



CENTRO AMAZÓNICO DE ANTROPOLOGÍA
Y APLICACIÓN PRÁCTICA

**ANÁLISIS DE LOS DECRETOS
LEGISLATIVOS QUE AFECTAN A LOS
PUEBLOS INDÍGENAS, EMITIDOS POR
EL PODER EJECUTIVO EN VIRTUD A LA
LEY No. 29157**

**DOCUMENTO DE TRABAJO
(15 de Agosto de 2008)**



ÍNDICE

Introducción	3
Decreto Legislativo N° 994	6
Decreto Legislativo N° 1064	10
Decreto Legislativo N° 1073	16
Decreto Legislativo N° 1079	19
Decreto Legislativo N° 1081	20
Decreto Legislativo N° 1089	22
Decreto Legislativo N° 1090	24
Conclusiones	25
Recomendaciones	30
ANEXO: Marco jurídico sobre pueblos indígenas	32



INTRODUCCIÓN

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

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

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

Existe una larga tradición de protección constitucional de tierras colectivas indígenas. Desde el año 1920, las Constituciones del Perú han incorporado disposiciones relacionadas con derechos especiales a las comunidades indígenas y la formulación de un modelo de relación del Estado con estas poblaciones. Se puede afirmar que el Perú ha sido un país que ha servido como modelo para otros países latinoamericanos por su trato hacia estos pueblos, pero desde la década de los 90 ha habido un retroceso sobre estos temas en la agenda nacional.

Con el propósito de facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, el Congreso de la República mediante Ley 29157 delegó facultades en el Ejecutivo para emitir decretos legislativos, motivo de este análisis.

Hay que tener en cuenta que existen restricciones en la delegación de facultades concedidas por el Congreso al Poder Ejecutivo; es decir, determinados temas no pueden ser materia de legislación. Tal como constan en los artículos 101, inciso 4, y 104 de la Constitución.¹

¹ Artículo 101

Son atribuciones de la Comisión Permanente:...

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

...

Artículo 104

El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente. Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.



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

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

Hay que tener en cuenta que el derecho de propiedad está garantizado por la Constitución Política de 1993 (art.88); esta protección alcanza a la propiedad comunal². No obstante lo señalado en este artículo, queda aún pendiente la implementación de mecanismos y procedimientos adecuados para garantizar la vigencia del derecho de propiedad, en función a los principios establecidos por el Convenio No.169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En este sentido, la lectura de este artículo debe hacerse conjuntamente con el art. 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT ³.

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

² Artículo 88.- *El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.*

³ Artículo 13.- *Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.*
2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

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

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

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



De acuerdo con el mencionado Convenio, hay un deber del Estado para reconocer estos derechos; esto incluye la adopción de medidas destinadas a dar seguridad jurídica a los territorios de las comunidades nativas y campesinas, considerando aquellas tierras a las cuales han tenido tradicionalmente acceso. En la práctica, los pueblos indígenas deben someterse a procedimientos engorrosos para obtener su inscripción y reconocimiento, así como la titulación de sus tierras. Además se crea un marco legal que genera incentivos para la parcelación y titulación individual, contraviniendo sus formas tradicionales de organización y uso de sus territorios.

Con relación a la existencia legal y su afirmación como personas jurídicas, la Constitución es muy clara al respecto⁴. Sin embargo, este reconocimiento legal se restringe a las comunidades nativas y campesinas, cuando en concordancia con el Convenio 169 de la OIT, deberíamos hablar de pueblos indígenas.

Esperamos que este Documento de Trabajo contribuya a un debate más amplio sobre la política nacional, y la necesidad de una reforma estructural del Estado, sobre el tema indígena, que promueva el reconocimiento y fortalecimiento de los derechos individuales y colectivos en el marco jurídico nacional, con la finalidad de brindarles seguridad e incluirlos como sujetos de derechos. De esta manera se reafirmará la diversidad y pluralidad del Estado peruano.

⁴ Artículo 89.- *Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.*

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.



DECRETO LEGISLATIVO 994. PROMUEVE LA INVERSIÓN PRIVADA EN PROYECTOS DE IRRIGACIÓN PARA LA AMPLIACIÓN DE LA FRONTERA AGRÍCOLA

Este decreto se fundamenta en la idea de que la competitividad del sector agrario necesita la participación de la inversión privada y, por lo tanto, se requieren mecanismos que faciliten y promuevan dicha participación.

Artículo 3º.- Tierras eriazas comprendidas dentro de los alcances de la norma

- 3.1 Son tierras eriazas con aptitud agrícola, las no explotadas por falta o exceso de agua.***
- 3.2. Para los fines de esta norma, las tierras eriazas con aptitud agrícola son del Estado, salvo aquella sobre la que exista título de propiedad o comunal, inscrito en los Registros Públicos.***

La norma plantea un nuevo concepto de “tierras eriazas con aptitud agrícola”; denominando así a las tierras no explotadas, por falta o exceso de agua, y que la propiedad corresponde al Estado. Establece excepciones cuando las tierras se encuentran comprendidas dentro de un título de propiedad privada o comunal⁵.

El Decreto Legislativo 994 exigía que estas tierras (individuales o comunales), se encuentren inscritas en Registros Públicos, lo cual se contradecía con el sistema jurídico vigente que establece que el Registro es declarativo y no constitutivo del derecho de propiedad.

El Decreto Legislativo 1064 emitido el 28 de junio del presente año⁶, modifica el Decreto Legislativo 994 al eliminar el requisito de la inscripción en los registros públicos de las tierras de propiedad individual o comunal, a efectos de exceptuarse como tierras de propiedad del Estado; no obstante, dicha norma podría ser interpretada -de manera arbitraria abusiva- si se entiende por título al documento expedido por la autoridad competente, el cual es requisito para la inscripción en los Registros Públicos.

No obstante haberse eliminado la exigencia de la inscripción en registros públicos, actualmente existen muchas comunidades con procesos pendientes de titulación o ampliación. En la práctica se presenta mucha resistencia de los funcionarios para atender estos pedidos, muestra de ello es la existencia de comunidades con procesos de ampliación que se prolongan durante muchos años⁷.

⁵ La modificación referida se encuentra en la 5ª Disposición Complementaria Final Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1064 publicado el 28/06/2008.

⁶ Quinta Disposición Complementaria Final Modificatoria del Decreto Legislativo No.1064: Modifíquese el numeral 3.2 de artículo 3º del Decreto Legislativo N° 994, en los términos siguientes: Para los fines de esta norma, las tierras eriazas con aptitud agrícola son de dominio del Estado, salvo aquellas sobre los que exista título de propiedad privada o comunal.

⁷ Un ejemplo es la C.N Puerto Azul, ubicada en el distrito y Provincia de Padre Abad del Departamento de Ucayali. Esta comunidad tiene un pedido de ampliación iniciado en el año 1991, no concluido hasta la fecha.



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

Con respecto a los proyectos de irrigación, vinculado al uso y manejo del recurso agua, el artículo 4º del Decreto Legislativo 994, señala:

- 4.1. “Los proyectos de irrigación a que se refiere esta norma serán los destinados a la ampliación de la frontera agrícola que aprovechen aguas de libre disponibilidad.**
4.2 Las aguas de libre disponibilidad serán determinadas por la autoridad competente”.

Esta norma no señala quién es la autoridad competente, ni los criterios para determinar la libre disponibilidad de las aguas; sin embargo este vacío ha sido subsanado en el Decreto Legislativo 1081 que crea el Sistema Nacional de Recursos Hídricos y la Autoridad Nacional del Agua como ente rector de dicho sistema. El Ministerio del Ambiente es parte de este sistema, pero aún no se precisa su rol.

En relación a los recursos naturales la Constitución Política señala que:

Artículo 66º

Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

Según la norma constitucional, es necesaria una Ley Orgánica que fije las condiciones de utilización y concesión a terceros; en ese sentido debe hacerse una lectura del Decreto Legislativo 994 en concordancia con la Ley 26821 – Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, la cual establece disposiciones que no son compatibles con los principios del Convenio 169 de la OIT.

Ley 26821 – Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

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

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

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

Ley 26821 – Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

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



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

Artículo 5º De las transferencias de las tierras eriazas.

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

Está referido a los modos de contraprestación en relación a la transferencia de propiedad de las tierras, deja a libertad del inversionista estructurar otra modalidad de contraprestación distinta, sin poner más límite que la aprobación del Organismo Promotor de la Inversión Privada -es decir del Ministerio de Agricultura- según lo señalado en el Artículo 7º del Decreto Legislativo 994⁸.

Este Decreto Legislativo vulnera el Derecho a la Consulta y al de Libre Determinación, conforme lo establece el Convenio N° 169 de la OIT, en su art. 6 numeral 1⁹.

La norma sugiere una interpretación restrictiva del derecho de propiedad y posesión de los pueblos indígenas, reconocido en el Convenio 169 de la OIT. En este sentido se vulnera el derecho de propiedad, previsto en el art. 70 de la Constitución Política¹⁰, el cual señala que esta es inviolable y garantizada por el Estado; por lo tanto es inconstitucional.

Si bien es cierto, que la Constitución establece dos supuestos donde se permite la privación de este derecho; ésta señala que es una situación especial, por lo tanto

⁸ Según este artículo (numeral 7.1), el Ministerio de Agricultura tendrá a su cargo la tramitación y evaluación de las iniciativas privadas de inversión, cuando se trate de iniciativas privadas de competencia del Gobierno Nacional, conforme a las normas de promoción de la inversión privada; para tal efecto podrá constituir un Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada-CEPRI. Por su parte, el numeral 7.2 del mismo artículo establece que los Gobiernos Regionales y Locales tendrán a su cargo la conducción de los procesos de promoción de inversión cuando se trate de proyectos regionales o locales, según sea el caso. Mientras que el Gobierno Nacional podrá desarrollar conjuntamente con éstos las actividades para la promoción y desarrollo de proyectos de inversión privada de irrigaciones de tierras eriazas con aptitud agrícola de propiedad del Estado.

⁹ Establece el deber de los gobiernos a consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

¹⁰ Artículo 70º. *El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.*



CENTRO AMAZÓNICO DE ANTROPOLOGÍA
Y APLICACIÓN PRÁCTICA

requiere una ley expresa. Por lo tanto, no basta la declaración prevista en el art. 1° del Decreto Legislativo 994, para justificar la privación del derecho de propiedad en los proyectos de irrigación que esta norma pretende promover.



DECRETO LEGISLATIVO 1064. RÉGIMEN JURÍDICO PARA EL APROVECHAMIENTO DE LAS TIERRAS DE USO AGRARIO

La inviolabilidad del derecho de propiedad es un principio constitucional. Cuando hablamos de propiedad en todas sus modalidades, se incluye a la propiedad comunal, expresamente reconocida por la Constitución Política.

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

Disposiciones Generales.

Art. VI Capacidad de uso

El cambio de uso de las tierras debe ser autorizado por el Ministerio de Agricultura basado en un expediente técnico que garantice la sostenibilidad del ecosistema, de conformidad con la Política Nacional del Ambiente y de acuerdo a los requisitos y procedimientos establecidos en el Reglamento.

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

Artículo 3º.- Generalidades

- 3.1. Las Comunidades Campesinas y las Comunidades Nativas, en cuanto a su existencia, organización y derechos, se rigen por lo dispuesto en la Constitución y en la legislación de la materia.**
- 3.2. El Estado garantiza la integridad de la propiedad territorial de las Comunidades Campesinas y de las Comunidades Nativas.**
- 3.3. La propiedad territorial de las Comunidades Campesinas y de las Comunidades Nativas es imprescriptible.**

Esta norma sugiere modificaciones al Decreto Ley 22175¹¹ y su reglamento¹², que rigen la organización y derechos de las comunidades nativas. Asimismo, si bien se garantiza la propiedad territorial de las comunidades nativas, debemos observar que en el Decreto Legislativo 1064 se ha omitido la frase que aludía a las funciones de levantar el catastro correspondiente y otorgar títulos de propiedad a favor de las comunidades nativas¹³. Podemos apreciar que en virtud a la Disposición

¹¹ Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva.

¹² Decreto Supremo N° 003-79-AA – Reglamento de la¹² Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva

¹³ Art. 10 del Decreto Ley 22175.- *El Estado garantiza la integridad de la propiedad territorial de las Comunidades Nativas, levantará el catastro correspondiente y les otorgará títulos de propiedad*



Complementaria derogatoria Única del Decreto Legislativo 1064¹⁴, se estaría derogando en gran parte el Decreto Ley 22175.

TÍTULO II De los Predios Rurales

Artículo 1°.- De los Predios Rurales Estatales

La naturaleza de dominio público o dominio privado de los Predios Rurales Estatales se determina de conformidad con la legislación de la materia.

Artículo 2°.- De los Predios Rurales Privados

Se considera Predio Rural Privado en el régimen agrario, a las tierras de propiedad de los particulares, conforme a la legislación vigente.

Artículo 4°.- De los Predios Rurales Comunales

Para efectos del presente decreto legislativo, se considera Predio Rural Comunal a las tierras cuya propiedad corresponde a las Comunidades Campesinas y a las Comunidades Nativas, de conformidad con lo establecido en el presente decreto legislativo y en la legislación vigente.

Esta clasificación buscaría incluir a los territorios de las comunidades nativas en los alcances del Decreto Legislativo 1089 que establece un Régimen Temporal Extraordinario a cargo de COFOPRI para la Formalización y Titulación de los Predios Rurales, cuyo procedimiento especial de titulación será aprobado mediante Decreto Supremo. Si bien el Decreto Legislativo 1089 no menciona a las comunidades campesinas y nativas, tampoco las excluye de manera expresa, existiendo la posibilidad que el reglamento las incluya en los alcances de esta norma.

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

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

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

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

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

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

¹⁴ DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA ÚNICA.- Derogatoria de normas. Deróguese los Títulos I, II, III, IV y la Séptima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 653, la Ley N° 26505, con excepción de lo previsto en su artículo 10° modificado por Decreto Legislativo N° 1015, y todas las normas que se opongan a lo establecido en el presente decreto legislativo.



El numeral 5.2 establece un impedimento al derecho de ampliación del territorio de las comunidades nativas, el de no afectar el derecho de propiedad estatal, de terceros o de otras comunidades. El Decreto Ley 22175 y su reglamento, preveían la posibilidad de asimilar a los colonos o de indemnizarlos a fin de que las tierras que ocupen sean demarcadas o incorporadas al dominio de la comunidad nativa

El numeral 5.3 no establece el procedimiento para suscribir o formalizar las cesiones de uso a favor de las comunidades, ni cual es la entidad responsable de su formalización. Este vacío legal se mantiene en el Decreto Legislativo 1090.

El numeral 5.4 establece que las comunidades nativas al interior de los parques nacionales, podrán permanecer en ellos pero no se podrán titular. Sin embargo, el art. 110 de la Ley 28611 - Ley General del Ambiente, establece que el Estado reconoce el derecho de propiedad de las comunidades campesinas y nativas sobre las tierras que poseen dentro de las ANPs y en sus zonas de amortiguamiento¹⁵.

Artículo 7°.- Excepciones a la propiedad Comunal.

No se consideran Predios Rurales Comunales:

- 7.1. Los predios de propiedad de terceros amparados en títulos legítimos obtenidos.***
- 7.2. Los predios que el Estado ha utilizado para servicios públicos, salvo convenio celebrados entre el Estado y la Comunidad.***
- 7.3. Las tierras que la Comunidad transfiera a sus comuneros o a terceros de conformidad con lo establecido en la legislación vigente y en el Reglamento de la presente norma.***
- 7.4. Las tierras de las Comunidades que sean declaradas en abandono, de conformidad con lo establecido en la Constitución Política del Perú.***
- 7.5. Las tierras que se encuentren ocupadas por centros poblados o asentamientos humanos al 31 de diciembre de 2004, salvo aquéllas sobre las que se haya interpuesto acciones de reivindicación hasta antes de esa fecha por parte de las Comunidades. Las entidades del Estado correspondientes procederán a formalizar y registrar las tierras ocupadas por los asentamientos humanos, con el fin de adjudicar y registrar la propiedad individual de los lotes a sus ocupantes. Se exceptúan las tierras de los centros poblados que estén formados, dirigidos y gobernados por la propia Comunidad.***

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

El numeral 7.2 pone en riesgo a la propiedad comunal, pues en muchos casos se exige a las comunidades ceder determinadas áreas para uso de los servicios públicos. La norma no establece ningún tipo de indemnización o compensación, ya

¹⁵ Artículo 110° de la Ley General del Ambiente .- *De los derechos de propiedad de las comunidades campesinas y nativas en las ANP*

El Estado reconoce el derecho de propiedad de las comunidades campesinas y nativas ancestrales sobre las tierras que poseen dentro de las ANP y en sus zonas de amortiguamiento. Promueve la participación de dichas comunidades de acuerdo a los fines y objetivos de las ANP donde se encuentren.



sea económica o con nuevas tierras, constituyéndose en un acto de virtual despojo oficial de las tierras comunales.

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

El numeral 7.4 amplía la figura del abandono a las tierras de las comunidades. Con la Ley 26505 se establecía que el abandono solo operaba en tierras adjudicadas en concesión¹⁶, en los casos de incumplimiento de los términos y condiciones de aquella.

El numeral 7.5 atenta directamente con el derecho que tienen los pueblos indígenas a su territorio, reconocido en el Convenio 169 de la OIT. No se hace distinción si la tierra ocupada por centros poblados, o asentamientos, está titulada a favor de una comunidad.

Se establece un procedimiento de formalización (adjudicación y registro de la propiedad individual) de las tierras ocupadas por asentamientos humanos que podría aplicarse con el propósito de excluir las zonas invadidas y/o ocupadas por los colonos. No se establece ningún tipo de indemnización o compensación, ya sea económica o con nuevas tierras, constituyéndose en un acto de virtual despojo oficial de las tierras comunales.

Artículo 8°.- De las servidumbres

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

- (i) Servidumbres ordinarias.**
- (ii) Servidumbres de libre tránsito por los puentes, oroyas y caminos existentes y aquellos que se construyan en el futuro; y,**
- (iii) Servidumbre de libre paso de oleoductos, gaseoductos, mineroductos, instalaciones para la exploración y explotación minera y petrolera, instalaciones para el servicio público de telecomunicaciones, líneas de transmisión de energía, vías de comunicación de toda especie, obras para irrigación y drenaje establecidas o que sea necesaria establecer, así como las que demande su operación y mantenimiento.**

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

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

En el art. 8 del Decreto Legislativo 1064 se establecen servidumbres legales; la comunidad no podrá negociar el valor de su propiedad, sino que deberá acatar lo que el Estado le imponga vía tasación como indemnización por la imposición de la servidumbre. El numeral 8.3 no prevé posibilidad de negociación, como estaba previsto en el art. 7 de la ley 26505 y DS-017-96-AG¹⁷. Esto también va a afectar a

¹⁶Ley 26505. Artículo 5o.- *El abandono de tierras, a que se refiere el artículo 88o. segundo párrafo de la Constitución Política del Perú, solo se refiere a las tierras adjudicadas en concesión por el Estado, en los casos de incumplimiento de los términos y condiciones de aquella.*

¹⁷Artículo 7° de la Ley N° 26505, sustituido por la Ley N° 26570, establece que la utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre. Mediante el Decreto Supremo N° 017-96-AG, modificado por D.S.



los propietarios de predios. Se anula así la posibilidad que, para estos casos, la constitución de la servidumbre se efectúe mediante el trato directo, logrando el mutuo acuerdo con las comunidades campesinas o nativas o los propietarios de predios privados. En ambos casos ya no se necesitará cumplir con el requisito del acuerdo previo para iniciar actividades mineras; por lo tanto se exime la obligación de fiscalización por parte de OSINERGMIN.

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

El Decreto Legislativo 1064 contraviene el Convenio 169 de la OIT y la propia Constitución Política del Perú, por lo siguiente:

- No se ha respetado el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, conforme lo establece el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT.
- No respeta el derecho de los pueblos y comunidades de decidir sus propias prioridades de desarrollo y participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente, transgrediendo lo dispuesto en el art. 7 del Convenio 169 de la OIT.
- Transgrede las disposiciones del Convenio 169 de la OIT sobre las tierras de los pueblos indígenas (arts. 13 al 19), al no tomar medidas que garanticen la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión ni prevé sanciones contra la invasión de sus tierras.
- Asimismo, vulnera el art. 4 numeral 1. del Convenio 169 de la OIT que establece el deber de adoptar medidas especiales para salvaguardar las personas e instituciones de los pueblos interesados.
- Contraviene el Derecho a la integridad e identidad cultural, establecido en el art.8 de la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Contraviene la libertad de contratación y negociación, establecido como principio constitucional.
- Vulnera los artículos 18, 19, 26, 28 y 32 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Asimismo, la norma contraviene al Decreto Ley 22175 y su reglamento, produciéndose la modificación y derogación de algunos de sus articulados.

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

Nº 015-2003-AG, se aprobó el Reglamento del artículo 7º de la Ley N° 26505, determinando el procedimiento para el establecimiento de servidumbre legal minera.



CENTRO AMAZÓNICO DE ANTROPOLOGÍA
Y APLICACIÓN PRÁCTICA

Debe tenerse en cuenta que de conformidad con la Tercera Disposición Final de la Ley 26505¹⁸, cualquier modificación o derogación de la misma, se efectuará a través de otra norma legal expedida por el Congreso y aprobada por mayoría calificada, de acuerdo al art. 106¹⁹ de la Constitución Política del Perú.

¹⁸ Ley N° 26505 – Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas de las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas. *DISPOSICIÓN FINAL TERCERA: La presente Ley se aprueba por mayoría calificada de acuerdo con lo previsto en el artículo 106 de la Constitución Política del Perú y su modificación o derogación se efectuará a través de otra norma legal expedida por el Congreso cumpliendo la misma formalidad.*

¹⁹ Artículo 106°. *Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución. Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.*



DECRETO LEGISLATIVO N° 1015. UNIFICA LOS PROCEDIMIENTOS DE LA COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS DE LA SIERRA Y DE LA SELVA CON LAS DE LA COSTA, PARA MEJORAR SU PRODUCCIÓN Y COMPETITIVIDAD AGROPECUARIA

Artículo Único.- *Modificación del artículo 10° de la Ley N° 26505, Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas.*

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

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

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

- a) *Para la adquisición en propiedad por parte de poseedores comuneros sobre la tierra que poseen por más de un año, el acuerdo de Asamblea General de la Comunidad requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los comuneros poseedores con más de un año. Para los efectos de la adquisición por el actual poseedor, la entrega de las parcelas se acredita con el documento extendido por la Comunidad a su favor.*
- b) *Para la adquisición en propiedad por parte de miembros de la comunidad no poseedores o de terceros así como para gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre las tierras comunales, se requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los comuneros poseedores con más de un año". (Modificado por el Decreto Legislativo 1073)*

DECRETO LEGISLATIVO 1073. MODIFICA EL LITERAL B) DEL ARTÍCULO 10° DE LA LEY N° 26505, LEY DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN EL DESARROLLO DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS EN LAS TIERRAS DEL TERRITORIO NACIONAL Y DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS; MODIFICADO POR EL ARTÍCULO ÚNICO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1015

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

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

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

La norma constituye un incentivo para la parcelación y disposición de los territorios comunales, al disminuir el número de votantes requeridos para disponer del territorio comunal y derogar el artículo 11 de la Ley 26505²⁰. Esta situación puede propiciar conflictos al interior de las comunidades, en tanto que la mitad de los miembros de una comunidad en desacuerdo con aprobar un acto de disposición sobre las tierras comunales, quedarían obligados a renunciar a su derecho de mantener la integridad

²⁰ Ley 26505. Art. Artículo 11°.- Para disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto sobre las tierras comunales de la Sierra o Selva, se requerirá del Acuerdo de la Asamblea General con el voto conforme de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la Comunidad.



de su territorio comunal, precarizando su situación de comunero; lo cual en la práctica conducirá a la división y la consecuente desaparición de la comunidad.

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

Por otro lado, teniendo en cuenta que la Ley N° 26505 ha sido aprobada por mayoría calificada, su derogación también debe ser aprobada por otra norma legal expedida por el Congreso cumpliendo la misma formalidad. Recordemos que el Decreto Legislativo 1015 reproducía el texto del Proyecto de Ley 1992/2007-PE, el cual fue cuestionado y rechazado por las organizaciones indígenas e incluso observado por la Defensoría del Pueblo²¹; siendo finalmente dictaminado de forma negativa por la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología, del Congreso de la República, el 18 de abril de 2008.

Se amplía a las comunidades nativas el concepto del comunero poseionario o poseionario comunero, que se aplicaba a las comunidades campesinas²², lo cual podría generar confusión al interior de las comunidades nativas al determinar la calidad de comunero con derecho a participar en las asambleas.

El Decreto Legislativo 1073 vulnera:

- El derecho de propiedad que es inviolable y está garantizado por el Estado, conforme lo establece el artículo 89° de la Constitución Política del Perú.
- El derecho a la autonomía de las comunidades, reconocido en el artículo 89° de la Constitución Política del Perú.
- El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, conforme lo establece el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT.

²¹ Informe N° 16-2008-DP/ASPMA.PCN del 19/05/2002.

²² Decreto Supremo N° 008-91-TR.

Artículo 21°.- Son comuneros, cualquiera sea su lugar de residencia, los nacidos en la Comunidad, los hijos de comunero y las personas integradas a la Comunidad.

Artículo 22°.- Se considera comunero integrado, al varón o mujer mayor de edad con capacidad civil que tenga cualquiera de las siguientes condiciones:

- a) Que, conforme pareja estable con un miembro de la Comunidad, y
- b) Que solicite ser admitido y sea aceptado por la Asamblea General de la Comunidad.

En ambos casos, si se trata de miembro de otra Comunidad, deberá renunciar previamente a ésta.

Artículo 23°.- Los comuneros señalados en los artículos 21 y 22, adquieren la condición de comunero calificado, a solicitud de parte, aceptada por la Asamblea General por mayoría simple de votos de los asistentes.

Para adquirir y mantener tal condición se requiere reunir los siguientes requisitos:

- a) Ser comunero mayor de edad o tener capacidad civil;
- b) Tener residencia estable no menor de cinco años en la Comunidad;
- c) No pertenecer a otra Comunidad;
- d) Estar inscrito en el Padrón Comunal; y,
- e) Los demás que establezca el Estatuto de la Comunidad.



- Las disposiciones del Convenio de la OIT sobre las tierras de los pueblos indígenas (arts. 13 al 19), al no tomar medidas que garanticen la protección efectiva de sus derechos de propiedad.
- Derecho a la Libre Determinación y a la Autonomía y Gobierno (arts. 3 y 4 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).

El Decreto Legislativo 1015, y su modificatoria el Decreto Legislativo 1073, han sido emitidos sin respetar la formalidad establecida en la Tercera Disposición Final de la Ley 26505²³, que establecía que cualquier modificación o derogación de la misma, se efectuará a través de otra norma legal expedida por el Congreso y aprobada por mayoría calificada, de acuerdo al art. 106²⁴ de la Constitución Política del Perú.

²³ Ley N° 26505 – Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas de las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas. *DISPOSICIÓN FINAL TERCERA: La presente Ley se aprueba por mayoría calificada de acuerdo con lo previsto en el artículo 106 de la Constitución Política del Perú y su modificación o derogación se efectuará a través de otra norma legal expedida por el Congreso cumpliendo la misma formalidad.*

²⁴ Artículo 106°. *Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución. Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.*



DECRETO LEGISLATIVO 1079. ESTABLECE MEDIDAS QUE GARANTICEN EL PATRIMONIO DE LAS ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

Se asigna competencia para la administración del patrimonio forestal, flora y fauna silvestre al Ministerio del Ambiente a través del Servicio Nacional de ANPs. Esta función le correspondía al INRENA, creado por la Ley Orgánica del Ministerio de Agricultura (Decreto Ley N° 25902 del año 1992).²⁵

Se establece el principio de dominio eminential:

Artículo 3.- Principios que garantizan el Patrimonio de las Áreas Naturales Protegidas
El procedimiento administrativo sobre asuntos referidos a recursos naturales renovables ubicados en las Áreas Naturales Protegidas de nivel nacional se sustenta en los siguientes principios, a los cuales se les aplica supletoriamente aquellos señalados en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General:

...

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

...

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

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

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

²⁵ Art.17.- Créanse como Organismos Públicos Descentralizados del Ministerio de Agricultura, con personería jurídica de derecho público interno y autonomía técnica, administrativa, económica y financiera, las entidades que a continuación se indican:
...Instituto Nacional de Recursos Naturales – INRENA...



DECRETO LEGISLATIVO 1081. CREA EL SISTEMA NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS

La presente norma tiene como principal propósito la creación del Sistema Nacional de Recursos Hídricos.

Artículo 2.- Objeto de la norma

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

En el art. 4 se señalan los principios para la gestión integrada de los recursos hídricos:

Artículo 4.- Principios para la gestión integrada de los recursos hídricos. Son principios para la gestión integrada de los recursos hídricos los siguientes:

- 4.1 Principio de Prioridad en el acceso al agua**
- 4.2 Principio precautorio**
- 4.3 Principio de Sostenibilidad**
- 4.4 Principio de seguridad jurídica**
- 4.5 Principio de respeto de los usos del agua por las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas**
- 4.6 Principio de valoración y cultura del agua**
- 4.7 Principio de eficiencia**
- 4.8 Principio ecosistémico**
- 4.9 Principio de transparencia de la información**

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

Si bien en el 4.5 se dice que el Estado respeta los usos y costumbres de las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas, así como su derecho de utilizar las aguas que discurren por sus tierras, existe una incompatibilidad del Decreto Legislativo 1081 con el Convenio 169 de la OIT, que establece disposiciones en relación a los derechos de los pueblos indígenas al acceso a los recursos naturales que se encuentran en sus territorios.²⁶

²⁶ Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar



CENTRO AMAZÓNICO DE ANTROPOLOGÍA
Y APLICACIÓN PRÁCTICA

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

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

cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.



DECRETO LEGISLATIVO 1089. ESTABLECE EL RÉGIMEN TEMPORAL EXTRAORDINARIO DE FORMALIZACIÓN Y TITULACIÓN DE PREDIOS RURALES

Esta norma crea un Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de predios rústicos y tierras eriazas habilitadas, a nivel nacional, por un período de cuatro años, a cargo de COFOPRI.

Artículo 1.- Objetivo

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

Artículo 2.- Del Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación

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

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

Este Decreto reproduce en gran parte el texto del cuestionado Proyecto de Ley 1770/2007-PE, cuidándose en esta oportunidad de no mencionar a las comunidades campesinas y nativas. En este sentido si bien es cierto no se les menciona en el Decreto Legislativo 1089, tampoco se las excluye de manera expresa de los alcances del mismo.

Por ello, la preocupación en lo dispuesto en la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1089:

Cuarta Disposición Complementaria Transitoria (Decreto Legislativo 1089)

Los procedimientos de prescripción adquisitiva administrativa de dominio, expedición y aprobación de planos para la inscripción y de determinación, conversión y/o rectificación de áreas, establecidos por el Decreto Legislativo Nº 667, a cargo de COFOPRI, continuarán vigentes hasta la aprobación del Decreto Supremo que establezca y reglamente el Procedimiento Especial de Titulación.

El Decreto Legislativo 667 – Ley de Registro de Predios Rurales excluía de manera expresa de los alcances del mismo a los territorios de las comunidades campesinas y nativas. Al disponerse que mediante Decreto Supremo se establecerá y reglamentará el nuevo Procedimiento Especial de Titulación, se deja abierta la posibilidad de incluir en los alcances del mismo a los predios rurales comunales; principalmente en los procedimientos para la determinación, conversión y/o rectificación de áreas o georeferenciación de los territorios de las comunidades nativas (conforme lo proponía el ejecutivo en el Proyecto de Ley 1770/2007-PE).

Hay que tomar en cuenta que con el Decreto Legislativo 1089:



- Se transgrede el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, conforme lo establece el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT.
- Se transgrede las disposiciones del Convenio de la OIT sobre las tierras de los pueblos indígenas (Arts. 13 al 19), al no tomar medidas que garanticen la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.
- Se deja abierta la posibilidad para que, mediante Decreto Supremo, se incorpore a los “predios rurales comunales” en los procesos de formalización y titulación de la propiedad rural.

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

Independientemente del hecho de que la norma no ha sido materia de consulta a los pueblos afectados, la norma prioriza la titulación individual, concebida desde una perspectiva distinta a la visión de los pueblos indígenas y la valoración cultural de sus territorios. En este sentido, el Decreto Legislativo 1089 también contraviene el Derecho a la Autodeterminación²⁷ y al respeto de sus formas tradicionales de mantener sus territorios²⁸; así como al derecho de desarrollo de políticas agrarias adecuadas a dichos pueblos²⁹.

²⁷ Artículo 7 del Convenio 169 de la OIT

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

²⁸ Artículo 17 del Convenio 169 de la OIT

1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados, establecidas por dichos pueblos.

2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.

3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

²⁹ Artículo 19 del Convenio 169 de la OIT

Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:

a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;

b) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.



DECRETO LEGISLATIVO 1090. APRUEBA LA LEY FORESTAL Y DE FAUNA SILVESTRE

La norma tiene como propósito:

Artículo 1.- Objetivo

La presente Ley tiene por objeto normar, regular y supervisar el uso sostenible y la conservación de los recursos forestales y de la fauna silvestre del país, compatibilizando su aprovechamiento con la valorización progresiva de los servicios ambientales del bosque, en armonía con el interés social, económico y ambiental de la Nación, de acuerdo con lo establecido en los Artículos 66° y 67° de la Constitución Política del Perú, en la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente y los Convenios Internacionales vigentes para el Estado Peruano.

No se menciona el aprovechamiento de los bosques en CCNN. En la norma se mantiene el vacío de los contratos de cesión de uso.

Artículo 15.- Aprovechamiento de los recursos forestales y de la fauna silvestre en tierras de Comunidades

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

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

Esta norma establece que las comunidades nativas y campesinas, previo al aprovechamiento de sus recursos forestales y de fauna silvestre, con fines industriales y comerciales, deberán contar con su Plan de Manejo aprobado por la autoridad competente, de acuerdo a los requisitos que señale el reglamento, a fin de garantizar el aprovechamiento sostenible de dichos recursos.

La autoridad competente asesorará y asistirá, con carácter prioritario, a las comunidades nativas y campesinas para el fin antes señalado. No se menciona el uso tradicional.



CONCLUSIONES

Del análisis del presente documento podemos concluir lo siguiente:

En general todos los Decretos Legislativos analizados vulneran el derecho a la consulta, previsto en el art. 6 Incisos 1.a y 2 del Convenio 169 de la OIT, sobre el Derecho al Consentimiento Previo, Libre e Informado; así como en el art. 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas³⁰. Asimismo los Decretos Legislativos 1015, 1073, 1079, 1081 y 1089, han sido emitidos al margen de los artículos 101 Inciso 4 y 104 de la Constitución Política del Perú.

El Decreto Legislativo 994 sugiere una interpretación restrictiva del derecho de propiedad y posesión de los pueblos indígenas, contraviniendo los artículos del 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT, así como los artículos 70 y 88 de la Constitución Política del Perú.

El Decreto Legislativo 1015 y su modificatoria con el Decreto Legislativo 1073, contraviene además los artículos 2º, inciso 19 y 89, de la Constitución Política del Perú; así como las disposiciones del Convenio 169 de la OIT sobre las tierras de los pueblos indígenas (artículos 13 al 19). Asimismo ambos Decretos Legislativos han vulnerado los Derechos a la Libre Determinación y a la Autonomía y gobierno, señalados en los artículos 3 y 4 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. De otro lado, es preciso señalar que ambos Decretos han sido emitidos al margen de la Tercera Disposición Final de la Ley 26505 que establece expresamente que dicha ley fue aprobada por mayoría calificada, por lo que su derogación debe hacerse a través de otra norma legal expedida por el Congreso, cumpliendo la misma formalidad.

El Decreto Legislativo 1064 está relacionado con el Decreto Legislativo 1089 así como con el 1015, su modificatoria con el Decreto Legislativo 1073. Este decreto si bien no deroga expresamente el Decreto Ley 22175, lo modifica sustancialmente, generando mayor vulnerabilidad a los territorios y a la propia existencia de los

³⁰ Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Art. 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado.



pueblos indígenas; en tanto que establece criterios incompatibles con los artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 del Convenio 169 de la OIT, y que son contrarios a la Constitución Política del Perú (artículos 2 Inciso 19, 88 y 89).

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

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

El Decreto Legislativo 1089 está directamente vinculado a los Decretos Legislativos 1064, 1015 modificado por el 1073, así como también con los Decretos Legislativos 1079 y 1081. Hay que precisar que este Decreto Legislativo 1089 reproduce en gran parte el Proyecto de Ley 1770/2007-PE, el cual fuera rechazado públicamente por las organizaciones y observado incluso por la Defensoría del Pueblo; dicho proyecto tuvo algunas modificaciones en el camino y fue complementado por el Proyecto de Ley 1900/2007-PE pero ninguno fue aprobado por el Congreso.

El Decreto Legislativo 1089, además de no haber sido debidamente consultado, transgrede el Convenio 169 de la OIT (artículos del 13 al 19), y está orientado a derogar el Decreto Ley 22175 y su reglamento (Decreto Supremo 003-79-AA de Enero 25 de 1979), entre otras normas, manteniéndose vigente por otro lado el Decreto Legislativo 667 (Ley de Registro de Predios Rurales). Del mismo modo contraviene el Derecho a la Autodeterminación (artículos 3 y 4 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas) y al respeto de sus formas tradicionales de mantener sus territorios (Art. 17 del Convenio 169 de la OIT); así como al derecho de desarrollo de políticas agrarias adecuadas a dichos pueblos (art. 19 del Convenio 169 de la OIT).

El Decreto Legislativo 1090, aunque reconoce los bosques en comunidades campesinas y nativas con la garantía del art. 89 de la Constitución Política del Perú, no se hace mención alguna sobre el aprovechamiento (especialmente el uso



tradicional) de los bosques en comunidades y se mantiene el vacío con respecto al procedimiento de otorgamiento de los contratos de cesión de uso a favor de las comunidades, derivadas de los procesos de titulación y/ampliación de sus territorios comunales.

La Constitución Política del Perú de 1993 garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada, comunal o en cualquier forma asociativa. Reconoce la existencia legal y personería jurídica de las comunidades. Éstas son autónomas en el uso y libre disposición de sus tierras, de carácter imprescriptible, salvo en el caso de abandono según previsión legal.

Política de liberación de recursos y protección de los derechos humanos colectivos

La política económica llevada a cabo por el gobierno genera un marco de desprotección para los pueblos indígenas, debido a que las mismas no están acompañadas de un régimen de protección para los derechos colectivos de estos pueblos.

Pueblos indígenas y desarrollo sostenible

La situación de los pueblos indígenas y sus recursos debe valorarse desde un acercamiento a las condiciones reales en las que se desarrolla la vida de estos pueblos. Así, para el respeto a su integridad no solo basta con la revisión normativa del régimen jurídico de tierras y recursos, hace falta una revisión integral de las políticas de protección del medio ambiente, de la biodiversidad y una visión inclusiva de desarrollo sostenible.

Derechos de propiedad y posesión

Antes de autorizar cualquier concesión o modalidad de aprovechamiento, el Estado debe reconocer los derechos que tienen los pueblos indígenas sobre su territorio y recursos, cualquiera sea su condición legal.

El Estado, como lo ordena el Convenio, debe dar atención prioritaria a los pedidos de reconocimiento y titulación de tierras que solicitan las comunidades, antes de reconocer derechos de extracción a terceros.

Es de vital importancia que el Estado reconozca derechos sobre las áreas ocupadas por pueblos indígenas en aislamiento voluntario.

Consulta previa, libre e informada

En el país, generalmente se vulnera el derecho a la consulta y participación, según lo prescrito en los artículos 6 y 7 del Convenio. Asimismo, se suele vulnerar las disposiciones que sobre territorio /recursos prescribe el Convenio. La ausencia de procedimientos de consulta previa, libre e informada, antes de emprender o autorizar



actividades en tierras indígenas es una de las principales causas de conflicto socio ambiental en el país.

Territorio y recursos

El problema mayor de la territorialidad indígena es la carencia de recursos efectivos para la protección legal de los territorios. En el caso peruano, uno de los obstáculos es la falta de un catastro único de comunidades. COFOPRI tiene el reto de elaborar un catastro, según lo dispuesto por el DL 1089, función que antes era responsabilidad del Proyecto Especial de Titulación de Tierras PETT, pero que nunca se llegó a completar.

Es necesaria la revisión y concordancia del marco legal en materia de titulación y formalización de predios, pero sin vulnerar los derechos de los pueblos indígenas. Se deben establecer políticas adecuadas que permitan el desarrollo sostenible de estos pueblos y los recursos naturales que son parte de sus territorios ancestrales.

Los programas de legalización de tierras están vinculados con objetivos de la agenda internacional; de manera especial la lucha contra la pobreza y la liberalización y dinamización del mercado.

El Estado debe promover, de manera más eficiente, el uso y aprovechamiento del bosque por las comunidades nativas. Tiene que considerar que las mismas no están en condiciones, técnicas ni económicas, para satisfacer los requerimientos legales administrativos, tales como la obtención de permisos de extracción de madera, la presentación de planes de manejo, etc.

Con relación a la superposición forestal, el Estado debe excluir las áreas comunales o de reservas territoriales en las concesiones forestales. Es vital contar con un actualizado catastro nacional a fin de prever conflictos.

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

El sector energético y minero

En el Perú se ha incrementado el debate sobre desarrollo sustentable e industrias extractivas, en razón de que existe una gran oferta estatal para la concesión y contratación para la extracción de recursos.

Los impactos ambientales y socio económicos pueden ser devastadores, más aún si el gobierno no define de manera rigurosa los derechos de las poblaciones y de los pueblos indígenas afectados en caso de que se realicen actividades extractivas en sus tierras, zonas colindantes o de cualquier forma que pueda impactar su calidad de vida.



Es importante institucionalizar derechos esenciales, como la consulta previa, antes de otorgar derechos de exploración o de explotación. Sectores como el de Energía y Minas han implementado procesos de participación y consulta; sin embargo, se critica el hecho de que la participación no es permanente ni autónoma, debido a que está regulada y limitada por cada sector.

Los sectores regulan el proceso de consulta y deciden lo que debe ser consultado. Algunos procesos se revisten de “consulta”, cuando en el fondo solo son mecanismos de información y de opinión, sin impacto alguno en los procesos deliberativos.

La participación de los pueblos indígenas en la elaboración de los Estudios de Impacto Ambiental está supeditada a la voluntad del sector involucrado; en tanto cada sector es autónomo para regular, cómo y en qué etapas, pueden intervenir los pueblos indígenas en estos estudios. Se mantienen las críticas respecto a lo inadecuado de los plazos y a la forma en que se manejan las observaciones de la sociedad civil. El Estado debe cumplir su rol tutelar para velar por los derechos de los afectados en estos estudios.

Los pueblos indígenas no cuentan con asistencia legal, por parte del Estado, en negociaciones con terceros titulares de concesiones. Si bien esta carencia es asumida por ONG y organizaciones indígenas locales, regionales o nacionales, es importante que el Estado intervenga con el fin de garantizar los derechos de estos pueblos.

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



RECOMENDACIONES:

Que el Congreso de la República, en atención a su rol de control político y constitucional, revise la constitucionalidad de los Decretos Legislativos emitidos bajo el amparo de la Ley 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) promulgada el 19 de diciembre de 2007. Especialmente aquellos que han sido materia de análisis en el presente documento de trabajo.

La defensa de la territorialidad indígena es fundamental para salvaguardar la integridad de la institución comunal así como la supervivencia y desarrollo de los pueblos indígenas.

Reconocer la relación de los pueblos indígenas con su territorio como base fundamental de su existencia como individuos y pueblos. Para lo cual debe brindar seguridad jurídica a los territorios.

Reconocer los derechos que tienen en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales que se encuentran en sus territorios.

Que el Estado mejore y perfeccione una institucionalidad, la dote de mayor jerarquía y recursos, así como de instrumentos adecuados y potestades reales para incidir en el conjunto de las políticas sectoriales. Esperamos que INDEPA se fortalezca y sea la instancia que regule la relación Estado-Pueblos Indígenas.

Las actuales políticas de desarrollo de la selva se replanteen desde un “modelo alternativo integral y solidario basado en una ética que incluya la responsabilidad por una auténtica ecología natural y humana que se fundamente en la justicia, la solidaridad y el destino universal de los bienes y que supere la lógica utilitarista e individualista, que no somete a criterios éticos los poderes económicos y tecnológicos

Que se otorgue rango constitucional a la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de Pueblos Indígenas, adecuando la legislación interna.

Que se incluya los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas en la Constitución, por lo que debe haber una reforma constitucional.

Establecer políticas coherentes de saneamiento legal de territorios y políticas de ordenamiento territorial, acordes al Convenio 169/ de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas.

Implementar mecanismos de consulta y consentimiento previo libre e informado según el Convenio 169/OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas.



CENTRO AMAZÓNICO DE ANTROPOLOGÍA
Y APLICACIÓN PRÁCTICA

Dotar a los pueblos indígenas de capacidad para ejercer funciones de monitoreo ambiental.

El Estado debe definir qué políticas deben ser cumplidas por la empresa privada que interviene en territorios indígenas.

Los beneficios económicos que reportan la extracción de recursos deben ser percibidos por la sociedad y afectados (canon, regalías, fondos, etc.).

Las políticas de indemnización y compensación que deben realizar las empresas deben tener una regulación clara, y mecanismos eficientes para su cumplimiento, bajo responsabilidad.

El manejo de conflictos debe ser preventivo y con participación de los diversos sectores involucrados en los procesos.



ANEXO: MARCO JURÍDICO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS

DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Hoy existe un estándar de derechos humanos de los pueblos indígenas que, a partir del principio de libre determinación, reconoce un conjunto de derechos colectivos específicos. La tendencia del reciente derecho internacional separa con nitidez las cuestiones relacionadas con los derechos indígenas de las de otras minorías nacionales.

En efecto, en la doctrina de derechos humanos se produce un consenso en dos aspectos: Por un lado, la necesidad de una garantía especial de los derechos y libertades fundamentales de aplicación general; por otro lado, el reconocimiento de derechos colectivos específicos, estableciendo estándares de derechos de los pueblos indígenas.

En otras palabras, los pueblos indígenas deben disfrutar de los derechos humanos y, al mismo tiempo, del derecho a ser colectivos diferentes (Anaya, 2005; Wiessner, 1999; Williams Jr., 1990).

El Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo-OIT (1989).³¹

Es el primer instrumento internacional que reconoce la *autoidentificación* de los pueblos indígenas o tribales como un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica el Convenio y quienes pueden beneficiarse de sus disposiciones. Instituye derechos colectivos que posibilitan el goce y ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Asimismo reconoce las aspiraciones de los pueblos al control de sus propias instituciones y garantiza el derecho a conservar sus propias instituciones y derecho consuetudinario. Este tratado de derechos humanos ha sido ratificado por el Perú.³²

El Convenio 169 de la OIT es un instrumento vigente, vinculante y plenamente aplicable en el país. Al ratificarlo, el Estado ha contraído una obligación internacional. Según la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados (art. 26 y 27), el Estado no puede usar su legislación interna como excusa para no aplicar dicho tratado internacional. Además, el Estado debe dar cuenta de los avances de su aplicación ante los órganos de control de la OIT periódicamente; precisamente este año tiene que presentar dicho avance.

³¹ Texto del Convenio en: <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>

³² La ratificación del Convenio 169 de la OIT fue aprobada por el Congreso Constituyente Democrático el 26 de noviembre de 1993, cuando todavía estaba en vigencia la Constitución de 1979. El depósito internacional de la ratificación ante la OIT de Ginebra se efectuó el 2 de febrero de 1994.



Este Convenio desarrolla los derechos de los pueblos indígenas a la tierra y territorio; así como los derechos de consulta y la participación, como formas de respeto de las decisiones de tales pueblos respecto de los asuntos que les afectan.

Es el primer instrumento internacional que reconoce la *autoidentificación* de los pueblos indígenas o tribales como un criterio fundamental (criterio subjetivo) para determinar a quienes se aplica el Convenio y quienes pueden beneficiarse de sus disposiciones; asimismo al no establecer ninguna limitación al derecho a la autodeterminación, es compatible con todo instrumento internacional que en el futuro pueda establecerlo o definirlo.

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Aprobada, con el voto favorable de 147 países, por la 61^o Sesión de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, realizado el 13 de setiembre de 2007. Con dicho instrumento jurídico se abre un nuevo marco jurídico de derecho internacional y se consolidan los mecanismos de protección de los derechos de las comunidades como pueblos indígenas.

La Declaración recoge las aspiraciones de los pueblos indígenas del mundo y establece los parámetros que deben seguirse para la protección de sus derechos. Si bien es cierto, la Declaración no es vinculante jurídicamente, debido a ser un Tratado aún no ratificado por las instancias legislativas de los Estados parte, obliga ética y políticamente a todos los países miembros a obrar por su plena implementación con buena voluntad y en concordancia a los compromisos con la Organización de las Naciones Unidas.³³

La Jurisprudencia Internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma de la Organización de los Estados Americanos (OEA) cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados concernientes al mismo asunto, sus fallos son vinculantes para el país.

La jurisprudencia internacional se ha pronunciado también en materia de tierras colectivas indígenas, la cual desarrolla mediante una visión progresiva. La jurisprudencia de la Corte en esta materia, como en el reciente caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (28-11-2007), aplica e integra el Pacto de San José de Costa Rica, su propia jurisprudencia progresiva en materia de derechos colectivos, el Convenio 169 de la OIT e, incluso, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y las recomendaciones del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.³⁴

³³ Stavenhagen, Rodolfo. *Los Pueblos Indígenas y sus derechos*. México: Unesco, 2008.

³⁴ Sobre el Decreto Legislativo N° 1015: Derechos vulnerados y posibles acciones legales
Raquel Yrigoyen Fajardo



En este caso, la sentencia se pronuncia sobre los derechos territoriales y de acceso a los recursos naturales; así como el derecho de participación, consulta y consentimiento de los pueblos indígenas y tribales respecto de los planes de inversión y desarrollo en sus territorios. De igual modo, define criterios y garantías jurídicas sobre las concesiones para actividades de exploración o explotación de recursos naturales en los territorios indígenas. La Corte establece que antes de dar concesiones -que en la práctica restringen los derechos territoriales o el modo de vida de los pueblos- los Estados están obligados a asegurar tres garantías: 1) La participación efectiva de los pueblos indígenas y tribales en los planes de inversión o desarrollo, 2) Beneficios razonables para los pueblos indígenas y tribales y 3) Estudios de impacto ambiental y social técnicos e independientes (Servindi, 25.3. 2008. América: Sentencia de la CIDH establece nuevo y superior estándar sobre los derechos indígenas).

ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES SOBRE EL DERECHO COLECTIVO A LA TIERRA

Hay una larga tradición de protección constitucional de tierras colectivas indígenas. Desde el año 1920, las Constituciones del Perú han incorporado disposiciones relacionadas con derechos especiales a las comunidades indígenas y la formulación de un modelo de relación del Estado con estas poblaciones. La Constitución de 1920, en su artículo 58, consagra por primera vez en un texto constitucional americano. Asimismo, este texto reconoce la existencia legal de las comunidades indígenas, señala la condición de imprescriptibles y la existencia de estas comunidades como una condición permanente e indefinida.

Los cambios en materia de tierras resultan claros al determinar que el Estado debe garantizar la integridad de la propiedad de las comunidades (art.208), que tendrá la responsabilidad de dotar de tierras a aquellas que carezcan de ellas o las posean en forma insuficiente, al determinar que las tierras son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

A partir de esta Constitución se hicieron algunas iniciativas de orden legislativo; por ejemplo, el Decreto Supremo N° 03, del 1ro. de marzo de 1957 autorizó la entrega de tierras a las comunidades indígenas, no con la calidad de titulaciones en propiedad, sino de reservas que otorgaban a sus beneficiarios el simple usufructo. Alberto Chirif señala que en cumplimiento de este decreto, pudieron haberse entregado un total aproximado de 114 reservas, sobre una superficie de 130,000 hectáreas.³⁵

Ley de Reforma Agraria (Decreto Ley N° 17716)

Un hecho relevante en la historia legislativa del Perú es la Ley de Reforma Agraria (Decreto Ley N° 17716) iniciada en 1969 por el General Juan Velasco Alvarado, quien rebautizó a las comunidades indígenas por comunidades campesinas, pero no se ocupó en absoluto de las llamadas tribus selvícolas, que continuaban siendo vistas como salvajes.

³⁵ Chirif, Alberto. "La Organización Indígena y la defensa territorial". En: *Reconocimiento y demarcación de territorios indígenas en la Amazonía*. Bogotá: Fundación Gaia. 1993.



Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de las regiones de Selva y Ceja de Selva (Decreto Ley N° 20653)

Promulgada en 1974, es la promotora de un verdadero cambio de estructuras en la Amazonía, a partir del reconocimiento de las "tribus selvícolas" en comunidades nativas. La ley reconoció su existencia legal y personería jurídica.

En relación con las tierras comunales, estableció el régimen de protección de la propiedad territorial, cuyas características especificaban que las tierras comunales eran inalienables, inembargables e imprescriptibles, otorgó a las autoridades facultades jurisdiccionales para resolver cuestiones litigiosas de *mínima cuantía que se originen entre los miembros de una comunidad nativa*.

Esta norma tenía algunos vacíos como la falta de criterios para determinar la superficie de las áreas reconocidas y la carencia de elementos jurídicos para formular una definición de "comunidad que respondieran a la realidad de estas sociedades étnicas y culturalmente diferenciadas y los efectos posibles que este sistema tendría en la futura unidad étnica de estas "comunidades" como parte de un todo o comunidad mayor.

El 9 de mayo de 1978 se modifica sustancialmente la Ley de Comunidades Nativas mediante el Decreto Ley 22175. La nueva Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva modificó un aspecto importante, al introducir una norma (artículo 11), que estableció que parte del territorio comunal, cuando se tratase de tierras con aptitud forestal, les sería cedido en uso.

La Constitución de 1979

La normatividad sobre Comunidades Campesinas y la Ley de Comunidades Nativas, recoge los principios de la Ley Reforma Agraria, y estableció que las Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y personería jurídica, son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra; así como en lo económico y administrativo. También define que las tierras de las comunidades eran inalienables, inembargables e imprescriptibles. Se deja la opción de la enajenabilidad con mayoría de los dos tercios de los miembros de la comunidad. Así mismo pueden ser expropiadas por razones de utilidad pública.

La Constitución Política de 1993

Introdujo dos preceptos novedosos, uno referido al reconocimiento de la identidad étnica como derecho fundamental de toda persona (art.2, inc.19); y el reconocimiento de la jurisdicción indígena y el derecho consuetudinario dentro del territorio comunal. Por lo demás, las tierras comunales perdieron su carácter de protección cuando se les retiró la calidad de inembargabilidad e inalienabilidad, manteniéndose la condición de imprescriptibilidad pero relativizando el abandono.