

Informe Socio Jurídico sobre Decretos Legislativos Vinculados a Derechos de Pueblos Indígenas.

Elaborado por:

Patricia Urteaga Crovetto

Para:



Lima, Agosto 2008

Tabla de Contenidos

I.	Resumen Ejecutivo.....	3
II.	Los Derechos de los Pueblos Indígenas.....	5
III.	Análisis del significado de los decretos legislativos para los derechos de los Pueblos Indígenas.....	16
IV.	Conclusiones.....	34
V.	Bibliografía.....	36
	<i>Anexo 1: Cuadro de Derechos de los Pueblos Indígenas que los Decretos Legislativos 994, 1015, 1073, 1064, 1081, 1083, 1020 y 1090 vulneran.....</i>	<i>38</i>
	<i>Anexo 2: Cuadro de Decretos Legislativos y actores perjudicados y beneficiados con la norma.....</i>	<i>47</i>

I. RESUMEN EJECUTIVO

En el marco de la regulación nacional para la implementación del Tratado de Libre Comercio firmado con los Estados Unidos, el gobierno peruano solicitó la delegación de facultades legislativas al Congreso. Una vez concedidas, el Ejecutivo elaboró en el lapso de seis meses (Enero – Junio 2008) una serie de Decretos Legislativos con la finalidad de facilitar el comercio con los Estados Unidos.

Los Decretos Legislativos se enmarcan en un modelo de desarrollo extractivo-capitalista que busca darle mayor dinamicidad al mercado. Ello se traduce en normas que facilitan la extracción y la comercialización en el mercado de los recursos naturales como la tierra, los bosques y el agua. Ello afecta particularmente a las comunidades y pueblos indígenas, cuyas tierras y recursos naturales son el objeto de estas normas que buscan flexibilizar su protección y promover su transacción en el mercado.

El compromiso del Estado con la inversión privada se hace mucho más evidente en estos Decretos Legislativos. Pero ello se traduce en desmedro de los derechos de los Pueblos Indígenas que ven cada vez más desprotegidos sus recursos frente a la ofensiva privatista. La falsa premisa de la que parte el Gobierno es que los ciudadanos están en igualdad de condiciones, por lo que la función cautelar del Estado respecto de algunos de ellos (*i.e.* los pueblos indígenas) no es necesaria. Sobre este aspecto ya se ha pronunciado varias veces la Defensoría del Pueblo cuestionando esa falta de garantía de parte del Estado a grupos vulnerables como los pueblos indígenas.

A solicitud de IBIS, en este documento ofrecemos un análisis de los Decretos Legislativos desde el enfoque de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas, haciendo referencia concreta a los derechos que son vulnerados y al instrumento con efecto vinculante que los recoge y que ha sido ratificado por el Estado Peruano, el Convenio 169 de la OIT. En ese sentido, se ha identificado los siguientes Decretos Legislativos, como aquellos más directamente relacionados con los derechos de los Pueblos Indígenas:

Tierras/Territorio:

- **994:** Decreto Legislativo que promueve la inversión privada en Proyecto de Irrigación para la Ampliación de la Frontera Agrícola
- **1015:** Decreto Legislativo que unifica los procedimientos de las comunidades campesinas y nativas de la sierra y de la Selva con las de la Costa, para mejorar su producción y competitividad agropecuaria
- **1073:** Decreto Legislativo que modifica el literal b) del artículo 10° de la Ley N° 26505, Ley de la Inversión Privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas; modificado por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1015
- **1064:** Decreto Legislativo que aprueba el régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario
- **1020:** Decreto Legislativo para la promoción de la organización de los productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural para el crédito agrario

Aguas:

- **1081:** Decreto Legislativo que crea el Sistema Nacional de Recursos Hídricos
- **1083:** Decreto Legislativo que promueve el aprovechamiento eficiente y la conservación de los recursos hídricos

Bosques:

- **1090:** Decreto Legislativo que aprueba la Ley Forestal y de Fauna Silvestre

Conocimientos colectivos:

- **1075:** Decreto Legislativo que aprueba decisiones complementarias a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece el régimen común sobre propiedad industrial.

El documento está organizado de la siguiente manera. La primera sección presenta los antecedentes de los Decretos Legislativos dados por el Gobierno en el marco de la regulación para la implementación del Tratado de Libre Comercio. Seguidamente, se realiza un análisis socio-legal de los Derechos de los Pueblos Indígenas haciendo referencia tanto a la legislación internacional como al desarrollo jurisprudencial internacional de estos derechos, de manera que se comprenda la real dimensión de los derechos indígenas y su integralidad. Posteriormente, se analiza los Decretos Legislativos, especificando los derechos indígenas que éstos han vulnerado. Cada Decreto Legislativo analizado vulnera varios derechos, por ello hemos preferido presentar el análisis de esta forma para evidenciar las consecuencias que tienen sobre éstos de una manera integral.

Esperamos que este análisis contribuya al debate sobre la construcción de políticas inclusivas y su significado para los Pueblos Indígenas del Perú.

II. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Los derechos de los pueblos indígenas y el Convenio 169 de la OIT

Una de las pocas normas internacionales que han reconocido los derechos indígenas es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Fue aprobado en 1993 por el Congreso de la República mediante la Resolución Legislativa N° 26253 y se encuentra vigente en el Perú desde el 2 de febrero de 1995.

Esta norma internacional surge a partir de las constantes denuncias de miembros de pueblos ante la Organización Internacional del Trabajo sobre violaciones a sus derechos como trabajadores. En el año 1970, la Subcomisión de prevención de discriminación y protección a las minorías de Naciones Unidas realizó un estudio general sobre la Discriminación contra poblaciones indígenas. Posteriormente, entre los 1981 y 1984, José Martínez Cobo, el relator especial de Naciones Unidas, presentó el estudio. El informe del relator especial incluye recomendaciones sobre las medidas nacionales e internacionales que se deben adoptar para eliminar la discriminación contra los pueblos indígenas que fueron incorporadas en una propuesta de Convenio Internacional que luego toma la forma del Convenio 169¹.

El Convenio define pueblos indígenas como aquellos “que descienden de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. Si bien en el Perú el derecho nacional no ha reconocido expresamente a los pueblos indígenas como personas jurídicas, el Convenio garantiza su protección aún cuando asuman la figura interna legal de comunidades campesinas y nativas cuando indica “cualquiera que sea su situación jurídica”².

1) El derecho al territorio

Los pueblos indígenas tienen una relación muy profunda con el territorio. Cada pueblo tiene una concepción particular sobre su territorio, pero todos comparten la idea de que el territorio tiene un significado colectivo material y espiritual. Su pasado está inscrito en el territorio y su futuro como pueblos y culturas depende de que lo conserven. Ello le otorga el carácter de ‘territorio ancestral’, en la medida que la relación con su territorio es anterior a la formación de los Estado-naciones y va más allá de las personas o individuos concretos. Se trata del espacio que han compartido los antepasados, el lugar con el que se identifican y que forma parte de su identidad y espíritu colectivo. Pero también es el espacio que les proporciona todo lo indispensable para sobrevivir como pueblos.

¹ El informe incluye la definición de pueblos indígenas, el rol de las organizaciones intergubernamentales y ONGs, los principios básicos y eliminación de la discriminación en materia de derechos humanos, y las áreas especiales de acción: salud, vivienda, educación, lengua o idioma, cultura y las instituciones sociales, culturales y jurídicas, empleo, tierra, derechos políticos, derechos y prácticas religiosos, y administración de justicia.

² Raquel Yrigoyen (2008).

Existe una diferencia conceptual importante entre territorio y tierras. El territorio es un área geográfica bajo el control de un pueblo. La tierra es un área dentro del territorio que puede ser de propiedad de un individuo o persona jurídica. Los pueblos tienen un derecho colectivo sobre el territorio, mientras los individuos o personas jurídicas tienen un derecho individual sobre la tierra. Para evitar que se malinterpreten estos términos, el Convenio 169 ha buscado unificarlos estableciendo un concepto de tierra que incluye el territorio y el hábitat, como relacionados a la tenencia y propiedad de los pueblos indígenas.

El significado que tiene el territorio en los artículos 15 y 16 del Convenio 169 es el de *la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna otra manera*. Este concepto es distinto al que tiene el territorio/la tierra en el resto de leyes peruanas lo consideran como un bien que puede objeto de transacciones comerciales.

En el Convenio 169 el territorio está ligado a la identidad de los pueblos indígenas, por lo cual guarda estrecha relación con la espiritualidad y cultura de estos pueblos. El artículo 13(1) del Convenio establece que “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*”.

Por esta razón, el Convenio le ha dedicado a este punto seis artículos, de manera que, el derecho al territorio implica una serie de derechos más derivados del mismo y las consiguientes obligaciones del Estado de garantizarlos.

En ese sentido, por ejemplo, los Estados están obligados a adaptar su legislación a las características y necesidades de los pueblos indígenas que habitan el territorio nacional. La norma indica que los Estados deben reconocer los territorios tradicionales de los pueblos indígenas.

El artículo 14 del Convenio 169 establece el deber del Estado de reconocer los derechos de propiedad y posesión de estos pueblos sobre las tierras que tradicionalmente han ocupado. También indica que el Estado debe tomar medidas para proteger el derecho de los pueblos a usar tierras que no sean exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. Especialmente, debe darse atención a la situación de los pueblos nómadas y agricultores itinerantes.

El artículo 15 establece que se deben garantizar sus derechos a los recursos naturales vinculados a sus tierras, y su participación en el uso, administración y conservación de estos recursos.

El artículo 16 establece que los pueblos indígenas no podrán ser trasladados de sus tierras. Si se les trasladara, ello sólo podrá realizarse con su **consentimiento libre** y con conocimiento de causa o una vez que se hayan culminado los procedimientos legales adecuados. Una vez que cesen las causas del traslado, los pueblos indígenas trasladados podrán regresar a sus tierras.

El artículo 17 indica que los procedimientos de transmisión de derechos sobre la tierra deben respetar las costumbres de los pueblos indígenas. También señala que deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad. Y, por último, establece que el Estado debe impedir que

personas extrañas a esos pueblos se aprovechen de sus costumbres o de su desconocimiento de las leyes para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

El artículo 18 indica que la legislación nacional debe establecer penas contra los intrusos en tierras indígenas por personas que no son indígenas, así como contra el uso no-autorizado de las mismas.

El artículo 19 establece que los pueblos indígenas deben ser tratados de la misma manera que los demás ciudadanos en los programas agrarios nacionales, asignándoles tierras adicionales cuando las que tengan sean insuficientes para garantizar su normal desenvolvimiento, y el otorgamiento de medios necesarios para el desarrollo de las tierras que ya posean. En el cuadro que sigue veremos los derechos que están relacionados al derecho de propiedad colectiva del territorio.

Derechos PPII

Deberes del Estado

<h2>Tierra</h2>	<ul style="list-style-type: none"> • Reconocer el significado cultural y espiritual de su relación colectiva con el territorio (13) • Adaptar la legislación del estado a las necesidades de los PPII (14) • Procedimientos de transmisión de derechos sobre la tierra deben respetar sus costumbres (17) • Se les debe consultar 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. (17) • Impedir que extraños se aprovechen de sus costumbres o desconocimiento de leyes para arrogarse la propiedad, etc. de sus tierras (17) • Penas para intrusos no indígenas en sus tierras y el uso no autorizado de las mismas (18)
<h2>Territorio</h2>	<ul style="list-style-type: none"> • Reconocer la propiedad y posesión de los PPII de tierras tradicionalmente ocupadas por ellos (14) • Proteger su uso de tierras que no sólo ocupan ellos (14) • Proteger especialmente a los PPIIAVV (14) • No pueden ser trasladados, salvo en situaciones muy especiales y con condiciones específicas (16)
<h2>Hábitat</h2>	<ul style="list-style-type: none"> • Garantizar el derecho a los recursos naturales vinculados a la tierra: uso, administración y conservación (15) • Igualdad de trato en programas agrarios, asignándoles tierras adicionales cuando las necesiten (19) • medios necesarios para el desarrollo de sus tierras (19)

Desarrollo jurisdiccional internacional del Derecho de propiedad colectiva sobre el territorio indígena y los recursos naturales

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto varios casos relacionados a los Pueblos Indígenas en los que ha ido desarrollando y enriqueciendo el contenido de varios derechos indígenas, especialmente, el derecho a la propiedad colectiva del territorio. Existe amplia literatura que demuestra que los derechos sobre el territorio indígena deben ser interpretados en el sentido de reconocerse la propiedad colectiva del mismo. Por ejemplo, la intrusión tanto de instituciones o funcionarios públicos

como de instituciones o individuos privados en el territorio indígena ha sido considerada por la Corte Interamericana como una violación del artículo 21° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es decir, del derecho de propiedad.

La Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 31 de agosto de 2001 en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, recoge los Alegatos “a” y “b” de la Comisión respecto al artículo 21° de la Convención y establece en la Consideración 149 de su sentencia que la propiedad indígena al territorio tiene características particulares y, como tal, debe ser reconocida y cautelada por el Estado.

No se trata, dice la Corte, de un derecho de propiedad tal como es conocido por el Derecho Occidental, sino que está ligado a las normas y al derecho consuetudinario, tal como es entendido por los pueblos indígenas en cada caso particular.

El 28 de noviembre de 2007, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitió su sentencia en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Esta sentencia se pronunció sobre varios derechos de los pueblos indígenas:

- el derecho de propiedad colectiva del territorio,
- el derecho a disfrutar de los recursos naturales que existen en su territorio y
- el derecho a ser consultados en caso de que los proyectos que se desarrollen en sus tierras pudieran afectarles.

Uno de los requisitos para determinar la existencia de un pueblo indígena es la prueba de que el pueblo mantiene una relación espiritual profunda con el territorio que “que han usado y ocupado tradicionalmente”. Dice la Corte Interamericana que:

“la tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka. Las tierras y los recursos del pueblo Saramaka forman parte de su esencia social, ancestral y espiritual. En este territorio, el pueblo Saramaka caza, pesca y cosecha, y recogen agua, plantas para fines medicinales, aceites, minerales y madera. Los sitios sagrados están distribuidos en todo el territorio, a la vez que el territorio en sí tiene un valor sagrado para ellos”

En casos anteriores que se habían visto en la Corte Interamericana (Casos Mayagna, Sawhoyamaya y Yakye Axa), la Corte había destacado que **el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos protege la relación profunda material y espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras y recursos naturales**, que se expresa en el derecho a la propiedad colectiva de la tierra. La Corte Interamericana estableció que:

“la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente [...] para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.

Se trata entonces no sólo de proteger un bien material, sino el sentido inmanente y trascendente que tiene el territorio para un grupo de personas con una cultura y una identidad distintas y únicas.

Este derecho de propiedad que la Convención Americana protege conlleva un deber de parte de los Estados de respetarla, pues de ese modo se garantiza su “su supervivencia social, cultural y económica”. En razón de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Estados deben garantizar este derecho mediante medidas especiales. Ello implica a su vez el derecho de que los pueblos “determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente”.

La Corte Interamericana también había expresado anteriormente que el acceso y uso de los recursos naturales del territorio indígena son una condición fundamental para la subsistencia cultural y económica del pueblo y de sus integrantes, por lo que el artículo 21 de la Convención Americana protege dicho derecho. Se trata, entonces, de

“garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados... **el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio**”.

Ello, sin embargo, no debería impedir al Estado otorgar concesiones para explotar o extraer recursos naturales en territorio indígena. En estos casos, las concesiones otorgadas por el Estado no deben poner en riesgo la subsistencia misma del pueblo.

En el caso Saramaka, la Corte sentencia que el Estado de Surinam debe cumplir tres garantías para otorgar concesiones en las tierras de los Saramaka:

“primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante “plan de desarrollo o inversión”) que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka.

Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio.

Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental”.

2) El derecho a la libre determinación

La Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el 2007 establece que el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas es el “derecho a la autonomía o autogobierno en los temas relacionados con sus asuntos internos y locales, así como caminos y formas para financiar sus funciones autónomas”. El Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos establece en el artículo 1 que “todos los pueblos tienen el derecho a la autodeterminación. En virtud de ese derecho, (los pueblos) determinan libremente su situación política y procuran libremente su desarrollo económico, social y cultural”. El derecho a la libre determinación o a la autodeterminación también está reconocido en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales.

El derecho a la libre determinación es un derecho que tienen los pueblos indígenas por el hecho de ser pueblos. Se trata del derecho a decidir cómo quieren vivir y qué destino quieren escoger para su pueblo; es decir, su autonomía para decidir sobre su desarrollo y sobre todos los aspectos que les interesen y afecten.

Este derecho está recogido en el artículo 7 del Convenio 169 de la OIT, según el cual los pueblos tienen el derecho a decidir sobre las prioridades de su propio desarrollo y a controlar su desarrollo económico, social y cultural. Los pueblos indígenas deberán participar directamente en la formulación, implementación y evaluación de los planes y programas que los afecten directamente.

El derecho a la libre determinación significa que los indígenas tienen el derecho a decidir sobre su economía, gobierno, normas y leyes, autoridades y formas de solucionar conflictos, su educación y salud. De allí se desprende el derecho a controlar su territorio y recursos, así como a decidir cómo se autogobiernan y cómo se debe transmitir su cultura. El derecho de autogobernarse incluye el de asociarse para crear organizaciones que les representen y también a resolver sus conflictos con sus normas y derecho propios.

En la legislación interna, el artículo 89° de la Constitución Política del Perú reconoce a las comunidades campesinas y nativas autonomía organizativa. Ello implica que son ellas quienes deberán decidir sobre los mecanismos, por ejemplo, para la disposición de sus tierras, sin que el Estado intervenga en su regulación. En el mismo sentido se reconoce implícitamente el derecho a su derecho consuetudinario (artículo 149° de la Constitución), que incluye normas sobre sus formas de organizarse.

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación implica, particularmente, que el Estado tiene obligaciones para con aquellos. Por ejemplo, debe consultarles previamente sobre cualquier actividad que les afecte y debe adecuar sus leyes para recoger estos derechos y hacerlos efectivos.

La consulta a los pueblos indígenas sobre los planes de desarrollo que los afectan debe ser real; es decir, los pueblos indígenas deben tener el derecho a expresar su punto de vista, así como a influir en la decisión que se tome. Y, en el caso de que se lleven a cabo planes de desarrollo económico en las zonas habitadas por pueblos indígenas, estos planes deberán incluir la mejora de las condiciones de vida del pueblo, oportunidades de empleo y educación.

3) El derecho a la participación y a la consulta

El derecho a la participación y la consulta está establecido en varios artículos del Convenio 169. Genéricamente, está consagrado en el artículo 6(2) del Convenio 169 de la OIT, pero también en el artículo 15, donde la consulta está relacionada particularmente a la realización de actividades en los territorios indígenas que puedan eventualmente afectarlos, y en el artículo 17(2) donde se relaciona con cambios en la transmisión de sus derechos sobre sus tierras a personas fuera de la comunidad.

Respecto a la participación, el artículo 6 señala que los gobiernos deben establecer los medios mediante los cuales los pueblos puedan participar libremente, en la misma medida que otros sectores de la población y a todos los niveles en la adopción de decisiones sobre políticas y programas que les conciernan.

En relación a la consulta, el artículo 6 indica que los gobiernos deben consultar a los pueblos indígenas mediante procedimientos adecuados y a través de sus instituciones representativas. Las consultas deben ser hechas de buena fe y de forma adecuada a

las circunstancias de manera que se pueda llegar a un acuerdo o consentimiento sobre las medidas propuestas.

El derecho a la consulta se establece también en el artículo 15: en el caso de que el Estado tenga la propiedad de los recursos del subsuelo, los pueblos indígenas tienen el derecho a que se les consulte si y en qué grado la explotación de estos recursos les perjudicaría. La consulta deberá ser realizada antes de que se aprueben los programas de exploración o explotación de estos recursos.

El derecho a la consulta que tienen los pueblos cuyos territorios se vean afectados por la explotación de recursos del subsuelo (minerales, gas e hidrocarburos), incluye que se les haga partícipes de los beneficios que resulten de la explotación de los recursos, en la medida de lo posible; y se les indemnice por los daños que reporten estas actividades.

Para interpretar el derecho a la consulta, Sargent (1998) propone que se tomen en cuenta varios instrumentos que forman parte del derecho Internacional Público:

- La Convención de Viena sobre los Tratados Internacionales
- Las prácticas de los Estados que establecen estándares de aplicación
- La Declaración Universal y el Proyecto de Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas
- La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena indican que para interpretar los tratados internacionales existen tres tipos de interpretación: subjetiva, objetiva o textual y teleológica. Usualmente, los estados interpretan textualmente el derecho a la consulta, indicando que la consulta es meramente procedimental, pues sólo se trata de ser consultado y no de brindar consentimiento. Sin embargo, esta interpretación es restrictiva y no toma en cuenta el desarrollo jurisprudencial del derecho a la consulta en el ámbito internacional. En ese sentido, Sargent (ibid.) indica que la interpretación en este caso debe ser la teleológica.

Según el artículo 31 de la Convención de Viena, la consulta debe ser realizada de buena fe y de acuerdo al significado ordinario dado a los términos de la Convención en su contexto.

Esta misma norma se recoge también en el artículo 6(2) del Convenio 169, cuando indica que la consulta debe hacerse:

1. de buena fe,
2. ante las instituciones representativas
3. con el objetivo de alcanzar un acuerdo o consentimiento
4. antes del desarrollo de los proyectos³
5. para medir el impacto de los proyectos sobre los pueblos indígenas y sus tierras.

Del principio de buena fe se deriva la norma *Pacta Sunt Servanda*. Ello quiere decir que el pacto entre las partes debe hacerse bajo los principios de honestidad, justicia y razonabilidad. En la resolución de la Corte Internacional de Justicia sobre el bloque continental del Mar del Norte en 1969 se invocó el principio de la buena fe para exigir que **las negociaciones deban ser significativas y no una mera formalidad.**

³ El artículo 15(2) indica que el momento debido en el que se debe realizar la consulta es **antes de emprender o autorizar la exploración/explotación de los recursos naturales en territorio indígena.**

Con relación a la práctica de los Estados, en México se solicita la autorización de las comunidades afectadas para proceder con un proyecto que pueda afectarlas. En Colombia y Guatemala se formaron comisiones para supervisar el cumplimiento del derecho a la consulta. En Noruega, el Parlamento Sami debe ser consultado antes de realizar cualquier proyecto de desarrollo en sus tierras. En Australia, los consejos indígenas pueden retirar su consentimiento en caso de explotación minera en sus tierras.

La práctica de los estados indica que la consulta establecida en el artículo 15(2) del Convenio 169 es una **práctica mínima** que debe ser:

1. efectiva y realizada de buena fe
2. antes de que empiecen a desarrollarse proyectos en sus tierras
3. los gobiernos deberán garantizar mecanismos procesales para asegurar el contacto regular y la participación activa de las comunidades o pueblos afectados en los procesos de adopción de decisiones
4. tiene como finalidad lograr el acuerdo o consentimiento.

Desarrollo jurisdiccional internacional del Derecho a la consulta

La Corte Interamericana de Derechos Humanos interpreta el contenido del derecho a la consulta en un sentido amplio. A pesar de no tener efecto vinculante, para interpretar el sentido de la consulta la Corte cita el artículo 32 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que fue recientemente aprobada por la Asamblea General de la ONU y que indica que:

- “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.
2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su **consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos**, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.
3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual”.

El Derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado

Además, la Corte Interamericana ha seguido desarrollando el contenido de la consulta, estableciendo que se debe garantizar la “**participación efectiva**” del pueblo indígena en los planes de desarrollo dentro de su territorio, lo cual significa que el Estado debe consultar *de manera eficaz y activa* a las comunidades afectadas, tomando en cuenta sus costumbres y tradiciones.

¿Qué significa el deber del Estado de **consultar de manera activa** a los pueblos indígenas? Significa que:

1. el Estado acepte y brinde información
2. se mantenga una comunicación constante entre las partes
3. las consultas se realicen de buena fe
4. las consultas se realicen mediante procedimientos culturalmente adecuados
5. las consultas deben tener como fin llegar a un acuerdo

6. las consultas deben hacerse en las primeras etapas del plan de desarrollo y no solamente cuando se requiera obtener la aprobación de la comunidad
7. el aviso para la consulta debe hacerse proporcionando un tiempo adecuado para que las comunidades discutan internamente y puedan responder de manera adecuada
8. el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo indígena conozcan los posibles riesgos ambientales y de salubridad antes de aceptar los planes de desarrollo, etc.
9. las consultas deben tomar en cuenta los métodos tradicionales que el pueblo tenga para adoptar decisiones.

Un aspecto importante de la determinación de la Corte es que amplía el contenido del derecho a la consulta *en el caso de que los planes o proyectos de desarrollo que se realicen en tierras indígenas sean de mayor escala y tengan impactos más graves*. En estos casos, el Estado está obligado a consultar y, además, **obtener el consentimiento libre, informado y previo de los afectados**, de acuerdo a sus tradiciones y costumbres.

Para establecer la diferencia entre la consulta y el consentimiento, la Corte Interamericana cita al Relator Especial de las Naciones Unidas, quien indica que “[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo”. La exigencia del consentimiento, indica el Relator Especial de NNUU, se fundamenta en que:

“[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia.”

La Corte Interamericana menciona también la opinión del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) respecto a la consulta:

“[e]n cuanto a la explotación de los recursos que yacen en el subsuelo en tierras tradicionales de comunidades indígenas, el Comité observa **que la mera consulta con estas comunidades no es suficiente para cumplir con los requisitos establecidos por el Comité en su recomendación general XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Comité, por lo tanto, recomienda que se obtenga el consentimiento previo e informado de dichas comunidades**”.⁴

Por ejemplo, en el caso Saramaka, los afectados indicaron que las empresas madereras que sacaron madera de sus tierras afectaron los arroyos que se

⁴ Véase, Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador (sesión sesenta y dos, 2003)*, ONU Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16.

encuentran en el territorio Saramaka, y con ello la fuente más importante de agua potable. Ello los privó de agua para el consumo doméstico, riego, pesca, crianza de peces, etc. Por otro lado, el agua estancada afectaba el bosque, por lo que no se podía producir los productos agrícolas tradicionales del pueblo.

Por ello, la Corte llegó a las siguientes conclusiones:

- “que los integrantes del pueblo Saramaka tienen el derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio que ocupan tradicionalmente y que sean necesarios para su supervivencia;
- que el Estado puede restringir dicho derecho mediante el otorgamiento de concesiones para exploración y extracción de recursos naturales que se hallan dentro del territorio Saramaka sólo si el Estado
 - o garantiza la participación efectiva y los beneficios del pueblo Saramaka,
 - o realiza o supervisa evaluaciones previas de impacto ambiental o social y
 - o implementa medidas y mecanismos adecuados a fin de asegurar que estas actividades no produzcan una afectación mayor a las tierras tradicionales Saramaka y a sus recursos naturales”.

4) El derecho al derecho consuetudinario y la jurisdicción indígena

El derecho a la jurisdicción indígena está ligado a la forma cómo se gobiernan los pueblos indígenas. Se trata de establecer un sistema propio de gobierno y de autogobernarse en base a valores y sistemas jurídicos propios. Para ello los pueblos indígenas han creado normas con las que autoregulan la conducta de sus miembros, eligen a sus propias autoridades de acuerdo a su cultura y necesidades, así como también cuentan con un sistema de justicia mediante el cual solucionan sus conflictos.

El derecho a la jurisdicción indígena incluye el derecho a que los pueblos y sus comunidades sean reconocidos como entidades que crean y aplican sus propios sistemas de derecho que pueden diferir uno del otro.

En el artículo 8 del Convenio 169 se establece el derecho que tienen los pueblos indígenas a crear y aplicar su propio derecho consuetudinario. Este derecho está formado por normas y regulaciones ancestrales que van modificándose de acuerdo a las nuevas circunstancias que les toca vivir. Algunas de estas normas regulan incluso el acceso a los recursos naturales y la conservación de nuestro medio ambiente, así como también establecen las sanciones en caso de trasgresiones.

La jurisdicción indígena deberá ser entendida como una forma de ejercer la autonomía comunal para regular los derechos a la tierra, los recursos naturales y el manejo de estos recursos y no solamente como un espacio para el castigo y la represión de faltas sin trascendencia para el pueblo indígena.

Existe jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de darle valor sustantivo al derecho consuetudinario, de manera que, por ejemplo, el derecho colectivo de propiedad de la tierra, reconocido por el artículo 21° de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe ser interpretado según las normas del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas⁵.

Según el Convenio 169, las sanciones que forman parte de nuestro derecho indígena deberán ser compatibles con los derechos humanos reconocidos tanto nacional como

⁵ Véase los casos *Awas Tingni vs. Nicaragua* y *Saramaka vs. Surinam*.

internacionalmente. Ello también está estipulado en el artículo 149 de la Constitución Peruana.

5) El derecho a la identidad y cultura indígena

El derecho a la identidad y a la cultura indígena es uno de los más importantes para los pueblos indígenas. Se debe respetar la forma de ser, la manera de reconocerse, de entender el mundo, de pensar y de actuar. Este respeto debe partir de valorar la integridad de sus valores, prácticas e instituciones.

El derecho a la identidad indígena tiene relación con el derecho a la no discriminación. Se trata de que se respete su derecho a ser diferentes. Ello se hace efectivo, por ejemplo, cuando hablan su propia lengua, practican sus costumbres, cautelan sus conocimientos ancestrales, sus sistemas de salud y sus propias creencias e instituciones.

Por ello, el Convenio 169 de la OIT ha establecido que los valores sociales, culturales, religiosos y espirituales de los Pueblos Indígenas deberán ser reconocidos y protegidos por los Estados. Estos derechos están especialmente reconocidos en el artículo 5 del Convenio. En el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución Peruana también se reconoce el derecho a la pluralidad étnica y cultural.

Estos cinco derechos básicos deben ser entendidos como *interdependientes e indivisibles*; es decir, un pueblo indígena requiere para su existencia que se respete su territorio, su derecho a la libre determinación, a la consulta y participación, a la identidad y cultura, y a una jurisdicción propia.

III. ANÁLISIS DEL SIGNIFICADO DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS PARA LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

• Decreto Legislativo 994

Promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola.

Artículo 3°.- Tierras eriazas comprendidas dentro del alcance 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 de dominio del Estado, salvo aquellas sobre las que exista título de propiedad privada o comunal inscrito en los Registros Públicos⁶.

Quinta disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1064:

Modifíquese el numeral 3.2 del artículo 3 del Decreto Legislativo 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 las que exista título de propiedad privada o comunal”

3.3 No se consideran tierras eriazas con aptitud agrícola:

- a) Las tierras que se encuentran protegidas dentro de las Áreas Naturales Protegidas
- b) Las tierras que constituyen patrimonio arqueológico de la Nación
- c) Las tierras destinadas a la defensa o a la seguridad nacional
- d) Las tierras que se encuentren dentro de los planes aprobados para fines de expansión urbana y las incluidas en el inventario de tierras con fines de vivienda, de conformidad con lo previsto en las normas de la materia
- e) Las tierras forestales y aquellas con capacidad de uso mayor forestal
- f) Las tierras ribereñas al mar que se rigen de acuerdo con su normatividad
- g) Los cauces, riberas y fajas marginales de los ríos, arroyos, lagos, lagunas y vasos de almacenamiento

Artículo 4°.- De los proyectos de irrigación:

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

Artículo 12°.- En caso de invasión o usurpación de las tierras eriazas materia de la presente norma, el juez penal por el solo mérito de la denuncia debidamente recaudada con instrumento fehacientemente probatorio del derecho del denunciante, deberá realizar una inspección judicial en el inmueble, dentro de las setentidos (72) horas de recibida la denuncia más el término de la distancia. En dicha diligencia, los denunciados podrán ofrecer las pruebas que estimen convenientes, las que se actuarán en el acto. Dentro del segundo día posterior a la diligencia, el juez, en base a

⁶ Mi subrayado.

la constatación efectuada, ordenará la desocupación del predio en el término de veinticuatro (24) horas, otorgando la posesión al denunciante, situación que se mantendrá a las resultas del proceso penal correspondiente. En caso de incumplimiento de dicho mandato, el juez penal solicitará el auxilio de la fuerza pública, la que prestará bajo responsabilidad el apoyo correspondiente dentro del término de cuarentiocho horas (48) de solicitada y se procederá al lanzamiento respectivo. El juez, bajo responsabilidad, no admitirá acción alguna que entorpezca la orden de desocupación. La apelación no interrumpe su ejecución.

Análisis:

El artículo 3(2) se contradice con lo establecido en el artículo 6 del Decreto Legislativo 1064, que indica que la propiedad territorial de las comunidades campesinas está integrada por las tierras originarias de la comunidad campesina, entre otras, y que, las tierras originarias “comprenden las tierras que la comunidad campesina viene poseyendo, así como aquéllas respecto de las cuales cuenten con título”. Por ello, no se entiende por qué el artículo 3.2 del DL 994, establece que las tierras de las comunidades que no cuenten con título son tierras eriazas de propiedad del Estado.

En la medida que desprotege todas las tierras de comunidades que no estén tituladas, estableciendo que éstas pasarán a dominio del Estado, y, que se consideran invasores y usurpadores aquellos que ingresen o que estén en dichas tierras, se vulneran los derechos relacionados a la tierra y el territorio establecidos tanto en el Convenio 169 (artículos 13, 14, 17), así como en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 21). Ni el Convenio 169, ni la Corte Interamericana consideran que el título de propiedad constituye el derecho de propiedad colectiva a la tierra, mucho menos la inscripción del título en registros públicos. Con el artículo 3.2 del Decreto Legislativo 994, el Estado no sólo castiga a las comunidades no tituladas amenazándolas con dejarlas sin tierras, sino que las castiga por algo que el mismo Estado no ha hecho; es decir, reconocer y titular su propiedad. De manera que esta disposición también vulnera el derecho de propiedad colectiva a la tierra establecidos en ambos tratados internacionales.

La norma afecta también el derecho a la consulta establecido en forma genérica en el artículo 6(2) del Convenio 169 y, en forma específica, el artículo 17(2), puesto que se afectan los derechos a la consulta cuando se trate de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.

Igualmente, se afecta el derecho a la identidad reconocido en el artículo 13 del Convenio 169 como ligado al derecho a la tierra. Del mismo modo, se afecta el derecho al uso, administración y conservación de los recursos naturales, como un derecho ligado a la tierra y recogido en el artículo 15 del Convenio 169.

También se afecta el derecho a la autodeterminación recogido en el artículo 7 del Convenio 169 que establece el derecho a decidir sobre sus prioridades de desarrollo y participar en la formulación de planes y programas de desarrollo susceptibles de afectarles. Y, finalmente, se afecta el derecho a su propio derecho indígena, establecido en el artículo 8 del Convenio 169, pues no se toma en cuenta las normas que han desarrollado estas comunidades respecto a la propiedad/posesión de las tierras que ocupan.

Por último, el artículo 12 viola la Constitución al establecer que, “el juez, bajo responsabilidad, no admitirá acción alguna que entorpezca la orden de desocupación. La apelación no interrumpe su ejecución”. Esta norma es inconstitucional pues vulnera los mecanismos de protección de derechos que la Constitución ha establecido para cautelar el derecho de propiedad, como es el amparo. Al establecer que no admitirá

acción alguna que entorpezca la orden de desocupación, está negando el derecho a una acción cautelar como el amparo que pone freno al acto violatorio del derecho.

En el Perú existen 6,066 Comunidades Campesinas reconocidas, de las cuales se han titulado el 83% ubicadas en Puno, Cuzco y Ayacucho, así como 1,497 Comunidades Nativas Inscritas, de las cuales 1,260 (84%) están tituladas. Este DL 994 desprotegería a 1,268 comunidades campesinas y nativas inscritas y a un número indeterminado de comunidades no inscritas (COFOPRI, 2007)⁷.

El DL 994 también podría, eventualmente, afectar los derechos de agua consuetudinarios de las comunidades campesinas y nativas que no estén registrados, pues el artículo 4 indica que los proyectos de irrigación podrán aprovechar aguas de libre disponibilidad otorgando derechos como las licencias que pueden disminuir la disponibilidad de agua de las comunidades (Grupo Allpa, 2008).

COMUNIDADES NATIVAS PENDIENTES DE TITULAR

N°	DEPARTAMENTO	INSCRITAS		TITULADAS		PENDIENTES DE TITULAR
		N° COMUNIDADES	N° FAMILIAS	TITULADAS	SUPERFICIE (ha)	
1	AMAZONAS	176	9,817	170	1,422,951.3077	6
2	AYACUCHO	2	21	0	0.0000	2
3	CAJAMARCA	2	281	2	117,936.8200	0
4	CUSCO	62	4,550	58	854,738.7265	4
5	HUANUCO	16	402	8	76,033.5826	8
6	JUNIN	176	6,187	158	697,193.7562	18
7	LORETO	642	17,756	491	4,474,260.6635	151
8	MADRE DE DIOS	26	719	23	376,931.0135	3
9	PASCO	118	3,615	98	439,791.9105	20
10	SAN MARTIN	30	961	29	221,730.8188	1
11	UCAYALI	247	8,204	223	2,105,643.2410	24
TOTAL NACIONAL		1,497	52,513	1,260	10,787,211.8403	237

Fuente: COFOPRI (2007)

⁷ El proyecto de Titulación de Tierras y Catastro Rural, Fases I y II, para el cual se han formulado los Proyectos de Ley 1900/2007-PE y 1770/2007/CR, es financiado por el BID.

COMUNIDADES CAMPESINAS PENDIENTES DE TITULAR

N°	DEPARTAMENTO	COMUNIDADES CAMPESINAS RECONOCIDAS	COMUNIDADES CAMPESINAS TITULADAS	SALDO POR TITULAR
1	AMAZONAS	52	52	0
2	ANCASH	349	328	21
3	APURIMAC	470	432	38
4	AREQUIPA	103	94	9
5	AYACUCHO	654	461	193
6	CAJAMARCA	104	82	22
7	CUSCO	928	795	133
8	HUANCAVELICA	591	512	79
9	HUANUCO	285	198	87
10	ICA	11	3	8
11	JUNIN	391	354	37
12	LA LIBERTAD	120	112	8
13	LAMBAYEQUE	28	17	11
14	LIMA	289	223	66
15	LORETO	95	41	54
16	MADRE DE DIOS	0	0	0
17	MOQUEGUA	75	72	3
18	PASCO	73	65	8
19	PIURA	136	125	11
20	PUNO	1,265	1,043	222
21	SAN MARTIN	1	1	0
22	TACNA	46	43	3
23	TUMBES	0	0	0
24	UCAYALI	0	0	0
TOTAL NACIONAL		6,066	5,053	1,013

Fuente: COFOPRI (2007)

- **Decreto Legislativo 1015: 19/05/08**

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

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, creó un régimen diferenciado para las comunidades campesinas en función a su ubicación en el territorio nacional, lo que en la práctica ha originado dificultades en el ejercicio de la propiedad de las comunidades ubicadas en la sierra y en la selva. En tal sentido, se requiere contar con un régimen unificado, a efectos de promover y facilitar la inversión privada en dichas tierras comunales;

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.

Modificase el 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, en los siguientes términos:

“Artículo 10.- Las Comunidades Campesinas y la 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 de la Costa, la regularización del derecho de propiedad se regirá por las siguientes normas:

a) Para la adquisición en propiedad por parte de poseisionarios 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 poseisionarios con más de un año. Para los efectos de la adquisición por el

actual poseionario, 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 poseionarios o de terceros así como para gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre las tierras comunales de la Costa se requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los miembros asistentes a la Asamblea instalada con el quórum correspondiente.”

Disposición complementaria derogatoria

Única. Deróguese el artículo 11º de la Ley 26505, Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas; así como toda otra disposición que se oponga a lo dispuesto en la presente norma.

Artículos citados de la Ley 26505

Artículo 10o.- 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 de la **Costa**, la regularización del derecho de propiedad se regirá por las siguientes normas:

a) Para la adquisición en propiedad por parte de poseionarios 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 poseionarios con más de un año.

Para los efectos de la adquisición por el actual poseionario, 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 poseionarios o de terceros así como para gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre las tierras comunales de la Costa se requerirá el voto a favor de **no menos del cincuenta por ciento de los miembros asistentes a la Asamblea** instalada con el quórum correspondiente.

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

Análisis:

Al flexibilizar las formas de decisión de las comunidades sobre la disposición sobre sus tierras, el Decreto Legislativo 1015 pone en riesgo la existencia misma de los Pueblos Indígenas porque facilita la disposición de las tierras, eliminando la protección que le otorgaba el artículo 11º de la Ley 26505, estableciendo el porcentaje de los 2/3 para tomar decisiones en Asamblea. Al vender sus tierras, las comunidades ya no existirían, pues se enajena el elemento material que les otorga existencia.

En la misma forma que el Decreto Legislativo 994, esta norma vulnera el derecho a la consulta establecido en el artículo 6(2) y 17(2) del Convenio 169. También vulnera los

derechos 13, 14 y 17 del Convenio 169 y el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos referidos al derecho de propiedad/posesión de la tierra de los pueblos indígenas. En este caso, también se afecta el derecho a la identidad, pues se flexibiliza los procedimientos de transferencia de la propiedad comunal, poniendo en riesgo la relación cultural y espiritual que los pueblos indígenas tienen con el territorio. De manera similar, se vulneran los derechos a la autodeterminación (artículo 7 del Convenio 169 y artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos de los PPII), el derecho al desarrollo establecido en el Artículo 19 del Convenio 169 y el artículo 8 del mismo que reconoce el derecho a su derecho indígena.

• **Decreto Legislativo 1073:**
Modifica el literal b) del artículo 10° de la Ley 26505

Artículo Único.- Modificación del literal b) del artículo 10° de la Ley N° 26505, Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas; modificado por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1015, en los siguientes términos:

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

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

(...)

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

Análisis:

El Decreto Legislativo 1073 modifica el inciso b del Decreto Legislativo 1015, estableciendo que quienes tomen la decisión serán comuneros poseionarios con más de un año y no los que asistan a la asamblea, como decía el D.L. 1015. Sin embargo, esta norma sigue vulnerando los derechos indígenas establecidos en el cuadro⁸, puesto que no ha realizado la consulta a las Comunidades, no se garantiza su existencia al flexibilizar las normas para la disposición de sus tierras, se vulnera la autonomía comunal y el derecho a la autodeterminación, no se protege las tierras comunales, no se ha permitido la participación de las comunidades en la formulación de planes y programas que los afecten, y tampoco se ha considerado la relación intrínseca que la tierra tiene con la identidad cultural, tal como lo ha establecido el artículo 13 del Convenio 169. Dos temas que no quedan totalmente resueltos es la definición de “comunero poseionario” y si la votación debe hacerse en asamblea o por poder.

Finalmente, cabe mencionar que la norma establece un considerando en el que se indica que el porcentaje establecido en el artículo 11 de la Ley 26505 (los 2/3 de todos los miembros de la comunidad) ha presentado dificultades para el ejercicio de la propiedad comunal. Esta es una hipótesis no comprobada, pero a su vez ambigua, pues no indica para quién ha presentado dificultades. No existe ninguna prueba de que este porcentaje haya presentado dificultades para el ejercicio de la propiedad

⁸ Véase Anexo 1.

comunal de las comunidades campesinas y nativas, por lo cual el Estado se está arrogando su representación al establecer esta premisa.

• **Decreto Legislativo 1064: 27/06/2008**
Decreto Legislativo que el Régimen Jurídico para el Aprovechamiento de las Tierras de uso agrario.

Artículo II. El objeto de la presente norma es mantener el marco normativo sistematizado en materia de tierras de uso agrario con el fin de garantizar la seguridad jurídica sobre éstas.

Artículo III. Del derecho de propiedad de las tierras

3.1 El Estado garantiza el libre acceso a la propiedad de las tierras, de conformidad con lo establecido en la Constitución Política del Perú, lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo y las normas legales vigentes sobre la materia.

3.2 El Estado garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra en todas sus modalidades. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. El derecho de propiedad agraria es inviolable.

Artículo V. De las tierras eriazas con aptitud de uso agrario

5.1 Se consideran tierras eriazas con aptitud de uso agrario las no explotadas por falta o exceso de agua y los demás terrenos improductivos, excepto:

- i) las lomas y praderas con pastos naturales dedicados a la ganadería, aún cuando su uso fuese de carácter temporal;
- ii) las tierras de producción, entendiéndose por tales a las que no reúnan las condiciones mínimas requeridas para cultivo, pastoreo o producción forestal;
- iii) las que constituyan patrimonio arqueológico de la nación; y,
- iv) las tierras eriazas que se encuentran en proceso de habilitación agrícola respecto de las cuales no hayan vencido los plazos para su incorporación a la actividad agraria, o en las que el proceso de irrigación se encuentra limitado en su avance por las disponibilidades de agua.

5.2 Las tierras eriazas ubicadas dentro del área urbana o de expansión urbana están sujetas a la legislación de la materia.

5.3 El otorgamiento de tierras eriazas de propiedad del Estado con fines agrarios, se rige por lo establecido en el Decreto Legislativo 994 y el reglamento de la presente norma.

Artículo VII. Abandono.

El abandono de tierras previsto en el segundo párrafo del artículo 88° de la Constitución Política del Perú se refiere al incumplimiento de las condiciones establecidas en los contratos de otorgamiento de tierras eriazas con la consiguiente reversión al dominio del Estado.

Capítulo II. De los predios rurales comunales

Artículo 3. Generalidades

3.1 Las comunidades campesinas y las comunidades nativas en cuanto a su existencia, organización y derechos, se rigen por 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 las comunidades nativas es imprescriptible.

Artículo 5. De la propiedad comunal de las comunidades Nativas

5.1 Para la demarcación de la propiedad comunal 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 título de posesión y/o de propiedad.

Artículo 6. De la propiedad comunal de las comunidades campesinas.

6.1 La propiedad territorial de las comunidades campesinas está integrada por las tierras originarias de la comunidad campesina, las tierras adquiridas de acuerdo al derecho común y agrario, y las adjudicadas dentro del proceso de reforma agraria.

6.2 Las tierras originarias comprenden las tierras que la comunidad campesina viene poseyendo, así como aquéllas respecto de las cuales cuenten con título.

6.3 Las comunidades campesinas que carezcan de tierras o las tengan en cantidad insuficiente tienen prioridad para la adjudicación de las tierras colindantes que hayan revertido al dominio del Estado por abandono.

Artículo 7. Excepciones a la propiedad comunal.

No se consideran predios rurales comunales:

7.1 Los predios de propiedad de terceros amparados en títulos legítimamente obtenidos

7.2 Los predios que el Estado ha utilizado para servicios públicos, salvo convenios 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 pobladas 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.

Título III. De las servidumbres y otras cargas

Artículo 8. De la servidumbre

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) Servidumbres de libre paso de oleoductos, gasoductos, 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 instalación y drenaje establecidas o que sea necesario establecer, así como las que demanda 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 previsto por el presente artículo.

Quinta disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1064:

Modifíquese el numeral 3.2 del artículo 3 del Decreto Legislativo 994, en los términos siguientes:

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

Única.- Derogación de normas

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

Análisis:

El Decreto Legislativo 1064 contiene artículos que vulneran varios derechos indígenas. Empezaremos por el derecho a la propiedad colectiva del territorio.

Esta norma tiene antecedentes importantes tanto en la Constitución, cuyos artículos 88 y 89 señalan que las tierras de las comunidades pueden caer en abandono, como en la Ley 26505. Con ello ya se ponía en riesgo la propiedad territorial de los pueblos y comunidades indígenas, pues es el Estado el que considera cuándo las tierras caen en abandono. Esta disposición es particularmente compleja en el caso de las comunidades nativas, pues las tierras amazónicas donde éstas se ubican no pueden ser explotadas por largos períodos sin afectar las nutrientes del suelo. Por esta razón, las comunidades van rotando sus parcelas para no afectar la calidad del suelo y las dejan descansar varios años. La norma otorga mucha discreción al Estado para declarar el abandono, lo cual pone en riesgo inminente las tierras de las comunidades. Podría interpretarse, por ejemplo, que la comunidad no está aprovechando de manera eficiente sus tierras y declararlas en abandono.

El artículo 7 restringe aún más el derecho de propiedad colectiva al territorio por cuanto señala que no se consideran predios rurales comunales, los predios dentro de una comunidad que el Estado ha utilizado para servicios públicos, las tierras que la comunidad haya transferido a comuneros o a terceros, las que sean declaradas en abandono por el Estado y las que se encuentren pobladas por asentamientos humanos o centros poblados.

Con respecto a las normas sobre la servidumbre, el artículo 7° de la Ley 26505 señalaba que las tierras de las comunidades pueden ser usadas para actividades mineras o de hidrocarburos, para lo cual se requiere de un acuerdo previo con el propietario y, en caso de no llegar a un acuerdo, se debe culminar el procedimiento de servidumbre. Este artículo da preeminencia al uso minero o petrolero de la tierra por

encima del uso agrícola, y permite la figura de la servidumbre⁹ en el caso de que el propietario del predio esté en desacuerdo con este tipo de uso de sus tierras. El propietario de la tierra deberá ser indemnizado antes de empezar las actividades mineras o petroleras en sus tierras, pero el monto de esa indemnización lo fijará el Estado teniendo en cuenta el valor del área de la servidumbre y una compensación monetaria que se calcula en función de las actividades agrícolas que el propietario del suelo realizaba. En el Decreto Legislativo 1064, se establece cuáles son las servidumbres a las que estarían afectas las tierras comunales y, al hacerlo, elimina el requisito del acuerdo previo establecido en la Ley 26505. Es más, el DL 1064 deroga el artículo 7 de la Ley 26505 (que fue modificado por la Ley 26570)¹⁰.

Paulo Vilca (2008) ha enumerado las consecuencias de esta derogación del artículo 7 de la Ley 26505:

- “1. La comunidad ya no podrá negociar con las empresas sobre el valor que ella le otorgue a su propiedad, debiendo acatar lo que el Estado le imponga vía tasación como indemnización por la imposición de la servidumbre minera.
2. Se resta todo poder de negociación a los propietarios de predios rurales en sus relaciones con las empresas.
3. Las empresas ya no necesitan contar con el requisito del acuerdo previo para iniciar actividades mineras. Así, empresas como Río Blanco Cooper S. A., podrán obtener una licencia ambiental de parte del Ministerio de Energía y Minas sin contar con el permiso de los propietarios, pues sólo tendrán que solicitar que se imponga la servidumbre respectiva.
4. Al no ser el acuerdo previo un requisito para realizar actividades mineras, entonces su cumplimiento dejará de ser materia de fiscalización por parte del OSINERGMIN. Esto traerá como consecuencia la indefensión de los propietarios de los terrenos donde se llevarán a cabo las actividades mineras.
5. Esta situación generará mayor tensión en las comunidades y propietarios rurales, dado que su percepción sobre la norma y la actuación del Estado es que éstos beneficia solamente a las empresas mineras en perjuicio de su derecho de propiedad, con lo que se incrementará la oposición de la población a los proyectos mineros.
6. La promoción de inversiones mineras también se verá afectada por el incremento de los conflictos, afectándose especialmente a aquellas empresas que están por iniciar sus proyectos”.

A pesar que el Ministerio de Energía y Minas, mediante un comunicado de prensa, ha indicado que el Decreto Legislativo no enerva el derecho de propiedad colectiva del territorio comunal, es evidente que, en la práctica, sí existe tal vulneración, por cuanto la derogatoria del artículo 7 de la Ley 26505 entrará en vigencia una vez que se apruebe el reglamento.

De acuerdo al MEM, el consentimiento previo deberá ser regulado no por el DL 1064, sino por la Constitución, el Código Civil, la legislación minera y el derecho común. También indica el MEM que “La servidumbre minera en vía administrativa es una opción legal a la que puede recurrirse luego de agotado el trato directo y previa evaluación de la autoridad competente, observando las garantías constitucionales del

⁹ La servidumbre es una limitación legal al ejercicio del derecho de propiedad, de manera que las comunidades en cuyas tierras se imponga una servidumbre no podrán ejercer su propiedad de manera integral.

¹⁰ Este artículo sufrió varias modificaciones. La ley 26570 fue publicada el 04.01.1996. Luego, se aprobó el Reglamento vía Decreto Supremo 017-96-AG, publicado el 19.10.1996 (acuerdo previo con el propietario). Este reglamento fue modificado por el Decreto Supremo 015-2003-AG, publicado el 07.05.2003 y luego se publicó la Fe de Erratas el 22.05.2003.

debido procedimiento y previo pago de la justa contraprestación que corresponda.” (Comunicado de la Oficina de Imagen Institucional del MEM, 2008). Sin embargo, al haber eliminado esta norma, será más difícil para las comunidades poder exigir su cumplimiento legalmente. Más aún para aquellas comunidades que no cuentan con un título de propiedad.

**• Decreto Legislativo 1081:
Crea el Sistema Nacional de 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:

4.2 Principio precautorio

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.

4.4 Principio de seguridad jurídica

El Estado consagra un régimen de derechos administrativos para el uso de los recursos hídricos y garantiza su ejercicio, otorgando seguridad jurídica a sus titulares para la inversión relacionada con el manejo del agua sea pública o privada o en coparticipación.

4.5 Principio de respeto a los usos del agua por las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas

El Estado respeta los usos y costumbres de las Comunidades Campesinas y las Comunidades Nativas, así como su derecho de utilizar las aguas que discurren por sus tierras, en tanto no se oponga la Ley. Promueve el conocimiento y tecnología ancestral del agua.

Artículo 6.- Conformación del Sistema Nacional de Recursos Hídricos

6.2 El Sistema Nacional de Recursos Hídricos está integrado por:

K. Las organizaciones de usuarios de agua

Artículo 12.- Funciones del Ente Rector

Son funciones del ente rector las siguientes:

m. Otorgar derechos de uso de agua y mantener actualizado el Registro Administrativo de Derechos de Uso de Agua.

CUARTA.- Delegación (tercerización)

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 a fin de asegurar el cumplimiento de sus objetivos y de las disposiciones que le resulten aplicables.

Artículo 16.- Conformación

Los Decretos Supremos que crean los Consejos de Cuenca establecerán su conformación la que considerará la participación de las organizaciones de usuarios de agua.

Análisis:

El Decreto Legislativo 1081 desprotege el derecho al uso del agua de las comunidades y pueblos indígenas de diversas maneras. Si bien a nivel de principio consagra el respeto de los usos del agua de las comunidades, en los artículos no se ha previsto ninguna forma o procedimiento para hacer efectivo este derecho obviándose toda referencia a las comunidades.

Con respecto al principio precautorio, el Decreto ha elegido una definición más restrictiva que no protege adecuadamente ni al ambiente ni a las personas. La definición dada por el Grupo de Expertos sobre el principio precautorio de la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología (COMEST), (2005) es más integral:

“Cuando las actividades humanas pueden acarrear un daño moralmente inaceptable que es científicamente plausible pero incierto, se adoptarán medidas para evitar o disminuir ese daño.

El daño moralmente inaceptable consiste en un daño a seres humanos o al ambiente que represente:

- una amenaza contra la salud o la vida humanas, o
- grave y efectivamente irreversible, o
- injusto para las generaciones presentes o futuras, o
- impuesto sin tener debidamente en cuenta los derechos humanos de los afectados”¹¹.

El DL 1081 indica que se basa en un enfoque de Gestión Integrada del Agua, sin embargo, ni a nivel de principios ni a nivel de artículos consagra un concepto adecuado de Gestión Integrada de Recursos Hídricos, pues desconoce el ciclo hidrológico, confunde integralidad con multisectorialidad, no recoge los principios de equidad en el acceso, diversidad, y participación.

El DL 1081 además de no reconocer la participación de las comunidades, es centralista, pues concentra en el ente rector la función de otorgar derechos de uso de agua y mantener actualizado el Registro Administrativo de Derechos de Agua. Por otro lado, también fomenta la privatización del agua al crear el Registro de Derechos, que eventualmente podrían transarse en el mercado favoreciendo así a los que puedan pagar en desmedro de los más pobres¹². Estos derechos también podrían otorgarse sobre fuentes que las comunidades usan, pues no existirían registros sobre los derechos consuetudinarios de uso de agua de las comunidades. Este registro de licencias, permisos y autorizaciones¹³ fomenta la transacción de los derechos de agua, pues implícitamente se indica que los derechos de uso de agua son registrables y transables.

¹¹ <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578s.pdf>

¹² En la década del 90, Chile privatizó las aguas creando derechos transables y registrables. Pero ello dio lugar a un mercado de derechos de agua que eventualmente fueron acumulados en pocas manos y el Estado tuvo que intervenir. Véase, Hendriks (1998).

¹³ La licencia es un derecho sobre aguas permanentes, el permiso es un derecho sobre aguas sobrantes, y la autorización es un derecho de uso transitorio.

Otra norma que propicia la privatización del agua es la cuarta disposición complementaria final, que consagra la tercerización de las funciones de la ANA a personas naturales o jurídicas de los sectores público o privado. La tercerización es una figura legal que no debe aplicarse para delegar las funciones más importantes del Estado, como es la asignación de derechos (de agua), pues puede prestarse a actos de corrupción, inequidad, etc.

- **1083: Decreto Legislativo**
Promueve el aprovechamiento eficiente y la conservación de los recursos hídricos

Artículo 3°.- Parámetros de eficiencia para el aprovechamiento de los recursos hídricos.

La Autoridad Nacional del Agua, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Recursos Hídricos, establece los Parámetros de Eficiencia aplicables al aprovechamiento de dichos recursos, en concordancia con la Política Nacional del Ambiente.

Los Parámetros de Eficiencia establecen los requerimientos mínimos y máximos aplicables a cada forma y tipo de uso de los recursos hídricos. La determinación de los Parámetros de Eficiencia se realizará de conformidad con los lineamientos establecidos en el Reglamento de la presente norma.

Artículo 4°.- Certificación de Aprovechamiento Eficiente

4.1 El Certificado de Eficiencia es el instrumento mediante el cual la Autoridad Nacional del Agua certifica el aprovechamiento eficiente de los recursos hídricos por parte de los usuarios y operadores de infraestructura hidráulica, pública o privada.

4.2 La Autoridad Nacional del Agua otorga “Certificados de Eficiencia” a los usuarios y operadores de infraestructura hidráulica, pública o privada, que cumplan con los Parámetros de Eficiencia.

Artículo 8°.- Plan de Adecuación para el aprovechamiento Eficiente de Recursos Hídricos.

(Párrafo 4) La Autoridad Nacional del Agua aprueba y supervisa la ejecución del Plan de Adecuación para el Aprovechamiento Eficiente de Recursos Hídricos y sanciona su incumplimiento, de conformidad con lo previsto en el Reglamento, considerando para ello la normatividad establecida por el Ministerio del Ambiente en la materia de su competencia.

Artículo 9°.- Reversión de Recursos Hídricos

(Párrafo 2) Los usuarios u operadores de infraestructura hidráulica que generen excedentes de recursos hídricos y que cuenten con un Certificado de Eficiencia, tienen preferencia en el otorgamiento de nuevos derechos de uso de agua que se otorguen sobre los recursos excedentes.

Análisis:

El Decreto Legislativo 1083 consagra la inequidad en el uso y disfrute del agua, pues bajo la premisa de que se debe premiar la eficiencia favorece a los que pueden o tienen más medios para ahorrar agua. De esta manera, promueve que los usuarios que tienen más recursos y más acceso a mejores y más modernas tecnologías de uso de agua (medidores, equipos georeferenciales, etc.) reciban como premio más derechos de agua. El ahorro del agua, entonces, no beneficiará a los usuarios más

pobres, sino que, debido a la lógica de mercado implícita en la norma y debido a este sistema de premios-castigos, los usuarios con más recursos y que tendrán más derechos de agua, usarán esa agua ahorrada para sembrar más. Finalmente, esta norma lo que promueve es la concentración de derechos de agua en pocas manos.

<ul style="list-style-type: none">• Decreto Legislativo 1020 Promoción de la organización de los productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural para el crédito agrario
--

Que, la finalidad del desarrollo agrario competitivo así como el aumento del ingreso campesino exigen la utilización de técnicas y maquinarias en extensiones suficientes. Para ello debe fomentarse la asociación de los agricultores como condición para el otorgamiento de créditos para maquinarias, tecnificación de riego y desarrollo del mercado, siendo necesario promover entidades asociativas agrarias con dicho propósito;

Artículo 1°.- Objeto

El presente Decreto Legislativo establece el marco normativo para promover la organización de los productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural con la finalidad de ampliar el acceso al crédito agrario y fomentar la competitividad, la reconversión y la modernización del Sector Agrario.

Artículo 3°.- De las Entidades Asociativas Agrarias

- a. El contrato que se celebra para la conformación de las Entidades Asociativas Agrarias no genera una persona jurídica, sólo reconoce a dichas entidades la capacidad jurídica relativa a que se refiere el artículo 4° de la presente norma.
- b. El contrato debe constar por escrito e inscribirse en el Registro de Entidades Asociativas Agrarias que tendrá a su cargo el Ministerio de Agricultura bajo sanción de nulidad.

Artículo 4°.- De los actos jurídicos que celebren las Entidades Asociativas Agrarias

Las Entidades Asociativas Agrarias únicamente gozarán de capacidad jurídica para actuar como personas jurídicas cuando se trate de la celebración de contratos de financiamiento o de garantía de dichos financiamientos bajo cualquier modalidad, con cualquier empresa del sistema financiero nacional o persona jurídica, incluidas sus modificaciones.

La capacidad jurídica para actuar como personas jurídicas a que se refiere el numeral anterior se extiende a la intervención en procedimientos administrativos y judiciales, siempre que las pretensiones de dichos procesos versen exclusivamente sobre la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los actos detallados en el numeral 4.1 o tengan relación directa con ellos.

Las personas que conformen las Entidades Asociativas Agrarias son solidariamente responsables por las obligaciones que dichas entidades contraigan en los actos y contratos a que se refiere el presente artículo.

Para todos los demás actos y contratos no previstos en este artículo, los miembros de las Entidades Asociativas Agrarias actúan individualmente y adquieren derechos y asumen obligaciones y responsabilidades, a título particular.

Artículo 5°.- Del Representante

Los bienes que podrá afectar en garantía el Representante, en nombre de la Entidad Asociativa Agraria, serán aquellos que sus miembros afecten en el contrato, para el cumplimiento de los fines de ésta.

Artículo 7°.- De la constitución de fideicomisos

7.1 Autorízase a cada Gobierno Regional a constituir fideicomisos en las entidades del sistema financiero hasta por un monto de S/5 000 000,00 (Cinco millones y 00/100 Nuevos Soles)...

7.2 La finalidad de los referidos fideicomisos es garantizar el financiamiento que se otorgue a los pequeños Productores Agrarios y a las Entidades Asociativas Agrarias de sus respectivas circunscripciones territoriales.

7.3 Para la construcción de estos fideicomisos se podrá contar, adicionalmente, con los aportes del sector privado, sea persona natural o jurídica, de acuerdo a lo que establezca en el Reglamento.

Artículo 8°.- De la finalidad de los Fideicomisos

8.1 Los patrimonios fideicometidos a que se refiere el artículo 7° se orientarán a garantizar las operaciones de crédito que las empresas del sistema financiero nacional celebren con los Pequeños Productores Agrarios y con las Entidades Asociativas Agrarias.

Artículo 11°.- Del fondo

11.1 Créase el “Fondo de Apoyo a la consolidación de la Propiedad Rural”, en adelante el Fondo, con el propósito de promover la conformación de Unidades Productivas Sostenibles por parte de los Pequeños Productores Agrarios.

11.2 El Fondo es un patrimonio administrado en fideicomiso por el Banco Agropecuario – AGROBANCO...

Artículo 12°.- De la finalidad del fondo

12.1 El Fondo tiene como finalidad:

- a) Otorgar financiamiento al Pequeño Productor Agrario, incluyendo a los Pequeños Productores Agrarios asociados, para que adquieran propiedades colindantes a fin de conformar Unidades Productivas Sostenibles.
- b) Otorgar financiamiento para la infraestructura y el equipamiento necesario para la integración de las propiedades que conformen las Unidades Productivas Sostenibles.
- c) Otorgar financiamiento para la asistencia técnica en materia agraria a los Pequeños Productores Agrarios que conformen Unidades Productivas Sostenibles.

Segunda: Disposiciones de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones

En un plazo de sesenta (60) días calendarios contados a partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones aprobará las disposiciones que resulten necesarias para reglamentar el acceso a los servicios financieros por parte de las Entidades Asociativas Agrarias y los créditos agropecuarios.

Análisis:

El Decreto Legislativo 1020 promueve el mercado de tierras y la incorporación de bienes agrarios en el sistema financiero a través de la promoción de los créditos agrarios. Es ilegal pues crea figuras legales que no son personas jurídicas (EAA) y tienen capacidad jurídica relativa, exponiendo a sus miembros a asumir deudas solidariamente y afectar sus bienes, especialmente a los pequeños agricultores. A pesar de que aparentemente beneficia a los pequeños agricultores, en la práctica esta norma es más beneficiosa para el sector financiero que amplía su base, incorporando

los bienes individuales de los pequeños agricultores que los graven como una garantía del/los préstamo(s).

• **Decreto Legislativo 1090**
Aprueba la Ley Forestal y de Fauna Silvestre

Artículo 3°.- Promoción y gestión de los recursos forestales y de la fauna silvestre.

3.4 La autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre y los Gobiernos Regionales, son los órganos encargados de la gestión y administración de los recursos forestales y de la fauna silvestre, dentro del ámbito de su competencia.

3.5 Las actividades referidas a la administración y/o control de los recursos forestales y de fauna silvestre, que son ejercidas por la autoridad competente en materia forestal y de fauna silvestre, podrán ser ejecutadas a través de personas jurídicas especializadas debidamente acreditadas y seleccionadas, de acuerdo a las condiciones que establezca el reglamento. **(tercerización)**

La ejecución de las actividades de administración y control a través de personas jurídicas especializadas deberá ser incorporada dentro del presupuesto institucional correspondiente y deberá ser priorizado dentro del presupuesto Nacional de la República.

Artículo 7°.- Ordenamiento de la superficie forestal

7.5 Bosques en comunidades nativas y campesinas.- son aquellas (sic) que se encuentran dentro del territorio de dichas comunidades, con la garantía que les reconoce el artículo 89° de la Constitución Política del Perú.

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.

Artículo 20°.- Transferencia de los derechos de aprovechamiento.

Los titulares de derechos de aprovechamiento, podrán transferir sus derechos, inclusive aquellos que se encuentre sujetos a procedimientos administrativos en los cuales se discuta la vigencia de dichos derechos, en tanto no haya sido declarada la caducidad, resolución o revocatoria. En todos los casos se requerirá la autorización previa y expresa de la autoridad forestal competente.

Antes de autorizarse la transferencia de los derechos, el transferente tendrá que asegurar el pago de las obligaciones pendientes que hayan sido determinadas por las autoridades competentes.

Si la autoridad competente advierte que el transferente ha infringido la legislación forestal y de fauna silvestre, éste último quedará sujeto a las responsabilidades administrativas, civiles y penales a que hubiera lugar.

Artículo 26°.- Servidumbre y prohibición de quema de bosques

26.2 Queda prohibida la quema de bosques y otras formaciones forestales en todo el territorio nacional, salvo autorización expresa de la Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre.

Artículo 29°.- Programas de arborización, forestación y reforestación.

29.2 El Estado promueve la rehabilitación, recuperación y aprovechamiento de las tierras degradadas o deforestadas que se encuentren en abandono, especialmente aquellas deterioradas por los cultivos ilícitos cuyo dominio corresponde al Estado. Las referidas tierras podrán ser entregadas a particulares de conformidad con la legislación de la materia. Los particulares deberán dedicarlas exclusivamente a las actividades de forestación y reforestación.

Artículo 30°.- Promoción de la industria forestal

30.6 La comercialización interna y exportación de los productos forestales y de fauna silvestre podrá ser realizada por cualquier persona natural o jurídica bajo los términos que establecen los dispositivos legales vigentes y el reglamento de la presente Ley. Se prohíbe su exportación al estado natural.

Artículo 34°.- Indemnización por los servicios ambientales de los bosques

34.4 El Estado a través del organismo competente implementa mecanismos para que los usuarios de agua de uso agrario, pesquero, minero, industrial, generación de energía eléctrica y doméstica retribuyan los beneficios del bosque en el manejo de los recursos hídricos, contribuyendo al mantenimiento e implementación de plantaciones forestales y de programas de reforestación, en las condiciones que establece el reglamento.

Análisis:

El Decreto Legislativo 1090 promueve la privatización y el mercado forestal mediante la promoción de la transferencia de derechos de aprovechamiento, incluso cuando estos derechos se encuentren cuestionados por procesos administrativos. Igualmente, se consagra la figura de la tercerización, poniendo en riesgo la cautela pública de los bosques como bienes de la Nación (ver crítica a la tercerización relacionada al otorgamiento de derechos). Afecta las prácticas de las comunidades sobre los bosques, como la roza y quema, pues prohíbe la quema de bosques a nivel nacional. Se establece el pago por servicios ambientales, vinculando el aprovechamiento del agua y los servicios del bosque.

- **Decreto Legislativo 1075**

Aprueba disposiciones complementarias a la Decisión 486 de la Comisión Andina que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial

Artículo 77°.- Marcas Colectivas

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 180 de la Decisión 486, una marca colectiva podrá estar conformada por cualquier elemento que identifique al producto al cual se aplique como originario de un lugar geográfico determinado, cuando determinada calidad, reputación, u otra característica del producto sea atribuible fundamentalmente a su origen geográfico.

Artículo 78°.- Ejercicio de acciones derivadas de una marca colectiva

Las acciones derivadas del registro de una marca colectiva podrán ser ejercidas por su titular, salvo disposición en contrario establecida en las reglas de uso. El titular de una marca colectiva podrá reclamar, en representación de los intereses de las personas facultadas para utilizarla, reparación de los daños que hayan podido sufrir debido al uso no autorizado de la marca.

Artículo 79º.- Nulidad, cancelación y caducidad de una marca colectiva

La nulidad, cancelación y caducidad de una marca colectiva se regirán por las normas aplicables a las marcas de productos y de servicios.

Análisis.-

Algunas disposiciones de este Decreto Legislativo no se ajustan a las disposiciones normativas sobre el Régimen Común de Propiedad Intelectual establecidas en la Decisión 486 de la CAN respecto a la protección de los conocimientos colectivos indígenas¹⁴, particularmente aquellas referidas a las patentes de invención y medidas en frontera. Ello pone en riesgo los mecanismos de protección de los conocimientos colectivos indígenas establecidos en la Decisión 486 de la CAN. Respecto a esta Decisión, la CAN había acordado que no se modificará la legislación interna hasta que no se aplique un Régimen Común de Propiedad Intelectual. Este decreto ha hecho justamente lo contrario a lo establecido en la Comunidad Andina. En este caso se ha trasgredido no solamente la legislación indígena sino también la legislación de la Comunidad Andina de Naciones.

¹⁴ Las organizaciones indígenas se han pronunciado sobre el particular denunciando que se han trasgredido los artículos 9, 28 34, capítulo V, Título II, 53, 138, 140, 162, 202, Capítulo III, Título XV. Véase www.minkandina.org.

VI. CONCLUSIONES

El análisis de los Decretos Legislativos mencionados nos ha permitido determinar cuáles son los derechos indígenas que sus normas vulneran. Pero también nos ha dado luces sobre el modelo de desarrollo extractivo-capitalista que estas normas promueven. Para ello, el Gobierno estaría pasando por alto sus obligaciones asumidas respecto a la protección de los Pueblos Indígenas y contenidas básicamente en el Convenio 169 de la OIT. El Gobierno ha renunciado a su función cautelatoria de derechos en aras de promover la inversión privada (i.e. privatización de las empresas públicas y de la asignación de derechos sobre RRNN mediante la figura de la tercerización).

Una primera conclusión es que algunos de los Decretos Legislativos dados en el marco de la reglamentación para la implementación de Tratado de Libre Comercio vulneran el derecho a la participación y a la consulta a los Pueblos Indígenas establecido en el Convenio. Asimismo, vulneran el principio de seguridad jurídica respecto a las tierras comunales al flexibilizar el marco de adopción de decisiones para la disposición de las mismas para convertirlas en bienes transables en el mercado.

Una segunda conclusión es que al mismo tiempo que vulneran los derechos indígenas, estas normas buscan crear o fortalecer un mercado de recursos naturales, que son convertidos en bienes económicos (agua, bosques, tierras, fauna silvestre, etc.). Sin embargo, aquí el Gobierno estaría partiendo de la falsa premisa de que las comunidades están en igualdad de condiciones con los actores económicos más fuertes para negociar sobre estos bienes.

Una tercera conclusión es que, en el afán de liberalizar la economía, el Gobierno estaría desconociendo y poniendo en riesgo el aporte de las comunidades a la agricultura, agudizando la crisis alimentaria, pues los mercados incentivarán la siembra de productos que son más rentables y, no necesariamente, los que complementen la dieta alimenticia de la población. Se agudizará incrementalmente la escasez de alimentos y dependeremos más de los mercados externos. Igualmente se desarticularán las redes alrededor de economías de pequeña escala, lo que traerá consecuencias negativas sobre estos pequeños agricultores y sus familias al ponerse en riesgo sus pequeñas propiedades de los pequeños agricultores.

Una cuarta conclusión es que, previsiblemente, al ponerse en el mercado las tierras comunales, los agentes de mayor capacidad económica las adquirirán, entre ellos compañías mineras y petroleras, lo que podría contribuir a incrementar la contaminación de las tierras y los recursos naturales, poniendo en riesgo las fuentes de agua, los derechos y las prácticas que sobre los recursos naturales tienen/usan las comunidades y pueblos indígenas.

Adicionalmente, se ha comprobado que los Decretos Legislativos relacionados a los derechos de los Pueblos Indígenas no han tomado en cuenta el Convenio 169 de la OIT, ni el desarrollo jurisdiccional de estos derechos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta falta de adecuación de las normas nacionales al Convenio 169 ya ha sido cuestionada en el ámbito judicial, y la Sala Civil de Lima ha ordenado que este poder del Estado se pronuncie sobre este tema. En el ámbito interno, AIDSESEP presentó una acción de cumplimiento al Poder Judicial para el Ministerio de Energía y Minas adecue sus normas al Convenio 169, pues existe en éste un

“mandato directo, claro, concreto y vigente, dirigido al Estado Peruano, a efectos de que este procure el desarrollo legislativo correspondiente”¹⁵.

Finalmente, la última conclusión es que estos Decretos Legislativos ponen en riesgo la existencia misma de las comunidades y, por ende, los pueblos indígenas, al flexibilizar los requisitos para adoptar decisiones respecto a la transferencia de la propiedad colectiva sobre la tierra y afectar la relación trascendental de los indígenas con la tierra. Ello es más evidente, aún, cuando el Gobierno busca homogenizar el régimen legal de las tierras de las comunidades de costa, sierra y selva, desconociendo las diferencias fundamentales que existen entre ellas.

¹⁵ Véase artículo de Handersson Casafranca (2008).

VII. BIBLIOGRAFÍA

Casafranca, Andersson

2008 *Convenio 169. ¿Querer y no poder? O ¿Poder y no querer?. Norma de contenido programático o de aplicación directa. ¿Qué dice el Poder Judicial? Acción de cumplimiento sobre el Convenio 169. AIDSESEP vs. Ministerio de Energía y Minas*. En: www.aidesep.org.pe. (Acceso el 31 de julio de 2008).

COFOPRI

2007 *Datos sobre Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas* (Ms.)

Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) 2003

Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador (sesión sesenta y dos, 2003), ONU Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16.

Comisión de Vivienda y Construcción. Congreso de la República

2008 *Predictamen recaído en el Proyecto de Ley N° 1770/2007-PE, del Poder Ejecutivo y el Proyecto de Ley N° 1900, que proponen establecer el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas*.

Defensoría del Pueblo

2008 *DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD contra el artículo único del Decreto Legislativo N° 1015*.

Gray, Andrew

2002 *Derechos Indígenas y Desarrollo. Autodeterminación en una comunidad amazónica*. Lima: El Programa de los Pueblos del Bosque e IWGIA.

Guevara Gil, Jorge Armando y Joseph Thome

1992 "Notes on Legal. Pluralism". En: *Beyond Law*, ILSA 2(5):75-102.

Hardin, Garrett

1968 "The tragedy of the Commons". En: *Science* 162(Dic.): 1343-1348.

Hartney, Michael

1997 "Some confusions concerning collective rights". En: *The rights of Minority Cultures*. Will Kymlicka (Editor). Oxford, New York: Oxford University Press. Pp.: 202-227.

Hendriks, Jan

1998 "El agua como propiedad privada. Apuntes sobre la problemática de aguas en Chile". En: *Buscando la equidad. Concepciones sobre justicia y equidad en el riego campesino*. Rutgerd Boelens y Gloria Dávila (Editores). The Netherlands: Van Gorcum. Pp.: 318-332.

Johnston, Darlene M.

1997 "Native rights as collective rights: a question of group self-determination. En: *The rights of Minority Cultures*. Will Kymlicka (Editor). Oxford, New York: Oxford University Press. Pp.: 179-201.

Sargent, Laurie

1998 The Indigenous Peoples of Bolivia's Amazon Basin Region and ILO Convention No. 169: Real Rights or Rhetoric? 29 U. MIAMI, En: *Inter-American Law Review*. 451-478.

Urteaga, Patricia y Rutgerd Boelens

2006 "*Derechos colectivos y Políticas Hídricas en la Región Andina*". Lima: IEP.

Velasco Arroyo, Juan Carlos

2001 "Liberalismo y derechos de las minorías: una relación conflictiva. En: *El Espejo, el Mosaico y el Crisol. Modelos Políticos para el Multiculturalismo*. Francisco Colom González (Editor). Autores, textos y temas de Ciencias Sociales, 29. México: Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana. Pp.: 117-146.

Vilca, Paulo

2008 Decreto Legislativo 1064 deroga el acuerdo previo para la realización de actividades mineras. En: www.ser.org.pe/index.php?option=com_content&task=view&id=552&Itemid=112

Yrigoyen, Raquel

2008 *Sobre el Decreto Legislativo N° 1015: Derechos vulnerados y posibles acciones legales* (Ms.)

ANEXO 1:

Derechos de los Pueblos Indígenas que los Decretos Legislativos 994, 1015, 1073, 1064, 1081, 1083, 1020 y 1090 vulneran

Derechos de los Pueblos Indígenas que vulnera el Decreto Legislativo 994

El Decreto Legislativo 994 viola los siguientes derechos indígenas:

Artículos del D.L. 994	Derechos Indígenas	Derechos específicos en normas internacionales y nacionales
<i>Artículo 3.2.- Pasan a dominio del Estado todas las tierras eriazas de comunidades que no cuenten con título de propiedad.</i>	Derecho a la consulta	Artículos 6 y 17(2) Convenio 169
	Derecho a la tierra y al territorio	Artículos 13, 14, 17 del Convenio 169 Artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos
	Derecho a la identidad	Artículo 13 del Convenio 169
	Derecho al uso de los recursos naturales	Artículo 15 del Convenio 169
	Derecho a la autodeterminación	Artículo 7 del Convenio 169 Artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas
	Derecho a decidir sobre su propio desarrollo	Artículo 7 Convenio 169
	Derecho al desarrollo	Artículo 19 del Convenio 169
	Derecho a su propio derecho indígena (consuetudinario)	Artículo 8 del Convenio 169

Derechos de los Pueblos Indígenas que vulnera el Decreto Legislativo 1015

El Decreto Legislativo 1015 vulnera los siguientes derechos indígenas:

Artículos del D.L. 1015	Derechos Indígenas	Derechos específicos en normas internacionales y nacionales
<i>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 <u>no menos del cincuenta por ciento de los comuneros poseedores con más de un año.</u></i> <i>Para la adquisición en propiedad por parte de miembros de la comunidad no poseedores o de terceros así como para</i>	Derecho a la consulta	Artículos 6(2) y 17(2) Convenio 169
	Derecho a la tierra y al territorio	Artículos 13, 14, 17 del Convenio 169 Artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos
	Derecho a la identidad	Artículo 13 del Convenio 169, Artículo 89 de la Constitución
	Derecho al uso de los recursos naturales	Artículo 15 del Convenio 169
	Derecho a la autodeterminación	Artículo 7 del Convenio 169 Artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas Artículo 89º de la Constitución Política del Perú

<i>gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre las tierras comunales se requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los miembros asistentes a la Asamblea instalada con el quórum correspondiente</i>	Derecho a decidir sobre su propio desarrollo	Artículo 7 Convenio 169
	Derecho al desarrollo de sus tierras	Artículo 19 del Convenio 169
	Derecho a su propio derecho indígena (consuetudinario)	Artículo 8 del Convenio 169

Derechos de los Pueblos Indígenas que vulnera el Decreto Legislativo 1073

El Decreto Legislativo 1073 vulnera los siguientes derechos indígenas:

Artículos del D.L. 1073	Derechos Indígenas	Derechos específicos en normas internacionales y nacionales
<i>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.</i>	Derecho a la consulta	Artículos 6(2) y 17(2) Convenio 169
	Derecho a la tierra y al territorio	Artículos 13, 14, 17 del Convenio 169 Artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos
	Derecho a la identidad	Artículo 13 del Convenio 169, Artículo 89 de la Constitución
	Derecho al uso de los recursos naturales	Artículo 15 del Convenio 169
	Derecho a la autodeterminación	Artículo 7 del Convenio 169 Artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas Artículo 89º de la Constitución Política del Perú
	Derecho a decidir sobre su propio desarrollo	Artículo 7 Convenio 169
	Derecho al desarrollo	Artículo 19 del Convenio 169
	Derecho a su propio derecho indígena (consuetudinario)	Artículo 8 del Convenio 169

Derechos de los Pueblos Indígenas que vulnera el Decreto Legislativo 1064

El Decreto Legislativo 1064 vulnera los siguientes derechos indígenas:

Artículos del D.L. 1064	Derechos Indígenas	Derechos específicos en normas internacionales y nacionales
Artículo VII. Abandono. El abandono de tierras previsto en el segundo párrafo del artículo 88º de la Constitución	Derecho a la consulta	Artículos 6(2) Convenio 169
	Derecho a la tierra y al territorio	Artículos 13, 14, 17, 19 del Convenio 169

¹⁶ Agradezco a Vladimir Pinto por sus comentarios respecto a este punto.

<p>Política del Perú se refiere al incumplimiento de las condiciones establecidas en los contratos de otorgamiento de tierras eriazas con la consiguiente reversión al dominio del Estado.</p> <p>Artículo 7.- No se consideran predios rurales comunales¹⁶: 7.2 Los predios que el Estado ha utilizado para servicios públicos, salvo convenios 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 pobladas por centros poblados o asentamientos humanos...Se exceptúan las tierras de los centros poblados que estén formados, dirigidos y gobernados por la propia comunidad.</p> <p>Artículo 8. De la servidumbre - Se ha eliminado el requisito del acuerdo previo con el propietario de la superficie del terreno y las empresas que quieran realizar operaciones en sus tierras 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 previsto por el presente artículo.</p>		Artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos
	Derecho a la identidad	Artículo 13 del Convenio 169, artículo 89 de la Constitución
	Derecho al uso de los recursos naturales	Artículo 15 del Convenio 169
	Derecho a la autodeterminación	Artículo 7 del Convenio 169 Artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas
	Derecho a decidir sobre su propio desarrollo	Artículo 7 Convenio 169
	Derecho a su propio derecho indígena (consuetudinario)	Artículo 8 del Convenio 169

Derechos de los Pueblos Indígenas que vulnera el Decreto Legislativo 1081

El Decreto Legislativo 1081 vulnera los siguientes derechos indígenas:

Artículos del D.L. 1081	Derechos Indígenas	Derechos específicos en normas internacionales y nacionales
Art. 6(2) El Sistema Nacional de Recursos Hídricos está integrado por: K. Las organizaciones de	Derecho a la consulta y a la participación	Artículos 6(2) Convenio 169

<p>usuarios de agua (no menciona a las CCCC ni CCNN)</p> <p>Artículo 16.- Conformación Los Decretos Supremos que crean los Consejos de Cuenca establecerán su conformación la que considerará la participación de las organizaciones de usuarios de agua (no indica CCCC ni CCNN).</p>		
<p>4.4 Principio de seguridad jurídica El Estado consagra un régimen de derechos administrativos para el uso de los recursos hídricos y garantiza su ejercicio, otorgando seguridad jurídica a sus titulares para la inversión relacionada con el manejo del agua sea pública o privada o en coparticipación.</p>	Derecho a la tierra y al territorio	Artículos 13, 14, 17 del Convenio 169 Artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos
	Derecho a la identidad	Artículo 13 del Convenio 169, Artículo 89 de la Constitución
	Derecho a la autodeterminación	Artículo 7 del Convenio 169 Artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas Artículo 89º de la Constitución Política del Perú
	Derecho a su propio derecho indígena (consuetudinario)	Artículo 8 del Convenio 169
<p>4.5 Principio de respeto a los usos del agua por las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas El Estado respeta los usos y costumbres de las Comunidades Campesinas y las Comunidades Nativas, así como su derecho de utilizar las aguas que discurren por sus tierras, en tanto no se oponga a la Ley. Promueve el conocimiento y tecnología ancestral del agua.</p> <p>Artículo 12.- Funciones del Ente Rector Son funciones del ente rector las siguientes: m. Otorgar derechos de uso de agua y mantener actualizado el Registro Administrativo de Derechos de Uso de Agua.</p> <p>CUARTA.- Delegación (tercerización) 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</p>	Derecho al uso de los recursos naturales	Artículo 15 del Convenio 169
	Derecho a decidir sobre su propio desarrollo	Artículo 7 Convenio 169

a fin de asegurar el cumplimiento de sus objetivos y de las disposiciones que le resulten aplicables.		
4.2 Principio precautorio 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.	Derecho a un medio ambiente sano	Artículos 4(1) y 7(4) del Convenio 169 OIT “Cuando las actividades humanas pueden acarrear un daño moralmente inaceptable que es científicamente plausible pero incierto, se adoptarán medidas para evitar o disminuir ese daño. El daño moralmente inaceptable consiste en el infligido a seres humanos o al ambiente que sea: <ul style="list-style-type: none"> • una amenaza contra la salud o la vida humanas, o • grave y efectivamente irreversible, o • injusto para las generaciones presentes o futuras, o • impuesto sin tener debidamente en cuenta los derechos humanos de los afectados”.

Derechos de los Pueblos Indígenas que vulnera el Decreto Legislativo 1083

El Decreto Legislativo 1083 vulnera los siguientes derechos indígenas:

Artículos del D.L. 1083	Derechos Indígenas	Derechos específicos en normas internacionales y nacionales
Artículo 4°.- Certificación de Aprovechamiento Eficiente 4.1 El Certificado de Eficiencia es el instrumento mediante el cual la Autoridad Nacional del Agua certifica el aprovechamiento eficiente de los recursos hídricos por parte de los usuarios y operadores de infraestructura hidráulica, pública o privada. 4.2 La Autoridad Nacional del Agua otorga “Certificados de Eficiencia” a los usuarios y operadores de infraestructura hidráulica, pública o privada, que cumplan con los Parámetros de Eficiencia. Artículo 8°.- Plan de Adecuación para el aprovechamiento Eficiente de Recursos Hídricos. (Párrafo 4) La Autoridad	Derecho a la consulta y a la participación	Artículos 6 Convenio 169
	Derecho a la tierra y al territorio	Artículos 13, 14 del Convenio 169 Artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos
	Derecho a la identidad	Artículo 13 del Convenio 169, Artículo 89 de la Constitución
	Derecho a la autodeterminación	Artículo 7 del Convenio 169 Artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas Artículo 89° de la Constitución Política del Perú
	Derecho a su propio derecho indígena (consuetudinario)	Artículo 8 del Convenio 169
	Derecho al uso de los recursos naturales	Artículo 15 del Convenio 169
	Derecho a decidir sobre su propio desarrollo	Artículos 3(1), 7 Convenio 169

<p>Nacional del Agua aprueba y supervisa la ejecución del Plan de Adecuación para el Aprovechamiento Eficiente de Recursos Hídricos y sanciona su incumplimiento, de conformidad con lo previsto en el Reglamento, considerando para ello la normatividad establecida por el Ministerio del Ambiente en la materia de su competencia.</p> <p>Artículo 9°.- Reversión de Recursos Hídricos (Párrafo 2) Los usuarios u operadores de infraestructura hidráulica que generen excedentes de recursos hídricos y que cuenten con un Certificado de Eficiencia, tienen preferencia en el otorgamiento de nuevos derechos de uso de agua que se otorguen sobre los recursos excedentes.</p>		
---	--	--

Derechos de los Pueblos Indígenas que vulnera el Decreto Legislativo 1020

El Decreto Legislativo 1020 vulnera los siguientes derechos indígenas:

Artículos del D.L. 1020	Derechos Indígenas	Derechos específicos en normas internacionales y nacionales
<p>El Decreto Legislativo 1020 promueve la individualización de los derechos de propiedad sobre la tierra, expone a los pequeños campesinos a perder sus propiedades, promueve los latifundios a través de Entidades Asociativas Agrarias. Más que a los pequeños productores agrarios, esta norma está dirigida a y pensada para el sistema financiero y la banca porque promueve los créditos agrarios.</p> <p>Artículo 4°.- De los actos jurídicos que celebren las Entidades Asociativas Agrarias Las Entidades Asociativas Agrarias únicamente gozarán de <u>capacidad jurídica para actuar como personas jurídicas cuando se trate de la celebración de contratos de financiamiento o de garantía de dichos financiamientos</u> bajo cualquier modalidad, con cualquier empresa del sistema financiero</p>	Derecho a la consulta	Artículos 6(2) y 17(2) Convenio 169
	Derecho a la tierra y al territorio	Artículos 13, 14, 17 del Convenio 169 Artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos
	Derecho a la identidad	Artículo 13 del Convenio 169, Artículo 89 de la Constitución
	Derecho al uso de los recursos naturales	Artículo 15 del Convenio 169
	Derecho a la autodeterminación	Artículo 7 del Convenio 169 Artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas Artículo 89° de la Constitución Política del Perú
	Derecho a decidir sobre su propio desarrollo	Artículo 7 Convenio 169
	Derecho al desarrollo	Artículo 19 del Convenio 169
	Derecho a su propio derecho indígena (consuetudinario)	Artículo 8 del Convenio 169

<p>nacional o persona jurídica, incluidas sus modificaciones. ... La capacidad jurídica para actuar como personas jurídicas a que se refiere el numeral anterior se extiende a la intervención en procedimientos administrativos y judiciales.</p> <p>Las personas que conformen las Entidades Asociativas Agrarias son solidariamente responsables por las obligaciones que dichas entidades contraigan en los actos y contratos a que se refiere el presente artículo.</p> <p>Para todos los demás actos y contratos no previstos en este artículo, los miembros de las Entidades Asociativas Agrarias actúan individualmente y adquieren derechos y asumen obligaciones y responsabilidades, a título particular.</p>		
--	--	--

Derechos de los Pueblos Indígenas que vulnera el Decreto Legislativo 1090

El Decreto Legislativo 1090 vulnera los siguientes derechos indígenas:

Artículos del D.L. 1090	Derechos Indígenas	Derechos específicos en normas internacionales y nacionales
<p>- El DL 1090 no recoge la participación de las comunidades en el artículo 3.4, pues señala que los órganos encargados de la gestión y participación son la ANF y los Gobiernos Regionales.</p> <p>- Promueve la privatización, pues incluye en el artículo 3(5) la tercerización de la administración y control de los recursos forestales y de fauna silvestre a personas jurídicas.</p> <p>Recalamos que la tercerización no debe hacerse sobre asignación de derechos forestales por las razones antes</p>	Derecho a la participación y consulta	Artículos 6 y 17(2) Convenio 169
	Derecho a la tierra y al territorio	Artículos 13, 14, 17 del Convenio 169 Artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos
	Derecho a la identidad	Artículo 13 del Convenio 169, Artículo 89 de la Constitución
	Derecho al uso de los recursos naturales	Artículo 15 del Convenio 169
	Derecho a la autodeterminación	Artículo 7 del Convenio 169 Artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas
	Derecho a decidir sobre su propio desarrollo	Artículo 7 Convenio 169
	Derecho al desarrollo	Artículo 19 del Convenio 169

<p>expuestas.</p> <p>Artículo 7°.- Ordenamiento de la superficie forestal 7.5 Bosques en comunidades nativas y campesinas.- son aquellas (sic) que se encuentran dentro del territorio de dichas comunidades, con la garantía que les reconoce el artículo 89° de la Constitución Política del Perú.</p> <p>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.</p> <p>- Promueve el mercado de derechos sobre los bosques.</p> <p>Artículo 20°.- Transferencia de los derechos de aprovechamiento. Los titulares de derechos de aprovechamiento, podrán transferir sus derechos, inclusive aquellos que se encuentre sujetos a procedimientos administrativos en los cuales se discuta la vigencia de dichos derechos, en tanto no haya sido declarada la caducidad, resolución o revocatoria.</p>		
---	--	--

<p>- Artículo 26°.- Servidumbre y prohibición de quema de bosques 26.2 Queda prohibida la quema de bosques y otras formaciones forestales en todo el territorio nacional, salvo autorización expresa de la Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre.</p> <p>- Pago por servicios ambientales. Artículo 34°.- Indemnización por los servicios ambientales de los bosques 34.4 El Estado a través del organismo competente implementa mecanismos para que los usuarios de agua de uso agrario, pesquero, minero, industrial, generación de energía eléctrica y doméstica retribuyan los beneficios del bosque en el manejo de los recursos hídricos...</p>	<p>Derecho al uso de los recursos naturales</p>	<p>Artículo 15 del Convenio 169</p>
--	---	-------------------------------------

ANEXO 2:

Cuadro de Decretos Legislativos y actores perjudicados y beneficiados con la norma

NORMA NRO	SUMILLA	ACTORES PERJUDICADOS	POSIBLES BENEFICIARIOS
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		Empresas, sistema financiero, mercado
Decreto Legislativo N° 994	Decreto Legislativo que promueve la inversión privada en Proyecto de Irrigación para la Ampliación de la Frontera Agrícola	Comunidades campesinas y nativas (agua), CCCC y CCNN que no tienen título	Empresas privadas, usuarios de grandes irrigaciones, el estado, sistema financiero
Decreto Legislativo N° 1015	Decreto Legislativo que unifica los procedimientos de las comunidades campesinas y nativas de la sierra y de la Selva con las de la Costa, para mejorar su producción y competitividad agropecuaria	CCCC y CCNN, pueblos indígenas	Empresas o personas interesadas en adquirir tierras comunales
Decreto Legislativo N° 1073	Modifica el literal b) del artículo 10° de la Ley 26505	CCCC y CCNN, pueblos indígenas	Empresas o personas interesadas en adquirir tierras comunales
Decreto Legislativo N° 1020	Decreto Legislativo para la promoción de la organización de los productores agrarios y la consolidación de la propiedad rural para el crédito agrario	Pequeños productores agrarios	Sistema financiero
Decreto Legislativo N° 1064	Decreto Legislativo que elimina el requisito de acuerdo previo para uso de superficie de tierras comunales para actividades mineras y de hidrocarburos	CCCC y CCNN, pueblos indígenas	Empresas privadas (mineras, petroleras, gasíferas)
Decreto Legislativo N° 1081	Decreto Legislativo que crea el Sistema Nacional de Recursos Hídricos	CCCC y CCNN, pueblos indígenas	Estado, empresas privadas, usuarios con poder
Decreto Legislativo N° 1083	Decreto Legislativo que promueve el aprovechamiento eficiente y la conservación de los recursos hídricos	CCCC y CCNN	empresas privadas, usuarios con poder
Decreto Legislativo N° 1089	Decreto Legislativo que establece el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales	CCCC y CCNN	Estado
Decreto Legislativo N° 1090	Decreto Legislativo que aprueba la Ley Forestal y de Fauna Silvestre	CCCC y CCNN	Estado, empresas privadas, personas, tala ilegal