peruano en el proyecto Camisea I, hechos ampliamente demostrados por grupos de organizaciones y personas de la sociedad civil nacional e internacional.

²⁸ <http://www.elcomercio.com.pe/ediciononline/HTML/2007-12-20/alan-garcia-propone-creacion-ministerio-medio-ambiente.html>

²⁹ Proceso liderado inicialmente por el Ministerio de Energía y Minas. http://www.elcomercio.com.pe/ediciononline/HTML/2007-10-13/para_el_ministerio_de_energia.html

³⁰ <http://www.elcomercio.com.pe/ediciononline/HTML/2007-12-26/la-proxima-semana-presentan-proyecto-ministerio-medio-ambiente.html>

³¹ Proceso liderado por la entonces Presidenta de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología, Sra. Gloria Ramos Prudencio.

³² <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf> Con fecha 21 de diciembre de 2007 se presenta el proyecto de Ley N° 2026/2007-CR mediante el cual se propone crear el Ministerio del Ambiente y los Recursos Naturales.

de presentadas algunas de las propuestas del Poder Ejecutivo, y como consecuencia de este apresuramiento, se generan varios cuestionamientos y aportes por parte diversas organizaciones⁽³³⁾⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾ y expertos⁽³⁶⁾⁽³⁷⁾⁽³⁸⁾⁽³⁹⁾ vinculados a la temática ambiental respecto de los contenidos y los procesos para lograr una mejor gestión ambiental en el país a través de una adecuada reforma institucional. Los temas planteados estuvieron referidos, entre otros, a:

- a) Creación de un Ministerio del Ambiente a través de una ley expedida por el Congreso, lo cual permitiría un proceso más participativo y transparente de intercambio de opiniones y de aportes.
- b) Necesidad de una política ambiental explícita para el país, elaborada y aprobada desde el propio Ministerio del Ambiente.
- c) Necesidad de integrar la gestión ambiental del Gobierno Nacional en el Ministerio del Ambiente, y de desarrollar adecuados instrumentos de coordinación con otras autoridades del gobierno nacional, y con los Gobiernos Regionales y Locales.
- d) Definición de un Ministerio del Ambiente como ente rector de un Sistema Nacional de Gestión Ambiental que responda a esta nueva estructura organizativa.

³³ COOPERACIÓN. «Algunos comentarios sobre la propuesta del Ejecutivo de la Ley de Creación del Ministerio del Ambiente». Enero de 2008.

³⁴ Defensoría del Pueblo. «Mirada estratégica de la Institucionalidad Ambiental en el Perú. La partida: los resultados esperados». 10 de Enero de 2008.

³⁵ Defensoría del Pueblo. «Puntos Críticos y Esenciales para el Éxito de la Reforma Ambiental en el Perú». Enero de 2008.

³⁶ Marc Dourojeanni. «Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales». Enero de 2008.

³⁷ Iván Lanegra. «Análisis del Proyecto de Ley del Ejecutivo sobre el Ministerio del Medio Ambiente». Enero de 2008.

³⁸ Pronunciamiento de diversos expertos promovido por la Sociedad Nacional del Ambiente. «Un Ministerio del Ambiente para el Desarrollo Sostenible del País». Enero de 2008.

³⁹ Julio Díaz Palacios. «Conclusiones del Conversatorio: La Creación del Ministerio del Ambiente; Algunas Propuestas para el Debate y la Construcción de Consensos». 23 de Enero de 2008.

- e) Efectiva promoción del desarrollo de la investigación y educación ambiental.
- f) Transferencia al Ministerio del Ambiente de las funciones y competencias de evaluación, licenciamiento, control, fiscalización y sanción en materia ambiental, sin excepción del sector minero energético, y considerando las respectivas funciones y competencias a ser transferidas a otros niveles de gobierno, en un proceso de descentralización que facilite el ordenamiento territorial del país.
- g) Efectiva conservación y manejo integral de nuestra diversidad biológica, y en especial del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE).
- h) Mejora de la gobernabilidad ambiental y una efectiva participación ciudadana.
- i) Establecimiento de mecanismos que aseguren la sostenibilidad financiera del Ministerio del Ambiente.
- j) Efectiva implementación de los compromisos ambientales internacionales.

Con el argumento de integrar las recomendaciones planteadas⁴⁰, el Gobierno del Perú anuncia la conformación de una comisión para la elaboración de una propuesta de norma para la creación del Ministerio del Ambiente⁴¹, aprobando con fecha 29 de enero de 2008 la Resolución Ministerial N° 025-2008-PCM, mediante la cual decide crear un Grupo de Trabajo Multisectorial presidida por el Sr. Antonio Brack Egg, quien debía «... *determinar la relación de los profesionales del Sector Público*

⁴⁰ Quinto considerando de la R.M. N° 025-2008-PCM: «*Que considerando la complejidad temática y normativa, así como la transectorialidad de la política medioambiental es necesario conformar un grupo de trabajo multisectorial que se encargue de revisar la propuesta y proponer un Ministerio del Medio Ambiente con las competencias y estructura orgánica que garantice la continuidad de la promoción de la inversión privada en la explotación de los recursos y realización de actividades productivas con la protección ambiental y la equidad social, permitiendo una mejor calidad de vida a nuestra población*».

⁴¹ <http://www.elcomercio.com.pe/ediciononline/HTML/2008-01-10/brack-liderara-comision-crear-ministerio-medio-ambiente.html>

que integrarán el Grupo, y convocará a los profesionales especialistas del Sector Privado que considere necesario para la revisión y elaboración de la propuesta de Ley de creación del Ministerio del Ambiente...»⁴² (el subrayado es nuestro), estos últimos a título personal. Esta Comisión debía elaborar en un plazo no mayor de 20 días calendario:

- a) El diagnóstico de la problemática ambiental del país,
- b) La propuesta de una Política Ambiental y
- c) El Proyecto de Ley que crea el Ministerio del Ambiente y su respectiva Exposición de Motivos.

El grupo de trabajo se instaló el 01 de febrero de 2008 y entregó su propuesta final al Gobierno del Perú con fecha 03 de Marzo de 2008, esto es, 12 días calendario antes del vencimiento del plazo otorgado⁴³. Sin embargo, y no obstante el argumento de recabar opiniones de la sociedad civil para la elaboración de esta propuesta, literalmente establecido en la Resolución Ministerial N° 053-2008-PCM, nunca existió un proceso de participación ciudadana.

Por el contrario, no obstante la propuesta presentada por este «Grupo de Trabajo Multisectorial» a la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Agricultura logra el 12 de marzo de 2008 la aprobación del Decreto Legislativo N° 997, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura, por la cual define como ámbito de su competencia, entre otros, las tierras forestales, los recursos forestales y su aprovechamiento, la flora y la fauna, y los recursos hídricos⁴⁴, restándole de esta manera parte de las competencias y funciones que requería el futuro Ministerio del Ambiente para una efectiva gestión ambiental y de la diversidad biológica.

⁴² Artículo 2 de la R.M. N° 025-2008-PCM.

⁴³ La Resolución Ministerial N° 053-2008-PCM amplió el plazo hasta el 15 de marzo de 2008 bajo el argumento de «recabar la opinión de los gremios interesados y de las instituciones representativas de la sociedad civil».

⁴⁴ Artículo 4.2 del Decreto Legislativo N° 997.

En efecto, el Decreto Legislativo N° 997 define como funciones del Ministerio de Agricultura para el cumplimiento de sus competencias exclusivas, entre otras:

- a) Dictar las normas para la gestión integral, social, eficiente y moderna de los recursos hídricos.
- b) Dictar las políticas nacionales para el aprovechamiento y desarrollo sostenible de los recursos forestales, la flora y la fauna, en concordancia con la Política Nacional del Ambiente.
- c) Otorgar, reconocer, modificar o cancelar derechos a través de autorizaciones, permisos, licencias y concesiones, de acuerdo a las normas de la materia y en el ámbito de su competencia, entre ellas, los recursos hídricos, forestales y de flora y fauna.

Finalmente, la Primera Disposición Complementaria Final de este Decreto Legislativo N° 997 crea la Autoridad Nacional del Agua (ANA), como organismo público adscrito al Ministerio de Agricultura, *«...responsable de dictar las normas y establecer los procedimientos para la gestión integrada y sostenible de los recursos hídricos ...»* y *«... encargada de la Política y Estrategia Nacional de Recursos Hídricos y el Plan Nacional de Recursos Hídricos, ejerciendo potestad sancionadora en la materia de su competencia, aplicando las sanciones de amonestación, multa, inmovilización, clausura o suspensión por las infracciones que serán determinadas por Decreto Supremo...»* .

Con la aprobación de este Decreto Legislativo N° 997, resultaban evidentes las contradicciones existentes dentro del propio Poder Ejecutivo respecto de lo que debieran ser las competencias y funciones de un Ministerio del Ambiente que responda adecuadamente a las necesidades del país, y por otro lado, permitía visibilizar la poca transparencia y participación pública para la toma de decisiones. Finalmente, esto contradecía también los argumentos de la decisión del propio Gobierno del Perú de crear un Grupo de Trabajo Multisectorial, integrado por funcionarios de varios ministerios del Poder Ejecutivo y

de algunos expertos del sector privado, con un mandato claro de proponer una ley de creación de este Ministerio del Ambiente, se entiende, para la mejora de la gestión ambiental en el Perú.

En este contexto, con fecha 14 de mayo de 2008 se publica en el diario oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 1013, mediante el cual se aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente. Sin embargo, además de las competencias y funciones ya reservadas al Ministerio de Agricultura con la aprobación del Decreto Legislativo N° 997 antes señalado, esta norma tampoco recoge muchas de las propuestas planteadas por la referida «Comisión Brack», debido a la reformulación de la misma por parte de varios Ministros de Estado⁴⁵, que sin ser necesariamente especialistas en estos temas, al igual que el Ministro de Agricultura, intentaban defender los que ellos consideraban sus «feudos» o competencias, sin analizar precisamente el carácter transectorial que requería el Ministerio del Ambiente para mejorar la gestión ambiental en el país.

En efecto, las principales propuestas «novedosas» de esta «Comisión Brack» no recogidas en el Decreto Legislativo N° 1013 son:⁴⁶

- a) Respecto de las funciones del Ministerio del Ambiente, se eliminaron:
 - Elaboración y seguimiento de la Política Nacional Ambiental, las políticas específicas que se establezcan; la normatividad ambiental y la valoración de los recursos naturales y del ambiente.
 - Otorgar concesiones, licencias, permisos y autorizaciones en el marco de la legislación ambiental, en caso no se haya asignado esta competencia a otros sectores o Gobiernos Regionales o Locales. Además, dictar en coordinación con las autoridades competentes, normas y lineamientos técnicos para

⁴⁵ <http://www.andina.com.pe/Espanol/Noticia.aspx?id=gKgkhe6HVKI=>

⁴⁶ Información obtenida de la «Propuesta de Ley del Ministerio del Ambiente y Exposición de Motivos». Grupo de Trabajo Multisectorial Propuesta para un Ministerio del Ambiente (R.M. N° 025-2008-PCM). Marzo de 2008.

el otorgamiento y reconocimiento de derechos a través de autorizaciones, permisos, licencias y concesiones.

- Aprobar y fiscalizar los Estudios Ambientales Estratégicos⁴⁷ y Estudios de Impacto Ambiental de proyectos de inversión de gran envergadura o que puedan afectar sensiblemente el ambiente⁴⁸. Se elimina también la posibilidad de realizar acciones de fiscalización ambiental especiales.
- Evaluar, junto con las autoridades competentes, la eficacia y eficiencia de los programas de adecuación y manejo ambiental.
- Supervisar y sancionar el adecuado cumplimiento de las responsabilidades de los diferentes niveles de Gobierno sobre la gestión de todo tipo de residuos sólidos, control y re-uso de los efluentes líquidos y la contaminación del aire.
- La planificación y coordinación de los procesos sectoriales, regionales y locales del ordenamiento territorial y del uso y recuperación de los suelos.
- El desarrollo estratégico del patrimonio forestal y de la fauna silvestre estableciendo el ordenamiento y los criterios para la protección y la recuperación de los bosques, manejo de la fauna silvestre y la conservación de las especies en peligro⁴⁹.
- Elaborar, dirigir y supervisar la Política Nacional de Recursos Hídricos y Cuencas y dirigir el Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos y Cuencas.

⁴⁷ El Decreto Legislativo N° 1078 modifica la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental incorporando al dicho sistema la Evaluación Ambiental Estratégica EAE como instrumento de evaluación de los impactos ambientales de las políticas, planes y programas del nivel nacional, regional y local. La autoridad proponente de estas políticas, planes y programas es quien debe aplicar esta EAE y el MINAM emite previamente un Informe Ambiental que «orientará la adecuada toma de decisiones que prevenga daños al ambiente».

⁴⁸ El Decreto Legislativo N° 1039, modifica el Decreto Legislativo N° 1013, e incorpora como función del Ministerio del Ambiente la posibilidad de revisar de manera aleatoria los EIAs aprobados por otras autoridades, sin señalar como se definirán los EIAs a revisar ni el proceso para ello.

⁴⁹ No obstante, posteriormente se aprueba el Decreto Legislativo N° 1079, por el cual se recupera parte de estas funciones. Artículo 2: «La autoridad competente para administrar el patrimonio forestal, flora y fauna silvestre de las áreas naturales protegidas y sus servicios ambientales es el Ministerio del Ambiente a través del Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas».

- Elaborar y aprobar normas y disposiciones para el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos hídricos, en el ámbito de su competencia.
- Implementar, organizar, dirigir y administrar la información de recursos hídricos, el Registro Nacional de Derechos del Agua, el Registro Nacional de Vertimientos y el Registro Nacional de Organizaciones de Usuarios del Agua.
- Declarar el agotamiento de las fuentes naturales, de las zonas de veda y de las cuencas o subcuencas en estado crítico con necesidad de rehabilitación.
- Evaluar la política sobre Áreas Naturales Protegidas y aprobar el Plan Director del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE). Aprobar los instrumentos de gestión y planificación de las áreas naturales protegidas de administración nacional.
- Emitir opinión previa vinculante en aquellos proyectos de inversión que puedan afectar las áreas naturales protegidas de administración nacional y sus zonas de amortiguamiento⁵⁰, y en consecuencia, aprobar los criterios técnicos aplicables para la emisión de dichas opiniones previas vinculantes.
- Otorgar derechos de uso y aprovechamiento a través de concesiones, autorizaciones y permisos u otros mecanismos para realizar actividades inherentes a los objetivos y funciones de las Áreas Naturales Protegidas de administración nacional en el ámbito de su competencia.
- Promover, otorgar y regular derechos por los servicios ambientales y otros mecanismos similares generados por las áreas naturales protegidas bajo su administración.
- Elaborar o revisar, junto con otras autoridades competentes, las Estrategias Nacionales de Diversidad Biológica, de Cambio Climático, de Lucha contra la Desertificación y la Sequía, de

⁵⁰ El Decreto Legislativo N° 1039, modifica el Decreto Legislativo N° 1013 y traslada del viceministro de Desarrollo Estratégico de los Recursos Naturales al Ministro del Ambiente la función de «*diseño de la política y estrategia nacional de gestión integrada de las áreas naturales protegidas, así como supervisar su implementación*», con lo cual no se logra el nivel de la propuesta inicial de la Comisión Brack sobre estos temas.

Contaminantes Orgánicos Persistentes, así como de otros Acuerdos Internacionales relacionados a sustancias químicas, y coordinar la elaboración periódica de los informes nacionales sobre la materia.

- Implementar la Estrategia Nacional de Cambio Climático.

b) Respecto de la estructura organizativa del Ministerio del Ambiente, se eliminó:

- La creación de un Organismo Técnico especializado adscrito al Ministerio del Ambiente, encargado de la gestión estratégica de los recursos hídricos y cuencas, y que se constituya en la autoridad técnico normativa en la materia.
- La creación de una oficina general encargada de la coordinación con los Gobiernos Regionales y la prevención y manejo de asuntos socio-ambientales.
- La creación de una oficina general encargada de promover sinergias para la aplicación de la política ambiental interna vinculada con los Acuerdos Ambientales Internacionales, consolidar la posición nacional de sostenibilidad ambiental en relación con los acuerdos internacionales para fomentar las potencialidades comerciales del país; intervenir, en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores y los sectores correspondientes, en la negociación de acuerdos internacionales vinculados con la materia ambiental; y proponer mecanismos que faciliten la inversión, y la cooperación técnica y financiera internacional.
- La creación de una oficina general encargada del planeamiento estratégico de la gestión ambiental y de los recursos naturales del país; la dirección del Sistema Nacional de Información Ambiental (SINIA); la coordinación, preparación y difusión de los Informes sobre la «Situación del Ambiente».
- Se modifica el nombre propuesto por la Comisión Brack de «Organismo de Supervisión y Fiscalización Ambiental» por el de Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, sin embargo las funciones son exactamente las mismas -fiscalizar,

supervisar, controlar y sancionar- y en ningún momento se incorpora la función de evaluar.

- Se modifica la propuesta de la «Comisión Brack» que plantea una nueva estructura representativa del Directorio del Fondo Nacional para Áreas Naturales Protegidas por el Estado (PROFONANPE), restándole finalmente un miembro a las ONGs de reconocida experiencia en ANP e incorpora un representante de los gremios empresariales, sin definir el nivel de experiencia de los mismos.

No obstante que la propuesta de la llamada «Comisión Brack» era más adecuada que los contenidos finales de la Ley de Creación del Ministerio del Ambiente, existen sin embargo algunos aportes desarrollados desde la sociedad civil⁽⁵¹⁾⁽⁵²⁾⁽⁵³⁾⁽⁵⁴⁾⁽⁵⁵⁾⁽⁵⁶⁾⁽⁵⁷⁾ no fueron recogidos ni en la propuesta de este grupo de trabajo, ni en el Decreto Legislativo N° 1013, entre los que destacan los siguientes:

- a) La aprobación de la política ambiental nacional por parte del Ministerio del Ambiente.
- b) La aprobación de las Evaluaciones de Impacto Ambiental y otros instrumentos de gestión ambiental, así como las actividades de fiscalización, a cargo del Gobierno Nacional,

⁵¹ Carta de la Coalición de Sociedad civil para la Creación del Ministerio del Ambiente al Premier Jorge Del Castillo. 14 de Febrero de 2008.

⁵² Nota de Prensa Red Muqui. «Brack ya entregó los documentos del futuro Ministerio del Ambiente a la PCM». 04 de Marzo de 2008.

⁵³ Nota de Prensa Red Muqui. «Un amplio debate sobre el proyecto del Ministerio del Ambiente permitirá recoger aportes desde los diferentes espacios técnicos especializados». 07 de Marzo de 2008.

⁵⁴ Carta de la Coalición de Sociedad civil para la Creación del Ministerio del Ambiente al Premier Jorge Del Castillo. 24 de Marzo de 2008

⁵⁵ Carta de Derecho Ambiente y Recursos Naturales - DAR al Premier Jorge Del Castillo. 01 de Abril de 2008.

⁵⁶ Carta de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental - SPDA al Premier Jorge Del Castillo adjuntando el informe «Comentarios y Propuestas de Modificación al Proyecto de Decreto Legislativo Ley de Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente». 04 de Abril de 2008.

⁵⁷ Iván Lanegra. «Que no debe dejar de tener el Ministerio del Ambiente». 09 de Abril de 2008.

- a través de un Organismo Técnico Especializado de Evaluación y Fiscalización Ambiental⁵⁸.
- c) La implementación de un Plan Nacional de Remediación Ambiental, en coordinación con los Gobiernos Regionales y Locales.
 - d) La necesidad de precisar el carácter vinculante del ordenamiento territorial en el país.
 - e) El planeamiento e implementación de la Política Nacional Forestal y de Fauna, con funciones específicas de ordenamiento, licenciamiento, fiscalización, supervisión y sanción, en coordinación con los Gobiernos Regionales y Locales.
 - f) El desarrollo y la implementación integrada de la Estrategia Nacional de Diversidad Biológica.
 - g) El desarrollo de políticas explícitas y rediseño de instrumentos de participación ciudadana.
 - h) El desarrollo de una Ley para el Financiamiento de la Gestión Ambiental en el país.

En base al análisis de este proceso, así como el contenido de estos decretos legislativos, surgen las siguientes **conclusiones**:

3.1 El Decreto Legislativo N° 997, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura es inconstitucional pues no se encuentra dentro de la delegación de facultades aprobadas por la Ley N° 29157⁵⁹

Tal como se ha señalado líneas arriba, la Ley N° 29157 mediante la cual se faculta al Poder Ejecutivo la expedición de estos decretos legislativos, establecen claramente dos condiciones para la adecuada aplicación de esta delegación: a) el cumplimiento de las materias señaladas en el numeral 2.1 de la norma, y b) que el contenido de estos decretos legislativos se sujeten estrictamente a

⁵⁸ Propuesta también planteada por la Defensoría del Pueblo.

⁵⁹ El Decreto Legislativo N° 1047 que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción es también inconstitucional por las mismas razones.

los compromisos del TLC con EE.UU. y a las medidas para mejorar la competitividad económica para el aprovechamiento de este acuerdo comercial.

Por otro lado, conforme lo señala en el segundo párrafo de la parte considerativa del Decreto Legislativo N° 997, la aprobación de la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura responde en realidad a la necesidad de modernizar el aparato y procesos del Estado Peruano con la «*finalidad de mejorar la gestión pública y construir un Estado democrático, descentralizado y al servicio del ciudadano*», tal como lo establece el artículo 1° de la Ley N° 27658, Ley de Modernización de la Gestión del Estado⁶⁰, proceso de modernización que en el caso del sector agricultura se inició con la aprobación del Decreto Supremo N° 024-2007-AG de fecha 05 de septiembre de 2007, es decir, con anterioridad a la aprobación de la Ley N° 29157.

Por otro lado, es evidente además que este Decreto Legislativo N° 997 regula las competencias, funciones, estructura básica del Ministerio de Agricultura, que implican la futura materialización de actos administrativos y actos de la administración de la máxima autoridad en materia agrícola en el país que nunca estarán vinculados de manera alguna a la implementación del TLC con EE.UU., lo que excede las materias y condiciones establecidas por el citado artículo 2° de la Ley N° 29157, y en consecuencia, se contraviene lo establecido por el primer párrafo del artículo 104⁶¹ de la Constitución Política del Perú.

⁶⁰ Segundo párrafo de la parte considerativa del Decreto Legislativo N° 997.

⁶¹ «El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa...».

3.2 El Decreto Legislativo N° 997, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura es inconstitucional al contradecir la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo⁶²

La Primera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo estableció que a partir de la vigencia de esta norma⁶³, el Poder Ejecutivo estaba obligado a remitir al Congreso de la República⁶⁴ las propuestas de Leyes de organización y funciones de los ministerios listados en la Primera Disposición Final de esta Ley Orgánica, entre los cuales se encuentra el Ministerio de Agricultura.

Por otro lado, esta «Ley Orgánica del Poder Ejecutivo», se encuentra signada con el número 29158, y por su parte, la «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» se encuentra signada con el número 29157, por lo que resulta evidente que la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo es posterior a la norma de delegación de facultades.

Esto significa que, para el caso de la aprobación de la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura, el Poder Ejecutivo debía someterse estrictamente al procedimiento establecido en la Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 29158 citada en el párrafo anterior, es decir, a la elaboración de una propuesta de Ley a ser aprobada por el Congreso de la República.

⁶² El Decreto Legislativo N° 1047 que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción es también inconstitucional por las mismas razones.

⁶³ Conforme al artículo 109 de la Constitución Política del Perú, vigente desde el día siguiente de su publicación, es decir, desde el 21 de diciembre de 2007. En: http://www.pcm.gob.pe/Transparencia/Doc_Gestion/29158-LOPE.pdf

⁶⁴ En un plazo de cuatro meses para el caso de ministerios con competencias exclusivas y en un plazo de seis meses para el caso de ministerios con competencias exclusivas y compartidas.

En consecuencia, con la aprobación del Decreto Legislativo N° 997 se pretende modificar el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, modificación que es inconstitucional al contradecir directamente lo establecido por el segundo párrafo del artículo 104⁶⁵ y el artículo 101⁶⁶ de la Constitución Política del Perú.

3.3 El Decreto Legislativo N° 1013, Ley de Creación del Ministerio del Ambiente, es inconstitucional pues no cumple con las condiciones de la Ley N° 29157, Ley de delegación de facultades

No obstante el intento de vincular oficialmente la creación del Ministerio del Ambiente con el TLC con EE.UU., en dicho acuerdo comercial no existe ningún compromiso concreto de reformar la institucionalidad ambiental en el Perú. En efecto, tal como se ha señalado, el artículo 18.1 del Capítulo Ambiental de este TLC se limita únicamente a establecer el compromiso de *promover* altos estándares y niveles de protección en las políticas ambientales de ambos países, sin mencionar la obligación del Estado Peruano de crear un Ministerio del Ambiente.

Para mayor precisión, es importante además señalar que no existe en el Perú ninguna Política Nacional del Ambiente o lineamiento de política, explícita y formal, que establezca la necesidad de crear un Ministerio del Ambiente, lo cual se evidencia en el encargo recibido por la llamada «Comisión Brack» a través de la Resolución Ministerial N° 025-2008-PCM⁶⁷ de elaborar una propuesta de Política Ambiental para el país, propuesta que hasta el momento no ha sido aprobada.

⁶⁵ «No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente».

⁶⁶ «...No pueden delegarse a la Comisión Permanente materias relativas a reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República...»

⁶⁷ De fecha 29 de enero de 2008.

En consecuencia, no siendo la creación de un Ministerio del Ambiente en el Perú un compromiso formal del TLC, el Decreto Legislativo N° 1013 no se cumple con las condiciones establecidas en el numeral 2.2 de la Ley N° 29157⁶⁸, que exige 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...»*.

Finalmente, al igual que en el caso del Decreto Legislativo N° 997, es evidente además que este Decreto Legislativo N° 1013 regula las competencias, funciones, estructura básica del Ministerio del Ambiente, que implican la futura materialización de actos administrativos y actos de la administración de la máxima autoridad en materia ambiental en el país que nunca estarán vinculados de manera alguna a la implementación del TLC con EE.UU., esto es, implica en si una reforma del Estado, lo que excede las materias y condiciones establecidas por el citado artículo 2 de la Ley N° 29157, y en consecuencia, se contraviene lo establecido en el primer párrafo del artículo 104⁶⁹ de la Constitución Política del Perú.

3.4 El Decreto Legislativo N° 1013 es inconstitucional por contravenir la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo

El artículo 22.5 literalmente establece que *«Los Ministerios son creados, fusionados o disueltos mediante ley a propuesta del Poder Ejecutivo. El redimensionamiento y reorganización de los Ministerios se podrá hacer mediante decreto supremo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.»* (el subrayado es nuestro).

⁶⁸ Norma mediante la cual se facultó al Poder ejecutivo a expedir decretos legislativos sobre el TLC y su aprovechamiento.

⁶⁹ «El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa...».

Por otro lado, tal como hemos señalado líneas arriba, esta «Ley Orgánica del Poder Ejecutivo», se encuentra signada con el número 29158, y por su parte, la «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» se encuentra signada con el número 29157, por lo que resulta evidente que la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo es posterior a la norma de delegación de facultades.

Esto significa que, para el caso de la creación del Ministerio del Ambiente, el Poder Ejecutivo debía someterse estrictamente al procedimiento establecido en referido artículo 22.5 de la Ley N° 29158, es decir, a la elaboración de una propuesta de Ley del Ejecutivo que debía ser posteriormente aprobada por el Congreso de la República.

En consecuencia, con la aprobación del Decreto Legislativo N° 1013 se pretende modificar el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, modificación que es inconstitucional al contradecir directamente lo establecido por el segundo párrafo del artículo 104⁷⁰ y el artículo 101⁷¹ de la Constitución Política del Perú.

3.5 El Congreso de la República debe derogar el Decreto Legislativo N° 997 o se debe declarar su inconstitucionalidad. Además el Poder Ejecutivo debe elaborar una propuesta de Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura para ser presentada al Congreso para su aprobación, conforme a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

⁷⁰ «No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente»

⁷¹ «... No pueden delegarse a la Comisión Permanente materias relativas a reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República...».

3.6 El Congreso de la República debe derogar el Decreto Legislativo N° 1013 o se debe declarar su inconstitucionalidad. Sin embargo, junto con la derogatoria, se deberá aprobar una nueva ley de creación de este ministerio, en la cual se incorporen los aportes y propuestas desarrolladas en los distintos procesos de discusión y diálogo en el último año, a efectos de identificar participativamente las competencias, funciones y estructura organizativa de un Ministerio del Ambiente que responda a nuestras necesidades y que implique una verdadera mejora en la gestión ambiental del país. Además, con la derogación del Decreto Legislativo N° 997, debe incluirse en esta «nueva versión» del Ministerio del Ambiente, las competencias y funciones sobre recursos hídricos y recursos forestales y de fauna silvestre planteadas por diversos representantes de la sociedad civil peruana.

4. Recursos forestales y de fauna silvestre⁷²

La Ley Forestal y de Fauna Silvestre vigente, Ley N° 27308⁷³, publicada con fecha 15 de julio de 2000, estableció un cambio estructural en la regulación del sector forestal⁷⁴, integrando el manejo de los bosques a la gestión de los recursos forestales y de fauna en el país, y modificando las modalidades de acceso y aprovechamiento sobre estos recursos naturales.

Por su parte, con fecha 28 de junio de 2008 se publicó el Decreto Legislativo N° 1090, Ley Forestal y de Fauna Silvestre por la cual básicamente se deroga⁷⁵ la Ley N° 27308, estableciendo un nuevo marco legal para el desarrollo de actividades forestales y de fauna silvestre en el país. Asimismo, se remarcan las competencias y funciones del Ministerio de Agricultura en estas materias, ya planteadas a partir de la aprobación del Decreto Legislativo N° 997 antes citado, pero sin embargo no se identifica la oficina o dependencia de este ministerio, encargada de asumir dichas funciones⁷⁶.

En efecto, el artículo 3.3 del Decreto Legislativo N° 1090 señala al Ministerio de Agricultura como Autoridad Nacional Forestal, y con ello, como «...*órgano normativo respecto del aprovechamiento sostenible de los recursos forestales y de fauna silvestre*» encargado de promover su conservación y el diseño, ejecución, supervisión y evaluación de la Política Nacional Forestal, y asimismo, de conducir, planificar, coordinar

⁷² Un informe más exhaustivo sobre estos temas lo constituye el elaborado por Hugo Che Piu Deza en sus «Comentarios Legales al Decreto Legislativo N° 1090 que aprueba la Ley Forestal y de Fauna Silvestre», de septiembre de 2008.

⁷³ El Decreto Legislativo N° 1090 que aprueba una nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre ha establecido en su Sexta Disposición Complementaria Final: «El presente Decreto Legislativo entrará en vigencia al día siguiente de la publicación de su Reglamento en el Diario Oficial El Peruano, mientras tanto será aplicable lo dispuesto en la Ley N° 27308 y su Reglamento».

⁷⁴ Regulado hasta ese momento por el Decreto Ley N° 21147 de mayo de 1975.

⁷⁵ Salvo la Séptima Disposición Transitoria Complementaria de la Ley N° 27308.

⁷⁶ Se entiende que esta omisión será subsanada con el Reglamento del Decreto Legislativo N° 997.

y aprobar el sistema nacional de información, control y la administración forestal y de fauna silvestre, aplicable a todos los niveles de gobierno.

Esta norma, pese a desarrollar un gran número de modificaciones a la Ley N° 27308, mantiene básicamente su estructura y lineamientos de política. Las modificaciones más resaltantes, para efectos del presente informe, están referidas a:

- a) Elimina el Consejo Nacional Consultivo de Política Forestal (CONAFOR), el cual debía constituirse en un espacio de participación transparente de actores vinculados al sector forestal que debía funcionar como un órgano de consulta en la formulación e implementación de la Política Nacional Forestal y de Fauna Silvestre.
- b) Retoma el nivel organizativo del OSINFOR otorgado por la Ley N° 27308 como entidad adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros, y le amplía las competencias y funciones.
- c) Elimina a las plantaciones forestales y las tierras cuya capacidad de uso mayor sea de producción forestal de la definición de recursos forestales. Asimismo, elimina a las tierras del Estado cuya capacidad de uso mayor sean forestales - con bosques o sin ellos - del concepto de Patrimonio Forestal⁷⁷.
- d) Incorpora una nueva modalidad de aprovechamiento de recursos forestales denominada Concesión por Iniciativa Privada, la cual es otorgada hasta por 40 años conforme a los procedimientos y condiciones a ser regulados en el Reglamento de la Ley.
- e) Modifica el requisito del Estudio de Impacto Ambiental que debe contener el Plan General de Manejo Forestal por el de una Evaluación de Impacto Ambiental.

⁷⁷ Sobre estas modificaciones me referiré con más detalle más adelante, al momento de tratar los decretos legislativos sobre tierras.

- f) Modifica el artículo referido al derecho de aprovechamiento, cambiándole la denominación por el de retribución económica y agregando para el caso de las concesiones forestales y de fauna silvestre otra modalidad de pago a la que denomina Contraprestación, la cual será fijada de acuerdo al valor del recurso aprovechado. Luego, en una disposición complementaria final, permite a los actuales titulares de contratos de concesión forestal modificar el pago de su derecho de aprovechamiento por el pago de esta nueva contraprestación fijada conforme al valor del recurso, en la medida que cumplan con las condiciones que establezca la Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre.
- g) Establece que el Ministerio de Agricultura es el encargado de expedir autorizaciones de desbosque.
- h) Incorpora a las tierras de la Ceja de Selva en el artículo 25 referido a la promoción de sistemas agroforestales y forestales⁷⁸.

Luego del análisis de estas modificaciones, podemos arribar a las siguientes **conclusiones**:

4.1 Preocupa la eliminación en la Ley Forestal y de Fauna Silvestre⁷⁹ del Consejo Consultivo de Política Forestal (CONAFOR) como órgano consultivo de la autoridad forestal nacional, sobre la política forestal y de fauna silvestre y otros temas de interés para el sector. Además, con esta modificación se está reduciendo aún más los espacios de participación pública en la gestión de estos recursos naturales, hecho que resta directamente al compromiso asumido por el Gobierno del Perú en el TLC con EE.UU. sobre el fortalecimiento de capacidades para «Aumentar la

⁷⁸ Sobre esta modificación me referiré con más detalle más adelante, al momento de tratar los decretos legislativos sobre tierras.

⁷⁹ Decreto Legislativo N° 1090.

participación del público y mejorar la transparencia en la toma de decisiones relativas a la planificación y manejo de los recursos forestales.»⁸⁰

4.2 La ampliación de facultades al OSINFOR establecida en el Decreto Legislativo N° 1085 y el Decreto Legislativo N° 1090 es inconstitucional, pues genera superposición con las funciones de los Gobiernos Regionales otorgadas en su respectiva ley orgánica.

El artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1085, por el cual se crea el Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (OSINFOR), establece como finalidad de este organismo público, entre otras, la de «...fiscalización del aprovechamiento sostenible y la conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre, así como de los servicios ambientales provenientes del bosque, otorgados por el Estado a través de las diversas modalidades de aprovechamiento reconocidas en la Ley N° 27308, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, de acuerdo a las definiciones precisadas en el artículo 2 de dicha norma.» (el subrayado es nuestro).

Asimismo, el artículo 2 de este decreto legislativo, señala como competencia del OSINFOR «...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 su sostenibilidad, de acuerdo con la política y estrategia nacional de gestión integrada de recursos naturales y las políticas que sobre servicios ambientales establezca el Ministerio del Ambiente, en el ámbito de su competencia.» (el subrayado es nuestro).

Finalmente, el artículo 3 del referido decreto legislativo señala como función del OSINFOR la de «...fiscalizar el cumplimiento de los títulos habilitantes otorgado por el Estado, así como las obligaciones y condiciones contenidas en ellos y en los planes de manejo respectivos...»

⁸⁰ Inciso d) del artículo 4 del Anexo 18.3.4 del Capítulo Ambiental del TLC Perú – EE.UU.

Por su parte, el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1090, establece que el OSINFOR es el encargado, entre otros, de la «...fiscalización del aprovechamiento sostenible y la conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre, así como de los servicios ambientales provenientes del bosque, conforme a su ley de creación.» (el subrayado es nuestro).

Sin embargo, el inciso q) del artículo 51 de la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales otorga a estos la función específica de «Otorgar permisos, autorizaciones y concesiones forestales, en áreas al interior de la región, así como ejercer labores de promoción y fiscalización en estricto cumplimiento de la política forestal nacional.». Asimismo, el inciso e) de este mismo artículo, otorga también a los Gobiernos Regionales la función específica de «Desarrollar acciones de vigilancia y control para garantizar el uso sostenible de los recursos naturales bajo su jurisdicción.» (el subrayado es nuestro).

Esto evidencia la superposición de funciones entre estas dos autoridades, pero desde el punto de vista legal, una evidente contradicción con la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y una modificación de la misma. Al respecto, debemos recordar que esta modificación a la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales no proviene de la aprobación de otra ley orgánica dictada por el Congreso de la República como corresponde, sino por dos decretos legislativos - 1085 y 1090 - aprobados por el Poder Ejecutivo en base a una delegación de facultades del Congreso de la República, lo cual vulnera directamente lo establecido por el artículo 104⁸¹ y 101⁸² de la Constitución Política del Perú.

⁸¹ «No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente»

⁸² «... No pueden delegarse a la Comisión Permanente materias relativas a reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República ...»

4.3 La decisión de incorporar la modalidad de iniciativa privada para el otorgamiento de concesiones forestales con fines maderables no cumple con los requisitos establecidos en la Ley N° 29157, por lo que es inconstitucional.

Tal como se ha señalado anteriormente, la Ley N° 29157, mediante la cual el Congreso de la República delega al Poder Ejecutivo la posibilidad de aprobar estos decretos legislativos, estableció dos requisitos o condiciones: a) que se sujeten a las materias listadas en el artículo 2.1 de la Ley N° 29157, y b) que los contenidos de los decretos legislativos *se sujeten estrictamente* a los compromisos del TLC y a las medidas necesarias para mejorar la competitividad para el aprovechamiento de este acuerdo comercial.

Por su parte, el numeral (i) del inciso g) del artículo 3 del Anexo 18.3.4 del Capítulo Ambiental del TLC, en el que se ha establecido la necesidad de mejorar la administración y manejo de las concesiones forestales en el Perú, definido como compromiso de nuestro país *«Complementar los mecanismos existentes para implementar un proceso competitivo y transparente para la adjudicación de concesiones.»* (el subrayado es nuestro).

Sin embargo, el Gobierno del Perú ha hecho todo lo contrario. En efecto, el inciso c) del artículo 9.1 del Decreto Legislativo N° 1090, mediante el cual se aprueba esta nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre, ha establecido una nueva modalidad de otorgamiento de concesión forestal con fines maderables, denominándola «Concesión por Iniciativa Privada. Esta nueva modalidad, a diferencia las ya existentes concesiones forestales con fines maderables otorgadas por subasta pública o por concurso público, solo «operará» a solicitud de parte, esto es, a través de negociación directa con el Estado.

En consecuencia, siendo esta nueva modalidad desarrollada a través de una solicitud de parte y no a través de «procesos competitivos y transparentes» existe una directa contradicción con el referido

compromiso del TLC. Al no cumplirse con este compromiso del TLC, no se cumple con las condiciones de la Ley N° 29157. Si no se cumplen con las materias y condiciones del artículo 2 de la Ley N° 29157, este inciso c) del artículo 9.1 del Decreto Legislativo N° 1090 deviene en inconstitucional, por vulnerar lo establecido por el artículo 104 de la Constitución Política del Perú.

4.4 La modificación del requisito del Estudio de Impacto Ambiental por el de una Evaluación de Impacto Ambiental en el contenido de los Planes de Manejo Forestal para las distintas modalidades de aprovechamiento forestal debilita el manejo forestal en el país, lo cual contradice los compromisos del TLC.

El artículo 15.1 de la Ley N° 27308 estableció que estos Planes de Manejo Forestal debían integrar el Estudio de Impacto Ambiental correspondiente. Por su parte, el tercer párrafo del artículo 11.1 del Decreto Legislativo N° 1090 señala que a partir de la vigencia de esta norma, los Planes Generales de Manejo Forestal – el que junto con los planes operativos anuales son considerados los dos niveles de los planes de manejo forestal – deben incorporar una Evaluación de Impacto Ambiental.

La Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, recientemente modificada por el Decreto Legislativo N° 1078, contiene tres categorías de Evaluaciones de Impacto Ambiental para el otorgamiento del certificado ambiental que requiere el inicio de la ejecución de 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 en el país.

Estas tres categorías son: a) Declaración de Impacto Ambiental (DIA), para el caso de *«aquellos proyectos cuya ejecución no origina impactos ambientales negativos de carácter significativo»*; b) Estudio

de Impacto Ambiental Semidetallado (EIA-sd), para «...proyectos cuya ejecución puede originar impactos ambientales moderados y cuyos efectos negativos pueden ser eliminados o minimizados mediante la adopción de medidas fácilmente aplicables»; y c) Estudio de Impacto Ambiental Detallado (EIA-d), para «...aquellos proyectos cuyas características, envergadura y/o localización, pueden producir impactos ambientales negativos significativos, cuantitativa o cualitativamente, requiriendo un análisis profundo para revisar sus impactos y proponer la estrategia de manejo ambiental correspondiente».

Cuando el artículo 11.1 señala Evaluación de Impacto Ambiental y no Estudio de Impacto Ambiental – que podría ser semidetallado o detallado, dependiendo de cada caso – como parte del contenido del Plan General de Manejo Forestal, deja innecesaria y riesgosamente abierta la posibilidad de que estos planes de manejo forestal se elaboren conteniendo meras Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA), a exclusivo criterio del funcionario de turno, con lo cual se reduce el nivel de protección de estos ecosistemas de bosques.

Al respecto es necesario mencionar que en el TLC existe un compromiso de ambas partes de desarrollar fortalecimiento de capacidades «para mejorar el desempeño del sistema de concesiones forestales para cumplir los objetivos económicos, sociales y ecológicos»⁸³. No se logra entender como se asumen obligaciones de fortalecimiento de capacidades - con el alto costo que ello implica - para mejorar el desempeño de las concesiones y por otro lado, el propio Gobierno del Perú modifica su Ley Forestal y de Fauna Silvestre debilitando los requisitos e instrumentos de gestión ambiental de las referidas concesiones forestales. Existe pues una evidente contradicción entre esta modificación y este Capítulo Ambiental.

⁸³ Inciso c) del artículo 4 del anexo 18.3.4 del Capítulo Ambiental del TLC.

4.5 El cambio de la modalidad de pago por el aprovechamiento forestal a cargo de los actuales titulares de concesiones forestales, a que se refiere la Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1090, atenta contra la seguridad jurídica de los concursos públicos para el otorgamiento de concesiones forestales con fines maderables ya realizados y vulnera la competitividad y transparencia de los concursos públicos futuros.

Los actuales titulares de concesiones forestales con fines maderables obtuvieron sus contratos al haber resultado ganadores de los distintos procesos de «concursos públicos» desarrollados a partir del año 2002 en el país. Para participar en estos concursos públicos, estos concesionarios debieron competir con otros postores, presentando sus propuestas técnica y económica respectivamente. Para el caso de las propuestas económicas, estas se fijaban en base a un monto o valor por hectárea de bosque, lo cual permitiría finalmente definir el total del pago por aprovechamiento de sus concesiones, siendo calificados con mejor puntaje aquellos cuyas propuestas contenían los valores o montos mayores. Cabe precisarse que, en muchos casos, el puntaje recibido por las propuestas económicas fue el factor determinante para definir a los ganadores de estas concesiones forestales.

Sin embargo, y no obstante que este derecho de aprovechamiento fue en realidad fijado por los propios concesionarios en base a sus propuestas económicas, este Decreto Legislativo N° 1090 al permitir a estos titulares el cambio de modalidad de pago por el de una «contraprestación» fijada por el valor del recurso aprovechado, en realidad esta modificando el monto final de pago de sus derechos de aprovechamientos – hoy denominados derechos de vigencia – en evidente perjuicio de aquellos que pidieron estos concursos, no obstante que pudieron haber presentado mejores expedientes técnicos, y no obstante que pudieron haber ofrecido mayores montos a los que finalmente pagarán los concesionarios gracias a esta norma.

Esto constituye ser, sin ninguna duda, un antecedente muy negativo para los concursos públicos futuros, reduciendo el nivel de confianza en la competitividad y transparencia de los mismos, lo cual vulnera nuevamente los compromisos asumidos por el Estado Peruano en el TLC con EE.UU., específicamente el referido a «Complementar los mecanismos existentes para implementar un proceso competitivo y transparente para la adjudicación de concesiones»⁸⁴. (Subrayado es nuestro).

4.6 El artículo 21 del Decreto Legislativo N° 1090 es inconstitucional pues vulnera funciones específicas de los Gobiernos Regionales establecidas en el inciso q) del artículo 51 de su Ley Orgánica.

Tal como he señalado, el inciso q) del artículo 51 de la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales otorga a estos la función específica de «Otorgar permisos, autorizaciones y concesiones forestales, en áreas al interior de la región, así como ejercer labores de promoción y fiscalización en estricto cumplimiento de la política forestal nacional.» (el subrayado es nuestro).

Sin embargo, el artículo 21 del Decreto Legislativo N° 1090 otorga a la Autoridad Nacional Forestal – entiéndase Ministerio de Agricultura conforme al artículo 3.3 de la misma norma – la función de otorgar autorizaciones para realizar «desbosques» dentro del ámbito de bosques o en áreas con presencia de cobertura boscosa para el desarrollo de operaciones petroleras, mineras, industriales o de cualquier otra naturaleza.

Esto evidencia una vez más la superposición de funciones entre estas dos autoridades, pero principalmente, una evidente contradicción con la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y una modificación de la misma. Debemos recordar que esta modificación

⁸⁴ El numeral (i) del inciso g) del artículo 3 del Anexo 18.3.4 del Capítulo Ambiental del TLC.

a la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales no provienen de la aprobación de otra ley orgánica dictada por el Congreso de la República como corresponde, sino por la promulgación de un decreto legislativo – 1090 - aprobado por el Poder Ejecutivo en base a una delegación de facultades del Congreso de la República, lo cual vulnera directamente lo establecido por el artículo 104⁸⁵ y 101⁸⁶ de la Constitución Política del Perú.

4.7 No obstante la larga lista de compromisos sobre el sector forestal asumidos por el Gobierno del Perú en el Anexo 18.3.4 del Capítulo Ambiental del TLC suscrito con EE.UU., no existe un compromiso específico de aprobar una nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre sino de realizar algunas mejoras específicas al marco legal forestal.

4.8 Tomando en consideración estas y otras deficiencias mostradas en el Decreto Legislativo N° 1090 - muchas de las cuales han sido abiertamente planteadas por distintos expertos, instituciones académicas, colegios profesionales y otras instituciones de la sociedad civil - y considerando que dicha norma no se encuentra aún vigente⁸⁷, corresponde al Congreso de la República derogar este decreto legislativo y conformar un proceso de revisión y modificación de la aún vigente Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Ley N° 27308, en base a los compromisos del TLC y, principalmente, a una Política Nacional Forestal.

⁸⁵ «No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente».

⁸⁶ «... No pueden delegarse a la Comisión Permanente materias relativas a reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República ...»

⁸⁷ La Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1090 literalmente establece que esta nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre « ... entrará en vigencia al día siguiente de la publicación de su Reglamento en el Diario Oficial El Peruano, mientras tanto será aplicable lo dispuesto en la Ley N° 27308 y su Reglamento».

5. Tierras de uso agrario

Dentro del paquete de 99 decretos legislativos recientemente promulgados por el Ejecutivo sustentándose en la delegación de facultades contenida en la Ley N° 29157, podemos encontrar hasta cuatro de estos decretos referidos al tema de las tierras de uso agrario⁸⁸. A continuación mencionaré algunos de los aspectos más relevantes - para efectos del presente informe - de estos decretos legislativos.

Decreto Legislativo N° 994

- a) Define a las tierras eriazas con aptitud agrícola, como aquellas no explotadas por falta o exceso de agua.
- b) Presume la propiedad del Estado de las tierras eriazas con aptitud agrícola, salvo aquellas que cuenten con título de propiedad privada o comunal.
- c) Excluye del concepto de tierras eriazas con aptitud agrícola a:
 - Aquellas que se encuentren dentro de las Áreas Naturales Protegidas.
 - Aquellas que constituyen Patrimonio Arqueológico de la Nación.
 - Las destinadas a la defensa o seguridad nacional.
 - Las que se encuentran dentro de los planos aprobados para expansión urbana y las incluidas en el inventario de tierras para vivienda.
 - Las tierras forestales y aquellas con capacidad de uso mayor forestal.

⁸⁸ Se promulgaron también el Decreto Legislativo N° 1015 y el Decreto Legislativo N° 1073, sin embargo estos han sido recientemente derogados por el Congreso de la República a través de la Ley N° 29261 de fecha 20 de septiembre de 2008, restituyéndose la vigencia de los artículos 10 y 11 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, con sus textos originales.

- Las ribereñas al mar.
 - Los cauces, riberas y fajas marginales de los ríos arroyos, lagos, lagunas y vasos de almacenamiento.
- d) Establece la responsabilidad del Estado a promover la inversión privada para la ejecución de proyectos de irrigación en tierras eriazas mediante la transferencia de la propiedad de sus tierras a cambio del pago de una contraprestación que el inversionista podrá realizar a través de una o más de las modalidades establecidas en esta misma norma; siendo el Ministerio de Agricultura el responsable de la tramitación y evaluación de las iniciativas privadas del nivel nacional, y los gobiernos regionales y locales respecto de aquellos que les corresponden.

Decreto Legislativo N° 1020

- a) Establece el marco legal para promover la organización de los productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural a efectos de ampliar el acceso al crédito agrario y fomentar la competitividad, la reconversión y modernización del Sector Agrario.
- b) Para la conformación de Entidades Asociativas Agrarias, se requiere de la suscripción de un contrato entre sus miembros inscrito en el MINAG, lo cual no genera una nueva persona jurídica, sino que reconoce únicamente a estas la capacidad de actuar como tales para la suscripción de contratos de financiamiento o garantía de dichos financiamientos con cualquier empresa del sistema financiero nacional o persona jurídica, considerándose esta operación crediticia de manera independiente a las de sus miembros, sin embargo, sus miembros son solidariamente responsables por estas operaciones.

Decreto Legislativo N° 1064

- a) Establece que el concepto constitucional de tierras en el régimen agrario comprende a todo predio susceptible de tener uso agrario.

En ese sentido, incorpora a las tierras de uso forestal dentro del concepto de tierras de uso agrario⁸⁹.

- b) Por otro lado, mantiene en la definición de tierras en el régimen agrario, a 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, tal como lo establece 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».
- c) No obstante calificar a las tierras de uso forestal como tierras de uso agrario, diferencia el tratamiento legal de las mismas, señalando que el uso de las tierras con aptitud forestal se rigen por la legislación de la materia y supletoriamente por esta norma y las tierras de uso agrario se rigen por esta norma y supletoriamente por el Código Civil.
- d) Reitera la definición del concepto de «tierras eriazas» establecido en el Decreto Legislativo N° 994 e incluye en la lista de excepciones de tierras eriazas, a las lomas y praderas con pastos naturales para la ganadería.
- e) Establece que las tierras del Estado con capacidad de uso mayor o aptitud forestal no pueden ser usadas con fines agrícolas, pecuarios u otras actividades que afecten la cobertura vegetal, el uso sostenible y la conservación de los recursos forestales, cualquiera sea su ubicación en el territorio nacional.

⁸⁹ El artículo 30 del Decreto Ley N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva establecía como tierras de «uso agropecuario» únicamente a las tierras «con aptitud para el cultivo» y a las tierras «con aptitud para la ganadería», dejando de lado a las tierras «con aptitud forestal».

- f) Establece que en las tierras del Estado ubicadas en la Selva o Ceja de Selva cuya capacidad de uso mayor o aptitud es agrícola o pecuaria se propicia el uso de sistemas agroforestales y forestales, «reservándose un mínimo del 30 % de su masa boscosa y una franja no menor de 50 metros del cauce de los ríos, espejos de agua, y otros similares».
- g) Asimismo, este decreto legislativo señala que el cambio de uso de tierras del Estado ubicadas en la Selva o Ceja de Selva debe ser autorizado por el Ministerio de Agricultura en base a un expediente técnico «que garantice la sostenibilidad del ecosistema», de conformidad con la Política Nacional del Ambiente y de acuerdo con los procedimientos y requisitos establecidos en el Reglamento. Sin embargo, el Decreto Legislativo N° 1090, norma de posterior aprobación, modifica la rigidez de estos expedientes técnicos, al señalar que los mismos deben «principalmente» garantizar la sostenibilidad del ecosistema.
- h) Las características, condiciones y el procedimiento para la adjudicación de tierras en la Selva y Ceja de Selva con fines agropecuarios y agroindustriales serán establecidos en el Reglamento de esta norma.
- i) Modifica el artículo 13 del Decreto Ley N° 22175⁹⁰ y el artículo 7 de la Ley N° 24656⁹¹ que establecía el carácter inembargable, imprescriptible e inalienable de las tierras de estos pueblos indígenas; declarando únicamente la imprescriptibilidad de sus tierras.
- j) Establece en su artículo 5.3 que las tierras con aptitud forestal que correspondan a los territorios de las Comunidades Nativas les será entregadas a estos en cesión de uso.

⁹⁰ Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva.

⁹¹ Ley General de Comunidades Campesinas.

- k) El artículo 5.4 de este decretos legislativo literalmente establece que *«Las Comunidades Nativas localizadas dentro de los límites de los Parques Nacionales, cuyas actividades no atenten contra los principios que justifican el establecimiento de dichas unidades de conservación, podrán permanecer en ellas sin títulos de posesión y/o de propiedad»*.
- l) No considera tierras de las comunidades campesinas y nativas a aquellos predios de propiedad de terceros amparados en títulos legítimamente obtenidos, modificando de esta manera el inciso a) del artículo de la Ley N° 24657⁹² que establecía esta misma excepción pero únicamente para aquellos casos en que los títulos de estos terceros hubieran sido «adquiridos con anterioridad al 18 de enero de 1920 y que se encuentren conducidos directamente por sus titulares».
- m) Elimina el requisito del acuerdo previo con el propietario o la culminación de un procedimiento administrativo para la obtención de una servidumbre para los casos de utilización de tierras privadas para el ejercicio de actividades mineras y de hidrocarburos, declarando desde ya la sujeción de las tierras de uso agrario (en general) para servidumbres, entre ellas las mineras y de hidrocarburos.
- n) Finalmente, deroga los títulos I, II, III y IV y la Séptima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 653, la Ley N° 26505 con excepción del artículo 10, y todas las normas que se opongan.

Decreto Legislativo N° 1089

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

⁹² Declara de necesidad nacional e interés social el deslinde y la titulación del territorio de las comunidades campesinas.

- b) Crea un Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de predios rústicos y tierras eriazas habilitadas, a nivel nacional, por el plazo de cuatro años a cargo del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI).

Siguiendo la misma línea de análisis previo en el presente informe, y luego de la revisión de estos temas podemos llegar a las siguientes **conclusiones:**

5.1 El debilitamiento del concepto de recurso forestal⁹³ y de patrimonio forestal⁹⁴ establecido en el Decreto Legislativo N° 1090, junto con las incorporaciones de las tierras de uso forestal o de aptitud forestal dentro del concepto de tierras de uso agrario establecido en el Decreto Legislativo N° 1064, y el debilitamiento de la garantía de sostenibilidad de los expedientes técnicos para el cambio de uso de tierras de Selva y Ceja de Selva establecido en el Decreto Legislativo N° 1090⁹⁵, buscan facilitar la transferencia en propiedad de estas tierras, en evidente coincidencia con las propuestas planteadas por el Poder Ejecutivo en sus proyectos de Ley N° 840 y N° 1770, más conocidos como «Ley de la Selva».

5.2 El Decreto Legislativo N° 1064 elimina el proceso de consulta y acuerdo previo con los pueblos indígenas para el desarrollo de actividades mineras y de hidrocarburos en sus tierras, vulnerando aún más los derechos reconocidos a estos pueblos en el Convenio 169 de la OIT, del cual es parte el Estado Peruano.

⁹³ El artículo 2.1 del Decreto Legislativo N° 1090 elimina a las plantaciones forestales y a las tierras cuya capacidad de uso mayor sea de producción forestal de la definición de recursos forestales.

⁹⁴ El artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1090 elimina a las tierras del Estado cuya capacidad de uso mayor sean forestales - con bosques o sin ellos - del concepto de Patrimonio Forestal.

⁹⁵ Artículo 25 del Decreto Legislativo N° 1090.

5.3 El Decreto Legislativo N° 1064 es inconstitucional, al derogar la Ley N° 26505⁹⁶ sin cumplir con los requisitos contenidos en la Tercera Disposición Final de la propia «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»⁹⁷.

En efecto, esta tercera disposición final de la norma, establece literalmente que dicha ley se aprobó con el requisito de «mayoría calificada de acuerdo con lo previsto en el artículo 106 de la Constitución Política del Perú», - el cual está referido al trámite de las leyes orgánicas - estableciendo también que la modificación o derogación de la misma requiere de otra norma legal «expedida por el Congreso» y «cumpliendo la misma formalidad», lo cual significa que: a) solo el Congreso puede normar la modificación o derogación de esta ley; y b) la norma modificatoria o derogatoria debe necesariamente tramitarse bajo las mismas formalidades de la Ley N° 26505 (informes dictaminadores previos de comisiones parlamentarias, votación por mayoría calificada del Pleno del Congreso, entre otros).

Si bien es cierto que esta «Ley de Tierras» no es una ley orgánica, al no cumplir con las condiciones señaladas en la Constitución para ello, esto no significa que su tercera disposición final sea irregular o inconstitucional. En primer lugar, esta disposición final no ha sido declarada inconstitucional por ninguna autoridad competente, manteniendo plena vigencia hasta la fecha. Por otro lado, la referencia al artículo 106 establecida en esta disposición final de la Ley N° 26505, no implica necesariamente que el Congreso de la República buscó otorgarle a la misma el status de ley orgánica, sino que únicamente se limitó a asegurarse el cumplimiento de requisitos formales más estrictos para la derogatoria o modificatoria

⁹⁶ Todos los artículos con excepción del artículo 10.

⁹⁷ Denominada comúnmente como «Ley de Tierras».

de dicha norma, esto es, un manto de protección mayor, sin que exista en nuestro ordenamiento legal alguna norma que lo prohíba.

Estos criterios e interpretaciones se ratifican con lo señalado por el artículo 75 de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, que a la letra establece:«(...) *Por contravenir el artículo 106 de la Constitución se puede demandar la inconstitucionalidad, total o parcial, de un decreto legislativo, decreto de urgencia o ley que no hubiese sido aprobada como orgánica, si dichas disposiciones hubieren regulado materias reservadas a ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada como tal*».

Sin embargo, el Decreto Legislativo N° 1064 ha sido promulgado por el Poder Ejecutivo sin trámite, votación o intervención alguna del Congreso de La República para su aprobación.

6. Recursos hídricos

En lo que se refiere a recursos hídricos, de los 99 decretos legislativos promulgados por el Poder Ejecutivo sustentándose en la delegación de facultades contenida en la Ley N° 29157, podemos encontrar dos decretos legislativos de importancia. A continuación algunos de los aspectos más relevantes - para efectos del presente informe - de estos decretos legislativos.

Decreto Legislativo N° 1081

- a) Este decreto legislativo crea el Sistema Nacional de Recursos Hídricos con el objetivo de articular el accionar del Estado para la gestión integrada y multisectorial de los recursos hídricos, reconociendo que dicha gestión comprende, entre otras actividades, *«la evaluación, valoración, disposición, asignación del uso y aprovechamiento multisectorial eficiente y sostenible del recurso agua»*⁹⁸.
- b) Define como Principio de Prioridad en el acceso al agua, la satisfacción de las necesidades primarias de la persona humana por sobre cualquier otro uso⁹⁹.
- c) Define también un Principio de Respeto de los usos del agua por la Comunidades Campesinas y las Comunidades Nativas, entendiéndose a ambas como pueblos indígenas, así como su derecho de utilizar las aguas que discurren por sus tierras, en tanto no se oponga a la Ley¹⁰⁰.
- d) Señala como finalidad del Sistema Nacional de Recursos Hídricos, la de *«articular el accionar del Estado en la gestión integrada y*

⁹⁸ Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1081.

⁹⁹ Artículo 4.1 del Decreto Legislativo N° 1081.

¹⁰⁰ Artículo 4.5 del Decreto Legislativo N° 1081.

multisectorial, el aprovechamiento sostenible, la conservación y el incremento de los recursos hídricos así como el cumplimiento de la Política y Estrategia Nacional de Recursos Hídricos y el Plan Nacional de Recursos Hídricos»¹⁰¹.

- e) Define a los ministerios y demás instituciones públicas y privadas que conformará el Sistema Nacional de Recursos Hídricos, señalando a la Autoridad Nacional del Agua como ente rector de dicho sistema y responsable de su funcionamiento, y establece las fuentes de las que provienen sus recursos económicos. Asimismo, señala los instrumentos de planificación del Sistema Nacional de Recursos Hídricos.
- f) Define la estructura organizativa y funciones de la Autoridad Nacional del Agua, y asimismo, define la naturaleza y objeto de los Consejos de Cuenca.
- g) La Cuarta Disposición Complementaria Final literalmente señala que *«La Autoridad Nacional del Agua podrá delegar o autorizar el ejercicio de sus funciones a personas naturales o jurídicas de los sectores público o privado para la ejecución de labores y proyectos relacionados con la gestión de los recursos hídricos»*. Sin embargo, esta delegación ha sido posteriormente aclarada en la Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento de este decreto legislativo, aprobado recientemente mediante el Decreto Supremo N° 021-2008-AG¹⁰², el cual señala que *«Las labores y proyectos relacionados con la gestión de los recursos hídricos que la Autoridad Nacional del Agua puede encargar o autorizar a personas naturales o jurídicas, de los sectores públicos o privados, son las relacionadas con la ejecución de estudios, proyectos y obras, y en aquellos lugares en donde no existan Juntas de Usuarios o Comisiones de Regantes, las labores de operación, mantenimiento y mejoramiento de la infraestructura hidráulica mayor o menor y la recaudación de las retribuciones económicas*

¹⁰¹ Artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1081.

¹⁰² Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de septiembre de 2008.

por el uso del agua. Dichas labores se ejecutan bajo la regulación y supervisión de la Autoridad Nacional del Agua», siendo indelegables «las atribuciones esenciales que justifican la existencia de la Autoridad Nacional del Agua, como son la facultad de emitir normas, ejercer jurisdicción administrativa en materia de aguas, que comprende entre otras la sancionadora, coactiva y de otorgamiento de derechos».

Decreto Legislativo N° 1083

- a) Establece el marco normativo para promover el aprovechamiento eficiente y la conservación de los recursos hídricos, para lo cual establece la elaboración de Parámetros de Eficiencia aplicables al aprovechamiento de dichos recursos por parte de la Autoridad Nacional del Agua, en concordancia con la Política Nacional del Ambiente.
- b) La Autoridad Nacional del Agua deberá otorgar «Certificados de Eficiencia», para aquellos casos de aprovechamiento eficiente de los recursos hídricos por parte de los usuarios y operadores de infraestructura hidráulica, pública o privada; y «Certificados de Creatividad, Innovación e Implementación para la Eficiencia del Uso del Agua» a los usuarios y operadores de infraestructura hidráulica, pública o privada que diseñen, desarrollen o implementen equipos, procedimientos o tecnologías que incrementen la eficiencia en el aprovechamiento de los recursos hídricos así como la conservación de bienes naturales y el mantenimiento adecuado y oportuno de la infraestructura hidráulica.
- c) Asimismo, establece la creación incentivos -concursos de mejores prácticas, realizar pasantías, otorgar premios, difundir experiencias exitosas y promover el uso de equipos y tecnologías innovadoras-, y de un régimen diferenciado de retribuciones económicas, para aquellos que desarrollen el aprovechamiento eficiente y conservación de los recursos hídricos. Aquellos que

cuenten con un Certificado de Creatividad, Innovación e Implementación para la Eficiencia del Uso del Agua, podrán además acceder al financiamiento o cofinanciamiento de estudios y la ejecución, rehabilitación y equipamiento de obras de infraestructura hidráulica que tengan por objeto lograr la reducción de pérdidas volumétricas de agua, el aprovechamiento eficiente y la conservación de los recursos hídricos en la infraestructura hidráulica pública.

- d) Para el caso de aquellos usuarios y operadores de infraestructura hidráulica, pública o privada, que no cumplan los Parámetros de Eficiencia establecidos por la Autoridad Nacional del Agua, estos deberán presentar un Plan de Adecuación para el Aprovechamiento Eficiente de Recursos Hídricos, con el objetivo de reducir sus consumos anuales hasta cumplir, en un período no mayor de cinco años, con dichos Parámetros de Eficiencia. Este Plan de Adecuación debe contener, como mínimo, las metas anuales de reducción de pérdidas volumétricas de agua así como los procesos que se implementarán para lograr dichas metas.
- e) En su artículo 10, permite a los titulares de derechos de uso de agua que cuenten con un certificado de eficiencia o esté en cumplimiento su plan de adecuación, la utilización de sus aguas residuales y la posibilidad de abastecer con aguas residuales tratadas a terceras personas y percibir un pago por dicho servicio, en la medida que se cumpla con la normatividad de la materia y con las normas de calidad de aguas y de conservación del ambiente que emita el Ministerio del Ambiente al respecto.

Del análisis de estos aspectos, podemos señalar las siguientes **conclusiones:**

6.1 Los incentivos e instrumentos de gestión ambiental establecidos en el Decreto Legislativo N° 1083, implican un aporte interesante para avanzar hacia un aprovechamiento sostenible y conservación de los recursos hídricos, conforme al artículo 18.5 del Capítulo Ambiental del TLC con EE.UU.

6.2 El Decreto Legislativo N° 1081 es inconstitucional porque desarrolla el marco legal de una Autoridad Nacional del Agua creada sin cumplir con los requisitos del artículo 2 de la Ley N° 29157¹⁰³.

Tal como se ha señalado, la Autoridad Nacional de Aguas fue creada por la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 997. Sin embargo, este decreto legislativo es inconstitucional porque vulnera los artículos 104 y 101 de la Constitución Política del Perú:

- a) No se encuentra dentro de la delegación de facultades aprobadas por la Ley N° 29157, que señala en su artículo 2.2 la obligatoriedad de sujetarse estrictamente a los compromisos del TLC con EE.UU. y a las medidas para mejorar la competitividad económica para el aprovechamiento de este acuerdo comercial.
- b) Regula la organización y funciones del Ministerio de Agricultura sin cumplir con la Primera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo estableció que el Poder Ejecutivo estaba obligado a remitir al Congreso de la República las propuestas de Leyes de organización y funciones de los ministerios listados en la Primera Disposición Final de esta ley orgánica, entre los cuales se encuentra el Ministerio de Agricultura.

¹⁰³ 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.

6.3 Finalmente, con el argumento de articular la gestión del recurso, este Decreto Legislativo N° 1081 se limita a crear un Sistema Nacional de Recursos Hídricos y deja de lado, entre otros aspectos, los problemas sobre acceso, aprovechamiento, uso, instrumentos de gestión, administración y control de los recursos hídricos en el país.

En efecto, el Decreto Legislativo N° 1081 se concentra únicamente en regular la estructura organizativa y funcional de la Autoridad Nacional de Aguas, a la cual declara como ente rector y responsable del Sistema Nacional de Recursos Hídricos, pero sin embargo, mantiene las deficiencias y vacíos del marco legal para la gestión de los recursos hídricos en el país de la aún vigente Ley General de Aguas¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Promulgada en 1979.

7. Resumen de las conclusiones y recomendaciones

Sobre la Ley de delegación de facultades para la implementación del TLC con EE.UU.

- A. Es importante anotar que el artículo 2 de 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» contiene claramente dos requisitos a ser cumplidos por el Ejecutivo para la correcta aplicación de las facultades delegadas, y que el cumplimiento de solo uno de ellos no subsana la falta o ausencia de cumplimiento del otro. En consecuencia, para la adecuada implementación de esta delegación de facultades, es indispensable cumplir no solo con las materias definidas en lista del artículo 2.1 de la Ley N° 29157, sino que además, se requiere que los decretos legislativos se encuentren «*estrictamente*» vinculados a los compromisos del TLC con EE.UU. y a las medidas de mejora de la competitividad económica necesarias para el aprovechamiento de este acuerdo comercial, y viceversa. Todo aquello que no se sujete al cumplimiento de ambas condiciones, no puede ser considerado dentro de las materias de delegación, y en consecuencia, deberá ser regulado fuera del régimen de excepción de la Ley N° 29157.

Capítulo Ambiental del TLC con EE.UU.

- B. A pesar de la renegociación del Capítulo Ambiental que impulsaron los representantes demócratas en los EE.UU., la reciente -y cuestionada- promulgación de los decretos legislativos para la implementación del TLC Perú - EE.UU., ha permitido identificar las importantes limitaciones que tiene este capítulo para resguardar el medio ambiente. Esto, se pone en evidencia por el importante número de decretos legislativos

que buscan facilitar el acceso y uso de recursos naturales (tierra, agua, bosques, entre otros) sin considerar, e inclusive pudiendo vulnerar, estándares ambientales y sociales, como son los D.L. N° 1064, 1081, 1015, 1073, 1090, entre otros.

- C. Salvo en el tema del sector forestal, en el Capítulo Ambiental del TLC con EE.UU. no se prevén instrumentos vinculantes para la mejora en la gestión ambiental en el Perú. Asimismo, no se establecen compromisos efectivos para el cumplimiento de la legislación ambiental existente en cada país, salvo en aquellos casos en que se pudiera afectar las inversiones y el comercio materia de este acuerdo. Además, solo se establecen obligaciones concretas para la implementación de un reducido número de acuerdos ambientales internacionales.
- D. En caso exista alguna «*inconsistencia*» entre las obligaciones de una de las partes en este acuerdo comercial con respecto de algunas de las obligaciones reguladas en estos acuerdos ambientales multilaterales -los de la lista-, se asume el compromiso de tratar de equilibrar ambas obligaciones, *«pero eso no impedirá que las partes adopten una medida en particular para cumplir con sus obligaciones conforme al acuerdo cubierto, siempre que el objeto principal de la medida no sea imponer una restricción encubierta al comercio»*. Esto significa que el TLC con EE.UU. podría permitir la priorización del cumplimiento de los compromisos comerciales establecidos en este acuerdo por sobre las obligaciones ambientales de ambos países.
- E. Para futuros Tratados de Libre Comercio, o acuerdos comerciales en general, a ser celebrados por el Estado Peruano, y en donde se desarrollen compromisos en materia ambiental, se debe tomar como base otras experiencias como la del Capítulo Ambiental del TLC Chile - Canadá, y mejorarlas en base a nuestra realidad.

Institucionalidad Ambiental - Ministerio del Ambiente

- F. El Decreto Legislativo N° 997, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura es inconstitucional, pues no es un compromiso del TLC con EE.UU. sino que responde más bien al proceso de Modernización del Estado Peruano (Ley N° 27658) y específicamente al proceso de modernización del sector agricultura iniciado el 05 de septiembre de 2007 con la aprobación del Decreto Supremo N° 024-2007-AG, y por lo tanto, este decreto legislativo no cumple con la condición establecida por el artículo 2.2¹⁰⁵ de la Ley de delegación de facultades, Ley N° 29157.

- G. El Decreto Legislativo N° 997, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura, es inconstitucional al contradecir la Primera Disposición Transitoria¹⁰⁶ de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que obliga al Poder Ejecutivo a remitir al Congreso de la República las propuestas de Leyes de Organización y Funciones de los quince ministerios listados en la Primera Disposición Final de la referida ley orgánica, entre los cuales se encuentra el Ministerio de Agricultura¹⁰⁷.

¹⁰⁵ «Artículo 2.2.- 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, sin perjuicio de la observación de las disposiciones constitucionales y legales que, sobre delegación de facultades legislativas, se citan en el artículo 1º.» (el subrayado es nuestro).

¹⁰⁶ «Primera Disposición Transitoria.- Leyes de Organización y Funciones de los Ministerios con arreglo a la presente Ley el Poder Ejecutivo, a partir de la vigencia de la presente ley, en un plazo de 4 meses, remitirá al Congreso de la República las propuestas de Leyes de organización y funciones de los Ministerios que tienen a su cargo únicamente competencias exclusivas, y en el plazo de 6 meses las correspondientes a los Ministerios que tienen a su cargo competencias exclusivas y compartidas.»

¹⁰⁷ El Decreto Legislativo N° 1047 que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción es también inconstitucional por las mismas razones.

- H. Decreto Legislativo N° 1013 regula las competencias, funciones, estructura básica del Ministerio del Ambiente, que implican la futura materialización de actos administrativos y actos de la administración de la máxima autoridad en materia ambiental en el país que nunca estarán vinculados de manera alguna a la implementación del TLC con EE.UU., esto es, implica en si una reforma del Estado, lo que excede las materias y condiciones establecidas por el citado artículo 2 de la Ley N° 29157, y en consecuencia, se contraviene lo establecido en el primer párrafo del artículo 104¹⁰⁸ de la Constitución Política del Perú. El Decreto Legislativo N° 1013, Ley de Creación del Ministerio del Ambiente, es inconstitucional pues no cumple con las condiciones de la Ley N° 29157, Ley de delegación de facultades.
- I. El Decreto Legislativo N° 1013 es inconstitucional por contravenir el artículo 22.5 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que establece que los ministerios son creados por Ley del Congreso de la República a propuesta del Poder Ejecutivo.
- J. El Congreso de la República debe derogar el Decreto Legislativo N° 997 o se debe declarar su inconstitucionalidad. Además el Poder Ejecutivo debe elaborar una propuesta de Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura para ser presentada al Congreso para su aprobación, conforme a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.
- K. El Congreso de la República debe derogar el Decreto Legislativo N° 1013 o se debe declarar su inconstitucionalidad. Sin embargo, junto con la derogatoria, se deberá aprobar una nueva ley de creación de este ministerio, en la cual se

¹⁰⁸ «El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa...».

incorporen los aportes y propuestas desarrolladas en los distintos procesos de discusión y diálogo en el último año, a efectos de identificar participativamente las competencias, funciones y estructura organizativa de un Ministerio del Ambiente que responda a nuestras necesidades y que implique una verdadera mejora en la gestión ambiental del país. Además, con la derogación del Decreto Legislativo N° 997, debe incluirse en esta «nueva versión» del Ministerio del Ambiente, las competencias y funciones sobre recursos hídricos y recursos forestales y de fauna silvestre planteadas por diversos representantes de la sociedad civil peruana.

Recursos Forestales y Fauna Silvestre

- L. La eliminación en el Decreto Legislativo N° 1090 del Consejo Consultivo de Política Forestal (CONAFOR) como órgano consultivo de la autoridad forestal nacional sobre la política forestal y de fauna silvestre y otros temas de interés para el sector, contradice directamente a los compromisos del Anexo Forestal del TLC Perú – EE.UU., al reducir aún más los espacios de participación pública en la gestión de estos recursos forestales¹⁰⁹.
- M. La ampliación de facultades al OSINFOR, para la fiscalización del aprovechamiento de los recursos forestales otorgados por

¹⁰⁹ Para el fortalecimiento de capacidades el inciso d) del artículo 4 del Anexo 18.3.4 del Capítulo Ambiental del TLC Perú - EE.UU. establece la obligación de «Aumentar la participación del público y mejorar la transparencia en la toma de decisiones relativas a la planificación y manejo de los recursos forestales».

el Estado Peruano, establecida en el Decreto Legislativo N° 1085¹¹⁰ y el Decreto Legislativo N° 1090¹¹¹ es inconstitucional, pues genera superposición con las funciones de fiscalización y control otorgadas a los Gobiernos Regionales en los incisos e) y q) del artículo 51⁽¹¹²⁾ de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

¹¹⁰ Artículo 1.- «Créase el Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre, OSINFOR, como Organismo Público Ejecutor, con personería jurídica de derecho público interno, encargado de la supervisión y fiscalización del aprovechamiento sostenible y la conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre, así como de los servicios ambientales provenientes del bosque, otorgados por el Estado a través de las diversas modalidades de aprovechamiento reconocidas en la Ley No. 27308, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, de acuerdo a las definiciones precisadas en el artículo 2 de dicha norma.»

Artículo 2.- «El OSINFOR es la entidad encargada, a nivel nacional, de supervisar y fiscalizar el aprovechamiento y la conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre, así como de los servicios ambientales provenientes del bosque, para su sostenibilidad, de acuerdo con la política y estrategia nacional de gestión integrada de recursos naturales y las políticas que sobre servicios ambientales establezca el Ministerio del Ambiente, en el ámbito de su competencia.»

Artículo 3.- «El OSINFOR, tendrá las siguientes funciones:

3.1 Supervisar y fiscalizar el cumplimiento de los títulos habilitantes otorgados por el Estado, así como las obligaciones y condiciones contenidas en ellos y en los planes de manejo respectivos. Considerarse títulos habilitantes para efectos de esta Ley, los contratos de concesión, permisos, autorizaciones y otros, 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.»

¹¹¹ Artículo 5.- «Organismo de supervisión de los recursos forestales y de fauna silvestre. El Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (OSINFOR) es el Organismo Público Ejecutor, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, encargado de la supervisión y fiscalización del aprovechamiento sostenible y la conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre, así como de los servicios ambientales, conforme a su ley de creación.»

¹¹² Artículo 51.- «Funciones en materia agraria.-

(...)

e) Desarrollar acciones de vigilancia y control para garantizar el uso sostenible de los recursos naturales bajo su jurisdicción;

(...)

q) Otorgar permisos, autorizaciones y concesiones forestales, en áreas al interior de la región, así como ejercer labores de promoción y fiscalización en estricto cumplimiento de la política forestal nacional.»

- N. La creación de una nueva modalidad de aprovechamiento de recursos forestales maderables denominada «Concesión por iniciativa privada» en el artículo 9 del Decreto Legislativo N° 1090 es inconstitucional, pues vulnera el compromiso del Anexo Forestal del TLC con EE.UU. referido específicamente a *«Complementar los mecanismos existentes para implementar un proceso competitivo y transparente para la adjudicación de concesiones»*¹¹³, y en consecuencia tampoco se cumple con la condición establecida en el artículo 2.2 de la Ley de delegación de facultades, Ley N° 29157¹¹⁴.
- O. La modificación del requisito del Estudio de Impacto Ambiental por el de una Evaluación de Impacto Ambiental (que podría ser a criterio del funcionario de turno únicamente una Declaración de Impacto Ambiental) en el contenido de los Planes de Manejo Forestal para las distintas modalidades de aprovechamiento forestal debilita el manejo forestal en el país, lo cual contradice los compromisos del TLC Perú – EE.UU.
- P. El cambio de la modalidad de pago por el aprovechamiento forestal a cargo de los actuales titulares de concesiones forestales, a que se refiere la Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1090, atenta contra la seguridad jurídica de los concursos públicos para el otorgamiento de concesiones forestales con fines maderables ya realizados, y vulnera la competitividad y transparencia de

¹¹³ Numeral (i) del inciso g) del artículo 3 del Anexo 18.3.4 del Capítulo Ambiental del TLC Perú - EE.UU.

¹¹⁴ «Artículo 2.2.- 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, sin perjuicio de la observación de las disposiciones constitucionales y legales que, sobre delegación de facultades legislativas, se citan en el artículo 1.»

los concursos públicos futuros, este último compromiso específico del Anexo Forestal del TLC Perú - EE.UU.¹¹⁵.

- Q. El artículo 21 del Decreto Legislativo N° 1090¹¹⁶ mediante el cual se otorga al Ministerio de Agricultura como Autoridad Nacional Forestal la función de otorgar autorizaciones para realizar «desbosques» es inconstitucional, pues vulnera funciones específicas de los Gobiernos Regionales establecidas en el inciso q) del artículo 51 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales¹¹⁷.
- R. No obstante la larga lista de compromisos sobre el sector forestal asumidos por el Gobierno del Perú en el anexo 18.3.4 del Capítulo Ambiental del TLC suscrito con EE.UU., no existe un compromiso específico de aprobar una nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre sino de realizar algunas mejoras específicas al marco legal forestal.
- S. Tomando en consideración estas y otras deficiencias mostradas en el Decreto Legislativo N° 1090 - muchas de las cuales han sido abiertamente planteadas por distintos expertos, instituciones académicas, colegios profesionales y otras instituciones de la sociedad civil - y considerando que dicha norma no se encuentra aún vigente¹¹⁸, corresponde al

¹¹⁵ Numeral (i) del inciso g) del artículo 3 del Anexo 18.3.4 del Capítulo Ambiental del TLC: «Complementar los mecanismos existentes para implementar un proceso competitivo y transparente para la adjudicación de concesiones»

¹¹⁶ Artículo 21.- «Los titulares de contratos de operaciones petroleras, mineras, industriales o de cualquier otra naturaleza, que realicen sus actividades dentro del ámbito de bosques o en áreas con presencia de cobertura boscosa, requieren autorización de la Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre para realizar desbosques en dichas áreas, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento ...»

¹¹⁷ q) Otorgar permisos, autorizaciones y concesiones forestales, en áreas al interior de la región, así como ejercer labores de promoción y fiscalización en estricto cumplimiento de la *política forestal nacional*».

¹¹⁸ La Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1090 literalmente establece que esta nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre « ... entrará en vigencia al día siguiente de la publicación de su Reglamento en el Diario Oficial El Peruano, mientras tanto será aplicable lo dispuesto en la Ley N° 27308 y su Reglamento».

Congreso de la República derogar este decreto legislativo y conformar un proceso de revisión y modificación de la aún vigente Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Ley N° 27308, en base a los compromisos del TLC y, principalmente, a una Política Nacional Forestal.

- T. El debilitamiento del concepto de recurso forestal¹¹⁹ y de patrimonio forestal¹²⁰ establecido en el Decreto Legislativo N° 1090, junto con las incorporaciones de las tierras de uso forestal o de aptitud forestal dentro del concepto de tierras de uso agrario establecido en el Decreto Legislativo N° 1064, y el debilitamiento de la garantía de sostenibilidad de los expedientes técnicos para el cambio de uso de tierras de Selva y Ceja de Selva establecido en el Decreto Legislativo N° 1090¹²¹, buscan facilitar la transferencia en propiedad de estas tierras, en evidente coincidencia con las propuestas planteadas por el Poder Ejecutivo en sus proyectos de Ley N° 840 y N° 1770, más conocidos como «Ley de la Selva».

Tierras de uso Agrario

- U. El Decreto Legislativo N° 1064 elimina el proceso de consulta y acuerdo previo con los pueblos indígenas para el desarrollo de actividades mineras y de hidrocarburos en sus tierras, vulnerando aún más los derechos reconocidos a estos pueblos en el Convenio 169 de la OIT, del cual es parte el Estado Peruano.

¹¹⁹ El artículo 2.1 del Decreto Legislativo N° 1090 elimina a las plantaciones forestales y a las tierras cuya capacidad de uso mayor sea de producción forestal de la definición de recursos forestales.

¹²⁰ El artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1090 elimina a las tierras del Estado cuya capacidad de uso mayor sean forestales - con bosques o sin ellos - del concepto de Patrimonio Forestal.

¹²¹ Artículo 25 del Decreto Legislativo N° 1090.

- V. El Decreto Legislativo N° 1064 es inconstitucional, al derogar la Ley N° 26505¹²², «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»¹²³, sin cumplir con los requisitos contenidos en la Tercera Disposición Final de dicha norma, la cual establecía la obligatoriedad de que cualquier modificación o derogación de la Ley N° 26505 se debía efectuar a través de una norma legal expedida por el Congreso y aprobada por mayoría calificada del mismo.

Recursos Hídricos

- W. Los incentivos e instrumentos de gestión ambiental establecidos en el Decreto Legislativo N° 1083, implican un aporte interesante para avanzar hacia un aprovechamiento sostenible y conservación de los recursos hídricos, conforme al artículo 18.5 del Capítulo Ambiental del TLC con EE.UU.
- X. El Decreto Legislativo N° 1081 es inconstitucional porque desarrolla el marco legal de una Autoridad Nacional de Aguas creada a través del Decreto Legislativo N° 997, el cual a su vez también es inconstitucional, tal como se ha explicado líneas arriba, al no cumplir con los requisitos del artículo 2.2 de la Ley de delegación de facultades, Ley N° 29157¹²⁴.
- Y. Con el argumento de articular la gestión del recurso, este Decreto Legislativo N° 1081 se limita a crear un Sistema Nacional de Recursos Hídricos y deja de lado, entre otros aspectos, los problemas sobre acceso, aprovechamiento, uso, instrumentos de gestión, administración y control de los recursos hídricos en el país.

¹²² Todos los artículos con excepción del artículo 10.

¹²³ Denominada comúnmente como «Ley de Tierras».

¹²⁴ 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.

Anexo

Lista de Decretos Legislativos en materia ambiental o vinculados al tema ambiental

DECRETOS LEGISLATIVOS EN MATERIA AMBIENTAL	DECRETOS LEGISLATIVOS VINCULADOS AL TEMA AMBIENTAL
<p>A) Institucionalidad D.L. N° 997: Ley de Organización y Funciones del MINAG (13/03/08) D.L. N° 1013: Ley de creación, organización y funciones del Ministerio del Ambiente (14/05/08) D.L. N° 1039: Modifica Disposiciones del D. L. N° 1013 (26/06/08) D.L. N°1079: Establece medidas que garanticen el Patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas (28/06/08) D.L. N° 1081: Crea el Sistema Nacional de Recursos Hídricos (28/06/08) D.L. N° 1083: Promueve el Aprovechamiento Eficiente y la Conservación de los Recursos Hídricos (28/06/08) D.L. N° 1085: Ley que Crea el Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (28/06/08)</p>	<p>A) Institucionalidad D.L. N° 1047: Aprueba la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción (26/06/08) D.L. N° 1088: Ley del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico y del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (28/06/08)</p>
<p>B) Biodiversidad – Transgénicos D.L. N° 1059: Aprueba la Ley General de Sanidad Agraria (28/06/08) D.L. N° 1060: Regula el Sistema Nacional de Innovación Agraria (28/06/08) D.L. N° 1062: Aprueba la Ley de Inocuidad de los Alimentos (28/06/08) D.L. N° 1072: Protección de Datos de Prueba u Otros No divulgados de Productos Farmacéuticos (28/06/08)</p>	<p>B) Tierras - Agricultura D.L. N° 994: Régimen de Promoción de la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola (13/03/08) D.L. 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 (20/05/08) D.L. N°1020: Promoción para la Organización de Productores Agrarios y la Consolidación de la Propiedad Rural para el Crédito Agrario (10/06/08)</p>

Continúa

Ambiente, TLC y D.L.

DECRETOS LEGISLATIVOS EN MATERIA AMBIENTAL	DECRETOS LEGISLATIVOS VINCULADOS AL TEMA AMBIENTAL
<p>D.L. 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 (28/06/08)</p> <p>D.L. N° 1075: Aprueba Disposiciones Complementarias a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que Establece el Régimen Común sobre Propiedad Intelectual (28/06/08)</p> <p>D.L. N° 1080: Modifica la Ley N° 27262, Ley General de Semillas (28/06/08)</p>	<p>D.L. N° 1064: Aprueba el Régimen Jurídico para el Aprovechamiento de las Tierras de Uso Agrario (28/06/08)</p> <p>D.L. N° 1073: Modifica el Literal B) del Artículo 10 de la Ley N° 26505, Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas, Modificado por el Artículo Único del D.L. N° 1015 (28/06/08)</p> <p>D.L. N° 1089: Establece el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales (28/06/08)</p>
<p>C) Industrias Extractivas o de Aprovechamiento de Recursos Naturales</p> <p>D.L. N° 1042: Modifica y Adiciona diversos artículos a la Ley N° 28271 – Ley que regula los pasivos ambientales de la actividad minera (26/06/08)</p> <p>D.L. N° 1048: Precisa la Regulación Minera Ambiental de los Depósitos de Almacenamiento de Concentrados de Minerales (26/06/08)</p> <p>D.L. N° 1084: Ley sobre Límites Máximos de Captura por Embarcación (28/06/08)</p> <p>D.L. N° 1090: Aprueba la Ley Forestal y de Fauna Silvestre (28/06/08)</p>	<p>C) Industrias Extractivas o de Aprovechamiento de Recursos Naturales</p> <p>D.L. N° 1002: Promoción de la inversión para la generación de electricidad con el uso de energías renovables(02/05/08)</p> <p>D.L. N° 1010: Sustituye artículos del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (09/05/08)</p> <p>D.L. N° 1027: Modifica la Ley General de Pesca – Decreto Ley N° 25977 (22/06/08)</p> <p>D.L. N° 1040: Modifica la Ley N° 27651 «Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y Minerías Artesanal» y la Ley General de Minería (26/06/08)</p> <p>D.L. N° 1054: Modifica Artículos del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, D.S. N° 014-92-EM (27/06/08)</p> <p>D.L. N° 1058: Promueve la Inversión en la Actividad de Generación Eléctrica con Recursos Hídricos y otros Recursos Renovables (28/06/08)</p>

Continúa

DECRETOS LEGISLATIVOS EN MATERIA AMBIENTAL	DECRETOS LEGISLATIVOS VINCULADOS AL TEMA AMBIENTAL
<p>D) Instrumentos de Gestión Ambiental D.L. N° 1032: Declara de Interés Nacional la Actividad Acuícola (24/06/08) D.L. N° 1041: Modifica diversas normas del marco normativo eléctrico (26/06/08) D.L. N° 1055: Modifica la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (27/06/08) D.L. N° 1078: Modifica la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (28/06/08)</p>	
<p>E) Residuos Sólidos D.L. N° 1065: Modifica Ley N° 27314, Ley General de Residuos Sólidos (28/06/08)</p>	

Bibliografía

1. **Banco Mundial.** «Análisis Ambiental del Perú: Retos para un desarrollo sostenible». Mayo de 2007.
2. **Carta de la Coalición de Sociedad civil para la Creación del Ministerio del Ambiente al Premier Jorge Del Castillo.** 14 de Febrero de 2008.
3. **Carta de la Coalición de Sociedad civil para la Creación del Ministerio del Ambiente al Premier Jorge Del Castillo.** 24 de Marzo de 2008
4. **Carta de Derecho Ambiente y Recursos Naturales – DAR al Premier Jorge Del Castillo.** 01 de Abril de 2008.
5. **Carta de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental – SPDA al Premier Jorge Del Castillo adjuntando el informe «Comentarios y Propuestas de Modificación al Proyecto de Decreto Legislativo Ley de Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente».** 04 de Abril de 2008
6. **COOPERACIÓN.** «Algunos comentarios sobre la propuesta del Ejecutivo de la Ley de Creación del Ministerio del Ambiente». Enero de 2008.
7. **Defensoría del Pueblo.** «Mirada estratégica de la Institucionalidad Ambiental en el Perú. La partida: los resultados esperados». 10 de Enero de 2008
8. **Defensoría del Pueblo.** «Puntos Críticos y Esenciales para el Éxito de la Reforma Ambiental en el Perú». Enero de 2008.
9. **Francisco Eguiguren.** Informe Jurídico «Análisis de la conformidad constitucional del uso de facultades legislativas otorgadas por el Congreso al Poder Ejecutivo mediante la Ley N° 29157». Agosto de 2008

10. **Grupo de Trabajo Multisectorial Ministerio del Ambiente (R.M. N° 025-2008-PCM).** Documentos Finales Presentados a la PCM. «Propuesta de Ley del Ministerio del Ambiente y Exposición de Motivos». Marzo de 2008.
11. **Hugo Che Piu Deza.** «Comentarios Legales al Decreto Legislativo No. 1090 que aprueba la Ley Forestal y de Fauna Silvestre». Septiembre de 2008.
12. **Iván Lanegra.** «Análisis del Proyecto de Ley del Ejecutivo sobre el Ministerio del Medio Ambiente». Enero de 2008.
13. **Iván Lanegra.** «Que no debe dejar de tener el Ministerio del Ambiente». 09 de Abril de 2008.
14. **Julio Diaz Palacios.** «Conclusiones del Conversatorio: La Creación del Ministerio del Ambiente; Algunas Propuestas para el Debate y la Construcción de Consensos». 23 de Enero de 2008.
15. **Marc Dourojeanni.** «Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales». Enero de 2008.
16. **Nota de Prensa Red Muqui.** «Brack ya entregó los documentos del futuro Ministerio del Ambiente a la PCM». 04 de Marzo de 2008.
17. **Nota de Prensa Red Muqui.** «Un amplio debate sobre el proyecto del Ministerio del Ambiente permitirá recoger aportes desde los diferentes espacios técnicos especializados». 07 de Marzo de 2008.
18. **Pronunciamiento de diversos expertos promovido por la Sociedad Nacional del Ambiente.** «Un Ministerio del Ambiente para el Desarrollo Sostenible del País». Enero de 2008.

19. Website Ministerio de Comercio y Turismo.

http://www.tlcperu-EE.UU..gob.pe/downloads/documento/18_Medio_Ambiente_limpio.pdf

20. Website Wikipedia.

<http://es.wikipedia.org/wiki/>

[Tratado de Libre Comercio Per%C3%BA - EE.UU.](#)

Impresión:
ROBLE ROJO GRUPO DE NEGOCIOS S.A.C.
Teléfonos: 348 5571 / 349 6636
info@roblerojo.com
www.roblerojo.com
2008
LIMA - PERÚ

