



CARGO

Lima, 26 de noviembre de 2015

024210

Carta N° 157-2015/SPDA



Señora Congresista
Leyla F. Chihuán Ramos
Presidente

Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afro-peruanos, Ambiente y Ecología
Plaza Bolívar, Av. Abancay s/n – Lima

Presente.-

De mi consideración:

Mediante la presente comunicación me es grato saludarla y a la vez remitirle la opinión legal de nuestra institución respecto del **Proyecto de Ley N° 4917/2015-CR que propone derogar el Decreto Legislativo 1220 por vulnerar el derecho a la consulta previa de los pueblos amazónicos y los principios rectores de la Ley Forestal (SIC)**, el mismo que se encuentra en la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afro-peruanos, Ambiente y Ecología.

Esperamos que los aportes y comentarios remitidos sean de utilidad para la Comisión que tiene usted a su cargo.

Asimismo, reiteramos la disposición de nuestra institución para apoyar en las actividades de la Comisión que usted preside, cuando así lo requiera.

Hago propicia la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi especial estima y consideración.

Atentamente,

Pedro Solano
Director Ejecutivo
Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

Prol. Arenales 437 - Lima 27 - Perú
Telf.(511) 612 4700 Fax (511) 442 4365
E-mail: postmast@spda.org.pe
Web page: <http://www.spda.org.pe>

Miembro de la Unión Mundial para la Naturaleza UICN



Opinión legal

Proyecto de Ley 4917/2015-CR

I. Antecedentes

Mediante Proyecto de Ley N° 4917/2015-CR se propone derogar el Decreto Legislativo N° 1220, que establece “medidas para la lucha contra la tala ilegal”. Con fecha 21 de noviembre de 2015 se presentó la iniciativa legal al área de Trámite Documentario del Congreso de la República. En este sentido, la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) cumple con emitir opinión legal al Proyecto de Ley a fin de contribuir con dichos aportes al proceso de revisión y evaluación normativa que realiza el Congreso de la República.

II. Base legal

La base normativa revisada y analizada para efectuar los comentarios y aportes al Proyecto de Ley es la siguiente:

- Constitución Política del Perú de 1993.
- Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales
- Ley N° 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre.
- Decreto Legislativo N° 1220, que establece medidas para la lucha contra la tala ilegal.
- Decreto Supremo N° 018-2015-MINAGRI, que aprueba el Reglamento para la Gestión Forestal de la Ley N° 29763.
- Decreto Supremo N° 018-2015-MINAGRI, que aprueba el Reglamento para la Gestión Forestal de la Ley N° 29763.
- Decreto Supremo N° 021-2015-MINAGRI, que aprueba el Reglamento para la Gestión Forestal y de Fauna Silvestre en Comunidades Nativas y Comunidades Campesinas de la Ley N° 29763.
- Resolución Legislativa 26253 que ratifica el Convenio 169 de la OIT en el Perú.
- Ley 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios y su reglamento.
- Ley 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales.

III. Opinión

Luego de revisar el proyecto de ley materia de análisis consideramos que éste no debe ser aprobado y debe ser archivado. El supuesto del Proyecto de Ley en cuestión es que el DL 1220 habría vulnerado el derecho de consulta. Consideramos que el Decreto Legislativo 1220 es una norma de alcance general que no vulnera directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas, menos aún negativamente. Persigue mas bien la definición de mecanismos legales para combatir actos ilícitos, los cuales sí amenazan y ponen en riesgo los derechos colectivos. En su implementación, tanto el Ministerio Público, como los actores del Poder Ejecutivo están

obligados a respetar los derechos y deberes de los pueblos indígenas, quienes tienen en el marco de la Ley 29763 y sus reglamentos un marco jurídico completo que resguarda sus usos tradicionales y su derecho exclusivo a aprovechar sosteniblemente sus recursos forestales. En todo caso, coincidimos con el Tribunal Constitucional cuando afirma que cualquier eventual conflicto en aplicación del Decreto Legislativo 1220 deberá ser resuelto caso por caso y tomando en cuenta una articulación entre los intereses nacionales y los comunales.

3.1. Observaciones generales

3.1.1 Alcances del Decreto Legislativo N° 1220

El Decreto Legislativo N° 1220, tiene por objetivo establecer un régimen de interdicciones contra la tala y tráfico ilegales de productos maderables, además establece una serie de acciones excepcionales que puede adoptar el Ministerio Público¹ mediante para afrontar la lucha contra la tala y tráfico ilegales.

En ese orden de ideas, la implementación de las interdicciones a que se refiere el Decreto legislativo N° 1220, serán de aplicación a actividades ilegales, y por tanto no pueden afectar las actividades lícitas y autorizadas que se realizan en el marco de la Ley N° 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre y sus Reglamentos (aprobados por los Decretos Supremos N° 018,019, 020, y 021-2015-MINAGRI).

Las acciones que puede adoptar el Ministerio Público en el marco de una interdicción, de acuerdo al artículo 9° del citado decreto Legislativo son:

- **Decomiso especial:** cuando los productos maderables y los instrumentos del delito² están dentro de áreas naturales protegidas, áreas de conservación regional zonas reservadas, zonas de amortiguamiento, otras zonas del patrimonio nacional forestal y de fauna silvestre y donde se desarrollen las actividades de tráfico ilegal. Además puede ordenarse el decomiso especial en aquellos casos en que los productos maderables e instrumentos del delito están vinculados a las actividades criminales o cuando no cuenten con la documentación, permiso y/o autorizaciones que los ampare.

¹ Artículo 5.- Del responsable de la acción

El Ministerio Público es titular de la acción de interdicción contra la tala ilegal y ejerce sus funciones de conformidad con las normas y reglamentos que garantizan la seguridad, conservación, seguimiento, control y cadena de custodia de los instrumentos y objetos sobre los que recae el delito.

Respecto de los objetos sobre los que recae el delito y ante la ausencia probatoria que ampare su origen legal, el Ministerio Público presume que estos forman parte del Patrimonio de la Nación y dispone su devolución al Estado.(Artículo 5° del Decreto Legislativo N° 1220)

² El numeral 4.2 del artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1220 señala lo siguiente:

4.2 Instrumentos del delito: Maquinarias, embarcaciones, vehículos, equipos, montacargas, cargadores frontales, retroexcavadoras, camiones tronqueros, volquetes, sierras, motores, generadores de energía eléctrica, tractores forestales, camiones cisterna que provean combustible o agua y otros equipos, vehículos, embarcaciones fluviales o maquinaria, independientemente de su potencia, tamaño, volumen o capacidad de carga o cualquier bien o insumo, utilizado en la comisión y desarrollo del delito.

- Destrucción y/o reducción del valor comercial de los productos maderables o de las herramientas utilizadas para cometer el delito, en aquellos casos en que no sea factible su traslado o cuando no sea viable el decomiso especial.
- Además de establecer los tipos de acciones que puede tomar el Ministerio Público, el numeral 9.3 del artículo 9°, exige que para ejecutar estas acciones se debe elaborar el acta fiscal correspondiente conteniendo: identificación de los presuntos responsables, tipificación del delito, identificación y descripción de los productos maderables e instrumentos del delito, declaración de la pérdida de titularidad a favor del Estado de los instrumentos de delito, ubicación georeferenciada de la interdicción, fundamentación para la aplicación de las acciones de interdicción (decomiso especial o destrucción y/o reducción del valor comercial).

De otro lado, el artículo 7° del citado Decreto Legislativo señala que pueden realizarse dos tipos de interdicción:

- Ordinaria: Aquella dispuesta por el Ministerio Público, de oficio o a solicitud de una entidad gubernamental.
- Extraordinaria: Aquella dispuesta por el Ministerio Público que es considerada como compleja y que requiere altos niveles de coordinación, planeamiento y logística.

Bajo lo expuesto se advierte que el Decreto Legislativo N° 1220, establece una serie de medidas de carácter real (afectan bienes, o productos, no a las personas de manera directa), que deben ser ejecutadas solamente por el Ministerio Público, en los casos en que compruebe la comisión de alguno de los supuestos regulados en el artículo 9° de la mencionada norma. Además, no debe perderse de vista que la implementación de las acciones de interdicción, se enmarcan dentro de los supuestos de la persecución de los delitos en materia ambiental y contra los recursos naturales, en este caso, específicamente los que afecten recursos o productos maderables.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la implementación de una acción de interdicción debe estar debidamente fundamentada, de acuerdo a las exigencias que ha previsto el propio Decreto Legislativo, a fin de asegurar el respeto de los derechos de propiedad de las personas que pudiesen sentirse afectadas.

3.1.1 Reseña sobre el efecto del marco normativo propuesto

El proyecto de ley propone derogar el Decreto Legislativo 1220 y no propone ninguna medida que lo reemplace o modifique. En ese sentido, el efecto de la derogatoria de este decreto sería que las medidas en contra de la tala ilegal de madera que afectan de acuerdo a datos del SERFOR, OSINFOR y MINAM a todo el territorio nacional ya no se podrían ejecutar. Es importante mencionar que los territorios más afectados por tala ilegal son justamente aquellos en donde no hay derechos confirmados por el Estado o un ordenamiento efectivo, por lo que éstas sería las áreas más afectadas, en detrimento del interés público nacional.

Principalmente quedaría afectado el accionar del Ministerio Público como entidad constitucional a cargo de la conducción de la investigación de los delitos vinculados a los bosques.

3.2. Observaciones específicas

El argumento central y único del proyecto de ley es que el Decreto Legislativo 1220 debe ser derogado pues vulnera el derecho a la consulta previa consagrado en el Convenio 169 de la OIT y los principios rectores de la Ley 29763, vigente Ley Forestal y de Fauna Silvestre.

Al respecto, a continuación desarrollamos los argumentos por los que consideramos que el proyecto de ley no debe ser aprobado:

3.2.1. No es una medida que afecta directamente los derechos colectivos de pueblos indígenas.

De conformidad con la Ley de Consulta Previa y su reglamento la medida que debe ser consultada debe cumplir con el requisito de afectar directamente a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Consideramos que el Decreto Legislativo 1220 no afecta directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas por las razones que pasamos a explicar:

- No afecta derechos directamente en la medida que se trata de una norma general que impone una serie de obligaciones que son iguales para todos los peruanos. No discrimina respecto de ningún actor, sino que se establece de forma general, como hemos explicado en el acápite anterior:
 - o Medidas para la intervención de una entidad constitucional, el Ministerio Público, para perseguir delitos que ya existen en el Código Penal³.
 - o Medidas para perseguir conductas o actividades ilícitas que son tipificadas como ilegales.
 - o Medidas en torno a los instrumentos que se utilizan para cometer dichos delitos.
 - o Establece medidas para fortalecer la lucha contra la tala ilegal en sede administrativa.

- Los derechos colectivos de los pueblos indígenas con relación a los bosques y los recursos maderables en específico se encuentran plenamente salvaguardados por la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Ley 29763 y sus reglamentos. Cualquier acción de interdicción del Ministerio Público o cualquier otra entidad debe observar el cumplimiento de dichas normas y respetar los usos tradicionales⁴. El objeto del DL 1220 es perseguir conductas

³ Principalmente los delitos establecidos en los artículos 308, 308C, 309, 310, 310A, 310B y 310C.

⁴ De conformidad con el numeral 5.48 del artículo 5º "Glosario de términos" del Reglamento para la Gestión Forestal y de Fauna Silvestre en Comunidades Nativas y Campesinas aprobado mediante Decreto Supremo 021-2015-MINAGRI el concepto de usos tradicionales "*surge de la relación que tienen los pueblos indígenas con las tierras, bosques, agua y otros recursos naturales. Costumbre conservada en un pueblo por*

específicas diferentes a los usos tradicionales y no está dirigido a personas y menos a comunidades (quienes resguardan los usos tradicionales procedentes de conocimiento colectivo) **sino a conductas ilícitas y los medios para cometerlos.**

- El objeto de la norma es ejecutar acciones de interdicción contra la tala ilegal y el tráfico ilegal de productos forestales maderables (madera), en todo el territorio nacional. El sujeto activo de los actos de tala ilegal es cualquier ciudadano que realice dicha actividad en el territorio nacional, la norma no incide en la esfera jurídica o derechos colectivos de los pueblos indígenas para poder aprovechar sus recursos de forma consuetudinaria (de acuerdo a sus costumbres) lo cual está protegido por la Constitución, la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, la Ley de Comunidades Nativas y la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Ley 29763. La norma afectaría derechos individuales de quienes cometan delitos tipificados en el Código Penal.
- En el caso de las competencias que se le otorgan al Ministerio Público para actuar, no hay ninguna referencia en la norma para que actúe hacia un actor específico o facultad para que no respete de forma irrestricta los derechos fundamentales que determina la Ley 29763 y sus reglamentos. En ese sentido, no se puede decir que la norma *per se* afectaría directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

A mayor abundamiento, el ámbito de aplicación de la norma (Artículo 3º del DL 1220) se refiere a: *áreas naturales protegidas, zonas de amortiguamiento, zonas reservadas, etcétera* en las que se desarrollen actividades que no cuenten con permiso, licencia, autorización o concesión o éstas no se encuentren vigentes, de acuerdo a la legislación siendo que para el caso de pueblos indígenas

- Las normas penales sobre tala ilegal inciden en individuos y sus derechos, es decir, los tipos penales son aplicables a circunstancias de hecho en donde el actor es un individuo (o una persona jurídica) que comete un delito. En ese sentido, una norma general que establece de forma general para todo el Perú una regulación sobre una conducta ilícita no puede afectar directamente derechos colectivos o usos tradicionales. Este tipo de cuestiones, en todo caso, deben absolverse en los casos en concreto ante el Ministerio Público.

3.2.2. No es una medida que afecta directa y negativamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas

- El siguiente punto a analizar es si el Decreto Legislativo 1220 afecta o no negativamente a los pueblos indígenas. Es decir, si se activa el derecho en razón a que existe una inminente

transmisión de padres a hijos. Se refiere a prácticas, rutinas y mecanismos locales de uso forestal y de fauna silvestre basadas en conocimientos colectivos."

afectación a sus derechos colectivos que debe ser observada por la entidad a cargo de implementar la medida (en este caso el Poder Ejecutivo).

Al respecto el Tribunal Constitucional en el fallo que declaro infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos indicó respecto de la "afectación" que:

"En abstracto es imposible reducir a una fórmula clara y precisa cuándo una medida afecta directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Aún así, no es difícil entender que en ella se encuentran comprendidas cualesquiera medidas estatales (administrativas o legislativas) cuyo efecto sea el menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas".

Por esos argumentos, la Ley de Recursos Hídricos no fue declarada inconstitucional porque no se encontró, por un lado, la afectación directa a los derechos colectivos y en segundo lugar no se encontró una afectación que perjudicial. El tribunal constató que:

"La Ley 29338 (Ley de Recursos Hídricos) no es una norma que tenga a los pueblos indígenas como únicos destinatarios. Tampoco una que se regule directamente aspecto que tienen que ver con sus derechos colectivos. Dentro de la tipología de medidas de corte legislativo (...) el Tribunal considera que la Ley 29338 pertenece al grupo de normas de alcance general que sólo indirectamente podrían implicar afectación a los pueblos indígenas". (Argumento 28, Sentencia del TC sobre Ley de Recursos Hídricos).

- En el mismo sentido, consideramos que es aplicable el argumento al caso del Decreto Legislativo 1220 en la medida que éste busca salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas para aprovechar sus recursos de la forma como ellos elijan. La norma va en contra de conductas y actos ilícitos y el rol del Estado para enfrentarlos.
- Sobre el argumento de generar conflictividad, debemos recordar los múltiples informes de entidades públicas que le dan seguimiento al problema de la tala ilegal, como la Defensoría del Pueblo, el OSINFOR, entre otros organismos públicos y de la sociedad civil que han venido denunciando constantemente la agresión impune a pueblos indígenas por conductas delictivas de actores que trata de perseguir el Decreto Legislativo 1220.
- Entonces, es importante dar cuenta que la afectación negativa a los pueblos indígenas y la violencia en contra de ellos por parte de madereros ilegales es la situación actual probada en múltiples informes y comunicaciones, y mas bien el decreto legislativo está buscando que la entidad constitucional a cargo de velar por la legalidad (y los derechos fundamentales) de los pueblos indígenas haga su trabajo para restaurar la legalidad y defienda el interés público tutelado por el derecho (Artículo 159 de la Constitución Política del Perú). Esta medida es de carácter general y con eficacia para todos los peruanos, es decir, constituye un mandato que (nuevamente) no hace diferencia por el actor que comete el ilícito, pero si debe (como no podría ser de otra forma) respetar los derechos consuetudinarios consagrados en la Ley a favor de los pueblos indígenas.

IV. Conclusiones y sugerencias finales

- Por las consideraciones señaladas creemos que el proyecto de ley que propone la derogatoria del Decreto Legislativo 1220 no debe ser aprobado y debe ser enviado al archivo.
- El Decreto Legislativo 1220 es una norma general que no requiere de pasar por un proceso de consulta previa en la medida que se trata de una norma de alcance general que no vulnera directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Persigue mas bien la definición de mecanismos legales para combatir actos ilícitos, los cuales sí amenazan y ponen en riesgo los derechos colectivos.
- En su implementación, tanto el Ministerio Público, como los actores del Poder Ejecutivo están obligados a respetar los derechos y deberes de los pueblos indígenas, quienes tienen en el marco de la Ley 29763 y sus reglamentos un marco jurídico completo que resguarda sus usos tradicionales y su derecho exclusivo a aprovechar sosteniblemente sus recursos forestales. En todo caso, coincidimos con el Tribunal Constitucional cuando afirma que cualquier eventual conflicto en aplicación del Decreto Legislativo 1220 deberá ser resuelto caso por caso y tomando en cuenta una articulación entre los intereses nacionales y los comunales.
- Finalmente, creemos que el Congreso de la República y los proponentes de la norma pueden contribuir con el seguimiento a la implementación de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, y sus reglamentos, en lo relacionado con los pueblos indígenas, por ejemplo con:
 - Acompañar y exigir la culminación del ordenamiento, zonificación forestal, titulación y entrega de títulos habilitantes a los pueblos indígenas que vienen requiriéndolos.
 - Exigir la creación de las Unidades Técnicas de Manejo Forestal Comunitario, con un presupuesto adecuado y en las principales regiones en donde los pueblos indígenas realizan actividades forestales.
 - Promover una política de fiscalización a las actividades ilícitas que se realizan en afectación de los bosques, los ciudadanos que viven de ellos y proscribir la impunidad ante la tala ilegal y quienes la promueven o financian.

Por lo expuesto anteriormente, recomendamos que el Proyecto de Ley bajo análisis sea enviado a archivo definitivo.