



**COMENTARIOS LEGALES AL DECRETO LEGISLATIVO N° 1090 QUE APRUEBA LA LEY
FORESTAL Y DE FAUNA SILVESTRE**

**AUTOR
HUGO CHE PIU DEZA**

DERECHO, AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES

LIMA, SEPTIEMBRE 2008

RESUMEN EJECUTIVO

El 28 de junio fue publicado el Decreto Legislativo N° 1090, sin haberse respetado los principios de transparencia, participación y concertación, recogidos por la Ley Marco de la Modernización de la Gestión del Estado, Ley General del Ambiente y la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Dicho decreto forma parte del paquete de los 99 decretos legislativos dados por el Poder Ejecutivo en el marco de la delegación de facultades. Muchos de estos decretos se enmarcan dentro de los lineamientos políticos expresados por el Presidente de la República en sus artículos sobre el perro del hortelano.

Si bien hay quienes discuten que con la dación del Decreto Legislativo N° 1090 Poder Ejecutivo no se ha sujetado estrictamente a la delegación de facultades porque los compromisos del TLC no justifican el dictado de una nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre. No obstante ello no es el problema más serio con relación al TLC sino que algunos de los compromisos que requerían su implementación a través de normas con rango de Ley no han sido implementados con el Decreto Legislativo N° 1090. E incluso, algunas de sus disposiciones contravienen determinados compromisos asumidos en el TLC.

En realidad el Decreto Legislativo N° 1090 es una extensa modificación de la Ley N° 27308, por ello ambas normas comparten la misma estructura, los mismos objetivos, la mayoría de mecanismos y herramientas. No obstante dicho decreto incluye 38 modificaciones significativas. Además, dicho decreto se relaciona con diversas normas con rango de ley y tratados internacionales. Para comprender todos los alcances, efectos y consecuencias globales del Decreto Legislativo N° 1090 es necesario hacer un análisis detallado, extenso y preciso de los aspectos legales, políticos, técnicos, sociales y económicos de dichas normas.

Los problemas con el Decreto Legislativo N° 1090 son varios y diversos. Cuatro de sus artículos son inconstitucionales porque vulneran la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Además, tiene serios problemas de coherencia entre su propio articulado, como es el caso de la falta de coherencia entre algunos de sus artículos con el objetivo de la ley. Varias de las normas contenidas en el decreto son inconvenientes y erradas, además, existen varios vacíos, contradicciones, y una serie de otros defectos.

La cantidad de problemas existentes con el Decreto Legislativo N° 1090 hacen poco recomendable un proceso de reglamentación de una norma con tantas falencias. Es necesario y conveniente iniciar un proceso urgente de modificación de Decreto Legislativo N° 1090, el cual a través de los principios de transparencia, participación y concertación corrija los problemas de inconstitucionalidad, incoherencia, inconveniencia, falta de sistematización y especialmente colisión con el TLC, a fin de no afectar el proceso de implementación de dicho tratado.

CONTENIDO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. ANÁLISIS CON RELACIÓN A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ
- III. ANÁLISIS CON RELACIÓN A LOS OTROS DECRETOS LEGISLATIVOS
- IV. ANÁLISIS CON RELACIÓN A LA LEY N° 27308.
- V. ANÁLISIS CON RELACIÓN A OTRAS NORMAS CON RANGO DE LEY.
- VI. ANÁLISIS CON RELACIÓN AL PROTOCOLO DE ENMIENDA DEL ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL ENTRE PERÚ Y ESTADOS UNIDOS.
- VII. ANÁLISIS DE COHERENCIA Y SISTEMATIZACIÓN DEL PROPIO DECRETO LEGISLATIVO.
- VIII. ANÁLISIS DE LOS CAMINOS LEGALES A SEGUIR FRENTE AL DECRETO LEGISLATIVO.
- IX. CONCLUSIONES.

ANEXO: ANÁLISIS Y COMENTARIOS DETALLADOS A CADA ARTÍCULO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1090

I. INTRODUCCIÓN.

El día 28 de junio de 2008 fue publicado en el diario oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 1090, que aprueba la Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Ese día, la mayoría de actores del sector forestal tomo conocimiento que el proceso conducido por el Gobierno para hacer algunas modificaciones a la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Ley N° 27308 se había convertido en una nueva Ley Forestal. Dicho desenlace fue sumamente sorprendente debido a que dicho proceso fue conducido prácticamente sin participación, sin transparencia ni concertación. Dicho decreto vino acompañado de otros noventa y ocho decretos que desde el 1° de enero del 2008 se vinieron sucediendo como consecuencia del ejercicio por parte del Gobierno de la delegación de facultades que le hiciera el Congreso de la República en el mes de diciembre pasado. Desde la publicación del decreto se han sucedido una serie de talleres, conferencias, documentos, opiniones, etc. analizando sus alcances y efectos. No obstante no se ha presentado un análisis o informe detallado, extenso y preciso respecto de las consecuencias de esta nueva Ley Forestal.

En ese sentido, el presente es un informe legal sobre el Decreto Legislativo N° 1090 con el objetivo de aportar elementos significativos para la determinación de los alcances, efectos y consecuencias del mencionado decreto legislativo, y sobre dicha evaluación proponer las medidas más convenientes al respecto desde la perspectiva legal. Al ser este un informe de carácter legal reconoce que es necesario además abordar temas desde la perspectiva política, técnica, social o económica; que son necesarias para comprender los alcances, efectos y consecuencias globales de la referida norma. Por ello, consideramos indispensable también tomar en cuenta los análisis que vienen haciendo otras instituciones como la Facultad de Ciencias Forestales de la Universidad Nacional Agraria La Molina, el Capítulo de Ingeniería Forestal del Colegio de Ingenieros del Perú, los pronunciamientos de la sociedad civil nacional y particularmente de las regiones, de las organizaciones de Pueblos Indígenas, etc.

Para el presente análisis legal al Decreto Legislativo N° 1090 se han realizado ocho análisis diferentes. El primero ha sido un análisis y comentario detallado y amplio de cada uno artículo del Decreto Legislativo N° 1090, los cuales pueden ser consultado en el Anexo del presente informe. Además se han realizado otros siete análisis respecto diferentes aspectos del Decreto Legislativo N° 1090, cada uno de estos análisis ha dado origen a una de las partes del presente informe. Dichos análisis son:

- Análisis con relación a la Constitución Política del Perú.
- Análisis con relación a otros decretos legislativos.
- Análisis con relación a la Ley N° 27308.
- Análisis con relación a otras normas con rango de ley.

- Análisis con relación al Protocolo de Enmienda del Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos.
- Análisis de coherencia y sistematización del propio decreto legislativo.
- Análisis de los caminos legales a seguir frente a los decretos legislativos

Finalmente hay algunas conclusiones con las que se pretende aportar elementos significativos para la determinación de los alcances, efectos y consecuencias del mencionado decreto legislativo, y sobre dicha evaluación proponer las medidas más convenientes al respecto desde la perspectiva legal. Finalmente, está el Anexo con el análisis y comentario detallado y amplio de cada uno artículo del Decreto Legislativo N° 1090.

NOTA: LAS INDICACIONES A COMENTARIOS EN EL TEXTO SE REFIEREN AL ANEXO DEL PRESENTE INFORME

II. ANÁLISIS CON RELACIÓN A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Un análisis de la constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1090 tiene dos partes. Una primera referida a la delegación de facultades y la segunda ya referida al contenido mismo del decreto legislativo.

En lo que respecto a la delegación de facultades se requiere analizar si el Poder Ejecutivo estaba facultado para dictar una nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Es decir, ¿el Poder Legislativo le delegó facultades al Poder Ejecutivo para dictar una nueva ley forestal? La delegación de facultades se dio a través de la Ley Autoritativa N°29157 con la finalidad de facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y su Protocolo de Enmienda, y el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento. Una delegación de facultades debe establecer un plazo y una materia¹, y en ese sentido dicha delegación estableció un plazo de ciento ochenta (180) días calendario² y comprendió la facultad de legislar sobre las siguientes materias:

- a) Facilitación del comercio;
- b) mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado;

¹ Además existen normas y restricción respecto del ejercicio de la delegación de facultades establecidas en el inciso 4) del artículo 101° y en el artículo 104° de la Constitución Política del Perú, y en el inciso d) del numeral 1 del artículo 76° y en el artículo 90° del Reglamento del Congreso de la República.

² Cuya vigencia inició el 1 de enero y concluyó el 28 de junio del año 2008.

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

Señalándose además de manera expresa que el contenido de los decretos legislativos debía "sujetarse estrictamente" a los compromisos del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y de su Protocolo de Enmienda, y a las medidas necesarias para mejorar la competitividad económica para su aprovechamiento.

En ese sentido el Poder Ejecutivo estaba facultado para legislar a través de decretos legislativos, y el Decreto Legislativo N° 1090 fue dado el 27 de junio y publicado el 28 de junio de 2008 en el ejercicio de dicha delegación de facultades. Por lo que cumplió con el requisito del plazo. En lo que respecta al requisito de la materia el asunto es más complicado. Las materias invocadas para circunscribir el Decreto Legislativo N° 1090 dentro de las materias de la delegación de facultades son la mejora del marco regulatorio y fortalecimiento institucional de la gestión ambiental. Si bien ambas materias forman parte de la lista señalada en la Ley Autoritativa N°29157 es necesario determinar si se sujetan estrictamente a los compromisos del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y de su Protocolo de Enmienda, y a las medidas necesarias para mejorar la competitividad económica para su aprovechamiento. Este punto será analizado en la quinta parte del presente informe no obstante se puede adelantar que "puede ser discutible que en función del TLC se justifique el dictado de toda una Ley Forestal y de Fauna Silvestre, ya que se trata de una materia general"³.

Cuatro artículos⁴ del Decreto Legislativo N° 1090 (ver comentarios 5.4, 21.2, 30.10 y 37.2) son inconstitucionales porque colisionan con la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27867, contraviniendo los artículos 101° y 104° de la Constitución Política del Perú que establecen que el Poder Ejecutivo a través de los decretos legislativos no podrá legislar en materias de Leyes Orgánicas y por lo tanto tampoco modificarlas. De esa manera vulnera el Bloque de Constitucionalidad al afectar leyes orgánicas que regulan la

³ Informe Jurídico "Análisis de la Conformidad Constitucional del Uso de las Facultades Legislativas Otorgadas por el Congreso al Poder Ejecutivo Mediante la Ley N° 29157" Francisco José Eguiguren Praeli, pag. 82.

⁴ El análisis detallado de cada uno de estos casos ha sido hecho en el anexo de este informe, así que aquí nos limitaremos a citarlos y dar una opinión general.

estructura y el funcionamiento de los gobiernos regionales que son entidades del Estado previstas en la Constitución.

Asimismo, en otros dos artículos su constitucionalidad es dudosa, debido a que tocan materias sensibles como la tercerización de determinadas actividades de la administración y/o control (ver comentario 3.9) y la restitución de una disposición declarada inconstitucional (ver comentario 45.2).

III. ANÁLISIS CON RELACIÓN A LOS OTROS DECRETOS LEGISLATIVOS

El Decreto Legislativo N° 1090 es un dispositivo legal que como tal es un instrumento⁵ de implementación de una política determinada. Si bien dicha política no ha sido comunicada de manera explícita, se puede deducir que se enmarca dentro de los puntos expresados por el Presidente de la República en sus artículos sobre el perro del hortelano. En ese sentido, la línea que sigue es la búsqueda del crecimiento del país a través de la intensa promoción de las inversiones privadas para aprovechar los recursos naturales no aprovechados integralmente hasta la fecha. Para ello se necesita diversos instrumentos política que sean coherentes con dicho objetivo y coherentes entre ellos.

El Decreto Legislativo N° 1090 fue dictado conjuntamente con otros 98 decretos legislativos, muchos de los cuales guardan estrecha relación entre ellos, en ese sentido para comprender su verdadero alcance, efecto y consecuencias es necesario comprenderlo conjuntamente con los Decretos Legislativos:

- 994 Decreto Legislativo que promueve la inversión privada en Proyectos de Irrigación para la Ampliación de la Frontera Agrícola,
- 997 Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura,
- 1012 Decreto Legislativo que Aprueba la Ley de Empleo Productivo y Dicta Normas para la Agilización de los Procesos de Promoción de la Inversión Privada,
- 1013 Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente.
- 1039 Decreto Legislativo que modifica disposiciones del Decreto Legislativo N° 1013,
- 1064 Decreto Legislativo que aprueba el régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario,

⁵ Al igual que la estructura organizativa y los mecanismos operativos.

- 1079 Decreto Legislativo que establece medidas que garanticen el patrimonio de las áreas naturales protegidas,
- 1085 Ley que crea el Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre, y
- 1089 Decreto Legislativo que establece el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales.

En algunos como el Decreto Legislativo 1064 tiene relación directa con cinco artículos del Decreto Legislativo N° 1090 en algunos casos para poder comprender las consecuencias de la exclusión de las tierras de capacidad de uso mayor del concepto de recurso forestal en los que además hay que considerar los Decretos Legislativos 994 y 1089, pero también para ver como se superponen entre ellos en el caso del cambio de uso de las tierras de aptitud agropecuario (ver comentarios 2.3, 14.2, 25.3, 25.4, 26.1 y 29.4).

Con otros casos es necesario revisar los Decretos Legislativos para comprender figuras como la iniciativa privada (ver comentario 9.8) o para desarrollar el contenido de algunos artículos (ver comentario 5.1).

IV. ANÁLISIS CON RELACIÓN A LA LEY N° 27308.

El Decreto Legislativo N° 1090 con relación a la Ley N° 27308 guardan muchas similitudes. En sentido estricto la nueva Ley Forestal (Decreto Legislativo N° 1090) es una extensa modificación de la antigua Ley Forestal (Ley N° 27308). Ambas normas comparten la misma estructura, los mismos objetivos, la mayoría de mecanismos y herramientas, incluso hay por lo menos 11 artículos que han sido mantenidos sin cambios significativos. La modificación general de la Ley Forestal puede obedecer a una regla general de la elaboración de normas que señala que la modificación normativa parcial debe ser de carácter excepcional⁶.

No obstante el Decreto Legislativo N° 1090 incluye varias modificaciones significativas como por ejemplo se pueden mencionar 36 temas en los que existe algún grado de novedad:

1. el cambio del concepto de recursos forestal,
2. la Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre,
3. el Sistema Nacional de Información y Control Forestal,

⁶ Se debe evitar la coexistencia de la norma originaria y de posteriores y sucesivas modificaciones, mediante la formulación de una nueva disposición en su integridad (Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, DS N° 008-2006-JUS)

4. la tercerización de las actividades de administración y control,
5. la consideración de los Gobiernos Regionales como autoridades competentes,
6. la eliminación del CONAFOR,
7. la ampliación de funciones del OSINFOR,
8. el cambio de concepto de Patrimonio Forestal de la Nación,
9. la uniformización del aprovechamiento de recursos forestales, fauna silvestre y servicios forestales en bosques que producción y de aprovechamiento futuro,
10. la concesión por iniciativa privada,
11. la ampliación de las responsabilidades de los concesionarios de fines no maderables,
12. la definición de Plan de Manejo Forestal,
13. la evaluación de impacto ambiental,
14. la verificación previa de los POAs con especies CITES,
15. la nueva clasificación de las modalidades de manejo y aprovechamiento de fauna silvestre,
16. el coto de caza forestal,
17. las autorizaciones de fauna silvestre en predios privados,
18. la generalización de la garantía de fiel cumplimiento,
19. las nuevas causales de caducidad,
20. la retribución económica,
21. los contratos con terceros,
22. la transferencia de derechos,
23. la eliminación de las arborizaciones urbanas,
24. la promoción de la industria forestal,
25. la aplicación del concepto de certificación forestal voluntaria,
26. la declaración de interés nacional de la investigación forestal,
27. los criterios para establecer las infracciones,
28. la inclusión de la SUNAT como autoridad de apoyo,

29. el listado de sanciones,
30. las normas sobre recursos de impugnación,
31. sobre el costo de la prueba,
32. la adquisición de productos ilícitos,
33. el comiso de productos ilícitos,
34. la regulación del régimen de vedas establecido por la Séptima Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 27308,
35. la transferencia de productos comisados,
36. las regulaciones sobre CITES,
37. sobre el transporte forestal, y
38. la vigencia condicionada a la publicación del reglamento.

No todas las novedades son buenas o malas, importantes o superfluas, pero todos significan un cambio con relación a la Ley N° 27308. Los comentarios específicos para cada uno de estos temas pueden ser encontrados en el anexo de este informe. A pesar de tantas novedades hay otros temas que no fueron recogidos por la Ley N° 27308 ni por el Decreto Legislativo N° 1090 como son los contratos de cesión en uso para la Comunidades Nativas, la retribución económica por el aprovechamiento de servicios forestales, la Potestad Sancionadora, la facultad de cobranza coactiva, etc. Igualmente, comentarios específicos pueden ser hallados en el anexo del presente informe.

V. ANÁLISIS CON RELACIÓN A OTRAS NORMAS CON RANGO DE LEY.

Los artículos del Decreto Legislativo N° 1090 se relacionan con diversas normas con rango de ley⁷. No obstante la interacción entre el Decreto Legislativo N° 1090 y dichas normas es diversa. En algunos casos dicha interacción es más frecuente porque se relaciona con varios artículos del mencionado decreto, estas normas que tienen harta incidencia en varios artículos de la nueva Ley Forestal son:

Ley N° 26821, Ley Orgánica del Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales.

⁷ De esta parte se han excluido los decretos legislativos por ser analizados en la segunda parte del informe. Tanto en el caso de las normas como de los tratados estos son citados y analizados en los comentarios correspondientes.

Ley N° 26839, Ley sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica.

Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Ley N° 28611, Ley General del Ambiente

Ley N° 28852, Ley de promoción de la inversión privada en reforestación y agroforestería.

Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

En ese sentido por ejemplo para comprender los efectos del Decreto Legislativo N° 1090 respecto de la modificación de la definición del concepto de recurso forestal es necesario considerar la Ley Orgánica del Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, y también esta norma es necesaria para entender la modificación respecto de la retribución económica. Pero en otros casos la interacción es más bien concreta y ocurre solo respecto de un tema concreto. Por ejemplo, en el caso de la iniciativa privada, dicha figura debe interpretarse en el marco de la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada. Otras normas cuya interacción con el Decreto Legislativo N° 1090 es específicas son el Decreto Legislativo N° 776, Ley de Tributación Municipal, Ley N° 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, Ley N° 26857, Ley de creación del Proyecto Especial de Promoción del Aprovechamiento de Abonos Provenientes de Aves Marinas, Ley N° 27506, Ley de Canon, Ley N° 27616, Ley que restituye recursos a los gobiernos locales, y la Ley N° 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada.

Asimismo, es necesario tener en consideración algunos tratados internacionales que se requieren para hacer un análisis adecuado del Decreto Legislativo N° 1090, entre dichos tratados hay que resaltar: Convención de Diversidad Biológica, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, el Tratado de Cooperación Amazónica, el Convenio Internacional de Maderas Tropicales, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, y la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas.

La interacción con dichas normas y tratados no siempre es pacífica, pues en algunos casos existen conflictos como con la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales en lo que respecta a las funciones específicas de los Gobiernos Regionales en materia agraria, o con la Convención CITES en el tema de posponer la aplicabilidad de algunas normas hasta el 1° de enero del 2009. Estos conflictos son detallados en el anexo del informe (ver comentarios 41.7 y 41.8).

VI. ANÁLISIS CON RELACIÓN AL PROTOCOLO DE ENMIENDA DEL ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL ENTRE PERÚ Y ESTADOS UNIDOS.

Como se indicó en la primera parte de este informe finalidad de la delegación de facultades fue facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y su Protocolo de Enmienda, y el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento, y por lo tanto su ejercicio debió sujetarse estrictamente a dicho fin. No obstante como ya se adelantó en el caso del Decreto Legislativo N° 1090 el jurista Francisco Eguiguren ha señalado que “puede ser discutible que en función del TLC se justifique el dictado de toda una Ley Forestal y de Fauna Silvestre, ya que se trata de una materia general”. Ello se debe a que una norma de carácter general no se sujeta estrictamente a la materia relativa al TLC sino que afecta de manera general a todas las actividades y los sujetos; muchos de los cuales no tienen nada que ver con el TLC.

Para determinar si el ejercicio de la delegación de facultades a través del Decreto Legislativo N° 1090 ha sido correcta se debe verificar que se hayan implementado todos los compromisos asumidos en el TLC que cuyo nivel de implementación correspondía a una norma con rango de ley y que no se hayan vulnerado ningún otro compromiso del mencionado tratado. En ese sentido entre los compromisos asumidos en el TLC que debieron implementarse por norma con rango de ley⁸ podemos mencionar los siguientes:

1. Brindar niveles de disuasión suficientes de responsabilidad civil y penal para toda medida que obstaculice o socave el manejo sostenible de los recursos forestales del Perú. Entre las conductas que se quiere disuadir están (i) la amenazas, o violencia o intimidación del personal gubernamental dedicado a hacer cumplir las leyes, (ii) a sabiendas crear, utilizar, presentar o brindar información falsa en cualquier documentación relativa al cumplimiento de las leyes, (iii) obstruir una investigación, verificación o auditoría realizada por personal gubernamental dedicado a hacer cumplir las leyes, (iv) a sabiendas extraer, adquirir o transportar madera o productos madereros de zonas o personas no autorizadas por la legislación peruana; (v) dar a un funcionario de gobierno, o recibir como funcionario de gobierno, compensación, monetaria o en especie, a cambio de un acto particular al momento de hacer cumplir las leyes.
2. Aplicar plenamente las leyes y normas existentes para la gestión del sector forestal, y fortalecer las instituciones responsables de hacer cumplir estas leyes y cualquier aspecto del manejo forestal en el Perú. En este contexto, el Perú establecerá el OSINFOR, tal como dispone la Ley Forestal N° 27308. El OSINFOR será una entidad

⁸ Existen otros muchos compromisos que no necesariamente requerían normas con rango de ley. No obstante hay algunos de estos compromisos que se ven mediatizados por algunas disposiciones del Decreto Legislativo N° 1090. Un ejemplo de ello es el compromiso que OSINFOR esté encargado de supervisar las inspecciones físicas y, de ser necesario, participar en ellas (ver comentario 11.6).

independiente y separada, y su mandato incluirá la supervisión de la verificación de todas las concesiones y permisos madereros.

3. Imponer sanciones civiles y penales diseñadas para desincentivar la violación de las leyes, las normas y otras medidas del Perú en relación con la extracción y el comercio de productos madereros. Entre ellas se encontrarán: (i) Aumentar considerablemente las sanciones penales contempladas en el artículo 310 del Código Penal del Perú, Decreto Legislativo N° 635, y;(ii) Suspender el derecho de exportar el producto respecto del cual se infringió una ley, norma u otra medida.

Parte de de dichos compromisos han sido implementados (ver comentarios 5.1, 5.2, 5.3 y 5.4) aunque no en todos los casos de la manera más adecuada (ver comentarios 5.3, 5.4). No obstante algunos temas como aumentar considerablemente las sanciones penales contempladas en el artículo 310 del Código Penal del Perú no han sido implementados, a pesar que en otros temas en los que no había compromisos dentro del TLC como por ejemplo pesca si se han implementado modificaciones al Código Penal a través de los decretos legislativos⁹. Sin embargo, otras disposiciones del Decreto Legislativo N° 1090 contravienen determinados compromisos asumidos en el TLC. Los compromisos afectados son:

1. Es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en sus respectivas legislaciones ambientales (ver comentarios 2.3, 6.5, 9.4 y 11.2).
2. Complementar los mecanismos existentes para implementar un proceso competitivo y transparente para la adjudicación de concesiones" (ver comentario 9.7)
3. Se adoptarán, mantendrán e implementarán leyes, reglamentos y cualesquiera otras medidas para cumplir con sus obligaciones bajo los acuerdos ambientales multilaterales (ver comentario 41.7)
4. Aumentar la participación del público y mejorar la transparencia en la toma de decisiones relativas a la planificación y manejo de los recursos forestales" (ver comentario 3.11)
5. Establece entre las conductas que se deben sancionar las que a sabiendas adquiere madera o productos madereros de zonas o personas no autorizadas por la legislación peruana (ver comentario 41.4)

Es necesario tener mucho cuidado con este punto porque si dichas contravenciones a los compromisos asumidos en el TLC pudieran frustrar el objeto y el fin del tratado antes de su

⁹ A través del Decreto Legislativo N° 1084 que aprueba la Ley sobre límites máximos de captura por embarcación se modificaron artículos 185°, 309° y 428° B del Código Penal.

entrada en vigor se estaría yendo en contra del artículo 18¹⁰ de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) que señala que los Estados tienen la obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado incluso antes de su entrada en vigor. Por ello es imprescindible tomar las medidas correctivas a fin solucionar estas contravenciones a los compromisos asumidos en el TLC.

VII. ANÁLISIS DE COHERENCIA Y SISTEMATIZACIÓN DEL PROPIO DECRETO LEGISLATIVO.

El Decreto Legislativo N° 1090 tiene algunos de problemas de coherencia¹¹ entre su propio articulado. Existen dos tipos de problemas de coherencia. El principal problema de coherencia del Decreto Legislativo N° 1090, es el que se relaciona varios de sus artículos con su objetivo y la definición de recursos forestales. De conformidad con los artículos 1° y 2° las plantaciones forestales y las tierras cuya capacidad de uso mayor es forestal no son recursos forestales y por lo tanto quedan fuera del objetivo del Decreto Legislativo N° 1090. No obstante, dichos temas son promovidos, regulados y controlados por este decreto (ver comentarios 7.7, 10.3, 28.1 y 29.4).

Es sumamente confuso que una de las principales novedades de este decreto (la exclusión de las plantaciones forestales y las tierras cuya capacidad de uso mayor es forestal del concepto de recursos forestales) no haya sido tenida en cuenta durante el desarrollo de la estructura y texto de los artículos de la nueva Ley Forestal. Ello evidencia el poco cuidado y la falta de revisión que se tuvo en la redacción final del decreto, lo cual es entendible si se considera que la norma prácticamente fue trabajada a puerta cerrada y su texto final prácticamente en solo algunos días.

Además, existen otros problemas de coherencia más específicos como ocurre en el tema de las autorizaciones de cambio de uso de las tierras con aptitud agrícola y pecuaria (ver comentario 25.5) y con la legitimación de la adquisición de productos provenientes de la comisión de infracciones (ver comentario 41.5).

Respecto de la sistematización del Decreto Legislativo N° 1090, es evidente que no se han tomado en consideración la Ley N° 26889, Ley Marco para la Producción y Sistematización

¹⁰ Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado: a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado: o b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente

¹¹ De acuerdo con la segunda acepción que le da el Diccionario de la Lengua Española de la RAE coherencias es la "actitud lógica y consecuente con una posición anterior".

Legislativa¹² y su Reglamento el Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, que prevén los lineamientos para la elaboración, denominación y publicación de normas con rango de ley. En ese sentido, en la redacción del texto del Decreto Legislativo N° 1090 no se han seguido las normas de la redacción y división de los artículos; clasificación de disposiciones complementarias finales, transitorias, modificatorias y derogatorias.

También existen otros temas que tiene que ver con la terminología utilizada. Por ejemplo se emplea arbitrariamente los conceptos "capacidad de uso mayor" y "aptitud natural" de los suelos como que si fueran diferentes (ver comentario 25.1). Lo mismo ocurre con "servicios ambientales del bosque" y "servicios ambientales" (ver comentario 7.10), la exclusión o inclusión de los servicios ambientales del bosques (ver comentario 18.1), "bosques en tierras de protección" y "bosques de protección" (ver comentarios 7.7, 9.14), y la uniformización de los términos de retribución económica (ver comentario 18.5).

Asimismo, otro problema serio ha sido la fe de erratas¹³. A través de fe de erratas se han "corregido" ocho artículos, es decir, el 16% de los artículos de la nueva Ley Forestal han necesitado ser corregidos a través de fe de erratas. No obstante ese no es el principal problema respecto de las fe de erratas sino que en dos casos las fe de erratas han servido para introducir dos conceptos importantes desvirtuando la función de la fe de erratas que se refiere únicamente para la corrección de errores materiales. Estos dos conceptos son el Sistema Nacional de Información Control y Administración Forestal y de Fauna Silvestre (ver comentario 3.8) y los cotos de caza forestales (ver comentario 14.4). Un caso aparte es el artículo 29° cuyo texto fue modificado por una fe de erratas pero se olvidaron de "corregir" también el epígrafe del artículo de manera que este se sigue refiriendo a las arborizaciones pese a que ellas han sido eliminadas del texto del artículo¹⁴.

VIII. ANÁLISIS DE LOS CAMINOS LEGALES A SEGUIR FRENTE AL DECRETO LEGISLATIVO.

Teniendo en consideración lo evidenciado en las líneas de arriba, es evidente que es necesario tomar algunas acciones legales frente a los efectos y consecuencias generados

¹² El objeto de esta norma es sistematizar la legislación y con la finalidad de lograr su unidad y coherencia para garantizar la seguridad jurídica en el país, por ello conjuntamente con su reglamento es de observancia obligatoria por todos aquellos que elaboran textos de normas.

¹³ Cuando las Leyes y normas de menor jerarquía publicadas en el Diario Oficial contienen errores materiales deben ser objeto de rectificación mediante fe de erratas.

¹⁴ Lo que demuestra también poco cuidado y la falta de revisión en el momento de hacer las fe de erratas.

por el Decreto Legislativo N° 1090. Entre las alternativas que vamos analizar en esta parte está la reglamentación, la modificación, la derogación y la inconstitucionalidad.

La primera alternativa es participar en el proceso de reglamentación, para el cual se cuenta formalmente con plazo hasta el mes de octubre. Sin embargo, como este proceso se encuentra dentro de la implementación del TLC, los plazos son más urgentes y en este momento el INRENA lidera un proceso que pretende ser más participativo¹⁵. Un mecanismo paralelo puede ser enviar sugerencias y comentarios directamente al MINAG o al INRENA sin necesidad de participar del proceso antes mencionado. Dicho proceso tiene como objetivo elaborar un proyecto de decreto supremo que sea puesto a consideración del Consejo de Ministros para la firma del Presidente de la República y la rúbrica del Ministro de Agricultura.

Algunas de las personas e instituciones que apoyan la elaboración del reglamento del Decreto Legislativo N° 1090, son pragmáticos pues participan con el objetivo de minimizar los riesgos poniendo "candados" y maximizar los beneficios mejorando los temas que consideran adecuados. Es decir, apoyan la reglamentación como un mecanismo de control de algunas de las preocupantes consecuencias del decreto, porque consideran que otros caminos o son irreales o se van a demorar mucho; pero también porque consideran que es una buena oportunidad para incidir en los temas que son de su interés. Reglamentar una ley para maniatarla es contrario con el objetivo de un proceso de reglamentación, pues este tiene como objetivo brindar las herramientas operativas para la implementación de la Ley.

Respecto de la derogación o modificación del Decreto, este es un proceso que se debe seguir a través del Congreso de la República. Un primer camino es dentro del proceso de control político que debe aplicar el Congreso respecto de la delegación de facultades. El otro camino es través de un proyecto de ley¹⁶. En ambos casos se generaran dictámenes de comisiones y será resuelto por el Pleno del Congreso. En este punto hay que considerar la necesidad de obtener el respaldo político necesario. Para ello uno de los elementos necesarios son los argumentos o razones para sostener la derogatoria o modificación del decreto legislativo.

Conviene modificar o derogar una norma con rango de ley cuando tiene consecuencias adversas al interés público o la norma resulta evidentemente incoherente con la política e

¹⁵ Se solicitó la participación de diversas instituciones y se puso a disposición un correo electrónico para recibir sugerencias. Lamentablemente el plazo concedido fue muy corto. También, se circulo a un grupo reducido el proyecto de reglamento el cual fue materia de una serie de tres reuniones sucesivas en Lima en las que se recogieron sugerencias y comentarios. Posiblemente, hasta la fecha de aprobación se planteen otros mecanismos para permitir la participación de los interesados en apoyar la reglamentación del Decreto Legislativo N° 1090.

¹⁶ Lo puede presentar una bancada parlamentaria, los Gobiernos Regionales, la Defensoría del Pueblo, los Colegios Profesionales, los ciudadanos conforme a Ley, etc. Actualmente ya hay un proyecto de ley para su derogación.

interés nacional, es decir, por la inconveniencia de la norma, pero también porque puede ser que haya una alternativa mejor o más conveniente, en ese sentido se está hablando de una conveniencia de la modificación o derogación. Para derogar o modificar una norma con rango de ley no es necesario que existan infracciones a la Constitución u otras leyes, basta con que haya el convencimiento y el acuerdo político de hacerlo. En el caso del control político de la delegación de facultades se evaluará además que la norma se sujete estrictamente a la materia autorizada: implementación del TLC y mejoramiento de las condiciones para aprovecharlo.

La tercera opción es la inconstitucionalidad. Pueden interponer una acción de inconstitucionalidad Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, los Congresistas, los ciudadanos referidos en el inciso 5) del artículo 203 de la Constitución¹⁷, los Presidentes de Región y los Colegios Profesionales. Dicha demanda debe ser presentada ante el Tribunal Constitucional, quien resuelve.

El Tribunal evaluaría si el decreto contraviene la Constitución en la forma o en el fondo. Es decir, si contraviene la Constitución de forma directa o indirecta (Bloque de Constitucionalidad¹⁸), ya sea por infracción material (aspectos de fondo) o por infracción formal¹⁹ (aspectos formales). En ese sentido podrá evaluarlo de manera general, respecto si la delegación de facultades por el Congreso y su ejercicio por el Poder Ejecutivo cumplió con todos los requisitos establecidos en la Constitución y el Reglamento del Congreso. Pero también podrá evaluar de manera específica si el contenido de los decreto contravienen la Constitución, el Reglamento del Congreso, el derecho internacional de los derechos humanos y las leyes orgánicas que regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución.

IX. CONCLUSIONES.

1. La elaboración del Decreto Legislativo N° 1090 no ha respetado los principios de transparencia, participación y concertación. Principios que orientan la gestión pública y particularmente la ambiental, y que son recogidos por la Ley Marco de la Modernización de la Gestión del Estado, Ley General del Ambiente y la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

¹⁷ Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones.

¹⁸ Bloque constitucional es el conjunto de disposiciones normativas que, junto con la Constitución, permiten evaluar si una norma es compatible con la ley fundamental. Forman parte de este bloque constitucional el derecho internacional de los derechos humanos y las leyes sobre las competencias y atribuciones de los órganos del Estado.

¹⁹ Cuando no hayan sido aprobadas, promulgadas o publicadas en la forma establecida por la Constitución.

2. Para comprender todos los alcances, efectos y consecuencias globales del Decreto Legislativo N° 1090 es necesario hacer un análisis detallado, extenso y preciso de los aspectos legales, políticos, técnicos, sociales y económicos de dichas normas.
3. Si bien se habrían cumplido con todos los requisitos formales para el otorgamiento de la delegación de facultades, su ejercicio en la dación del Decreto Legislativo N° 1090 por parte del Poder Ejecutivo no se habría sujetado estrictamente a la finalidad de facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y su Protocolo de Enmienda, y el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento.
4. Puede ser discutible que en función del TLC se justifique el dictado de toda una Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Una norma de carácter general no se sujeta estrictamente a la materia relativa al TLC sino que afecta de manera general a todas las actividades y los sujetos.
5. Hay cuatro artículos del Decreto Legislativo N° 1090 que son inconstitucionales porque vulneran la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27867, que forma parte del Bloque de Constitucionalidad, pues regulan la estructura y el funcionamiento de los gobiernos regionales que son entidades del Estado previstas en la Constitución.
6. El Decreto Legislativo N° 1090 se enmarca dentro de los lineamientos políticos expresados por el Presidente de la República en sus artículos sobre el perro del hortelano, es decir, la búsqueda del crecimiento del país a través de la intensa promoción de las inversiones privadas para aprovechar los recursos naturales no aprovechados integralmente hasta la fecha.
7. El Decreto Legislativo N° 1090 forma parte del paquete de los 99 decretos legislativos dados por el Poder Ejecutivo en el marco de la delegación de facultades por lo que es necesario analizarlos en conjunto para comprender su verdadero alcance, efecto y consecuencias. Guarda particular relación con los decretos legislativos 994, 997, 1012, 1013, 1039, 1064, 1079, 1085, y 1089.
8. El Decreto Legislativo N° 1090 se relacionan con diversas normas con rango de ley y tratados internacionales. En ese sentido para comprender su alcance, efecto y consecuencias también es necesario tener en consideración dichas normas y tratados.
9. El Decreto Legislativo N° 1090 es una extensa modificación de la Ley N° 27308. Ambas normas comparten la misma estructura, los mismos objetivos, la mayoría de mecanismos y herramientas. No obstante el Decreto Legislativo N° 1090 incluye 38 modificaciones significativas
10. Parte de de dichos compromisos en el TLC y que requerían su implementación a través de normas con rango de Ley han sido implementados a través del Decreto Legislativo N° 1090. No obstante algunos no han sido implementados. Otras

disposiciones del Decreto Legislativo N° 1090 contravienen algunos compromisos asumidos en el TLC.

11. El Decreto Legislativo N° 1090 tiene algunos de problemas de coherencia entre su propio articulado. El principal de estos problemas es la falta de coherencia entre el objetivo de la ley con algunos de sus artículos.
12. El Decreto Legislativo N° 1090, no han tomado en consideración las normas sobre producción y sistematización legislativa, que prevén los lineamientos para la elaboración, denominación y publicación de normas con rango de ley.
13. La cantidad problemas existentes con el Decreto Legislativo N° 1090 (inconstitucionalidad, incoherencia, colisión con el TLC, falta de sistematización, etc.) hacen poco recomendable un proceso de reglamentación de una norma con tantas falencias.
14. Es necesario y conveniente iniciar un proceso urgente de modificación de Decreto Legislativo N° 1090, el cual a través de los principios de transparencia, participación y concertación corrija los problemas de inconstitucionalidad, incoherencia, colisión con el TLC, falta de sistematización, etc. a fin de no afectar el proceso de implementación del TLC.
15. No obstante existen también suficientes motivos para plantear la derogatoria del Decreto Legislativo N° 1090 y queda expedito el derecho de los Gobiernos Regionales a plantear la acción de inconstitucionalidad respecto de los artículos que contravienen la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

ANEXO

ANÁLISIS Y COMENTARIOS DETALLADOS A CADA ARTÍCULO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1090

DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY FORESTAL Y DE FAUNA SILVESTRE

Título I

Disposiciones Generales

Artículo 1.- Objeto

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

COMENTARIO 1: Este artículo define el objetivo del Decreto Legislativo N° 1090.

1.1 En principio la nueva Ley Forestal²⁰ continúa con los mismos objetivos de la antigua Ley Forestal²¹. Se mantiene como objetivo de la Ley Forestal el "normar, regular y supervisar el uso y conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre, y la compatibilización progresiva de la valorización progresiva de los servicios ambientales en armonía con el interés social, económico y ambiental de la Nación". No obstante debe entenderse que ese objetivo normativo, regulador y supervisor debe ejercerse para alcanzar la armonía con el interés social, económico y ambiental de la Nación, y además en el marco del cumplimiento de la Constitución Política del Perú (particularmente de los Artículos 66 y 67 que se refieren a al carácter de patrimonio de la nación de los recursos naturales y la política ambiental del Estado de promover el uso sostenible de los recursos naturales), en la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (que regula el régimen de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, en tanto constituyen patrimonio de la Nación, estableciendo sus condiciones y las modalidades generales de otorgamiento a particulares), en la Ley

²⁰ Las referencias a la "nueva Ley Forestal" se refieren al Decreto Legislativo N° 1090 del año 2008, que aprueba la Ley Forestal y de Fauna Silvestre.

²¹ Las referencias a la "antigua Ley Forestal" se refieren a la Ley N° 27308 del año 2000, que aprobó la Ley Forestal y de Fauna Silvestre.

Nº28611, Ley General del Ambiente (que establece derechos y principios ambientales, así como normas generales respecto del aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y en particular el artículo 95º sobre los recursos forestales y la fauna silvestre) y los Convenios Internacionales vigentes para el Estado Peruano (en particular la Convención de Diversidad Biológica, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, el Tratado de Cooperación Amazónica, el Convenio Internacional de Maderas Tropicales, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo; y la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas).

Artículo 2.- Definición de recursos forestales, de fauna silvestre y de servicios ambientales.

2.1 Son recursos forestales los bosques naturales y las tierras cuya capacidad de uso mayor sea de protección forestal y los demás componentes silvestres de la flora terrestre y acuática emergente, cualquiera sea su ubicación en el territorio nacional.

2.2 Son recursos de fauna silvestre las especies animales no domesticadas que viven libremente y los ejemplares de especies domesticadas que por abandono u otras causas se asimilen en sus hábitos a la vida silvestre, excepto las especies diferentes a los anfibios que nacen en las aguas marinas y continentales que se rigen por sus propias leyes.

2.3 Son servicios ambientales del bosque los que tienen por objeto la protección del suelo, regulación del agua, conservación de la diversidad biológica, conservación de ecosistemas y de la belleza escénica, absorción de dióxido de carbono y en general el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales.

COMENTARIO 2: Este artículo define los recursos forestales, los recursos de fauna silvestre y los servicios ambientales del bosque, cuyo uso, aprovechamiento y conservación son objeto de la Ley Forestal.

2.1 Modifica la definición de recursos forestales de la antigua Ley Forestal. La antigua definición era amplia e incluía: 1) los bosques naturales, 2) las plantaciones forestales, 3) las tierras cuya capacidad de uso mayor sea de producción y protección forestal y 4) los demás componentes silvestres de la flora terrestre y acuática emergente. La nueva definición elimina las plantaciones forestales y las tierras cuya capacidad de uso mayor sea de producción forestal de la definición del concepto de recursos forestal.

2.2 En lo que respecta a las plantaciones forestales, en principio parecería que sigue la tendencia de los últimos años de los países de la región. Ecuador²² y Colombia²³ han escindido las plantaciones forestales de la materia forestal para darles un tratamiento más agropecuario, por lo que han pasado de ser competencia de sus ministerios del ambiente a ser competencias de sus respectivos ministerios de agricultura. Esta tendencia tampoco es nueva en el Perú, pues a través de la Ley N° 28852, Ley de promoción de la inversión privada en reforestación y agroforestería (julio de 2006), ya se las había definido como agro-negocio forestal; pero aun mantenían su naturaleza de recurso forestal y por lo tanto de recurso natural. Al retirarlas de la definición de recursos forestal lo que se está haciendo en principio es justamente retirarles completamente su naturaleza de recurso natural, y en ese sentido el tratamiento que debería corresponderle a las plantaciones forestales ya no es el de un recurso natural (patrimonio de la Nación) sino el establecido para los cultivos y los agro-negocios forestales. No obstante, todo ello es contradictorio con los artículos 7°, 10°, y 28° de la misma nueva Ley Forestal, en las que se incluye las plantaciones forestales dentro del ordenamiento de la superficie forestal, de las modalidades de aprovechamiento de derechos sobre los recursos forestales, y de los programas a ser promovidos para la reforestación. En ese sentido, en dichos artículos la nueva Ley Forestal es contradictoria consigo misma, pues contradice su objeto al normar, regular y supervisar el uso sostenible de las plantaciones forestales cuando ella misma les ha quitado su carácter de recurso forestal. Sin perjuicio de lo antes dicho, una interpretación que busque integrar a las plantaciones forestales podría plantear que si bien ya no son recursos forestales, en tanto que proveen servicios ambientales forestales, aun se mantienen dentro del objeto de la nueva Ley Forestal al menos en ese extremo.

2.3 Respecto de la eliminación de las tierras cuya capacidad de uso mayor sea de producción forestal del concepto de recurso forestal, lo les quita necesariamente su calidad de recurso natural pues esta aun se mantiene en la Ley N° 26821, Ley Orgánica del Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, que considera recurso natural a las tierras de capacidad de uso mayor forestales y de protección. Al igual que el caso anterior, no obstante retirarlo de la definición de recurso forestal la nueva Ley Forestal insiste en regularla, contraviniendo su objeto. No obstante ese no es el principal problema con su eliminación del concepto de recursos forestal sino es que de esa manera se permite, de manera indirecta, que las tierras con capacidad de uso mayor forestal que sean deforestadas luego puedan ser consideradas tierras eriazas y, por lo tanto, entregadas en propiedad para usos agropecuarios, consumándose el cambio de uso de los bosques. La secuencia

²² A través del Decreto 931-02-2008 (febrero 2008) el Presidente Rafael Correa decretó que las competencias sobre plantaciones forestales se transferían al Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuicultura y Pesca del Ecuador.

²³ A través de la Ley General Forestal, Ley N° 1021 (abril 2006) se distribuyeron asignaron las competencias sobre las plantaciones forestales al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de Colombia.

lógica es la siguiente la nueva Ley Forestal retira las tierras cuya capacidad de uso mayor sea de producción forestal del concepto de recurso forestal, luego el Decreto Legislativo N° 1064 que aprueba el régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario permite considerarlas como tierras eriazas, y por lo tanto sujetas a los regímenes establecidos por el Decreto Legislativo N° 994 que promueve la inversión privada en Proyectos de Irrigación para la Ampliación de la Frontera Agrícola y el Decreto Legislativo N° 1089 que establece el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales. Esto es una sensible reducción o debilitamiento de las protecciones ambientales establecidas para evitar la deforestación de los bosques, lo que es contrario al espíritu de las adendas del TLC, en las que expresamente se reconoce que es "inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en sus respectivas legislaciones ambientales".

2.4 Finalmente, corresponde también hacer notar que las definiciones de fauna silvestre y servicios ambientales del bosque, son idénticas a las habidas en la antigua Ley Forestal. Sobre este tema solo cabe añadir que si bien aquí se refieren a los servicios ambientales del bosque, en otras partes de la nueva Ley Forestal (al igual que en la antigua) se les denominan solamente como "servicios forestales".

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

3.1 El Estado promueve el manejo de los recursos forestales y de la fauna silvestre en el territorio nacional, como elemento fundamental para garantizar su desarrollo sostenible, con la activa participación de los sectores sociales y económicos del país.

3.2 El Estado fomenta la conciencia nacional sobre el manejo responsable de las cuencas, de los bosques y de la fauna silvestre y realiza acciones de prevención y recuperación ambiental.

3.3 El Ministerio de Agricultura, como Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre, es el órgano normativo respecto del aprovechamiento sostenible de los recursos forestales y de la fauna silvestre; promueve su conservación y tiene a su cargo el diseño, ejecución, supervisión y evaluación de la Política Nacional Forestal, asumiendo la rectoría respecto de ella. La Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre conduce, planifica, coordina y aprueba el sistema nacional de información, control y la administración forestal y de fauna silvestre, aplicable a todos los niveles de gobierno (*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS.

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.

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.

COMENTARIO 3: Este artículo al igual que su predecesor de la antigua Ley Forestal pretende establecer los fundamentos del ejercicio de la función de promoción y gestión de los recursos forestales y de fauna silvestre. Por ese motivo sus dos primeros párrafos guardan mucha similitud.

3.1 La primera innovación es denominar al Ministerio de Agricultura (MINAG) como la "Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre" (ANFFS). La nueva Ley Forestal señala que a la ANFFS le corresponde ser el órgano normativo del aprovechamiento sostenible de los recursos forestales y de la fauna silvestre y promueve su conservación. Ello contrasta en cierta forma con la antigua Ley Forestal que reconocía al MINAG como el órgano normativo y promotor del uso sostenible y conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre. De esta manera el MINAG reduce su rol normativo al aprovechamiento de los recursos forestales y de la fauna silvestre y su rol de promoción a su conservación. Y por lo tanto, el MINAG dejaría el rol normativo de la conservación de los recursos forestales y de la fauna silvestre y su rol promotor de su aprovechamiento.

3.2 Respecto del rol normativo del aprovechamiento de los recursos forestales y de la fauna silvestre del MINAG no existe mayor problema, pues ello además es concordante con el Decreto Legislativo N° 997, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura, que establece que dicho ministerio tiene la función normativa de regular los temas de su competencia, entre ellos, están los recursos forestales y su aprovechamiento, la flora y la fauna. Pero sobre el rol promotor de la conservación de los recursos forestales y de la fauna silvestre si existe una colisión con el Decreto Legislativo N° 1013, Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente (MINAM), que establece que el MINAM es el competente para promover la conservación y el uso sostenible de los recursos naturales, la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas. De esta manera la nueva Ley Forestal arrebató al MINAM para el MINAG la función de promoción de la conservación de una parte de los recursos naturales, los forestales y la fauna silvestre.

3.3 En lo que se refiere a que el MINAG deje de ser el órgano normativo de la conservación de los recursos forestales y de la fauna silvestre, y promotor de su aprovechamiento podría obedecer a que la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, establece como una de las competencias exclusivas de los Gobiernos Regionales el "promover el uso sostenible de los recursos forestales y de biodiversidad". De esta manera también se restringe la función promotora del

aprovechamiento de los recursos naturales del MINAM, pues en lo que respecta a los recursos forestales esta le corresponde a los Gobiernos Regionales²⁴.

3.4 En ese sentido, las funciones normativas y de promoción sobre el aprovechamiento y conservación de los recursos forestales y fauna silvestre, a pesar que la nueva Ley Forestal no lo señale expresamente, se encuentran divididos entre la ANFFS, el MINAM y los Gobiernos Regionales.

3.5 Este artículo también asigna a la ANFFS funciones de diseño, ejecución, supervisión y evaluación de la Política Nacional Forestal (su aprobación corresponde al Consejo de Ministros)²⁵ aplicable a todos los niveles de gobierno. Ello reconoce que la implementación de la Política Nacional Forestal le corresponde a todos los niveles de gobierno y no solo al nacional, de esta manera reconoce la necesidad de la descentralización de la autoridad forestal, y no sólo su desconcentración.

3.6 Reconoce que la administración y gestión de los recursos forestales y de de la fauna silvestre es una competencia compartida entre el Gobierno Nacional (MINAG/ANFFS) y los Gobiernos Regionales. De conformidad con la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, estos tienen las funciones específicas de: "Desarrollar acciones de vigilancia y control para garantizar el uso sostenible de los recursos naturales bajo su jurisdicción", y "Otorgar permisos, autorizaciones y concesiones forestales, en áreas al interior de la región, así como ejercer labores de promoción y fiscalización en estricto cumplimiento de la política forestal nacional". En ese sentido, este reconocimiento, y la señalización de los múltiples niveles de ejecución de la Política Nacional Forestal es uno de los más interesantes aportes de este artículo. No obstante, como se verá más adelante la nueva Ley Forestal no se ajusta necesariamente a este marco establecido por las normas de descentralización y gobiernos regionales. Además, tampoco se deja claro cómo es que los distintos niveles de de gobierno van a articularse en el ejercicio de esta competencia compartida²⁶.

²⁴ No obstante subsiste la colisión respecto de la promoción del uso sostenible de la diversidad biológica, entre la Ley N° 27867, Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales y el Decreto Legislativo N° 1013, Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente.

²⁵ Se armoniza con el Decreto Legislativo N° 997, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura, y la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

²⁶ De conformidad de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, el Poder Ejecutivo debe remitir al Congreso de la República las propuestas de Leyes de organización y funciones de los Ministerios que tienen a su cargo competencias exclusivas y compartidas, motivo por el cual se encuentra en proceso la elaboración de las matrices de competencias exclusivas y compartidas a cargo de los distintos sectores. Esta podría ser una excelente oportunidad para resolver colisiones y vacíos existentes entre las diversas normas, pero desafortunadamente este proceso de elaboración de las matrices

3.7 Otro tema que no aborda esta nueva Ley Forestal es el nivel político que le debe corresponder a la nueva autoridad forestal. Si bien se establece que es el MINAG la ANFFS, es necesario que aquel asigne dichas funciones a una dependencia determinada dentro de su estructura orgánica. El Decreto Legislativo N° 997, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura, ha creado un solo Vice-ministerio (el de agricultura) por lo que la dependencia que ejerza las funciones de la ANFFS no podrá tener nivel de Vice-ministerio. Tampoco, es posible que la ANFFS sea un organismo público pues de conformidad con la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo estos deben ser creados por Ley. En ese sentido, la única opción viable en el actual marco legal es que sea una Dirección General, que podría ser creada en el Reglamento de Organización y Funciones del MINAG.

3.8 De otro lado el artículo señalaba que la ANFFS conducía, planificaba, coordinaba y aprobaba la política nacional de control y administración forestal y de fauna silvestre. No obstante la aprobación de las políticas nacionales le corresponde al Consejo de Ministros. Posteriormente el artículo fue corregido a través de una fe de erratas cambiando el término política nacional por el de sistema nacional. De esta manera a través de una fe de erratas se creó el Sistema Nacional de Información Control y Administración forestal y de fauna silvestre aplicable a todos los niveles de gobierno, por lo que deberá la función de control forestal que les corresponde a los Gobiernos Regionales. De conformidad con la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo este nuevo sistema nacional es un sistema de carácter funcional y la calidad de Ente Rector le correspondería a la ANFFS. La creación de este sistema nacional es otro de un importante aporte de este artículo, a pesar que se haya hecho a través de una fe de erratas.

3.9 Otra novedad del artículo 3° de la nueva Ley Forestal es que determinadas actividades de la administración y/o control de los recursos forestales y de fauna silvestre ejercidas por la autoridad competente en materia forestal y de fauna silvestre puedan ser ejecutadas a través de personas jurídicas especializadas debidamente acreditadas y seleccionadas. Además, establece que 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. Las condiciones de dicho encargo deben ser establecidos en el Reglamento. Al respecto es necesario señalar que es importante notar que se pueden tercerizar ciertas actividades, como por ejemplo la prestación de determinados servicios públicos, pero lo que no es posible delegar en manos privadas es el ejercicio de las funciones y competencias públicas. Es conocido el caso ecuatoriano en el que fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional del Ecuador la delegación de la administración que había hecho el Ministerio del Ambiente a una empresa privada (SGS) para que aprobara los planes de manejo y otorgara las licencias de aprovechamiento de los recursos forestales,

se está realizando sin la participación de los Gobiernos Regionales y de los demás actores involucrados en el sector forestal.

así como la determinación de las tasas administrativas por dichos procedimientos. Sin embargo, resulta preocupante que la nueva Ley Forestal solamente señale que la ejecución de las actividades de administración y control debe ser incorporada dentro del presupuesto institucional correspondiente y priorizada dentro del Presupuesto Nacional de la República cuando sea ejercida por estas personas jurídicas privadas, y no cuando le corresponda a las entidades públicas competentes. De esta manera se debilita seriamente el ejercicio de la función pública al no preverse la asignación de los fondos públicos necesarios a las autoridades competentes.

3.10 Finalmente, si bien el artículo 3° se mantiene la referencia a que el Estado promueve el manejo de los recursos forestales y de la fauna silvestre con la activa participación de los sectores sociales y económicos del país, al eliminarse el Consejo Nacional Consultivo de Política Forestal (CONAFOR) principal mecanismo consultivo de la política forestal en el que participaban representantes tanto del sector público como del privado vinculados a la actividad forestal. Si bien la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo no contempla la existencia de "Consejos Nacionales" sino Consejos Directivos (para los organismos públicos) y Comisiones Consultivas (para el asesoramiento), es necesario también tener en consideración el derecho constitucional que tiene toda persona a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, por lo que es necesario que en la elaboración, aprobación e implementación de las políticas nacionales debe respetarse el principio fundamental de la participación activa de los diferentes actores sociales y económicos, así como el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de recursos naturales debe contemplar procesos previos de información, consulta y participación de las poblaciones posiblemente afectadas²⁷.

3.11 La eliminación de los mecanismos de participación es además contraria a los principios de transparencia, concertación y participación establecidos en la Ley General del Ambiente, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y la Ley Marco de la Modernización de la Gestión del Estado, así como con los compromisos del Protocolo de Enmienda del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos que señala entre las medidas de fortalecimiento de capacidades acordadas por las partes la de "Aumentar la participación del público y mejorar la transparencia en la toma de decisiones relativas a la planificación y manejo de los recursos forestales". Es decir, al reducir los niveles de participación y transparencia no se está cumpliendo con la implementación de dicho acuerdo y por lo tanto se está yendo en contra de la delegación de facultades establecida en la Ley Autoritativa, Ley N° 29157. Por lo tanto en dicho extremo se puede afirmar que el uso de la delegación de facultades ha sido contrario a la autorización dada por el Congreso de la República.

²⁷ "Análisis el DL 1090 y sus Impactos en la Gestión de los Bosques", Lucila Pautrat, 2008 (documento no publicado).

Artículo 4.- Planes Nacionales

La Autoridad Nacional Forestal de Fauna Silvestre aprueba el Plan Nacional de Desarrollo Forestal, en el que establecen las prioridades, programas operativos y proyectos a ser implementados; el Plan Nacional de Prevención y Control de la Deforestación, el Plan Nacional de Reforestación y el Sistema Nacional de Prevención y Control de Incendios Forestales y el ordenamiento del uso de la tierra, con la participación del sector privado.

COMENTARIO 4: Este artículo señala que la ANFFS aprueba los documentos de planificación del sector forestal, es decir: el Plan Nacional de Desarrollo Forestal, el Plan Nacional de Prevención y Control de la Deforestación, el Plan Nacional de Reforestación y el Sistema Nacional de Prevención y Control de Incendios Forestales y el Ordenamiento del uso de la tierra.

4.1 Esta labor debe realizarla con participación de los actores del sector privado. Las únicas diferencias con el artículo respectivo de la antigua Ley Forestal es que reemplaza las referencias al MINAG por la ANFFS, lo que permitiría asignar estas funciones a alguna dependencia de su estructura orgánica. Asimismo, se elimina la referencia a que es el INRENA el que propone dichos documentos de planificación, en ese sentido le corresponderá a la ANFFS su elaboración y aprobación.

4.2 Luego de ocho años de aplicación de la antigua Ley Forestal únicamente se ha aprobado el Plan Nacional de Reforestación. En su defecto se han aprobado otros documentos de planificación, como son la Estrategia Nacional Forestal, la Estrategia Nacional Multisectorial de Lucha contra la Tala Ilegal, y el Plan de Acción Estratégica para la Implementación del Apéndice II del CITES para la Caoba en el Perú. De estos documentos el único que guarda relación con los señalados en el artículo es la Estrategia Nacional Forestal que por su contenido podría reemplazar al Plan Nacional de Desarrollo Forestal.

Artículo 5.- Organismo de supervisión de los recursos forestales y de fauna silvestre

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

COMENTARIO 5: En este artículo regula lo relativo a OSINFOR

5.1 Se cambia la denominación de Organismo Supervisor de Concesiones Maderables por la de Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (OSINFOR), obviamente la modificación va más allá que el cambio de denominación, sino que incluye una ampliación de sus funciones, antes restringidas únicamente a las concesiones forestales maderables, ahora ampliadas

a todas las modalidades de aprovechamiento (concesiones, permisos y autorizaciones) de los recursos forestales y de fauna silvestre, así como de los servicios ambientales²⁸. Mantiene su adscripción a la Presidencia del Consejo de Ministros y de conformidad con la nueva Ley Orgánica del Poder Ejecutivo le asigna al OSINFOR la naturaleza de Organismo Público Ejecutor, es decir, es una entidad con administración propia, debido a que la magnitud de sus operaciones es significativa y ejerce funciones de ámbito nacional, está sujeto a un Sector, y en principio no tiene funciones normativas. Sus funciones son de supervisión y fiscalización y se rigen por su ley de creación es decir, el Decreto Legislativo N° 1085. En ese sentido, con la modificación hecha en este artículo se circunscribe a la implementación del compromiso asumido por el Estado peruano en el TLC.

5.2 Uno de los compromisos asumidos en el Protocolo de Enmienda del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, fue el restablecer al OSINFOR a la forma que disponía la antigua Ley Forestal como una entidad independiente y separada, y con mandato para supervisar la verificación de todas las concesiones y permisos madereros, pues a través del Decreto Supremo N° 036-2004-AG se fusionó al INRENA con el OSINFOR, y posteriormente a través del Decreto Supremo N° 004-2005-AG se incorporó al OSINFOR en la estructura orgánica del INRENA, convirtiendo a OSINFOR en una Oficina de Supervisión de Concesiones Forestales con Fines Maderables dependiente de la Jefatura del INRENA. En ese sentido el compromiso asumido en el TLC tenía como objetivo restituir su adscripción a la Presidencia del Consejo de Ministros y las características de autonomía funcional, técnica y administrativa para la supervisión y control de los contratos de concesiones forestales, aplicar sanciones y llevar los registros especiales que correspondan.

5.3 No obstante, si bien la ampliación del ámbito de funciones de supervisión y fiscalización del OSINFOR a todas las modalidades de aprovechamiento es un compromiso establecido en el Protocolo de Enmienda del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, su cumplimiento implica la modificación de una Ley Orgánica, y por tanto debió realizarse a través de una norma de igual rango, y no a través de Decretos Legislativos. El literal a) del artículo 51° de la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales señala que le corresponde a los Gobiernos Regionales la función específica de otorgar permisos, autorizaciones y concesiones forestales, en áreas al interior de la región, así como ejercer labores de promoción y fiscalización en estricto cumplimiento de la política forestal nacional, se entiende

²⁸ En ese sentido se ha eliminado el artículo 36° de la antigua Ley Forestal que disponía que el INRENA era el encargado de controlar y supervisar las concesiones de fauna silvestre, autorizaciones y permisos. Dicha eliminación es concordante con el Decreto Legislativo N° 1085 y el artículo 5° de la nueva Ley Forestal, pero también con la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

que la función de fiscalización se refiere a dichos permisos, autorizaciones y concesiones²⁹.

5.4 Por ello ampliación del ámbito de OSINFOR a través de Decretos Legislativos (1090 y 1085) colisiona con las funciones de los Gobiernos Regionales establecidas en la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. En ese sentido, dicho extremo en ambos decretos legislativos deviene en inconstitucional pues se pretende modificar una Ley Orgánica a través de un Decreto Legislativo contraviniendo los artículos 101° y 104° de la Constitución Política del Perú que establecen que la aprobación de las Leyes Orgánicas y por lo tanto tampoco su modificación no pueden ser delegadas al Poder Ejecutivo.

Artículo 6.- Patrimonio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre

Los recursos forestales y de la fauna silvestre mantenidos en su fuente y las tierras cuya capacidad de uso mayor sea de protección forestal constituyen Patrimonio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre. No pueden ser utilizados con fines agropecuarios u otras actividades que afecten la cobertura vegetal, el uso sostenible y la conservación del recurso forestal, cualquiera sea su ubicación en el territorio nacional, salvo los casos que señale la presente Ley y su reglamento.

COMENTARIO 6: Este artículo define el Patrimonio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre³⁰.

6.1 El artículo se refiere a la porción del Patrimonio Nacional Natural (del cual forman parte todos los recursos naturales renovables y no renovables) que tiene la calidad de forestal y de fauna silvestre, y que por lo tanto le son aplicables las prohibiciones de no poder ser utilizados con fines agropecuarios u otras actividades que afecten la cobertura vegetal, el uso sostenible y la conservación del recurso forestal, cualquiera sea su ubicación en el territorio nacional.

6.2 La nueva Ley Forestal modifica la definición establecida en la antigua, reduciendo la definición de Patrimonio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre a los recursos forestales y de la fauna silvestre mantenidos en su fuente y las tierras cuya

²⁹ Ese es el contenido que se le ha dado a dicha función en el proceso de transferencia de funciones a los Gobiernos Regionales puesto que se incluyen entre otras las siguientes facultades de "Otorgar y Supervisar los permisos y autorizaciones para el aprovechamiento de los recursos forestales y de fauna silvestre en el ámbito de su jurisdicción de acuerdo a las políticas y normas establecidas" y "Supervisar las de (sic) concesiones forestales de productos diferentes a la madera, en el ámbito de su jurisdicción, de acuerdo a las normas nacionales" (Decreto Supremo N° 011-2007-AG).

³⁰ En la antigua Ley Forestal se utilizaba la expresión Patrimonio Forestal Nacional y de Fauna Silvestre.

capacidad de uso mayor sea de protección forestal. Entonces quedan excluidos del Patrimonio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre los servicios ambientales, las tierras de capacidad de uso mayor forestal y las plantaciones forestales. El hecho que sean excluidos del concepto de Patrimonio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre no implica necesariamente que pierdan su condición de Patrimonio Nacional Natural, pues como ya se explicó en el Comentario 2 las tierras de capacidad de uso mayor forestal mantienen su condición de recursos natural de conformidad con la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales.

6.3 En el caso de los servicios ambientales no queda tan claro su estatus aunque al ser ellos funciones que cumplen los recursos naturales y otros componentes del ambiente indirectamente también se vinculan al patrimonio natural de la Nación. Sin embargo, al igual que las plantaciones tampoco estaban mencionadas en la definición expresamente de la Ley Anterior, sino que estaban comprendidas dentro del concepto de recursos forestal. Por ello que la mención expresa de las tierras de capacidad de uso mayor de protección, es innecesaria pues como hemos visto ellas incluso ahora están comprendidas dentro del concepto de recurso forestal.

6.4 En lo que si ha existido una ampliación con la nueva definición de Patrimonio Nacional Forestal es al eliminar la restricción de la antigua Ley Forestal que solamente las tierras del Estado. Es decir, en el marco de la antigua Ley Forestal se podía alegar que las tierras cuya capacidad de uso mayor era forestal sobre las que existían derecho privados de propiedad no formaban parte del Patrimonio Forestal Nacional.

6.5 Finalmente, si bien se mantiene la prohibición de afectar la cobertura vegetal, el uso sostenible y conservación del recurso forestal, el campo de aplicación de esta prohibición se reduce, quedando las tierras de capacidad de uso mayor forestal desprotegidas por esta norma. Como ya se ha señalado la reducción o debilitamiento de las protecciones ambientales es contrario al espíritu de las adendas del TLC, en las que expresamente se reconoce que es "inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en sus respectivas legislaciones ambientales"

Título II

Ordenamiento de la Superficie Forestal

Artículo 7.- Ordenamiento de la superficie forestal

El ordenamiento de la superficie forestal del país comprende:

7.1 Bosques de producción.- Son superficies boscosas que por sus características bióticas y abióticas son aptas para la producción permanente y sostenible de madera y otros recursos y servicios forestales. Se subdividen en:

a. Bosques de producción permanente.- Son áreas con bosques naturales primarios calificadas mediante resolución ministerial del Ministerio de Agricultura, cuyo aprovechamiento preferente de la madera y otros recursos y servicios forestales podrán ser otorgados a los particulares.

b. Bosques de producción en reserva.- Son bosques naturales primarios de propiedad del Estado destinados a la producción preferente de madera y otros recursos y servicios forestales, que el Estado mantiene en reserva para su futura habilitación mediante concesiones. En estas áreas pueden otorgarse adicionalmente derechos para el aprovechamiento de otros recursos forestales diferentes de la madera, de servicios forestales y de fauna silvestre, en tanto que no afecten el potencial aprovechable de dichos recursos.

7.2 Bosques para aprovechamiento futuro.- Son superficies que por sus características bióticas y abióticas se encuentran en proceso de desarrollo para ser puestas en producción permanente de madera y de otros recursos y servicios forestales. Se subdividen en:

a. Plantaciones forestales.- Son aquellas logradas mediante el establecimiento de cobertura arbórea y arbustiva en áreas de capacidad de uso mayor forestal.

b. Bosques secundarios.- Son superficies boscosas pobladas por especies pioneras, formadas por pérdida del bosque primario como consecuencia de fenómenos naturales o actividad humana.

c. Áreas de recuperación forestal.- Son tierras sin cubierta vegetal o con escasa cobertura arbórea o de bajo valor comercial, que requieren forestación y reforestación, para reincorporarlas a la producción de madera, otros recursos y servicios forestales.

7.3 Bosques en tierras de protección.- Son superficies que por sus características bióticas y abióticas sirven fundamentalmente para preservar los suelos, mantener el equilibrio hídrico, conservar y proteger los bosques ribereños orientados al manejo de cuencas para proteger la diversidad biológica y la conservación del ambiente (*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS.

Dentro de estas áreas se promueve el ecoturismo, la recuperación de la flora y de la fauna silvestre en vías de extinción y el aprovechamiento de productos forestales no maderables.

7.4 Áreas naturales protegidas.- Se consideran áreas naturales protegidas las superficies necesarias para la conservación de la diversidad biológica y demás valores asociados de interés ambiental, cultural, paisajístico y científico, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 26834.

7.5 Bosques en comunidades nativas y campesinas.- Son aquellas que se encuentran dentro del territorio de dichas comunidades, con la garantía que les reconoce el Artículo 89 de la Constitución Política del Perú.

7.6 Bosques locales.- Son aquéllas que se otorgan a las poblaciones rurales y centros poblados para el aprovechamiento sostenible de los recursos forestales y de la fauna silvestre.

COMENTARIO 7: Este artículo se refiere al ordenamiento de la superficie forestal.

7.1 Elimina la referencia que había en la antigua Ley Forestal que la superficie forestal se definía dentro del Patrimonio Forestal Nacional. De esta manera en la nueva Ley Forestal la superficie forestal no se circunscribe necesariamente al Patrimonio Nacional Forestal es por ello que luego incluye conceptos que no lo conforman e incluso que tampoco son recursos forestales, como por ejemplo las plantaciones forestales. No obstante, al hacer esto va más allá del objeto establecido para esta Ley, que como se ha dicho busca normar, regular y supervisar el uso sostenible y la conservación de los recursos forestales y de la fauna silvestre del país, y las plantaciones forestales por mandato de esta misma Ley ya no son recursos forestales. Sin perjuicio de lo antes dicho, una interpretación que busque integrar a las plantaciones forestales podría plantear que si bien ya no son recursos forestales, en tanto que proveen servicios ambientales forestales, aun se mantienen dentro del objeto de la nueva Ley Forestal al menos en ese extremo.

7.2 Al no restringir la definición de superficie forestal al concepto Patrimonio Nacional Forestal³¹ y de Fauna Silvestre, le permite incluir las plantaciones forestales y las tierras cuya capacidad de uso mayor sea de producción forestal, etc. Sólo así se puede explicar su inclusión dentro de este artículo. No obstante, resulta bastante confuso excluirlos en los artículos 2º y 6º, y luego volverlos a incluir en este artículo. En ese sentido, si bien no reconoce su naturaleza de recurso y patrimonio forestal, si acepta por lo menos que son superficies de naturaleza forestal, sin embargo, son confusas las consecuencias jurídicas de esta diferencia.

7.3 Respecto del ordenamiento, se mantienen todas clasificaciones del ordenamiento forestal de la antigua Ley Forestal. No obstante, se hacen algunas modificaciones en cuanto a sus definiciones. Debido a que estas definiciones son principalmente técnicas y este es un análisis legal, nos referiremos únicamente a las modificaciones que podrían tener alguna relevancia legal, sin que ello signifique baste con un análisis de este tipo, pues se requiere también una revisión técnica de las nuevas definiciones.

7.4 Una de las primeras modificaciones establece como regla general para todos los tipos los bosques de producción y bosques para aprovechamiento futuro la posibilidad de producción o aprovechamiento permanente y sostenible de madera y otros recursos y servicios forestales. De esta manera se uniformiza la posibilidad de aprovechar todos los recursos y servicios forestales en estos dos tipos de bosques. Es

³¹ No obstante también es necesario señalar que la referencia de la antigua Ley Forestal al ordenamiento de la superficie forestal dentro del Patrimonio Nacional Forestal era sumamente impreciso.

necesario llamar la atención que el concepto de servicios forestales se refiere al de servicios ambientales del bosque señalado en el artículo 2°.

7.5 Se restringen los bosques de producción en reserva a aquellos bosques primarios que son propiedad del Estado, sin precisar si debemos entender por ellas como todas aquellas sobre las que no existe propiedad privada de un tercero, permitiendo la interpretación en sentido contrario en que pueden existir bosques primarios en propiedad privada. Esta imprecisión de la nueva Ley Forestal resulta ser sumamente seria pues podría trastocar uno de los preceptos de derecho forestal nacional de los últimos 40 años, que no ha concebido la posibilidad de propiedad privada sobre los bosques naturales (motivo por el cual se otorgan en cesión en uso a las comunidades).

7.6 En este extremo es precisar que la condición de patrimonio de la Nación de los recursos forestales no significa que sean propiedad del Estado. Significa que son bienes de dominio público, que al entender del Tribunal Constitucional³² significa "que si bien mantiene alguna conexión con el sentido privatista de la propiedad, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean del Derecho Civil" es decir, el "Estado no ostenta una situación subjetiva de propietario de los recursos naturales que le otorgue una serie de potestades exclusivas sobre dichos bienes en concepto de dueño, pues tales facultades se inspiran en una concepción patrimonialista del dominio privado... La incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*".

7.7 En este artículo se modificó la denominación de Bosques en tierras de Protección, por Bosques de Protección, pero luego a través de una fe de erratas se volvió a restituir la denominación de Bosques en tierras de Protección. Esta corrección resulta muy adecuada pues la diferencia es sustancial, mantener la denominación original de la nueva Ley Forestal pudo haber ocasionado muchos conflictos sobre la definición de esta categoría dentro del ordenamiento, pues hubiera quedado la duda si solo se refería a todas las tierras de capacidad de uso mayor de protección o solamente aquellas con bosque. Esta, segunda interpretación además de una significativa reducción de los niveles de protección ambiental también hubiera sido contradictoria con la definición de recurso forestal del artículo 2° de la nueva Ley Forestal. De otro lado, este artículo eliminó la calificación de "usos indirectos" al ecoturismo, la recuperación de flora y fauna silvestre en vías de extinción el aprovechamiento de productos forestales no maderables, entre las actividades que se deben promover en esta categoría del ordenamiento de la superficie forestal. Ello no implica necesariamente que se

³² Resolución del Tribunal Constitucional del 1° de abril de 2005 respecto del expediente 0048-2004-PI/TC (Pleno Jurisdiccional).

deban promover los usos directos, no obstante, hay quienes consideran que esta eliminación resulta sumamente riesgosa³³.

7.8 Entre las otras modificaciones que este artículo introduce en las definiciones de las categorías del ordenamiento de la superficie forestal se puede mencionar aquellas que se refieren a los bosques locales. De esa manera se incluye expresamente la posibilidad de aprovechamiento de fauna silvestre en los bosques locales, además de los recursos forestales, la eliminación de las modalidades de otorgamiento y a la autoridad encargada de otorgar derechos, y no se señala expresamente aquí ni en ninguna parte de esta nueva ley ni las modalidades ni la autoridad competente, por lo que tendría que ser precisado en el Reglamento.

7.9 Las definiciones de áreas naturales protegidas y bosques en comunidades campesinas y nativas, se mantienen sin cambios. No obstante, justamente ello puede considerarse uno de los temas pendientes de esta nueva Ley Forestal, pues por ejemplo no aborda el tema de los contratos de cesión en uso de las tierras con capacidad de uso mayor forestal y de protección para las comunidades. Desde que las funciones forestales fueron transferidas desde la Dirección General Forestal del MINAG y la Direcciones Regionales de Agricultura al INRENA y sus Administraciones Técnicas se ha generado un limbo respecto de a quién le corresponde otorgar y suscribir dichos contratos. Con la transferencia de las funciones de titulación y formalización de los predios rurales del MINAG al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, tampoco se ha resuelto este tema. Otro tema pendiente no tratado por la nueva Ley Forestal es que el ordenamiento de la superficie forestal, al igual que el de la antigua Ley Forestal, no aclara el estatus de las tierras forestales sobre las cuales existen derechos de propiedad privada.

7.10 Finalmente, este artículo la nueva Ley Forestal, al igual que la anterior, introduce el concepto de "servicio forestal" para referirse a aquellos servicios ambientales que brinda el bosque, en otras partes de la Ley prefieren usar la expresión "servicios ambientales del bosque", esta es una mala técnica normativa, la de utilizar dos términos distintos para referirse a un mismo concepto, que ya estaba en la antigua Ley Forestal y que esta nueva ha arrastrado.

Artículo 8.- Zonificación forestal

8.1 La zonificación forestal es la clasificación de las áreas forestales del país que se realiza en base a la Zonificación Ecológica - Económica y de acuerdo a capacidad de uso mayor o su aptitud natural.

³³ "Análisis el DL 1090 y sus Impactos en la Gestión de los Bosques", Lucila Pautrat, 2008 (documento no publicado).

8.2 La Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre elabora y aprueba la zonificación territorial de las áreas forestales del país teniendo como referencia el mapa forestal, el mapa de suelos y otros estándares de identificación.

COMENTARIO 8: Este artículo define la zonificación forestal.

8.1 Señala que para la zonificación forestal se utilizan como insumos la Zonificación Ecológica Económica y la capacidad de uso mayor o su aptitud natural. Si bien este artículo no tiene mayores modificaciones si se debe resaltar la inclusión de la capacidad de uso mayor como un elemento para realizar la clasificación de las áreas forestales. Antes se hacía referencia solamente a su "aptitud natural"³⁴.

8.2 Las otras modificaciones del artículo se refieren al cambio de las referencias a la propuesta del INRENA y su aprobación por el MINAG, para ahora referirse únicamente a la ANFFS, y carecen de mayor relevancia. No obstante, ello este artículo al igual que en la antigua Ley Forestal utiliza el término "áreas forestales del país" sin indicar si estas se refieren a la superficie forestal normada en el artículo anterior, o si es un concepto distinto, más amplio o más restringido. Otra vez estamos frente a una deficiente técnica normativa que no se ha resuelto sino que se repetido.

Título III

Aprovechamiento de los recursos forestales y de la fauna silvestre

Capítulo Primero

Aprovechamiento y manejo de los recursos forestales

Subcapítulo Primero

De las modalidades de aprovechamiento de los recursos forestales

Artículo 9.- Concesiones forestales

El aprovechamiento de los recursos forestales se realiza mediante la concesión, en las siguientes modalidades:

9.1 Concesiones forestales con fines maderables

a. Concesión en subasta pública, en unidades de aprovechamiento de 10,000 (diez mil) a 40,000 (cuarenta mil) hectáreas, por el plazo hasta de 40 (cuarenta) años renovables de acuerdo a las condiciones que establece el Reglamento.

³⁴ Más adelante se verá el uso arbitrario que hace la nueva Ley Forestal respecto de los conceptos de capacidad de uso mayor y aptitud natural de los suelos.

b. Concesión en concurso público, en unidades de aprovechamiento de 5,000 (cinco mil) hasta 10,000 (diez mil) hectáreas, por el plazo hasta de 40 (cuarenta) años renovables, a favor de medianos y pequeños empresarios, en forma individual u organizados en sociedades u otras modalidades empresariales, cuyo plan de manejo comprenderá subunidades de aprovechamiento, de acuerdo a las condiciones que establece el Reglamento.

c. Concesión por iniciativa privada, por el plazo de hasta 40 (cuarenta) años renovables. Esta modalidad operará a solicitud de parte de acuerdo a las reglas y condiciones que se establezcan en el Reglamento.

Las concesiones establecidas en el presente numeral para el aprovechamiento comercial o industrial, las otorga la autoridad competente, con planes de manejo que consideran el diámetro mínimo y volumen permisible de corte por especie y tipo de bosque, garantizando la utilización de mayor número de especies, aprovechamiento integral de la madera; a través de las industrias integradas y generación de mayor valor agregado, sobre la base de criterios e indicadores que aseguren el manejo sostenible y en las condiciones que establezca el Reglamento.

El procedimiento para la promoción así como la determinación de la unidad de aprovechamiento para cada bosque de producción permanente a ser concesionado, es determinado por estudios técnicos realizados por la Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre y aprobado por Resolución Ministerial.

Los estudios técnicos deben garantizar que se cumplan las condiciones de sostenibilidad ecológica y económica de las áreas a ser concesionadas, de acuerdo a la cual se elaboran los planes de manejo.

Los concesionarios son los responsables directos en la superficie otorgada, asegurando su aprovechamiento sostenible de acuerdo a lo estipulado en el plan de manejo y en el contrato respectivo, debiendo adoptar las medidas pertinentes a fin de evitar la extracción ilegal de los recursos naturales, dentro del límite de su concesión.

9.2 Concesiones forestales con fines no maderables

a. Concesiones para otros productos del bosque: Las concesiones para el aprovechamiento de otros productos del bosque son a exclusividad y están orientadas a recursos forestales diferentes de la madera y de la fauna silvestre.

b. Concesiones para ecoturismo, conservación y otros servicios ambientales. Las concesiones para el desarrollo de ecoturismo, la conservación de especies de flora y de fauna silvestre y otros servicios ambientales se realizan principalmente en tierras de capacidad de uso mayor forestal o en bosques de protección.

Las concesiones establecidas en el presente numeral para el aprovechamiento comercial o industrial con fines no maderables las otorga la autoridad competente, en atención a la ubicación y características de los recursos a ser aprovechados, sobre la

base de criterios e indicadores que aseguren el manejo sostenible y en las condiciones que establezca el Reglamento.

El tamaño de la unidad de aprovechamiento es determinada por estudios técnicos realizados por la Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre y aprobado por Resolución Ministerial.

Los estudios técnicos deben garantizar que se cumplan las condiciones de sostenibilidad ecológica y económica de las áreas a ser concesionadas, de acuerdo a la cual se elaboran los planes de manejo.

Los concesionarios son los responsables directos en la superficie otorgada, asegurando su aprovechamiento sostenible de acuerdo a lo estipulado en el plan de manejo y en el contrato respectivo, debiendo adoptar las medidas pertinentes a fin de evitar la extracción ilegal de los recursos naturales, dentro del límite de su concesión.

COMENTARIO 9: Este artículo regula la concesión³⁵ como una modalidad de aprovechamiento de los recursos forestales en tierras públicas.

9.1 Al igual que la antigua Ley Forestal clasifica a los recursos forestales en dos clases: aquellos que tienen fines maderables y aquellos que tienen fines no maderables. En este segundo grupo no solo considera a los recursos forestales de conformidad con el artículo 2° si no que incorpora a los servicios ambientales como recursos forestales con fines no maderables.

9.2 El artículo señala que las concesiones son otorgadas por la autoridad competente, en ese sentido no es que deje abierta la posibilidad que ella sea establecida en el reglamento, sino que como ya se señaló la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, señala que estos tienen como función específica el "Otorgar permisos, autorizaciones y concesiones forestales, en áreas al interior de la región, así como ejercer labores de promoción y fiscalización en estricto cumplimiento de la política forestal nacional". En ese sentido la autoridad competente para el otorgamiento de las concesiones son los Gobiernos Regionales, pero mientras se completa el proceso de transferencia de funciones a ellos, dicha función ha venido siendo ejercida por el INRENA, y le corresponderá temporalmente a la ANFFS.

9.3 Una de las modificaciones que introduce este artículo es la eliminación del manejo como uno de los objetivos de esta modalidad. Es decir, la antigua Ley Forestal indicaba que la concesión era una modalidad de aprovechamiento y manejo. No obstante, la nueva Ley Forestal mantiene la referencia a la exigencia

³⁵ La concesión le otorga a su titular un derecho real (bien incorporal registrable) para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo. De esa manera el titular tiene derecho al uso y disfrute del recurso natural concedido y la propiedad de los frutos y productos a extraerse.

del plan de manejo y a la búsqueda de asegurar el manejo sostenible. En ese sentido, nos e entiende por qué se eliminó la referencia al manejo del encabezado, si se han mantenido la exigencia de las herramientas técnicas de manejo y la finalidad del manejo sostenible.

9.4 Todo ello es aun más confuso si se tiene en cuenta que en el artículo 10° ocurre todo lo contrario, es decir, allí donde la antigua Ley Forestal indicaba que los permisos eran modalidades únicamente de aprovechamiento, ahora se ha introducido el manejo. En ese sentido, el retiro del concepto de manejo de las concesiones parecería que tiene la intención de caracterizar la concesión como una modalidad que privilegia el aprovechamiento de los recursos forestal sobre las actividades de manejo, contrariamente a lo que ocurriría en los permisos en donde sí debería buscarse un equilibrio entre ambas. Consideramos que esto es un error pues la mejor manera en que se puede alcanzar el aprovechamiento (uso sostenible) de los recursos forestales es a través de un manejo forestal adecuado, por ello la eliminación de la referencia que las concesiones son una modalidad que busca el manejo de los recursos forestales para privilegiar el aprovechamiento puede ser considerada una evidente reducción de los niveles de protección ambiental y por lo tanto como ya se ha señalado con anterioridad contrario al espíritu de las adendas del TLC, en las que expresamente se reconoce que es "inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en sus respectivas legislaciones ambientales" por lo que sería un mal uso de las facultades delegadas al Poder Ejecutivo.

9.5 Asimismo, el artículo señala elimina la referencia explícita que las concesiones se otorgan en bosques primarios permitiéndose ahora que se puedan otorgar concesiones sobre cualquier tipo de bosque. Además, señala que las concesiones se establecen para el aprovechamiento comercial o industrial de los recursos y servicios forestales, tanto para las concesiones con fines maderables como con fines no maderables. Esta finalidad de aprovechamiento comercial o industrial no estaba en la antigua Ley Forestal, la cual solo se refería al aprovechamiento comercial en el caso de las concesiones con fines maderables. De esta manera se puede identificar que la finalidad de esta modificación es incentivar e intensificar el aprovechamiento de todos los recursos y servicios forestales con fines comerciales e industriales, como sobre todo tipo de bosque, lo que explicaría porque se reducen muchos niveles de protección ambiental.

9.6 La nueva Ley Forestal, en principio mantiene las dos modalidades originales de concesiones con fines maderables: concurso y subasta pública. Sobre las subastas no hace ninguna modificación, y en el caso de los concursos elimina el límite mínimo de 1,000 has para establecer las subunidades de aprovechamiento. Además, la nueva Ley Forestal introduce una tercera forma de acceder a las concesiones con fines maderables: denominada "iniciativa privada"³⁶. Esta nueva modalidad sería al

³⁶ El artículo 58° de la Constitución señala de manera general que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado.

igual que las anteriores por 40 años renovables, pero a diferencia de las modalidades preexistentes (subasta y concurso público) no hace referencia a unidades de aprovechamiento, por lo que se colige que estas concesiones por iniciativa privada podrían solicitarse y otorgarse en cualquier superficie forestal. Tampoco se establecen restricciones sobre el tamaño de la superficie, a diferencia de las otras dos modalidades, por lo que en el reglamento no habría ninguna limitación para poder aprobar que sean inferiores a 5,000 ha o superiores a 120,000 ha.

9.7 Probablemente a través esta modalidad han buscado contar con un procedimiento expeditivo y de fácil aplicación que les permita otorgar derechos sobre las unidades de aprovechamiento de los bosques de producción permanente no concesionadas hasta la fecha, así como sobre las áreas que han revertido al Estado por motivo de renunciadas y caducidad de los derechos de concesión. No obstante al dejarlo tan poco regulado en comparación con las otras dos modalidades que tienen restricciones en normas con rango de ley, confiando su regulación al Reglamento significa otra reducción de los niveles de protección ambiental (pues ahora las restricciones para las modalidades de concesiones forestales maderables ya no van a estar establecidas en normas con rango de ley, sino que para un caso en particular se establecerán con decreto supremo), y además, si se toma en cuenta que uno de los motivos por los cuales se utilizan la modalidades de concurso y subasta pública es para contar con procesos competitivos y transparentes, y justamente la modalidad de iniciativa privada podría significar una modalidad de adjudicación directa también se estaría yendo específicamente en contra de otro de los compromisos asumidos en el marco del TLC "Complementar los mecanismos existentes para implementar un proceso competitivo y transparente para la adjudicación de concesiones", es decir, se estaría estableciendo procesos no competitivos de adjudicación de concesiones. Por todo esto la introducción de una modalidad de iniciativa privada es contraria al espíritu de las adendas del TLC, lo que configura un mal uso de las facultades delegadas al Poder Ejecutivo.

9.8 Sin perjuicio de lo anterior, es necesario señalar que la modalidad de "iniciativa privada" ya se permitía en el Reglamento de la antigua Ley Forestal únicamente para el caso de las concesiones con fines no maderables bajo la denominación de "concesión directa". Asimismo, se debe indicar que la iniciativa privada es una modalidad de promoción de inversión privada y que ya se encontraba regulada por la Ley N° 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada y sus normas de desarrollo y el Decreto Legislativo N° 1012, Ley Marco de Asociaciones Público - Privadas para la Generación de Empleo Productivo y Dicta Normas para la Agilización de los Procesos de Promoción de la Inversión Privada (modificado por el Decreto Legislativo N° 1016). En ese sentido correspondería determinarse si la reglamentación de esta figura tendrá que sujetarse también a lo establecido en estos dispositivos legales.

9.9 Respecto de las reglas generales aplicables a todas las modalidades de concesiones con fines maderables se mantienen la exigencia del plan de manejo

en las condiciones establecidas por el reglamento y la responsabilidad del concesionario por el área otorgada. Asimismo, se señala que la determinación de las unidades de aprovechamiento se basa en estudios técnicos realizados por la ANFFS y aprobado por Resolución Ministerial. En ese punto se modifica la antigua Ley Forestal que establecía que procedimiento para la promoción y determinación del tamaño de la unidad de aprovechamiento era determinado por estudios técnicos realizados a través del INRENA y aprobado por decreto supremo refrendado por el Ministro de Agricultura. Anteriormente, existía la dificultad que los bosques de producción permanente eran establecidos por resolución ministerial, pero luego su división interna en unidades de aprovechamiento era por decreto supremo, lo que dificultaba la modificación de los bosques de producción permanente, pues si bien se podían modificar por resolución ministerial, cuando ello colisionaba con las unidades de aprovechamiento se generaba un imposible jurídico, modificar una norma con una de menor rango. Ahora, al establecerse los bosques de producción permanente y las unidades de aprovechamiento con normas de igual rango, se soluciona este problema, pero a la vez se debilita los resguardos sobre las unidades de aprovechamiento al facilitar su modificación.

9.10 Otra modificación es que los estudios técnicos para la determinación de las unidades de aprovechamiento deben garantizar que se cumplan las condiciones de sostenibilidad ecológica y económica de las áreas a ser concesionadas y ya no de las unidades de aprovechamiento. Resulta complicado que durante la determinación de las unidades de aprovechamiento se pueda prever cuales van a ser finalmente las áreas concesionadas, por lo que más difícilmente se puede determinar su sostenibilidad de cualquier tipo.

9.11 Finalmente, a los concesionarios con fines maderables se les mantiene como los responsables directos en la superficie otorgada, asegurando su aprovechamiento sostenible de acuerdo a lo estipulado en el plan de manejo y en el contrato respectivo, debiendo adoptar las medidas pertinentes a fin de evitar la extracción ilegal de los recursos naturales, dentro del límite de su concesión.

9.12 En lo que respecta a las concesiones forestales con fines no maderables, se mantienen los tipos de concesiones ya preexistentes en la antigua Ley Forestal: para otros productos del bosque y para ecoturismo, conservación y otros servicios ambientales. Bajo el concepto de fines no maderables se incluye a los recursos forestales diferentes de la madera y a los servicios ambientales del bosque. Ello es importante porque permite incluir dentro del concepto de aprovechamiento con fines no maderables a los servicios ambientales, de manera similar a como ocurre con el término servicios forestales. También se introducen algunos cambios en sus definiciones.

9.13 En el caso de las concesiones para otros productos del bosque en la cual se elimina la referencia específica a algunos tipos de productos del bosque por una referencia general a los recursos forestales diferentes de la madera y de la fauna silvestre. Además, mantienen su condición de exclusividad, es decir que se otorgan para el aprovechamiento de un recurso forestal específico, y no como en el caso

de las concesiones con fines maderables, se permite el aprovechamiento de otros tipos de recursos y servicios forestales, así como de la fauna silvestre.

9.14 En el caso de las concesiones para ecoturismo, conservación y otros servicios ambientales señala que se realizan principalmente en tierras de capacidad de uso mayor forestal o en bosques de protección, con lo que se aclara la redacción de la antigua Ley Forestal, que podía llamar a la confusión de que únicamente se otorgaban en esas áreas. Nótese que a pesar que se ha señalado que las tierras de capacidad de uso mayor forestal ya no son recursos forestales, igual la nueva Ley Forestal sigue regulando su uso. Asimismo, se utiliza el término bosques de protección, cuando el término utilizado en el ordenamiento de la superficie forestal es la de bosques en tierras de protección. Una vez más la mala técnica normativa de utilizar términos diversos para posiblemente un mismo concepto.

9.15 También es necesario resaltar que al igual que la antigua Ley Forestal este artículo recoge las concesiones de otros servicios ambientales. En primer lugar esta denominación de "otros" reconoce que la conservación de la diversidad biológica es un servicio ambiental, cuyo manejo y aprovechamiento es otorgado a través de las concesiones de conservación. Lo mismo pasa con la belleza escénica que es aprovechada a través de las concesiones de ecoturismo.

9.16 Como reglas generales que se aplican a las concesiones con fines no maderables están: su otorgamiento en atención a la ubicación y características de los recursos a ser aprovechados, sobre la base de criterios e indicadores que aseguren el manejo sostenible y la aprobación del tamaño de la unidad de aprovechamiento por estudios técnicos realizados por la ANFFS y aprobado por Resolución Ministerial. No obstante como ya se ha señalado en Reglamento de la antigua Ley Forestal permite el acceso a este tipo de concesiones a través de la concesión directa si no hay más interesados sobre el área, de manera que las áreas son determinadas por el interés privado y no por una previsión de la administración pública.

9.17 Otras dos reglas aplicables a este tipo de concesiones y que son novedosas para ellas están que los estudios técnicos deben garantizar que se cumplan las condiciones de sostenibilidad ecológica y económica de las áreas a ser concesionadas. No obstante resulta complicado que durante la determinación de las unidades de aprovechamiento se pueda prever cuales van a ser finalmente las áreas concesionadas, por lo que más difícilmente se puede determinar su sostenibilidad de cualquier tipo. Finalmente la nueva Ley Forestal, equipara a este tipo de concesionarios en cuanto a la responsabilidad sobre la protección del área concedida correspondiéndoles adoptar las medidas pertinentes a fin de evitar la extracción ilegal de los recursos naturales, dentro del límite de su concesión.

Artículo 10.- Permisos y autorizaciones

10.1 Permisos: Para el aprovechamiento y manejo de recursos forestales con fines comerciales o industriales, que se realice en bosques de tierras de propiedad privada, bosques secundarios y de plantaciones forestales se requiere de un permiso otorgado por la autoridad competente, en las condiciones que establezca el Reglamento.

10.2 Autorización: Se requiere de autorización otorgada por la autoridad competente y en las condiciones que establezca el Reglamento:

a. Para el aprovechamiento de los recursos forestales con fines comerciales o industriales, que se realice en bosques secos de la costa, promoviendo la participación de la comunidad local.

b. Para el establecimiento de especies forestales en viveros con fines de propagación, conservación y comercialización o con fines culturales.

Los permisos y autorizaciones establecidos en el presente artículo se otorgan sobre la base de criterios e indicadores que aseguren el manejo sostenible y en las condiciones que establezca el Reglamento.

COMENTARIO 10: Este artículo regula las modalidades permiso y autorización.

10.1 El artículo señala que los permisos y las autorizaciones son otorgadas por la autoridad competente, en ese sentido no es que deje abierta la posibilidad que ella sea establecida en el reglamento, sino que como ya se señaló la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, señala que estos tienen como función específica el "Otorgar permisos, autorizaciones y concesiones forestales, en áreas al interior de la región, así como ejercer labores de promoción y fiscalización en estricto cumplimiento de la política forestal nacional". En ese sentido la autoridad competente para el otorgamiento de las concesiones son los Gobiernos Regionales, pero mientras se completa el proceso de transferencia de funciones a ellos, dicha función ha venido siendo ejercida por el INRENA, y le corresponderá temporalmente a la ANFFS.

10.2 En el caso de los permisos, el artículo establece que son para aprovechamiento y manejo de los recursos forestales con fines comerciales o industriales. En tanto que expresamente a diferencia del artículo 9° no se incluyen a los servicios ambientales, de conformidad con la definición del artículo 2° los recursos forestales excluyen a la fauna silvestre y los servicios ambientales no se puede considerar que esta modalidad permita su aprovechamiento. Es interesante hacer notar que la antigua Ley Forestal no hacía referencia al manejo en cuando a los permisos, por lo que se debe interpretar que ahora la nueva Ley Forestal busca que en esta modalidad se alcance un equilibrio entre el aprovechamiento del recurso y su manejo.

10.3 Al igual que la antigua Ley Forestal, este artículo señala que los permisos se otorgan en bosques de tierras de propiedad privada, bosques secundarios y de plantaciones forestales. La mención a las plantaciones forestales resulta contradictoria, pues ya se ha señalado que las plantaciones forestales ya no son recursos forestales y por lo tanto quedan fuera del objeto de esta Ley, sin embargo

una vez más se les regula. Además, en dicho extremo esta norma debe ser entendida a la luz de la Ley N° 28852, Ley de Promoción de la Inversión Privada en Reforestación y Agroforestería que establece que el Estado³⁷ adjudica las tierras forestales sin cubierta boscosa y/o eriaza de su dominio, para reforestar a través de plantaciones forestales, en concesión mediante subasta pública. En ese sentido, debería aclararse, si la nueva Ley Forestal deroga en ese extremo la Ley N° 28852, o si deberían aplicarse conjuntamente de manera que la adjudicación de tierras la haría PROINVERSIÓN por medio de concesiones y la autorización de la plantación forestal se haría a través la autoridad forestal competente a través de un permiso.

10.4 En el caso de las autorizaciones se establece que estas se otorgan en dos casos: para el aprovechamiento de los recursos forestales con fines comerciales o industriales, que se realice en bosques secos de la costa y para el establecimiento de especies forestales en viveros con fines de propagación, conservación y comercialización o con fines culturales. En el caso de los bosques secos de la costa si bien se ha mantenido la promoción de la participación de la comunidad local, se ha eliminado la referencia a la exigencia de un plan de manejo aprobado. Si bien esto puede ser leído en principio como un debilitamiento de las normas ambientales aplicables a los bosques secos, dado que en el artículo 11° se señala que cualquier modalidad de aprovechamiento de los recursos forestales, con fines comerciales o industriales, requiere de un Plan de Manejo Forestal aprobado por la autoridad competente, se debe seguir exigiendo el plan de manejo para los bosques secos.

10.5 Finalmente como una regla general aplicable a los permisos y autorizaciones es que su otorgamiento requiere sustentarse sobre la base de criterios e indicadores que aseguren el manejo sostenible y en las condiciones que establezca el Reglamento.

Subcapítulo Segundo

Del Manejo Forestal

Artículo 11.- Manejo forestal

11.1 Entiéndase por Plan de Manejo Forestal, las actividades de caracterización, evaluación, planificación, aprovechamiento, regeneración, reposición, protección y control del bosque, conducentes a asegurar la producción sostenible y la conservación de la diversidad biológica y el ambiente.

El Plan de Manejo Forestal comprende dos niveles los cuales son desarrollados mediante la formulación de los documentos técnicos de gestión y planificación para el largo plazo denominado Plan General de Manejo, y para el corto plazo denominado Plan Operativo Anual.

³⁷ A través de PROINVERSIÓN

El Plan General de Manejo Forestal deberá incluir la evaluación del impacto ambiental que la actividad pudiera generar, de acuerdo a las características determinadas en la legislación sobre la materia.

El Plan Operativo Anual incluirá la ubicación de los árboles aprovechables determinados a través de sistemas de ubicación de alta precisión u otros de mejor tecnología, siempre que se encuentre previsto el aprovechamiento dentro del año operativo.

11.2 Cualquier modalidad de aprovechamiento de los recursos forestales, con fines comerciales o industriales, requiere de un Plan de Manejo Forestal aprobado por la autoridad competente, sin perjuicio de lo establecido en las demás disposiciones legales vigentes.

11.3 El Plan de Manejo Forestal es elaborado por profesionales especialistas en manejo de flora y fauna silvestre o personas jurídicas consultoras que cuenten con dichos profesionales.

11.4. Los términos de referencia y la ejecución de los Planes de Manejo Forestal deben tener en consideración las características específicas de los diferentes tipos de bosque, como: bosques húmedos del llano amazónico, de ceja de selva, bosques hidromórficos, bosques secos de la costa y otros. Los términos de referencia de los Planes de Manejo Forestal son aprobados por la Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre.

11.5. La Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre y los Gobiernos Regionales para la aprobación de todo instrumento de planificación operativa a corto plazo, en los que se declare el aprovechamiento de especies forestales maderables incluidas en la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre - CITES, deben realizar la verificación previa a través de inspecciones oculares a fin de determinar la existencia de los especímenes de las citadas especies.

COMENTARIO 11: Este artículo regula lo concerniente a los planes de manejo forestal.

11.1 Si bien se mantiene la definición de Plan de Manejo Forestal, se incluyen diversas modificaciones. La primera de ellas es que se señala que el Plan de Manejo Forestal comprende dos niveles: Plan General de Manejo Forestal (PGMF) para el largo plazo, y Plan Operativo Anual (POA) para el corto plazo. Esto ya estaba establecido en el Reglamento de la antigua Ley Forestal, así que de esta marea se eleva a nivel legal esta norma.

11.2 Sobre el PGMF la nueva Ley Forestal señala que deberá incluir la evaluación del impacto ambiental que la actividad pudiera generar. El nivel de evaluación de impacto ambiental que corresponda dependerá de la legislación de la materia, la cual señala que le corresponde determinar a cada sector, en este caso al MINAG, determinar el nivel de evaluación³⁸. La antigua Ley Forestal se refería a un estudio de

³⁸ Podría ser un estudio detallado, un estudio semi-detallado o una declaración.

impacto ambiental, es decir, descartaba la posibilidad que la ANFFS determina que corresponda una declaración de impacto ambiental. Ello representa una reducción de los niveles de protección ambiental, lo que contradeciría la espíritu de las adendas del TLC, en las que expresamente se reconoce que es "inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en sus respectivas legislaciones ambientales" por lo que sería un mal uso de las facultades delegadas al Poder Ejecutivo.

11.3 Asimismo, ha causado mucha preocupación entre los especialistas la no mención expresa de la necesidad de contar con un inventario a este nivel general de planificación, quienes consideran que el inventario es una herramienta indispensable para el manejo y la planificación del aprovechamiento. La antigua Ley Forestal señalaba que el plan de manejo debía incluir la ubicación de los árboles a extraerse determinados a través de sistemas de alta precisión con instrumentos conocidos como Sistema de Posición Global (SPG) u otros similares, ahora la nueva Ley Forestal señala que la identificación de la ubicación de los árboles aprovechables determinados se realizará en el POA para lo cual se utilizará sistemas de ubicación de alta precisión u otros de mejor tecnología, sin señalar una tecnología en particular como la SPG³⁹.

11.4 Además, la nueva Ley Forestal señala que la identificación de la ubicación de los árboles aprovechables se hará siempre que se encuentre previsto el aprovechamiento dentro del año operativo. Es decir, ya no es un requisito indispensable en los POA señalar el aprovechamiento de recursos forestales maderables, pues podría haber años en que simplemente no se tenga previsto realizar aprovechamiento durante un determinado año operativo. Esta disposición reconoce que hay años en los que no se realizan actividades de aprovechamiento, especialmente en los primeros años de trabajo, en los cuales el POA no tendría que contener un inventario de aprovechamiento. No obstante, sería necesario reglamentar cuando y cuantas veces es que se puede decidir no hacer aprovechamiento de los recursos forestales, teniendo en cuenta que el otorgamiento de derecho no solo es para el manejo del recurso, sino también para su aprovechamiento. Se podrían establecer plazos máximos adecuados, transcurridos los cuales no se hayan iniciado el aprovechamiento o no se haya reiniciado el aprovechamiento, sin una causa justificada, se pueda proceder a la caducidad del derecho y la resolución del contrato, como ocurre en el sector minería⁴⁰.

³⁹ Estos son detalles técnicos que quizás no convendría que se precisaran en tanto detalle en una norma con rango de Ley.

⁴⁰ En el sector minero cuando no se alcanza el nivel mínimo de producción dentro de un plazo además de pagar el derecho de vigencia se paga una multa por hectárea, transcurrido un plazo en esta situación sin que se alcance en nivel mínimo de producción caduca el derecho de aprovechamiento.

11.5 Asimismo, se reitera que cualquiera de de las modalidades de aprovechamiento de los recursos forestales, con fines comerciales o industriales, requiere de un Plan de Manejo Forestal aprobado por la autoridad competente. Los términos de referencia para la elaboración de los Planes de Manejo Forestal son aprobados por la ANFFS, pero se reconoce que podría corresponderle tanto a la ANFFS como a los Gobiernos Regionales la aprobación de dichos instrumentos técnicos. También se señala que los Planes de Manejo Forestal son elaborado por profesionales especialistas en manejo de flora y fauna silvestre o personas jurídicas consultoras que cuenten con dichos profesionales, tal cual ya estaba señalado en la antigua Ley Forestal. Sobre este punto hay un debate respecto si debió incluirse expresamente lo que señala el Reglamento de la antigua Ley Forestal que establece que el Plan de Manejo Forestal y los informes sobre su ejecución son elaborados por Ingenieros Forestales y/o personas jurídicas especializadas registradas⁴¹.

11.6 Finalmente, se indica expresamente que la facultad de aprobar los instrumento de planificación operativa a corto plazo (POAs) corresponderá a la ANFFS y a los Gobiernos Regionales, quienes para los casos de especies forestales incluidas dentro de CITES deberá realizar una verificación ocular de su existencia. No se precisa si ello es aplicable para las especies contenidas en cualquiera de los Apéndices y si en el caso que no sean especies CITES no sería obligatoria la verificación ocular. Además, no se recoge el compromiso asumido en el TLC que OSINFOR estará encargado de supervisar las inspecciones físicas y, de ser necesario, participará en ellas. Ello tampoco ha sido recogido en el Decreto Legislativo N° 1085, Ley de creación de OSINFOR.

Artículo 12.- Especies y diámetros de corte autorizados para extracción

Sólo está permitida la extracción de especímenes cuyo diámetro mínimo de corte y de trozas reúnan las características que establece la Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre, de acuerdo al Reglamento. La remoción de volumen de madera en pie sólo se realiza de acuerdo con el plan de manejo aprobado, previo pago del derecho de aprovechamiento respectivo.

COMENTARIO 12: Este artículo se refiere al establecimiento de los diámetros mínimos de corte y de trozas

12.1 La ANFFS establece los diámetros mínimos de corte y de trozas para poder ser aprovechar los recursos forestales principalmente maderables. Es prácticamente el mismo texto que había en la antigua Ley Forestal, manteniendo el sesgo maderable de la norma.

⁴¹ En la elaboración del Reglamento de la antigua Ley Forestal se interpretó que los profesionales especialistas eran los ingenieros forestales, en ese sentido, el reclamo era por elevar a rango de ley esta interpretación.

12.2 En ese sentido mantiene una disposición que señala expresamente que la remoción de la madera en pie solo se puede realizar luego que el plan de manejo haya sido aprobado y previo pago de la retribución económica, lo que deberá tenerse en cuenta al momento de regular dichos pagos. Esto es importante porque significa que si no se ha elaborado, presentado y aprobado el plan de manejo, y no se ha hecho el pago de la retribución económica correspondiente no se puede extraer un árbol en pie. La experiencia de 8 años de aplicación de la concesiones forestales maderables ha demostrado que es sumamente complicado debido al deficiente sistema de financiamiento que los extractores madereros cuenten con recursos financieros suficientes para poder hacer el pago de la retribución económica antes de la venta del producto forestal y por lo tanto antes de poder extraerlo.

12.3 Finalmente es necesario hacer notar que este artículo mantiene la denominación de derecho de aprovechamiento de la antigua Ley Forestal para referirse al pago que hacen los particulares que aprovechan los recursos forestales, a pesar que el artículo 18° de la nueva Ley Forestal ahora le denomina “retribución económica”, lo que es otro ejemplo del poco cuidado que se tuvo al elaborar el texto de la nueva Ley Forestal.

Capítulo Segundo

Modalidades de manejo y aprovechamiento de los recursos de la fauna silvestre

Artículo 13.- Modalidades de manejo

El manejo de la fauna silvestre se realiza en las siguientes modalidades:

a. Zoológicos.- Son instalaciones públicas o privadas que se establecen con fines de difusión cultural, con especímenes provenientes de donaciones, adquisiciones, canjes o aquellos entregados en custodia por la autoridad competente.

b. Zocriaderos.- Son instalaciones apropiadas en las que se mantiene especímenes de especies de fauna silvestre en cautiverio para su reproducción y producción de bienes y servicios.

c. Centros de rescate.- Son instalaciones públicas o privadas para la cría o reproducción que se establece con fines de protección, conservación y reintroducción de especies de fauna principalmente en situación vulnerable o en vías de extinción, entregados por la autoridad competente. La conducción de estos centros no genera derechos de propiedad sobre los especímenes obtenidos.

d. Centros de custodia temporal.- Son instalaciones públicas o privadas para el mantenimiento temporal de los especímenes de las especies de fauna silvestre decomisados, para su posterior reintroducción a su hábitat natural o ser entregados en custodia a los centros de rescate o zoológicos.

e. Extracciones sanitarias.- La Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre autoriza la extracción de ejemplares de fauna silvestre con fines sanitarios a solicitud del Servicio Nacional de Sanidad Agraria (SENASA) o a fin de evitar los daños que las especies de la fauna silvestre pueden ocasionar, conforme a lo establecido en el Reglamento.

En los casos previstos en los incisos a, b, c y d, la aprobación de los proyectos y de los planes de manejo así como de la autorización de funcionamiento se realiza por la autoridad competente de conformidad con lo establecido en el Reglamento. En los casos previstos en los incisos a y b, la autorización de captura de plantel será otorgada por la Autoridad Nacional Forestal de Flora y Fauna Silvestre.

COMENTARIO 13: El artículo regula las modalidades de manejo de fauna silvestre.

13.1 La nueva Ley Forestal elimina la referencia general a las funciones del NRENA para la autorización del manejo y aprovechamiento de fauna silvestre que había en el artículo 20° de la antigua Ley Forestal. Ello es congruente con el proceso de transferencia de funciones a los Gobiernos Regionales a quienes en el marco de la función específica de otorgamiento de concesiones, permisos y autorizaciones forestales se les está transfiriendo facultades para que puedan otorgar las autorizaciones para el manejo y aprovechamiento de fauna silvestre (Decreto Supremo N° 011-2007-AG).

13.2 La nueva Ley Forestal cambia la clasificación de las modalidades por la finalidad del manejo y/o aprovechamiento de fauna silvestre de la antigua Ley Forestal (comerciales y no comerciales) para diferenciar las modalidades de manejo de las modalidades de aprovechamiento, en el entendido que en cualquiera de los dos casos puede existir fines comerciales o no comerciales. En ese sentido, este artículo se refiere a las modalidades de manejo en las que considera a los zoológicos, zoológicos, centros de rescate, los centros de custodia temporal y las extracciones sanitarias. Todas estas modalidades ya estaban recogidas por la antigua Ley Forestal y mantienen la misma definición. En el caso de los zoológicos, zoológicos, centros de rescate y centros de custodia temporal que son modalidades de manejo ex-situ, es decir, se realizan en instalaciones fuera del hábitat natural de las especies la aprobación de los proyectos y de los planes de manejo así como de la autorización de funcionamiento se realiza por la autoridad competente y en los dos primeros casos la autorización de captura de plantel sería otorgada por la ANFFS. Estas menciones expresas a la facultad de la ANFFS es contradictoria con proceso de transferencia de funciones a los Gobiernos Regionales a quienes se les está transfiriendo facultades para que puedan otorgar las autorizaciones para el manejo y aprovechamiento de fauna silvestre.

13.3 Finalmente, a la definición de extracciones sanitarias se le ha agregado una mención a su finalidad "evitar los daños que las especies de la fauna silvestre pueden ocasionar".

Artículo 14.- Aprovechamiento y manejo de los recursos de fauna silvestre

14.1 Concesión: El aprovechamiento y manejo de los recursos de la fauna silvestre que se realiza en la propiedad del Estado, se realiza a través de las modalidades de concesión, otorgada por la autoridad competente de conformidad con lo establecido en el Reglamento.

14.2 Autorización: El aprovechamiento y manejo de los recursos de la fauna silvestre que se realiza en predios privados es autorizado por la autoridad competente de conformidad con lo establecido en el Reglamento.

14.3 Cotos de Caza.- La Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre aprueba las áreas adecuadas para el establecimiento de cotos de caza y publica periódicamente la lista de especies autorizadas para su aprovechamiento con fines comerciales o industriales, de acuerdo a las condiciones que establece el Reglamento; salvo aquellos cotos de caza que se encuentren dentro de las Áreas Naturales Protegidas las que se rigen por la Ley N° 26834 y su Reglamento (*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS.

14.4 Animales silvestres como mascotas.- La Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre aprueba la relación de especies de fauna silvestre susceptibles de ser mantenidos como animales silvestres como mascotas, en observancia de las normas legales para su comercialización y tenencia.

14.5 Calendarios de captura y caza: La Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre aprueba los calendarios de captura y caza que regulan el aprovechamiento de la fauna silvestre a través de la caza deportiva o la captura comercial, de acuerdo a las condiciones que establece el Reglamento.

14.6 Caza de subsistencia: Está permitida la caza de la fauna silvestre con fines de subsistencia de los pobladores de las comunidades nativas y comunidades campesinas, de acuerdo a las condiciones que establece el Reglamento.

COMENTARIO 14: Este artículo se refiere a las modalidades de aprovechamiento de fauna silvestre.

14.1 Este artículo se refiere a las seis modalidades de aprovechamiento de fauna silvestre: Concesión, Autorización, Cotos de Caza, Animales Silvestres como Mascotas, Calendarios de Captura y Caza, y Caza de Subsistencia. Todas estas modalidades ya estaban consideradas en la antigua Ley Forestal, aunque en el caso de los cotos de caza ahora tienen una naturaleza distinta a la que se le reconocían en dicha ley. Asimismo, la mayoría de estas modalidades (Concesión, Autorización, Cotos de Caza, Calendarios de Captura y Caza, y Caza de Subsistencia) el aprovechamiento de la fauna silvestre se realiza in-situ.

14.2 La modalidad de concesión no es otra que la modalidad antes denominada área de manejo de fauna silvestre, las que se entregaban a través de concesiones. De esta manera se ha adecuando la denominación a la terminología utilizada para el aprovechamiento de recursos del bosque en tierras del Estado. Sobre este punto es necesario precisar que la nueva Ley Forestal dice "propiedad del Estado", mientras la antigua Ley Forestal se refería a "dominio público", de esta manera se

hace precisa el tipo de titularidad que debe ejercer el Estado sobre el área donde se realiza el aprovechamiento de la fauna silvestre. En ese sentido, no bastará que el área sea un recurso natural, patrimonio de la Nación y que por lo tanto sea de dominio público, sino que tendrá que acreditarse que sobre dicha áreas el Estado ejerce un derecho de dominio privado: propiedad; como por ejemplo en el caso de las tierras eriazas que de conformidad con los Decretos Legislativos N° 997 y 1064 las tierras eriazas con aptitud agrícola son de dominio privado del Estado (propiedad), salvo aquéllas sobre los que exista título de propiedad privada o comunal. Es evidente que la definición de la nueva Ley Forestal ley hace hincapié más bien en los tipos de derechos sobre el suelo y el aprovechamiento del recurso, mientras que la antigua Ley Forestal se refería más bien al área.

14.3 La modalidad de autorización para el aprovechamiento de fauna silvestre en predios privados, ya se encontraba regulada en la antigua Ley Forestal pero no de manera directa. Tanto así que a pesar de estar reconocida en la ley no fue recogida por el reglamento. A través de esta modalidad se reconoce el derecho de los propietarios de predios privados a solicitar la autorización para el manejo y aprovechamiento de especies de fauna silvestre en el ámbito de su propiedad. Sobre, la denominación de esta modalidad se puede señalar que no es concordante con las que se emplean para recursos forestales, pues en los casos de predios privados se prefiere utilizar el término permiso.

14.4 Sobre la modalidad de cotos de caza si bien inicialmente se adoptó la definición de la anterior Ley Forestal, señalando que le correspondía a la ANFFS aprobar las áreas adecuadas para el establecimiento de los cotos de caza, los que se rigen por la Ley N° 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas y su Reglamento. No obstante ello era contrario a lo establecidos en el Decreto Legislativo N° 997 Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Agricultura que no le otorgaba funciones sobre ANP, el Decreto Legislativo N° 1013 de creación del Ministerio del Ambiente que establecía que las ANP son competencia de este nuevo ministerio, y el Decreto Legislativo N° 1079 que establece medidas que garanticen el patrimonio de las áreas naturales protegidas que estableció que la autoridad competente para administrar el patrimonio forestal flora y fauna silvestre dentro de ANP era el Ministerio del Ambiente a través del Servicio Nacional de ANP. Ello fue corregido a través de una fe de erratas que modificó dicha definición señalando que la facultad de la ANFFS para aprobar las áreas de cotos de caza excluye aquellos cotos de caza que se encuentren dentro⁴² de ANP (sic) las que se rigen por la Ley N° 26834 y su Reglamento. No obstante lo más importante de esta fe de erratas es que crea verdaderamente una nueva modalidad de aprovechamiento de la fauna silvestre, pues crea los cotos de caza forestal, es decir, que no se rigen por las leyes de ANP, sino que se rigen por esta nueva Ley Forestal, en los que se podría promover las actividades cinegéticas. No obstante, resulta pésimo que se cree una modalidad de aprovechamiento de fauna silvestre a través de una fe de erratas.

⁴² Los cotos de caza en el marco de la legislación de ANP no se encuentran dentro de ellas sino que son una categoría de ANP.

14.5 Otro error cometido en este artículo es que al reescribir el artículo de la antigua Ley Forestal, se juntó el párrafo referido a la aprobación de lista de especies autorizadas para su aprovechamiento con fines comerciales o industriales a la definición de costos de caza, como que si dicha aprobación fuera aplicable únicamente a esta modalidad de aprovechamiento.

14.6 Respecto de los Animales Silvestres como Mascotas, básicamente no ha habido modificaciones respecto de la definición de la antigua Ley Forestal. En cuanto a los Calendarios de Captura y Caza, se ha incluido la palabra captura comercial de especímenes de fauna silvestre. De esta manera se entiende que se diferencia la caza deportiva de la captura comercial. La diferencia no es solo respecto de los fines (deporte/comercio) sino que se refiere también a la actividad misma, pues la captura se referiría aquellas actividades que no impliquen necesariamente la muerte del animal.

14.7 Finalmente, respecto de la caza de subsistencia se hace una importante modificación en su definición se señala que son aquellas actividades de caza con fines de subsistencia de los pobladores de las comunidades nativas y comunidades campesinas, y no solamente aquellas destinadas al consumo directo. De esta manera la caza para comercializar a fin que con el producto de dicha comercialización se puedan satisfacer las necesidades básicas (vivienda, alimentación, salud, educación, cultura, etc.) se encuadraría dentro de esta nueva definición. No obstante, no se incluye a los pobladores rurales no integrantes de comunidades nativas o campesinas, dentro de la definición.

Capítulo Tercero

Aprovechamiento de los recursos forestales y de la fauna silvestre en tierras de comunidades

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.

COMENTARIO 15: Este artículo regula el aprovechamiento de los recursos forestales y de la fauna silvestre en tierras de Comunidades.

15.1 Este artículo es muy parecido al texto existente en la antigua Ley Forestal. Los únicos dos cambios corresponden a la eliminación de la referencia directa al INRENA

como la autoridad encargada se asesorar y asistir a las Comunidades Nativas y Campesinas, por la referencia a la "autoridad competente". Este introduce cierto nivel de incertidumbre respecto de cual sería dicha autoridad, por lo que podría crearse un vacío en el que ninguna organización asuma dicha función, como ocurrió con los contratos de cesión en uso. Asimismo, otra modificación es la eliminación de la referencia expresa a "recursos maderables, no maderables y fauna silvestre"; reemplazándola por la referencia genérica a los recursos forestales y de fauna silvestre. Como se vio en el artículo 9º la expresión "no maderable" incluía los servicios ambientales, por lo que al retirarlo se crea la duda si es que las comunidades podrían aprovechar los servicios ambientales del bosque con fines comerciales, más aun si expresamente solo se refieren a los recursos forestales y la fauna silvestre.

15.2 No se ha incluido en este artículo ninguna mención expresa al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas al aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran en sus tierras y territorios, por el contrario se les sujeta a procedimientos administrativos; tampoco recoge el concepto de manejo forestal comunitario. Asimismo, el artículo tampoco trata con profundidad lo que respecta a los contratos de cesión en uso⁴³ que se otorgan a las comunidades nativas y campesinas sobre las áreas de capacidad de uso mayor forestal y de protección, que es justamente sobre las que luego deben solicitar el permiso de aprovechamiento al que se refiere el artículo.

Título IV

Disposiciones generales aplicables al aprovechamiento de los recursos forestales y de la fauna silvestre

Artículo 16.- Garantía de fiel cumplimiento

El aprovechamiento de los recursos forestales y de la fauna silvestre, que se realice bajo cualquiera de las modalidades reguladas por la presente Ley, deberá estar debidamente respaldado durante toda su vigencia y ejecución.

En el caso de las concesiones forestales con fin maderable otorgadas mediante la modalidad de subasta pública, la garantía de fiel cumplimiento será una carta fianza o instrumento similar.

⁴³ Uno de los principales problemas que existe con el tema de los contratos de cesión en uso es que no queda claro cuál es la autoridad competente para otorgarlos, pues ni el MINAG, ni el PETT, ni el INRENA consideraban que eran competentes para otorgarlos, lo que ocasionó que durante bastante tiempo se genere un vacío de competencia que perjudica a las comunidades nativas.

Para todos los otros casos, las características y demás requisitos de las garantías serán definidos en el Reglamento.

COMENTARIO 16: Este artículo se refiere a las garantías que deben otorgarse para el aprovechamiento de recursos forestales y de fauna silvestre.

16.1 Este artículo establece cualquiera de las modalidades de aprovechamiento de recursos forestales y de la fauna silvestre debe ser respaldada durante toda su vigencia y ejecución por algún tipo de garantía. En la antigua Ley Forestal solo se requería este requisito a las concesiones otorgadas por subasta públicas (para unidades de aprovechamiento de 10 000 a 40 000 hectáreas), a quienes se les requería para la firma del contrato y por toda la duración de la concesión una "carta fianza bancaria, renovable, solidaria, irrevocable, incondicional y de realización automática 'a favor de la autoridad competente, equivalente al 15% del valor del aprovechamiento estimado en el plan de manejo para cada año, hasta la finalización del contrato garantizando su cumplimiento". La nueva Ley Forestal reduce el tipo de garantía que le corresponde a este tipo de concesiones señalando únicamente que se le requerirá una "garantía de fiel cumplimiento será una carta fianza o instrumento similar" y flexibiliza el requisito como condición para la firma del contrato.

16.1 La generalización de la garantía como requisito para el aprovechamiento de los recursos forestales a todas las modalidades parecería que busca primero regularizar la exigencia de garantía a otros tipos de concesiones no mencionadas expresamente por la antigua Ley Forestal pero si consideradas en el Reglamento, luego busca asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los particulares, no obstante, en algunos caso va ser muy complicado establecer una garantía adecuada para el tipo de aprovechamiento, como sería el caso de autorizaciones para el establecimiento de especies forestales en viveros con fines de propagación, conservación y comercialización o con fines culturales, la caza de fauna silvestre para subsistencia y los permisos en comunidades campesinas y nativas. Más aun cuando en este último caso el incumplimiento de las obligaciones estipuladas en los permisos puede ocasionar la resolución del contrato de cesión en uso y la consiguiente pérdida de derechos sobre las tierras con capacidad de uso mayor forestal donde tradicionalmente hacen aprovechamiento de los recursos. Con penalidades tan serias resultan poco necesarias otro tipo de garantías.

Artículo 17.- Causales de caducidad de los Derechos de Aprovechamiento

Los derechos de aprovechamiento de los recursos forestales y de la fauna silvestre caducan en los siguientes casos:

a. Por la ejecución de actividades de aprovechamiento autorizadas en planes de manejo forestal sustentadas en información falsa.

b. Por la extracción o movilización de recursos forestales procedentes de áreas no autorizadas en los planes de manejo forestal respectivos.

c. Por el cambio no autorizado de uso de la tierra, así como por la realización de actividades que causen severos perjuicios o pongan en grave riesgo al ambiente y la biodiversidad, de acuerdo a lo dispuesto en la normatividad vigente. En este caso, se comunicará al Ministerio del Ambiente de tales hechos.

d. Por el incumplimiento en la presentación o ejecución del Plan General de Manejo o Plan Operativo Anual, conforme a lo que se establezca en el Reglamento.

e. Por el no pago de la Retribución Económica a la que se refiere el artículo 18, conforme a lo que establezca el Reglamento (*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS.

f. Por la realización de actividades distintas a las otorgadas en el derecho de aprovechamiento.

COMENTARIO 17: El artículo modifica las causales de caducidad de los derechos de aprovechamiento de los recursos forestales y de fauna silvestre.

17.1 El artículo modifica las causales de caducidad de los derechos de aprovechamiento de los recursos forestales y de fauna silvestre, que como ya hemos visto no incluyen los servicios ambientales, en ese sentido, la nueva Ley Forestal no señala cuales serían las causales de caducidad en el caso de las concesiones forestales de servicios ambientales del bosque (ecoturismo, conservación y otros). Si bien la redacción del artículo correspondiente de la antigua Ley Forestal era pésima⁴⁴, al menos se refería a cualquiera de las modalidades (concesiones, permisos y autorizaciones). Como vemos la actual redacción deja fuera de las causales de caducidad a las modalidades de aprovechamiento referidas a los servicios forestales. Asimismo, es necesario tener en consideración que el año 2004 se modificó el Reglamento para regular las causales de caducidad establecidas en la antigua Ley Forestal, introduciéndose nuevas causales de caducidad: renuncia al derecho de concesión solicitada por el titular del contrato de concesión, y no subsanación dentro de los plazos señalados por el INRENA, los requerimientos o las observaciones que se hubieren notificado respecto del incumplimiento de las obligaciones contractuales y/o de la legislación aplicable.

17.2 La caducidad del derecho acarrea la resolución del contrato (concesión, permiso o autorización) y en el presente artículo se han pretendido establecer en principio seis causales de caducidad del derecho, pero como veremos luego algunas causales en realidad están integradas por dos supuestos independientes. Estas causales no necesariamente guardan relación con las anteriores, y son aplicables a todos los contratos de concesión, permiso y autorización sobre recursos

⁴⁴ El texto era tan confuso que permitía varias interpretaciones respecto de la cantidad de causales de caducidad, pues no quedaba claro si era una sola con cinco casos específicos, cinco causales o seis causales.

forestales y fauna silvestres suscritos y vigentes a la fecha, pues como ya ha establecido el Tribunal Constitucional la soberanía del Estado “no se agota en el acto mismo de concesión, sino que se desenvuelve con especiales formas a lo largo de todo el período fijado para el desarrollo de la actividad” en ese sentido el Estado no cede su *ius imperium*, sino que puede realizar intervenciones legítimas sobre los derechos otorgados con la finalidad de asegurar su ejercicio adecuado.

17.3 La primera de las causales se refiere a la realización de actividades de aprovechamiento autorizadas en planes de manejo forestal sustentadas en información falsa. Este supuesto no estaba considerado en la antigua Ley Forestal. Se debe precisar que el supuesto no se configuraría con la presentación de información falsa (intención de hacer incurrir en error la administración pública), ni con la aprobación del plan sustentado en información falsa (hacer incurrir en error a la administración pública) sino que se configuraría con la realización de las actividades, es decir, con la concreción del daño sobre el recurso forestal y la fauna silvestre. Un problema con esta causal es el caso en que el aprovechamiento se realice sin haber sido aprobado aun el plan de manejo elaborado con información falsa, situación que no necesariamente está considerada por las otras causales, y que por lo tanto no generaría la caducidad del derecho.

17.4 La segunda causal de caducidad se refiere a la extracción o movilización de recursos forestales procedentes de áreas no autorizadas en los planes de manejo forestal respectivos. Es decir, exige en primer lugar la existencia de un plan de manejo forestal que autorice un área determinada, fuera del cual el titular del derecho realice actividades de extracción de productos forestales y de fauna silvestre, así como su movilización. Esta causal guarda cierta relación con los supuestos de extracción fuera de los límites de la concesión y promoción de extracción ilegal de especies maderables a través de terceros, señalados en la antigua Ley Forestal. Pero este artículo agrega dos condiciones más: la existencia de un plan de manejo que autorice una determinada área y no solo se circunscribe a la extracción fuera del área autorizada sino también a la movilización de los productos extraídos, es decir, se le puede sancionar por cualquiera de los dos supuestos: solo la extracción o solo la movilización; de productos extraídos fuera del área autorizada en el plan de manejo. Estos dos supuestos también tienen algunos problemas de aplicación, por ejemplo, aquellos casos en que la extracción ocurra antes de la aprobación del plan de manejo y la determinación del origen de los productos forestales y de fauna silvestre. Se requeriría de un buen sistema de trazabilidad y rastreo de las rutas de transporte a fin de poder verificar la procedencia de un área no autorizada. Además, también requiere precisarse si el área autorizada se refiere a la totalidad del área otorgada (PGMF) o solamente al área aprobada para el aprovechamiento anual (POA).

17.5 La tercera causal es en realidad dos en una: cambio de uso de la tierra no autorizado y realizar actividades que causen severos perjuicios o pongan en grave riesgo al ambiente y la biodiversidad. Respecto al cambio de uso se deberá definir si se refiere a un cambio de uso circunscrito a los usos agrarios de los suelo (forestal, protección, agricultura, ganadería) o si también se refiere a otros tipos de uso

(investigación, vivienda, minero, turístico, etc.); pues podría confundirse con la causal establecida en el literal f). Sobre el otro supuesto, guarda cierta relación, con el supuesto de "Incurrir en delito o falta que implique grave riesgo o cause severos perjuicios al ambiente y la biodiversidad" establecido en la antigua Ley Forestal. Pero el supuesto de caducidad establecido en la nueva Ley Forestal elimina el requisito de la configuración de un delito o falta, solamente se requiere que la actividad genere severos perjuicios o el grave riesgo al ambiente. En ese sentido, para la aplicación de este supuesto es necesario precisar las definiciones de "severo daño" y "grave riesgo". El artículo que dichos conceptos se aplicaran de conformidad con la "normatividad vigente" por lo que normativamente se deberá establecer estos dos conceptos. Además, el artículo establece que en estos casos se deberá comunicar al Ministerio del Ambiente. Si bien no se entiende bien porque es necesaria esta comunicación, pero esta es la única mención que se hace referencia a dicho ministerio en toda la nueva Ley Forestal, lo que en cierta forma es sintomático de la importancia que se le da al aspecto ambiental y a la coordinación con la autoridad del sector ambiental. Que el único rol que le reconoce la nueva Ley Forestal al Ministerio del Ambiente sea el de ser informado de la comisión de una de las causales de caducidad demuestra el debilitamiento de la institucionalidad ambiental en el marco de esta nueva ley.

17.6 La cuarta causal también tiene dos supuestos relacionados plan de manejo (Plan General de Manejo o Plan Operativo Anual). Son causales de caducidad el incumplimiento de su presentación y el incumplimiento de su ejecución. No obstante, no bastaría el simple incumplimiento para configurar la causal sino que se señala que el reglamento determinará en qué casos cada uno de estos incumplimientos pueden ocasionar la caducidad del derecho, si bien esto posiblemente no será necesario en el caso del incumplimiento de la presentación (dentro de los plazos) si lo sería respecto de la ejecución pues posiblemente no todos los incumplimientos sean suficientemente serios para acarrear la caducidad. La antigua Ley Forestal solamente se refería de manera general el incumplimiento del Plan de Manejo Forestal, pero el año 2004 se modificó el Reglamento para regular las causales de caducidad establecidas en la antigua Ley Forestal regulando que la caducidad por este incumplimiento se refería tanto a la presentación como a la implementación de estos instrumentos de gestión. Es decir, con esta causal se eleva a rango de Ley una causal introducida a través de una modificación del Reglamento de la antigua Ley Forestal.

17.8 La quinta causal de caducidad se refiere al no pago de la Retribución Económica. La antigua Ley Forestal ya incluía la causal de no pago del derecho de aprovechamiento o desbosque. En la redacción original de este artículo hacía referencia al artículo 19º, cuando en realidad correspondía hacer referencia al artículo 18º que se refiere a la Retribución Económica. Ello fue corregido a través de una fe de erratas. Para la aplicación de esta causal se requerirá que el Reglamento establezca cuales son las condiciones de no pago que ocasionarían la caducidad del derecho otorgado, pues sería contraproducente que una simple demora en el pago pueda configurarse en un no pago.

17.9 La sexta causal es sumamente imprecisa pues se refiere a “la realización de actividades distintas a las otorgadas en el derecho de aprovechamiento”. Esta causal guarda cierta relación con el texto introductorio del artículo correspondiente de la antigua Ley Forestal que se refería a todos los incumplimientos de las condiciones del contrato de concesión, permiso o autorización. Si bien este supuesto es sumamente abierto, es restringido por las otras causales de caducidad. Es decir, en esta causal no pueden considerarse aquellas actividades que se encuadren dentro de las causales anteriores, por ejemplo el cambio de uso del suelo es una actividad distinta a la otorgada pero ya se encuentra dentro de la tercera causal de caducidad. En este supuesto podrían encuadrarse, por ejemplo, la realización de investigaciones dentro de un permiso en predio privado para el aprovechamiento de recursos forestales maderables. Una mala aplicación de esta causal sería el incluir en esta causal todas aquellas actividades que no entran otra causal de caducidad. No obstante, ello sería abusivo pues no es claro que realizar cualquier actividad distinta a la otorgada deba ser considerado como causal de caducidad. Pero si tomamos en cuenta que en la cuarta causal ya se incluyen todas las actividades que causen severos perjuicios o pongan en grave riesgo, es muy probable que en esta causal se incluyan actividades más leves.

Artículo 18.- Retribución económica por el aprovechamiento de recursos forestales y de fauna silvestre

Todo aprovechamiento de recursos forestales y de la fauna silvestre está sujeto al pago de las siguientes retribuciones a favor del Estado:

a. En las concesiones forestales y de fauna silvestre:

a.1 Derecho de vigencia, y/o

a.2 Contraprestación, fijada de acuerdo al valor del recurso aprovechado.

b. En las autorizaciones, permisos y derecho de desbosque se paga por el volumen y el valor de la especie.

Las condiciones para la determinación y aplicación de dichas retribuciones, serán establecidas en el Reglamento.

COMENTARIO 18: Este artículo regula el pago de la retribución económica.

18.1 Este artículo regula el pago que le corresponde realizar a aquellos que aprovechan los recursos forestales y la fauna silvestre. Otra vez se excluirían a los servicios forestales. Esta omisión ya estaba en la antigua Ley Forestal, que incluso tampoco se refería a los recursos forestales sino a los productos forestales, error corregido en esta ley. No obstante en otra parte del artículo se refiere al concepto de “concesiones forestales” el cual en un sentido amplio del artículo 9º incluyen tanto las con fines maderables, como las sin fines maderables (entre las que si incluyen las de servicios forestales). En ese sentido, este artículo es confuso, pues no

se puede concluir de su propio texto si incluye o excluye a los servicios ambientales del bosque. No obstante, teniendo en consideración el objeto de la nueva Ley Forestal debería concluirse que si incluye a los servicios forestales bajo el concepto de concesiones forestales. Una mala técnica normativa ocasiona este tipo de problemas de interpretación.

18.2 La denominación que la antigua Ley Forestal le daba a este pago era "derecho de aprovechamiento", pero la nueva Ley Forestal cambia a la denominación de la Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de Recursos Naturales "retribución económica". Dicha ley orgánica establece que todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales. En esta retribución económica se incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, ya sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho. Lamentablemente, como se verá más adelante se ha perdido la oportunidad para uniformizar las denominaciones de estos pagos con los que corresponde por otros recursos naturales, pues solo se ha hecho para el caso de las concesiones pero no para los permisos y autorizaciones.

18.3 La nueva Ley Forestal también ha eliminado la referencia a que este pago no constituye impuesto (un tipo de tributo), respecto de ello se debe indicar que la mencionada ley orgánica reconoce tácitamente que la retribución económica que se paga por el aprovechamiento de los recursos naturales no es un tributo porque estos se rigen por sus leyes especiales, la retribución económica tiene naturaleza administrativa y no tributaria. La nueva Ley Forestal establece dos tipos de pagos de retribuciones económicas uno en el caso de las concesiones forestales y de fauna silvestre, otro en el caso de los permisos, autorizaciones y desbosques.

18.4 Para el caso de concesiones forestales y de fauna silvestre la ley establece que se paga por que se paga por derecho de vigencia y/o contraprestación fijada de acuerdo al valor del recurso aprovechado. De esta manera incluye dos de los tres conceptos que componen la retribución económica (el tercero es derecho de otorgamiento), pero no precisa como es que se va a realizar este pago, dejando la libertad que sean concurrentes o alternativos. Una alternativa podría ser que sea similar a caso minero en el que las empresas pagan un derecho de vigencia (suma por la vigencia del derecho por cada hectárea/año) y una regalía (contraprestación en función al tipo y cantidad de mineral extraído). Tampoco, señala cómo es que se va a calcular el valor del recurso aprovechado, ello correspondería al reglamento.

18.5 Respecto de los permisos, autorizaciones y desbosques, se mantiene la denominación de pago por volumen y valor de la especie; es decir, una contraprestación por el recurso efectivamente aprovechado. Hubiera sido mejor señalar que en estos casos se paga por contraprestación calculada por volumen y valor de la especie, a fin de continuar con la uniformización de las denominaciones utilizadas en la Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de Recursos Naturales.

Otra vez un descuido de técnica normativa, que reitera el poco cuidado que se tuvo al redactar el texto final de la nueva Ley Forestal.

18.6 Si bien corresponderá al reglamento establecer la determinación y aplicación de dichas retribuciones económicas, en el artículo 12° se mantiene una disposición que señala expresamente que la remoción de la madera en pie solo se puede realizar luego que el plan de manejo haya sido aprobado y previo pago de la retribución económica (en el artículo aun se habla de pago de derecho de aprovechamiento). Es decir, no se podrá reglamentar que el pago de las retribuciones económicas pueda hacerse con posterioridad con la movilización de la madera. Esto es sumamente contradictorio con la forma tradicional en que trabajan la mayoría de empresas forestales que primero aprovechan los recursos, luego venden los productos forestales y solo entonces cuentan con recursos para pagar la retribución económica.

Artículo 19.- Contratos con terceros

El titular de un derecho de aprovechamiento puede suscribir contratos con terceros para el aprovechamiento de los recursos existentes en el área bajo manejo, en las condiciones previstas en el Reglamento y previa autorización de la autoridad competente.

La responsabilidad del manejo del área recaerá solidariamente sobre el titular del derecho y el tercero.

COMENTARIO: Este artículo regula los contratos de los titulares de derecho de aprovechamiento con terceros.

19.1 Este artículo permite a todas las modalidades la posibilidad de firmar contratos de asociación entre el titular del derecho y terceros para el aprovechamiento de los recursos existentes en el área, compartiendo de manera solidaria la responsabilidad del manejo y cumplimiento del plan de manejo.

19.2 En principio esta norma se aplica a todas las modalidades de derechos de aprovechamiento: concesiones, permisos y autorizaciones, ya sea de recursos forestales, fauna silvestre o servicios ambientales. La antigua Ley Forestal restringía esta posibilidad únicamente a los titulares de concesiones forestales con fines maderables. No obstante el Reglamento fue más allá y permite por ejemplo el aprovechamiento de recursos no maderables y fauna silvestre en concesiones de ecoturismo por terceros; y la realización de actividades de ecoturismo y/o aprovechamiento de recursos forestales no maderables en las concesiones de conservación por terceros previa autorización. En ese sentido, el Reglamento extendió esta posibilidad a casi todas las modalidades de concesiones forestales.

19.3 Estos contratos pueden ser para el aprovechamiento de cualquier recurso existente en el área bajo manejo. La antigua Ley Forestal señalaba que era solo

para el aprovechamiento de otros recursos existentes, es decir, no podían ser para los recursos materia de la concesión forestal con fines maderables, es decir, eran para fauna silvestre, otros productos diferentes a la madera, etc. La nueva Ley Forestal no hace dicha separación por lo que pueden ser para el aprovechamiento incluso de los recursos que son objeto de la concesión.

19.4 Si bien las condiciones de este tipo de contratos entre los titulares de los derechos y los terceros deben ser detalladas en el Reglamento, la nueva Ley Forestal señala que deben estar sujetos a la aprobación por la autoridad competente. La antigua Ley Forestal hacía referencia a tres condiciones: las establecidas en el contrato de concesión; la previa aprobación del plan de manejo complementario por el INRENA y el pago de los derechos correspondientes. En ese sentido, hay que hacer notar que la nueva Ley Forestal ahora se refiere a la aprobación específica de la contratación con el tercero.

19.5 En ese sentido, los titulares de derechos de aprovechamiento pueden suscribir contratos con terceros a fin de asociarse para que conjuntamente realicen el aprovechamiento del recurso. En estos casos los contratos deben ser autorizados por la autoridad competente. Es necesario definir el mecanismo que se utilizará para aprobar este tipo de contratos, por ejemplo en el caso boliviano la Superintendencia Forestal respecto de los contratos con pueblos indígenas verificaba que los tratos fueran justos y luego el cumplimiento de los compromisos asumidos con los indígenas. Si bien esto tiene un fin tuitivo positivo también puede desvirtuarse y convertirse en una interferencia en las relaciones de índole privada. Es necesario que en el desarrollo de esta norma se logre un adecuado equilibrio. Además, se debe definir en cada caso cuál es la autoridad competente para ello, a fin de evitar un posible conflicto de competencias en este punto ya sea por concurrencia de dos o más autoridades o por su falta. En todo caso, considerando que la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales señala que les corresponde a estos el otorgamiento de derechos; les correspondería también aprobar este tipo de contratos.

19.6 Respecto de la responsabilidad solidaria, significa que el titular o los terceros deben responder por el total de las penalidades que corresponda por los incumplimientos de cualquiera de los dos en el marco de la concesión, permiso o autorización. En el marco legal anterior el responsable era únicamente el titular. Ello era sumamente pernicioso en el caso de las comunidades nativas que suscribían contratos privados con terceros quienes eran finalmente quienes tenían todo el control de las actividades de aprovechamiento en las que muchas veces cometían incumplimientos de los cuales eran responsables las comunidades. En ese sentido, esta norma trae un avance, aunque insuficiente, pues no reconoce las responsabilidades diferenciadas y específicas. Pues esta norma no evita que las comunidades nativas y campesinas sigan respondiendo por actos de los terceros sobre los que ellas no tienen ningún control, aunque al menos ahora permite que los terceros por fin tengan algún grado de responsabilidad. Además, es necesario precisar que esta co-responsabilidad no es sobre todas las obligaciones (por

ejemplo pago de la retribución económica) sino solo sobre aquellas relaciones con el manejo del área.

19.7 Finalmente, es necesario analizar si dentro de este artículo se incluye la subcontratación de terceros para el aprovechamiento del recurso otorgado en nombre del titular del derecho. Se entiende, que en estos casos el tercero opera bajo control, responsabilidad y riesgo del titular del derecho. Por lo que consideramos que esta modalidad no se encontraría dentro de lo regulado en este artículo (porque existe una relación de dependencia). No obstante muchos pretenderían evadir este artículo a través de una supuesta modalidad de subcontratación, aunque en la práctica sea un verdadero contrato de asociación. Recordemos que en muchos casos se utiliza la forma de subcontratación particularmente en los permisos en predios privados y comunidades nativas, para evadirse del marco legal forestal y regularse únicamente por las normas del Derecho Civil. No nos queda claro que la nueva Ley Forestal logre solucionar este vacío.

Artículo 20.- Transferencia de los derechos de aprovechamiento

Los titulares de derechos de aprovechamiento, podrán transferir sus derechos, inclusive aquellos que se encuentren 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.

COMENTARIO 20: El artículo regula la transferencia del derecho de aprovechamiento.

20.1 El tema regulado por este artículo es completamente nuevo, pues no estaba normado en la antigua Ley Forestal. Dicha omisión no impidió la transferencia de algunos derechos⁴⁵ como por ejemplo los de concesiones, ya que la naturaleza real y disponible del derecho permitía su transferencia dentro de los marcos establecidos en los contratos y las directivas del INRENA.

20.2 Lo que hace la nueva Ley Forestal es permitir la transferencia de cualquiera de los derechos, es decir, también permisos y autorizaciones. En ese sentido el artículo permite la transferencia de todos los tipos de derechos de aprovechamiento, ya sea

⁴⁵ Transferencia de posición contractual.

de recursos forestales, fauna silvestre y servicios ambientales; es decir se amplía a todas las modalidades de otorgamientos de derechos contenidos en la nueva Ley Forestal. En algunos casos la posibilidad de disponer el derecho de aprovechamiento puede generar situaciones muy complicadas, como sería el caso de transferencia de derechos otorgados a través de permisos para el aprovechamiento en tierras de comunidades o en predios privados.

20.3 La autorización previa y expresa de la autoridad forestal competente se establece como condición para todas las transferencias. Por lo tanto es necesario que se precise cual sería la autoridad competente para autorizar la transferencia de derechos. En todo caso, considerando que la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales señala que les corresponde a estos el otorgamiento de derechos; les correspondería también aprobar las transferencias. Asimismo, se establece otra condición antes de autorizarse la transferencia de los derechos: el transferente tiene que asegurar el pago de las obligaciones pendientes que hayan sido determinadas por las autoridades competentes. Es decir, la autoridad deberá determinar las obligaciones pendientes y el transferente deberá otorgar garantías que puedan ser ejecutadas por la autoridad competente para hacerse pago de las obligaciones incumplidas. De esta manera se protege el cumplimiento de obligaciones que se representan en sumas dinerarias, más no aquellas que no son de naturaleza financiera: como por ejemplo el manejo forestal.

20.4 Además, se establecen algunas reglas que rigen la transferibilidad de derechos. La primera es que la transferencia puede realizarse inclusive en aquellos casos en que se encuentren 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. De tal manera si la autoridad competente advirtiera 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, pudiendo ejecutarse la garantía exigida como requisito para la aprobación de la transferencia. No obstante, no queda clara la situación del proceso de caducidad, es decir, si este se continúa o se frustra ante la transferencia del derecho. Si fuera de esta segunda manera, esta sería una excelente herramienta para evadir los procesos de caducidad, transfiriéndose los derechos, frustrando la declaración de caducidad, y recibiendo el transferente una sanción que ya no podría significar la caducidad del derecho.

20.5 El objetivo de este artículo es facilitar casi de manera irrestricta la transferencia de derechos de aprovechamiento. Se da seguridad a los adquirientes de recibir derechos de aprovechamiento saneados, pues los pasivos, quedarían con el transferente. De esta manera las obligaciones y responsabilidades administrativas relativas al derecho de aprovechamiento se convierten en eminentemente personales, de manera que siguen al sujeto y no al derecho otorgado.

Artículo 21.- Desbosques con fines diferentes al forestal

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

Conjuntamente con la presentación de la solicitud se deberá adjuntar una evaluación de impacto ambiental conforme a la legislación de la materia, aprobado por la autoridad competente y se deberá indicar el destino de los productos aprovechados. El Reglamento establecerá las condiciones aplicables al efecto.

COMENTARIO 21: El artículo regula las autorizaciones de desbosque

21.1 El artículo regula las autorizaciones de desbosque tanto de bosques como de áreas con presencia con cobertura boscosa. La antigua Ley Forestal se refería a las zonas boscosas, aparentemente la expresión "áreas con presencia con cobertura boscosa" sería más precisa sino carecería de sentido la modificación.

21.2 Se indica que la ANFFS es la autoridad competente para autorizar el desbosque. Esta mención expresa a la facultad de la Autoridad Nacional Forestal para realizar las autorizaciones de desbosque restringe la función específica otorgada a los gobiernos regionales (otorgamiento de concesiones, permisos y autorizaciones) en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. En ese sentido, dicho extremo deviene en inconstitucional pues se pretende modificar una ley orgánica contraviniendo los artículos 101° y 104° de la Constitución que establecen que las leyes orgánicas no pueden ser delegadas al Poder Ejecutivo.

21.3 Si bien el reglamento debe establecer las condiciones y normas aplicables a las autorizaciones de desbosque, la nueva Ley Forestal señala que la solicitud deberá adjuntar una evaluación de impacto ambiental conforme a la materia. En este caso correspondería a la ANFFS determinar el nivel de evaluación ambiental que corresponde. La solicitud de desbosque también deberá indicar el destino de los productos aprovechados. Esta última obligación ya se encontraba señalada en el Reglamento, por lo que ahora se eleva a una norma con rango de Ley.

Título V

Protección de los Recursos Forestales y de la Fauna Silvestre

Artículo 22.- Protección de la flora y fauna silvestre, del inventario y valoración de la diversidad biológica

22.1 El Estado adopta medidas especiales que garanticen la protección de las especies de flora y fauna silvestre que de acuerdo al reglamento por sus características o situación de vulnerabilidad requieran tal tratamiento.

22.2 Está prohibida la exportación con fines comerciales o industriales de madera en troza y otros productos del bosque en estado natural.

22.3 La Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre, a través de sus entidades competentes, está encargada del manejo y conservación de las especies de fauna silvestre que se reproducen en las reservas costeras, así como en las islas y puntas comprendidas en la Ley N° 26857; queda prohibida su caza en todo el litoral.

22.4 Las actividades deportivas motorizadas, pesca y extracción marina con embarcaciones motorizadas no están permitidas a menos de 2 (dos) millas marinas de la orilla de las superficies comprendidas en el numeral precedente. La autoridad competente, con el apoyo de la Marina de Guerra del Perú, está a cargo de su cumplimiento.

22.5 Corresponde a la autoridad competente elaborar y actualizar periódicamente el Inventario y Valoración de la diversidad biológica forestal y de faunas silvestre en todo el territorio nacional, elaborar la clasificación oficial de las especies en riesgo, con fines de protección y conservación de dichos recursos y priorizar medidas de protección de las especies silvestres amenazadas.

22.6 La Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre promueve la protección de los árboles y huertos que constituyen especímenes excepcionales y semilleros importantes en los bosques.

COMENTARIO 22: Este artículo se refiere a las medidas para garantizar la protección la flora y fauna silvestre.

22.1 Este artículo se refiere a las medidas especiales que debe adoptar el Estado para garantizar la protección la flora y fauna silvestre que de acuerdo al Reglamento por sus características o situación de vulnerabilidad requieran tal tratamiento. También regula respecto del inventario y valoración de la diversidad biológica. Es decir, si bien existe la obligación general de protección de los recursos naturales, existe un deber especial de dictar medidas especiales para aquellas especies de flora y fauna cuya protección requieran disposiciones específicas.

22.2 En principio se ha mantenido casi el mismo texto de la antigua Ley Forestal. Entre las medidas de protección se ha mantenido la prohibición de la exportación de madera en troza y otros productos del bosque en estado natural con fines comerciales o industriales.

22.3 El artículo señala que la ANFFS (antes decía MINAG) está encargada del manejo y conservación de las especies de fauna silvestre (aves guaneras) que se reproducen en las reservas costeras, así como en las islas y puntas comprendidas en la Ley N° 26857, Ley de creación del Proyecto Especial de Promoción del Aprovechamiento de Abonos Provenientes de Aves Marinas. Asimismo, señala que quedan prohibidas: la caza de las aves guaneras en todo el litoral nacional y las actividades deportivas motorizadas, pesca y extracción marina con embarcaciones motorizadas a menos de 2 (dos) millas marinas de la orilla de las reservas costeras,

así como en las islas y puntas comprendidas en la Ley N° 26857. Respecto de esta última prohibición se elimina la referencia al MINAG para señalar que la autoridad competente con el apoyo de la Marina de Guerra del Perú debe hacerse cargo de su cumplimiento. No queda claro si es autoridad competente se refiere a la ANFFS u otro organismo público.

22.4 Igual de imprecisa es la referencia a la autoridad competente (en vez de INRENA) para referirse a quien le corresponde elaborar y actualizar periódicamente el inventario y valoración de la diversidad biológica forestal y de faunas silvestre en todo el territorio nacional, elaborar la clasificación oficial de las especies en riesgo, con fines de protección y conservación de dichos recursos y priorizar medidas de protección de las especies silvestres amenazadas.

22.5 Finalmente, dispone que la ANFFS (antes decía MINAG) debe promover la protección los árboles y huertos que constituyen especímenes excepcionales y semilleros importantes en los bosques. Es decir, no tiene la obligación directa de protegerlas sino de realizar acciones y actividades que susciten que otros los protejan.

Artículo 23.- Introducción de especies exóticas y vedas de especies de flora y fauna

23.1 La introducción de especies exóticas de la flora y fauna silvestre debe ser autorizada por la Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre, previo informe técnico del Servicio Nacional de Sanidad Agraria - SENASA.

23.2 La Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre puede declarar vedas por plazo determinado, por especies o ámbitos geográficos definidos, a la extracción de especies nativas de flora y fauna silvestre, cuyo aprovechamiento no sea sostenible o se encuentren amenazadas de extinción.

Las áreas otorgadas en concesión no serán afectadas por vedas si cuentan con el plan de manejo de las especies.

COMENTARIO 23: Este artículo regula lo concerniente a la introducción de especies exóticas y el establecimiento de vedas.

23.1 No se ha introducido ningún cambio significativo frente a lo dispuesto en la antigua Ley Forestal. Este artículo implementa el mandato de la Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de Recursos Naturales que dispone que la protección de recursos vivos en peligro de extinción que no se encuentren dentro de Áreas Naturales Protegidas se norme en leyes especiales. En ese caso la ley especial es la Ley Forestal.

23.2 Según la Ley General del Ambiente las vedas son instrumentos de gestión ambiental y por lo tanto son mecanismos orientados a la ejecución de la política ambiental, medios operativos que son diseñados, normados y aplicados con

carácter funcional o complementario, para efectivizar el cumplimiento de la Política Nacional Ambiental y las normas ambientales.

23.3 En lo que respecta a la introducción de especies exóticas, señala que esta debe ser autorizada por la ANFFS (antes decía MINAG). Es decir, las especies exóticas no pueden ingresar al país sin la previa evaluación y opinión del SENASA. Sobre las vedas de especies de flora y fauna señala que son declaradas por la ANFFS (antes decía MINAG). Esto es contradictorio con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de Recursos Naturales la cual dispone que las declaraciones de reserva o veda se realicen por Decreto Supremo, los cuales son rubricados por el Presidente de la República y refrendados por uno o más Ministros. Por lo que la ANFFS no podría declarar las vedas por si sola sino que requerirá de la intervención del Presidente de la República.

23.4 Se entiende a la veda como la prohibición de la extracción de especies nativas de flora y fauna silvestre. Si bien no se entiende bien del texto por una mala redacción del artículo la declaración de una veda debe definir la especie (que se prohíbe su extracción), el plazo determinado (tiempo por el que se prohíbe su extracción) y un ámbito geográfico (lugar donde se prohíbe la extracción). Además la declaración de una veda debe ser motivada porque su aprovechamiento no es sostenible o porque se encuentran amenazadas de extinción, ello debe sostenerse en las investigaciones y los informes técnicos correspondientes.

23.5 También debe considerarse la necesidad de asegurar la coherencia y la complementariedad en el diseño de una veda y su aplicación. Es obligación del Estado cuando declara una veda vigilar que exista una correspondiente aplicación que la haga efectiva, es decir, alcanzar los fines por los cuales se estableció. Es por ello que la Ley General del Ambiente señale que se requiere también incorporar mecanismos para asegurar su cumplimiento incluyendo, entre otros, los plazos y el cronograma de inversiones ambientales, así como los demás programas y compromisos que sean necesarios.

23.6 Finalmente, el artículo (al igual que la antigua Ley Forestal) establece una excepción a la aplicación de las vedas. Señalando que las áreas otorgadas en concesión (se entiende con o sin fines maderables) no son afectadas por las vedas si cuentan con plan de manejo de las especies objeto de la veda⁴⁶. La antigua Ley Forestal señalaba que el plan de manejo debía incluir la conservación de las especies, dicha eliminación se podría entender si se toma en cuenta la finalidad manejo forestal: asegurar la producción sostenible y la conservación de la diversidad biológica y el ambiente.

⁴⁶ Debe revisarse también la Segunda y Tercera Disposición Complementaria Transitoria de la nueva Ley Forestal y la Séptima Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 27308 que se mantiene vigente.

Artículo 24.- Evaluación de recursos de fauna silvestre y los servicios ambientales

Los titulares de las concesiones de bosques de producción forestal permanente deben evaluar los recursos de fauna silvestre y servicios ambientales existentes en la concesión como parte de su evaluación de impacto ambiental. Dicha evaluación debe tomarse en consideración en las supervisiones previstas en el Plan de Manejo y de acuerdo a las disposiciones legales pertinentes.

COMENTARIO 24: Este artículo se transcribe textualmente como estaba en la antigua Ley Forestal. Se refiere a la obligación que los corresponde a los titulares de concesiones de bosques de producción permanente (se entiende concesiones con fines maderables) deben evaluar los recursos de fauna silvestre y servicios ambientales existentes en la concesión. Ello debe realizarse como parte de la evaluación de impacto ambiental que de conformidad con artículo 11° es parte del Plan General de Manejo Forestal. Asimismo, se indica que las supervisiones previstas en el Plan de Manejo y que realiza OSINFOR deben tener en consideración la evaluación de los recursos de fauna silvestre y servicios ambientales, se entiende para verificar que no haya degradación de los mismos.

Artículo 25.- Tierras de aptitud agrícola y pecuaria de Selva y Ceja de Selva

En las tierras de aptitud agrícola y pecuaria de la Selva y Ceja de Selva determinadas por la Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre, se propicia el uso de sistemas agroforestales y forestales, como medio de proteger el suelo de los procesos de erosión y su degradación, reservándose un mínimo del 30% (treinta por ciento) de su masa boscosa y una franja no menor de 50 (cincuenta) metros, del cauce de los ríos, espejos de agua y otros similares. El cambio de uso debe ser autorizado por la Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre basado en un expediente técnico que principalmente garantice la sostenibilidad del ecosistema, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento.

COMENTARIO 25: Este artículo regula lo relativo a las tierras de aptitud agrícola y pecuaria de Selva y Ceja de Selva.

25.1 Este artículo se refiere a las tierras de "aptitud" "agrícola y pecuaria". Se hace notar que en este artículo se utiliza el término aptitud en vez de capacidad de uso mayor. Es necesario hacer notar que en la Ley Forestal para las tierras forestales y protección se prefiere utilizar la capacidad de uso mayor forestal, mientras que para las tierras agrícolas y pecuarias se prefiere utilizar aptitud. Asimismo, se ha cambiado el término "agropecuaria" por la expresión agrícola y pecuaria. Sería bueno que se explicara si estos cambios tienen algún tipo de efecto concreto o si han sido únicamente precisiones de estilo de los redactores.

25.2 Una modificación más sustantiva ha sido la ampliación del ámbito de esta norma. La antigua Ley Forestal hablaba de únicamente la Selva, mientras la nueva Ley Forestal se refiere a la Selva (selva baja) y la Ceja de Selva (selva alta). Si bien este agregado ya se había hecho en el reglamento, ahora se le da un respaldo

legal a la extensiva interpretación que hizo el reglamento. El artículo señala que la aptitud agrícola y pecuaria de las tierras de la Selva y la Ceja de Selva es determinada por la ANFFS, se entiende a nivel nacional; por lo que habría que conciliar si dicha función está adecuadamente asignada a una autoridad nacional o si era mejor asignarla a las autoridades regionales. Asignarla a la ANFFS implica que esta deba mantener capacidad permanente para cumplir con esta función.

25.3 El artículo señala que en las áreas así determinadas se propicia el uso de sistemas agroforestales y forestales, como medio de proteger el suelo de los procesos de erosión y su degradación. Es decir, el Estado debe proteger dichas tierras de procesos de erosión y degradación; para ello privilegia el uso forestal y agroforestal; pero se entiende que así mismo también debe disponer de otras medidas de protección que eviten la erosión y degradación. En todo caso se establecen dos condiciones que deben observarse en el uso de las tierras determinadas como de aptitud agrícola y pecuaria de la Selva y la Ceja de Selva debe reservarse un mínimo del 30% (treinta por ciento) de su masa boscosa y una franja no menor de 50 (cincuenta) metros, del cauce de los ríos, espejos de agua y otros similares (faja marginal o de protección). Esta disposición es idéntica a la contenida en el párrafo 6.3 del Decreto Legislativo N° 1064, régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario.

25.4 El cambio de uso debe ser autorizado por la ANFFS basado en un expediente técnico que principalmente garantice la sostenibilidad del ecosistema, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento. Por su lado el Decreto Legislativo N° 1064 señala además que el expediente debe estar de conformidad con la Política Nacional del Ambiente y de acuerdo a los requisitos y procedimiento establecidos en el Reglamento. Sobre esto tres atingencias, la nueva Ley Forestal dice que "principalmente" garantice la sostenibilidad del ecosistema, señalando que dicho informe técnico tiene como finalidad primordial asegurar la sostenibilidad del ecosistema. El Decreto Legislativo 1064 señala que la autorización que da la ANFFS (o Ministerio de Agricultura) debe realizarse de conformidad con Política Nacional del Ambiente a diferencia con la Ley Forestal que solo se refiere al reglamento. Y la tercera atingencia, es justamente que ambos decretos legislativos se refieren a sus propios reglamentos como los que van a regular dichos temas. Se entiende que el Decreto Legislativo 1090 al ser posterior modifica tácitamente al 1064, por lo que no será el reglamento de este, sino el de aquel el que deba regular este cambio de uso, pero a su vez tampoco tendrá que sujetarse a la Política Nacional del Ambiente⁴⁷.

25.5 Esta norma es sumamente contradictoria pues por un lado exige garantizar la sostenibilidad del ecosistema pero a la vez al autorizar el cambio de uso (de forestal a agropecuario) permite la degradación del bosque natural, que es un ecosistema

⁴⁷ Resulta particularmente curioso que dos decretos legislativos elaborados por un mismo sector en un mismo proceso uso de delegación de facultades hayan intentado repetir una misma norma, con resultados distintos.

pero también un recurso forestal, cuyo uso sostenible y conservación es un objetivo de la Ley. Se puede interpretar que esta norma considera que el bosque puede ser despojado de su cobertura arbórea en un 70% y aun garantizar la sostenibilidad del ecosistema, sin considerar que el bosque también incluye a las comunidades complejas de seres vivos, microorganismos, vegetales y animales, que se influyen y relacionan al mismo tiempo y se subordinan al ambiente conformado predominantemente por árboles, así como a las funciones y servicios del ecosistema.

Artículo 26.- Servidumbre y prohibición de quema de bosques

26.1 Para la extracción forestal en bosques se respetan las servidumbres de paso y otros derechos en concesiones, tierras de propiedad particular, tierras de comunidades nativas, comunidades campesinas y de instituciones públicas, de acuerdo a las normas establecidas en el Código Civil.

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.

26.3 Está prohibido el uso de sierra de cadena, herramienta o equipo que tenga efectos similares en el aserrío longitudinal de especies maderables con fines comerciales o industriales, salvo las excepciones que establece el reglamento.

COMENTARIO 26: Este artículo se refiere a las servidumbres de paso, la quema de bosques y el uso de la sierra de cadena.

26.1 En cuanto a las servidumbres es casi idéntico al de la antigua Ley, la única modificación que se hace es el cambio de la referencia al INRENA por la ANFFS. Señala que para la extracción forestal en bosques se respetan las servidumbres de paso y otros derechos en concesiones, tierras de propiedad particular, tierras de comunidades nativas, comunidades campesinas y de instituciones públicas, de acuerdo a las normas establecidas en el Código Civil. No obstante también se regulan por el párrafo 8.1. del Decreto Legislativo N° 1064 que señala que las tierras de uso agrario (entre ellas las forestales) quedan sujetas a las servidumbres ordinarias; la servidumbres de libre tránsito por los puentes, oroyas y caminos existentes y aquellos que se construyan en el futuro; y, las servidumbres de libre paso de oleoductos, gaseoductos, mineroductos, instalaciones para la exploración y explotación minera y petrolera, instalaciones para el servicio público de telecomunicaciones, líneas de transmisión de energía, vías de comunicación de toda especie, obras para irrigación y drenaje establecidas o que sea necesario establecer, así como las que demande su operación y mantenimiento. Asimismo dicho Decreto Legislativo señala que en su Reglamento se establecerán los criterios para la valorización de la contraprestación por las servidumbres y otras cargas y derechos previstos.

26.2 Asimismo, se reitera que queda prohibida la quema de bosques y otras formaciones forestales en todo el territorio nacional, salvo autorización expresa de la ANFFS. Es decir, en ciertas circunstancias el ANFFS podría autorizar la quema de bosques, que es un delito recogido por el artículo 310 del Código Penal. Por la gravedad del tema se entiende que dichas autorizaciones deberán ser verdaderas excepciones, de lo contrario se estaría vulnerando el objeto de la norma penal.

26.3 Finalmente, el artículo prohíbe el uso de sierra de cadena, herramienta o equipo que tenga efectos similares en el aserrío longitudinal de especies maderables con fines comerciales o industriales, salvo las excepciones que se establezcan en el reglamento. Este es un tema técnico y económico, sobre el que hay aun debate, no obstante la Ley opta por la posición de prohibirla, permitiendo ciertas excepciones.

Artículo 27.- Categorías de la clasificación oficial de la flora y la fauna silvestre

El Reglamento define las categorías de la clasificación oficial de las especies de flora y fauna silvestre, así como su régimen de tenencia, extracción y comercialización, sin perjuicio de la aplicación de los convenios internacionales en los que el país es parte.

COMENTARIO 27: Este artículo señala que el Reglamento definirá las categorías de la clasificación oficial de las especies de flora y fauna silvestre. De esta manera se uniformiza con los conceptos utilizados en el reglamento que no establecía las categorías de especies (como lo mandaba la antigua Ley Forestal) sino que establecía la clasificación oficial de las especies de flora y fauna silvestre. De esta manera se adecua la nueva Ley Forestal a lo ya introducido por el reglamento. Finalmente, se señala que dichas categorías de clasificación oficial no enervan las que se dispongan en aplicación de los convenios internacionales, como por ejemplo, CITES que clasifica las especies entre tres apéndices.

Título VI

Promoción de la forestación y reforestación

Artículo 28.- Incorporación de actividades de forestación y reforestación en programas de desarrollo

Los programas de desarrollo nacional, regional y local deben considerar la forestación y reforestación como actividades prioritarias estimulando:

a. En la Amazonía con plantaciones forestales con propiedades para el aprovechamiento industrial de especies como: palma aceitera, palmito, castaña, caucho, bambú, caña brava, árboles y arbustos medicinales, camu camu y otros.

b. En la costa y en la sierra con plantaciones de especies forestales nativas y exóticas apropiadas, de uso industrial actual o futuro.

COMENTARIO 28: Este artículo busca impulsar las plantaciones forestales con fines industriales.

28.1 El texto del artículo es casi idéntico al de la antigua Ley Forestal, con el único agregado que en la lista de plantaciones forestales con fines industriales se ha incluido expresamente al bambú y la caña brava recientemente declarados de interés nacional. No obstante es contradictorio que en este artículo se regule respecto de las plantaciones forestales cuando a través de los artículos 1º y 2º se les ha excluido del objeto de la Ley.

28.2 El artículo dispone que los programas de desarrollo de cualquier nivel (nacional, regional y local) deben incluir a la forestación y reforestación como actividades prioritarias. En ese sentido, se diferencia el tipo de plantaciones que se deben promover en la Amazonía y en la Costa y Sierra. Mientras que para el caso de la Amazonía se hace una lista abierta de 9 especies. Es curioso que la primera de la lista (palma aceitera) sea la única exótica, lo que en cierta forma advierte tu preponderancia sobre el resto. En cambio para la Costa y la Sierra se promueven de manera genérica las especies forestales nativas y exóticas apropiadas, de uso industrial actual o futuro.

28.3 Asimismo, es necesario recordar el artículo 28º de la antigua Ley Forestal derogado por la Ley N° 28852 señalaba la obligación del Estado de promover de manera general con carácter prioritario la forestación y reforestación con fines de producción, protección y servicios ambientales, en tierras de capacidad de uso mayor forestal sin cubierta vegetal o con escasa cobertura arbórea. Al haberse excluido las plantaciones forestales del concepto de recursos forestal y por lo tanto del objeto de la Ley carecía de congruencia incluir alguna norma de mismo tenor.

Artículo 29.- Programas de arborización, forestación y reforestación

29.1 La Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre coordinará con los gobiernos regionales, gobiernos locales, instituciones y otros sectores, la ejecución de programas de forestación y/o reforestación en cinturones ecológicos, con especies forestales adecuadas y el manejo de los mismos (*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS.

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.

COMENTARIO 29: Este artículo busca regular lo referido forestación y reforestación con fines no necesariamente industriales. Asimismo también norma sobre las tierras degradadas o deforestadas en abandono

29.1. Este artículo ha sido "modificado" por fe de erratas en la que se eliminó del texto las arborizaciones urbanas (pero se les mantuvo en el epígrafe) y se incluyó la reforestación. Este artículo, incluso desde su redacción en la antigua Ley Forestal, es otro ejemplo de mala técnica normativa. El epígrafe del texto de la antigua Ley Forestal decía "Programas de arborización y reforestación", pero el texto hablaba de la arborización y la forestación, no de la reforestación. El epígrafe de la nueva Ley Forestal dice "Programas de arborización, forestación y reforestación" pero el texto solo habla de la forestación y la reforestación.

29.2 También se modifica la referencia al MINAG por la ANFFS, como la autoridad que coordinará con los gobiernos regionales, gobiernos locales, instituciones y otros sectores, la ejecución de programas de forestación y/o reforestación en cinturones ecológicos, con especies forestales adecuadas y el manejo de los mismos. Y como ya se ha dicho se eliminó la referencia a la arborización urbana y se introdujo la reforestación. En ese sentido, es coherente con el carácter rural de la Ley, pues la ejecución de programas de "arborización urbana" es una función eminentemente municipal.

29.3 Asimismo también se establece el deber del Estado de promover 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. La antigua Ley Forestal se refería a que el Estado promovía su rehabilitación y las entregaba a los particulares para su recuperación y aprovechamiento. La nueva Ley Forestal ha introducido los conceptos de recuperación y aprovechamiento como parte de las acciones que deben ser promovidas por el Estado. Se entiende entonces que se está utilizando el término recuperación en un concepto diferente al de rehabilitación⁴⁸.

29.4 Respecto de la modalidad de entrega a los particulares la nueva Ley Forestal señala que ello se hace de conformidad con la legislación de la materia, es decir, la Ley N° 28852, y los Decretos Legislativos N° 994, N° 1064 y N° 1089, es decir, reconoce que la Ley Forestal no es la norma aplicable para estas tierras. Pues como ya se ha explicado las plantaciones forestales y las tierras de capacidad de uso mayor forestal sin cobertura arbórea (deforestadas o degradadas) no son materia de la Ley Forestal, por lo que no se entiende que también en este artículo la nueva Ley Forestal insiste en regular respecto de ellas, contradiciendo los artículos 1° y 2°. Finalmente insiste en regular el tema señalando que los particulares a quienes se les

⁴⁸ En normas de menor rango debería esclarecerse dicha distinción, así como, con otros términos como la remediación y la restauración.

entreguen estas tierras deberán dedicarlas exclusivamente a las actividades de forestación y reforestación.

Título VII

Promoción de la transformación y comercialización de los productos forestales

Artículo 30.- Promoción de la industria forestal

30.1 El Estado, con la activa participación del sector público y privado, promueve el desarrollo de la industria forestal en todo el territorio nacional para conseguir mayor rentabilidad económica y beneficio social a favor de la población vinculada a la actividad forestal.

30.2 El Estado promueve el aprovechamiento del mayor número de especies, su máximo uso y la integración de la cadena de extracción, industrialización y comercialización forestal.

30.3 La Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre otorgará incentivos a favor de los titulares de concesiones, autorizaciones y/o permisos para la explotación de recursos forestales que desarrollen proyectos integrales de extracción, transformación en plantas de procesamiento ubicadas en el ámbito regional de la concesión, autorización y/o permiso, comercialización de productos forestales con valor agregado, así como para aquellos que adopten estándares ambientales superiores a los previstos en las normas ambientales que regulan la explotación de los recursos forestales y buenas prácticas para el aprovechamiento eficiente de dichos recursos, conforme a lo establecido en el Reglamento.

Entre los incentivos que el Ministerio de Agricultura puede otorgar están los siguientes:

- a. La reducción en el pago de retribuciones económicas.
- b. La reducción en el pago de tasas administrativas.
- c. La difusión de experiencias exitosas.
- d. Aportes económicos.
- e. El otorgamiento de Premios Públicos.
- f. Promover la explotación comercial de equipos y tecnologías innovadoras.
- g. La realización de pasantías.
- h. Otros incentivos que, dependiendo del caso en particular, sean considerados pertinentes por la Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre.

30.4 En el contrato de concesión se establece el compromiso de inversión en proporción al área y potencial productivo del bosque concedido.

30.5 El Estado implementa mecanismos de estímulos o incentivos de naturaleza no tributaria complementarios a los beneficios otorgados en la Ley N° 27037, Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía, a las actividades de aprovechamiento, transformación de recursos forestales y de fauna silvestre que generen mayor valor agregado y promuevan la conservación de la diversidad biológica del bosque. Dentro de los mecanismos a implementar, se deberán priorizar los relacionados a la construcción de infraestructura y generación de energía. Mediante Decreto Supremo, se aprobarán los mecanismos a que se refiere el presente artículo.

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.

30.7 Los propietarios de plantas de transformación de productos forestales y de fauna silvestre sólo podrán adquirir y procesar estos productos al estado natural cuya extracción y aprovechamiento haya sido autorizado por la autoridad competente.

30.8 Los programas sociales que ejecute el Estado y que involucre el uso de la madera, prioriza el aprovechamiento integral de los recursos maderables, especialmente aquellas especies poco conocidas y no conocidas en el mercado. La Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre publicará la relación de especies antes mencionadas.

COMENTARIO 30: Este artículo busca regular lo concerniente a la promoción de la industria forestal.

30.1 En ese sentido en general busca extender los alcances de esta promoción en comparación con la antigua Ley Forestal pues ya no solo son aplicables a los concesionarios sino a todos los titulares de derechos de aprovechamiento de recursos forestales (no se menciona a la fauna silvestre ni los servicios ambientales) y ya no solo utiliza reducciones de los porcentajes de la retribución económica sino que ahora también considera aportes económicos, premios públicos, difusión de experiencias exitosas, entre otros.

30.2 Repitiendo lo que decía la antigua Ley Forestal el artículo señala que la promoción de la industria forestal tiene como objeto la mayor rentabilidad económica y beneficio social a favor de la población vinculada a la actividad forestal. Para ello el Estado debe contar con la activa participación del sector público y privado, a fin de promover el desarrollo de la industria forestal en todo el territorio nacional. Es interesante notar que las medidas de promoción tienen como beneficiarios indirectos o directos a la población. Por lo tanto es menester verificar si las medidas que se establecen con tal fin efectivamente se dirijan a beneficiar a los pobladores vinculados al sector forestal.

30.2 Para ello el Estado debe promover el aprovechamiento del mayor número de especies, su máximo uso y la integración de la cadena de extracción, industrialización y comercialización forestal. Para ello la ANFFS otorgará incentivos a favor de los titulares de derechos de aprovechamiento para la "explotación" de

recursos forestales, que desarrollen proyectos integrales de extracción, transformación en plantas de procesamiento ubicadas en el ámbito regional de la concesión, autorización y/o permiso, comercialización de productos forestales con valor agregado, así como para aquellos que adopten estándares ambientales superiores a los previstos en las normas ambientales que regulan la “explotación” de los recursos forestales y buenas prácticas para el aprovechamiento eficiente de dichos recursos, conforme a lo establecido en el Reglamento. Es necesario hacer notar que el artículo se refiere a la actividad de explotación de los recursos forestales, y es el único artículo que utiliza dicho término, pues en otros artículos se utiliza aprovechamiento o incluso extracción, ello o es una “intrusión” de conceptos del aprovechamiento de recursos no renovables o es un retroceso pues la antigua Ley Forestal había eliminado el término explotación de la Legislación Forestal.

30.4 Posteriormente el artículo detalla los tipos de incentivos que puede otorgar el Ministerio de Agricultura, siendo esta una lista abierta en la que se considera algunos de naturaleza económica (reducción en el pago de retribuciones económicas y de tasas administrativas, aportes económicos) y otros de diferentes naturalezas (difusión de experiencias exitosas, otorgamiento de premios públicos, promoción de tecnologías, realización de pasantías). Ese párrafo termina considerando otros incentivos que, dependiendo del caso en particular, sean considerados pertinentes por la ANFFS.

30.5 De otro lado dice que el Estado implementa mecanismos de estímulos o incentivos de naturaleza no tributaria complementarios a los beneficios otorgados en la Ley N° 27037, Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía, a las actividades de aprovechamiento, transformación de recursos forestales y de fauna silvestre que generen mayor valor agregado y promuevan la conservación de la diversidad biológica del bosque. Al referirse al Estado, la norma da a entender que otros niveles de gobierno, como los Gobiernos Regionales pueden intervenir en la implementación de estímulos e incentivos. Sin embargo, también se indica que mediante Decreto Supremo se aprobarán los mecanismos a los que se refiere, entre los que se deberán priorizar los relacionados a la construcción de infraestructura y generación de energía. Es decir, finalmente la referencia al Estado⁴⁹ se reduce al Gobierno Nacional y los mecanismos se enfocan principalmente en infraestructura de soporte a la industria y el comercio.

30.6 Luego se plantean cinco disposiciones sobre las que podría debatirse si realmente se refieren a la promoción de la industria forestal. La primera se refiere al mandato que en el contrato de concesión se establezca un compromiso de inversión en proporción al área y potencial productivo del bosque concedido. Es decir, debería señalarse expresamente en el contrato de concesión un compromiso de inversión por parte del titular del derecho. Si bien es una disposición que viene de

⁴⁹ En ese sentido convendría que se utilizaran los términos con precisión en vez de poner términos genéricos.

la antigua Ley Forestal ello no se ha cumplido y los contratos de concesión como el de fines maderables no incluyen dicho compromiso. Se podría discutir cómo es que incluir una cláusula que determine el compromiso de inversión es un mecanismo de promoción de la industria forestal.

30.7 La segunda disposición señala que 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. Esta es una disposición más bien regulatoria señalando que el reglamento deberá establecer las condiciones para la comercialización nacional e internacional de los productos forestales y la fauna silvestre. Nótese que diferencia del resto del artículo en el que se refieren únicamente a los recursos forestales en este párrafo se refiere a los productos forestales y también a los de fauna silvestre.

30.8 La siguiente disposición prohíbe la exportación de productos forestales y fauna silvestre al estado natural. Esta norma promueve de manera directa la industria forestal, pues obliga a exportar productos con algún nivel de transformación. La cuarta disposición establece que los propietarios de plantas de transformación de productos forestales y de fauna silvestre sólo podrán adquirir y procesar estos productos al estado natural cuya extracción y aprovechamiento haya sido autorizado por la autoridad competente. Esta es una norma que establece una determinada obligación a las plantas de transformación (además no a ellas sino a sus propietarios) respecto de la adquisición y brindar servicios de transformación de productos obtenidos legalmente. Esta norma no promueve directamente a la industria forestal, quizás a las operaciones legales de extracción forestal. Pero resulta preocupante que se deba prohibir la comisión de infracciones y/o delitos.

30.9 La quinta de estas disposiciones indica que los programas sociales que ejecute el Estado y que involucre el uso de la madera, deben priorizar el aprovechamiento integral de los recursos maderables, especialmente aquellas especies poco conocidas y no conocidas en el mercado. Para ello la ANFFS deberá publicar la relación de especies antes mencionadas. Esta es una norma de promoción indirecta a la industria forestal, pues al diversificar las opciones de materias primas amplía sus oportunidades comerciales y de desarrollo.

30.10 Es necesario tener en consideración que la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales señala que les corresponde la competencia exclusiva de “promover el uso sostenible de los recursos forestales y de biodiversidad” y la función específica de “ejercer labores de promoción y fiscalización en estricto cumplimiento de la política forestal nacional”. En ese sentido las acciones de promoción de los recursos forestales son de competencia y función de los Gobiernos Regionales. En ese sentido, es necesario determinar claramente cuál es la línea que diferencia la promoción de uso sostenible de los recursos forestales y la promoción de la industria forestal. Si hubiera alguna superposición entre ambas, si hubiera alguna colisión con la facultad de otorgamiento de incentivos y estímulos señaladas en este artículo atribuye al MINAG y/o ANFFS, dicho extremo este decreto legislativo devendría en

inconstitucional pues colisiona con una ley orgánica contraviniendo los artículos 101° y 104° de la Constitución que establecen que las materias de leyes orgánicas no pueden ser delegadas al Poder Ejecutivo y por lo tanto este tampoco puede abocarse a dichas materias a través de decretos legislativos.

30.11 Finalmente, este artículo utiliza en dos oportunidades el término explotación, una para referirse al aprovechamiento de los recursos forestales y otra para la comercialización de equipos y tecnologías. Parece un retroceso de cuarenta años volver utilizar la palabra explotación para el aprovechamiento de un recurso natural renovable. La última vez que se utilizó explotación forestal en una ley forestal fue en el Decreto Ley 21174 (mayo de 1975). También resulta contraproducente que en un mismo artículo se refiera al MINAG y a la ANFFS como que si fueran organizaciones distintas, y además se mencione a la autoridad competente. No se entiende cuál ha sido el objetivo del legislador al hacer una diferencia entre el MINAG y la ANFFS cuando el artículo 3° señala que el MINAG es la ANFFS. ¿Será que acaso se está previendo que en algún momento el MINAG deje de ser la ANFFS?

Artículo 31.- Certificación y la acreditación

31.1 La Autoridad Nacional y de Fauna Silvestre promueve la certificación voluntaria de los productos forestales provenientes de bosques manejados para su comercialización, incluyendo la certificación del origen legal de los productos forestales, estableciendo una reducción porcentual en la retribución económica por el aprovechamiento de recursos forestales que aportan los titulares de los derechos de aprovechamiento forestal que tengan las certificaciones en mención, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento. El Reglamento establecerá otros beneficios a propuesta de la Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre.

31.2 La Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre acredita la procedencia de los productos forestales no maderables y de fauna para su comercialización interna y externa.

COMENTARIO 31: Este artículo regula respecto de la promoción de la certificación forestal voluntaria y la acreditación de procedencia de los productos forestales no maderables y de fauna (se entiende silvestre aunque provenga de alguna modalidad de manejo).

31.1 Respecto de la certificación forestal voluntaria, se indica que la ANFFS promueve tanto su procedencia de bosques manejados (certificación de manejo forestal) como la de origen legal (certificación de cadena de custodia y otras modalidades de trazabilidad). La inclusión de estas últimas es una novedad que introduce la nueva Ley Forestal, pues la antigua solo se referenció a las de manejo forestal. Recoge el incentivo de la reducción porcentual de la retribución económica a favor de quienes tengan certificación forestal voluntaria y señala que el Reglamento a propuesta de la ANFFS podrá establecer otros beneficios. Dado que el reglamento será un decreto supremo firmado por el Presidente y refrendado

por el Ministro de Agricultura (ANFFS) resulta confuso que se diga que a él mismo le corresponderá proponerse algo. Este error es completamente introducido por la nueva Ley Forestal.

31.2 Sobre la acreditación de la procedencia de los productos forestales no maderables y de fauna para comercialización interna y externa, se indica expresamente que esa será una función de la ANFFS. No queda claro que ello signifique que no se pueda acreditar también su procedencia a través de certificación forestal de cadena de custodia por ejemplo para el caso de productos no maderables y de fauna, pues el párrafo anterior habla de manera general productos forestales y este se refiere de manera específica a los productos forestales no maderables y de fauna. En ese sentido, a ¿quién le corresponde los casos de acreditación de la procedencia de productos forestales maderables? Si bien las imprecisiones de este párrafo provienen de la antigua Ley Forestal, se perdió una buena oportunidad para mejorar este artículo, lo que demuestra una vez más la mala técnica normativa y que no era el objetivo mejorar la Ley Forestal de manera integral sino únicamente introducir determinadas modificaciones.

Título VIII

Investigación y financiamiento

Artículo 32.- Investigación forestal y de fauna silvestre

El Estado promueve y ejecuta la actividad de investigación básica y aplicada en los campos del manejo, transformación, reforestación, conservación, mejoramiento y domesticación, propagación, crianza, comercio y mercadeo de los recursos forestales y de la fauna silvestre, a través de las instituciones públicas y privadas especializadas.

COMENTARIO 32: Este artículo se refiere a la investigación forestal

32.1 Este artículo define el Estado tiene la función de promover y ejecutar la investigación forestal básica y aplicada en los campos del manejo, transformación, reforestación, conservación, mejoramiento y domesticación, propagación, crianza, comercio y mercadeo de los recursos forestales y de la fauna silvestre. Ello lo realiza a través de instituciones públicas y privadas especializadas. Hay que hacer notar que la nueva Ley Forestal cambia la referencia de productos forestales⁵⁰ por la de recursos forestales. La antigua Ley Forestal se refería a los productos probablemente por su relación con las actividades de comercio y mercadeo, pero dejaba fuera otras actividades de la cadena productiva como el manejo. En ese sentido, esta precisión podría ser adecuada siempre que se comprendiese que los referidos recursos debe ser entendidos en sus distintas etapas de la cadena productiva, por

⁵⁰ Todos los componentes aprovechables de la flora, silvestre y cultivada, extraída del bosque.

ejemplo, recurso al momento del manejo, producto al momento de la comercialización, etc.

32.2 No obstante ello y tomando en cuenta la definición de recurso forestal del artículo 2° de la nueva Ley Forestal las actividades manejo, investigación, reforestación, conservación, mejoramiento, domesticación, propagación, crianza, comercio y mercadeo que se realicen en plantaciones forestales y tierras cuya capacidad de uso mayor sea forestal solamente se encontraran dentro del mandato de este artículo si se trabaja con algún componente silvestre de la flora terrestre o acuática emergente.

Artículo 33.- Extracción para investigación o propósito cultural

La autoridad competente otorga autorizaciones para extracción de recursos forestales y de fauna silvestre con fines de investigación científica o cultural, en las condiciones que establece la legislación sobre la materia y el reglamento.

COMENTARIO 33: El artículo se refiere a las extracciones con fines de investigación o culturales

33.1 Este artículo se mantiene sin ninguna modificación y se refiere a las autorizaciones que se requieren para poder realizar para extracciones de recursos forestales y de fauna silvestre con fines de investigación científica o cultural. El Reglamento tendrá que especificar qué nivel de gobierno es el competente para expedir estas autorizaciones.

33.2 Asimismo, al igual que el artículo anterior este artículo será aplicable en plantaciones forestales y en las tierras cuya capacidad de uso mayor forestal siempre que se trate de un componente silvestre de la flora terrestre o acuática emergente.

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

34.1 El Estado implementa mecanismos de indemnización por los efectos de la contaminación producida por el consumo de combustibles fósiles, que serán destinados al financiamiento de actividades de conservación, rehabilitación de áreas naturales e investigación forestal y de fauna silvestre.

34.2 El Estado asigna prioritariamente recursos provenientes de la reconversión de la deuda externa y donaciones para la conservación del ambiente y los recursos forestales, los que son destinados al financiamiento de programas de reforestación, conservación de ecosistemas forestales y de manejo y aprovechamiento sostenible de los recursos forestales y de fauna silvestre.

34.3 El Estado promueve el desarrollo de programas forestales y de fauna silvestre con la participación de los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales, Comunidades Campesinas y Nativas, instituciones educativas y otros.

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.

COMENTARIO 34: El artículo se refiere a los pagos que se efectúan como compensación por los servicios que brindan los bosques.

34.1 El texto es casi exactamente el mismo que había en la antigua Ley Forestal, el único cambio es que se ha eliminado el plazo puesto (2005) para la implementación de mecanismos de indemnización por los efectos de la contaminación producida por el consumo de combustibles fósiles a fin que sean destinados al financiamiento de actividades de conservación, rehabilitación de áreas naturales e investigación forestal y de fauna silvestre. Dicha obligación se mantiene perfectamente exigible por lo que el MINAG y MINAM debería hacer cumplir dicha norma.

34.2 También, se dispone que el Estado asigne prioritariamente recursos provenientes de la reconversión de la deuda externa y donaciones para la conservación del ambiente y los recursos forestales, los que son destinados al financiamiento de programas de reforestación, conservación de ecosistemas forestales y de manejo y aprovechamiento sostenible de los recursos forestales y de fauna silvestre. Asimismo, el Estado debe promover el desarrollo de programas forestales y de fauna silvestre con la participación de los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales, Comunidades Campesinas y Nativas, instituciones educativas y otros. Estas dos normas indican cómo es que el Estado debe asignar recursos y cómo debe promover la mejora de la provisión de los servicios ambientales del bosque.

34.3 Se mantienen las otras obligaciones incumplidas hasta hora por el Estado como son la implementación de mecanismos de pago por los diversos usos del agua a favor del bosque, las plantaciones forestales y programas de reforestación.

34.4 Finalmente, artículo señala que 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. Es decir, el Estado debe establecer un mecanismo de compensación por el uso de los servicios hídricos que proveen los bosques. El organismo competente encargado de implementarlo debería ser el MINAM de conformidad con su Ley de Creación, Organización y Funciones y la Ley General del Ambiente debe elaborar el inventario (en coordinación con las autoridades ambientales sectoriales) y establecer mecanismos para valorizar, retribuir y mantener la provisión

de los servicios ambientales, así como promover el financiamiento, el pago y la supervisión de los mismos. Ello deberá coordinarlo con la Autoridad Nacional del Agua por ser el ente rector del Sistema Nacional de Recursos Hídricos y autoridad competente para la gestión integrada, multisectorial y sostenible de los recursos hídricos, su conservación, incremento, así como su aprovechamiento eficiente. Asimismo, deberá coordinar con el Ministerio de Agricultura (ANFFS).

Artículo 35.- Declaración de interés nacional

Declárese de interés nacional la investigación en materia forestal y de fauna silvestre.

COMENTARIO: Este artículo es completamente nuevo y declara de interés nacional la investigación en materia forestal y de fauna silvestre. Más allá de los efectos declarativos, tiene consecuencias poco claras. Pues por ejemplo en materia constitucional la declaración de interés nacional tiene dos efectos: permite ser invocado por el Poder Ejecutivo para dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, o ser materia promoción de participación y concertación sociales en la gestión de gobierno por parte de la Presidencia del Consejo de Ministro. Sería necesario especificar los efectos concretos de esta declaración, más aun si tomamos en cuenta que existen más de un centenar de normas que declaran diversos temas de interés nacional.

Título IX

Control, infracciones y sanciones

Artículo 36.- Control e infracciones

36.1 Las infracciones a la presente Ley serán tipificadas en el Reglamento de la presente Ley, las cuales deberán tener en cuenta los siguientes criterios:

a. Desincentivar todas aquellas conductas que permitan o faciliten la extracción ilícita de recursos forestales y de fauna silvestre, así como su comercialización.

b. Los actos de depredación, o aquellos que pongan en peligro y generen o puedan generar daño a los recursos forestales y de fauna silvestre.

c. La realización de aquellas conductas que dificulten, imposibiliten u obstruyan la ejecución de las labores de gestión, administración, control y supervisión de los recursos forestales y de fauna silvestre.

d. La ejecución de aquellas conductas que transgredan o pongan en riesgo las actividades de manejo, aprovechamiento, protección o conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre.

36.2 Las sanciones administrativas se aplican sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar.

36.3 La Policía Nacional del Perú (PNP) y su organismo especializado, apoya a la autoridad forestal y de fauna silvestre, en la prevención, investigación y denuncias de las infracciones a la presente Ley. La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), dentro del ámbito de su competencia, apoya a las acciones de control de la autoridad competente.

36.4 Las autoridades de los Gobiernos Regionales, Locales y la ciudadanía en general deben brindar a la autoridad competente el apoyo y las facilidades necesarias para su adecuado cumplimiento.

36.5 Dentro de los 50 (cincuenta) kilómetros de las fronteras, las Fuerzas Armadas apoyan a la autoridad competente en la prevención y control de actividades que atentan o contravienen lo dispuesto en la presente Ley.

COMENTARIO 36: Este artículo busca dar las pautas generales respecto del control y determinación de infracciones a la Ley.

36.1 Señala que las infracciones serán tipificadas en el Reglamento y para ello introduce los criterios que deberán ser observados⁵¹. Dichos criterios son de dos tipos, aquellos que se refieren a conductas que directamente dañan o ponen en riesgo el objeto de la Ley Forestal y los bienes jurídicos protegidos por ella (recursos forestales, fauna silvestre, el manejo forestal, etc.) y aquellos otros criterios que se refieren a conductas que sin ocasionar daños directamente los facilitan o dificultan las medidas de control.

36.2 Entre los primeros están aquellos actos de depredación, o aquellos que pongan en peligro y generen o puedan generar daño a los recursos forestales y de fauna silvestre. Como se recordará en el artículo 17° la nueva Ley Forestal al referirse a las causales de caducidad del derecho de aprovechamiento ya había introducido las conductas de riesgo. Deberán también considerarse infracciones aquellas conductas que transgredan o pongan en riesgo las actividades de manejo, aprovechamiento, protección o conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre. Es decir, el manejo, el aprovechamiento, la protección y conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre (nótese que no se incluyen los servicios forestales) son reconocidas como bienes jurídicos tutelados.

36.3 En el segundo grupo de criterios se menciona el desincentivo de las conductas que permitan o faciliten la comisión de infracciones durante la extracción y comercialización (se omitió la transformación), es decir, se deben tipificar no solo la conducta que ocasiona o vulnera el objeto de la Ley sino también aquellas que lo

⁵¹ Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444) establece que las infracciones administrativas se tipifican en normas con rango de Ley, salvo que a través de una Ley se delegue expresamente su tipificación por Decreto Supremo.

consientan. No obstante es necesario tener en consideración que no es la tipificación de una infracción la que desincentiva una conducta sino la determinación y aplicación efectiva de la sanción, es por ello que el principio de razonabilidad se aplica en la determinación de la sanción administrativa más que en la tipificación de las infracciones. También se deberá considerar para la tipificación de las infracciones aquellas conductas que dificulten, imposibiliten u obstruyan la ejecución de las labores de gestión, administración, control y supervisión de los recursos forestales y de fauna silvestre (nótese que no se incluyen los servicios forestales). De esta manera también se reconoce a la gestión, administración, control y supervisión de los recursos forestales y de fauna silvestre como un bien jurídico tutelado por la Ley Forestal.

36.7 Seguidamente el artículo dispone que las sanciones administrativas se aplican sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar. Esta no es ninguna novedad⁵² pues ya estaba considerada en la antigua Ley Forestal. Sobre este punto se puede alegar que existe una limitación a la aplicación de esta norma el principio "non bis in ídem" es decir la prohibición de sancionar dos veces un mismo hecho. Nos encontramos bajo dicho supuesto cuando existe identidad de sujeto, hecho y fundamento (bien jurídico protegido).

36.8 Luego el artículo se refiere a las organizaciones públicas de apoyo a la función de control forestal. Para lo cual se recoge la mención ya contenida en la antigua Ley Forestal sobre que la Policía Nacional del Perú (PNP) y su organismo especializado apoyan a la autoridad forestal y de fauna silvestre en la prevención, investigación y denuncias de las infracciones a la presente Ley. La nueva Ley Forestal agrega que la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), dentro del ámbito de su competencia, también apoya a las acciones de control de la autoridad competente. Finalmente, también se dispone que le corresponde a las autoridades de los Gobiernos Regionales, Locales y la ciudadanía en general el brindar el apoyo y las facilidades necesarias a la autoridad competente para su adecuado cumplimiento. Finalmente, se incluye a las Fuerzas Armadas como autoridad de apoyo dentro de los 50 (cincuenta) kilómetros de las fronteras, en la prevención y control de actividades que atentan o contravienen lo dispuesto en la Ley.

36.9 Hay que hacer notar que en este artículo se utiliza indistintamente la referencia autoridad competente y autoridad forestal y de fauna silvestre, debiendo entenderseles como de igual significado. Además tampoco señala expresamente a que organismo público se refiere, y al no especificar que se trata de la ANFFS se puede presumir que se refiere también a otros niveles de gobierno con funciones forestales. Respecto a la o las autoridades competentes en el control forestal nos extenderemos en el siguiente comentario.

⁵² Esta deviene de la consideración tradicional que la potestad sancionadora de la Administración era independiente de la jurisdicción penal.

Artículo 37.- Evaluación y Control

La Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre es la encargada de evaluar y controlar el aprovechamiento sostenible de los recursos forestales y de fauna silvestre que se otorguen al amparo de la presente Ley.

COMENTARIO 37: Este artículo regula lo referido a la autoridad competente para el control forestal.

37.1 Este artículo dispone que la ANFFS es la autoridad competente para evaluar y controlar el aprovechamiento sostenible de los recursos forestales y de fauna silvestre que se otorguen al amparo de la Ley Forestal. La nueva Ley Forestal al igual que la anterior distingue el control de la supervisión. Estas es la actividades de verificar el cumplimiento de obligaciones provenientes de contratos de concesión, permiso o autorizaciones, y el control es la actividad de vigilar el cumplimiento de la legislación en general sobre las otras actividades del sector, en particular previniendo las actividades ilícitas. Por ello la antigua Ley Forestal también se refería en este artículo a la competencia de OSINFOR para supervisar el cumplimiento de los planes de manejo forestal en las concesiones forestales maderables a nivel nacional, por lo que el epígrafe se refería a la evaluación y supervisión.

37.2 No obstante como ya hemos señalado Ley Orgánica de Gobiernos Regionales establece que a estos les corresponde como función específica el desarrollar acciones de vigilancia y control para garantizar el uso sostenible de los recursos naturales bajo su jurisdicción, así como ejercer labores de promoción y fiscalización en estricto cumplimiento de la política forestal nacional. Por ello, este artículo no puede asignar funciones exclusivas de control a la ANFFS, sino que ellas deben ser ejercidas de manera integrada con las que les corresponde a los Gobiernos Regionales. Además, esta interpretación tiene asidero en la creación del Sistema Nacional de Información, Control y Administración Forestal y de Fauna Silvestre, que solo tiene sentido si dichas actividades tienen connotación nacional, en distintas organizaciones y en diferentes niveles que justifiquen la creación de un sistema nacional funcional, tal como lo establece la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Una interpretación en contrario, además devendría en inconstitucional por contradecir una Ley Orgánica. En ese sentido aunque este artículo no lo diga expresamente se debe tener en consideración las funciones que les corresponden a los Gobiernos Regionales.

Artículo 38.- Sanciones

La comisión de las infracciones a la presente Ley y su Reglamento, podrán generar la imposición de las sanciones de multa, comiso, suspensión temporal de actividad, clausura, revocatoria del derecho de aprovechamiento, resolución del contrato, inhabilitación

temporal o definitiva, incautación, medidas correctivas o reparatorias, y restricción al ejercicio de la propiedad sobre los productos forestales y de fauna silvestre.

COMENTARIO 38: Este artículo señala lo relativo a aplicación de sanciones en el marco de la Ley Forestal.

38.1 Ha sido modificado totalmente, pues la antigua Ley Forestal señalaba que las sanciones serían establecidas en el reglamento, pero posteriormente la Ley del Procedimiento Administrativo General, N° 27444, dispuso que las sanciones administrativas deben ser establecidas en una norma con rango de Ley. Por ello es que este artículo señala expresamente cuales son las sanciones que se pueden imponer a los que cometan infracciones forestales y de fauna silvestre. Estas sanciones son: multa, comiso, suspensión temporal de actividad, clausura, revocatoria del derecho de aprovechamiento, resolución del contrato, inhabilitación temporal o definitiva, incautación, medidas correctivas o reparatorias, y restricción al ejercicio de la propiedad sobre los productos forestales y de fauna silvestre.

38.2 La Ley General del Ambiente en su artículo 136° ha establecido un régimen de medidas correctivas o sanciones aplicables en el caso de infracciones contra el ambiente y los recursos naturales. Respecto de las sanciones señala: la amonestación, la multa, el decomiso (temporal o definitivo), la paralización o restricción de actividades, la suspensión o cancelación de licencia, permiso, autorización o concesión, y la clausura (parcial o total, temporal o definitiva) del local o establecimiento. En ese sentido se entiende que hubiera sido deseable que la nueva Ley Forestal no estableciera sanciones fuera de este marco a fin de no distorsionar el sistema jurídico nacional señalado por la Ley General del Ambiente. En todo caso aquellas deben ser interpretadas en el marco de las establecidas en la Ley General del Ambiente.

38.3 Un tema grave es que la Ley del Procedimiento Administrativo General ha dispuesto que la potestad sancionadora debe ser definida expresamente en una norma con rango de Ley. En la nueva Ley Forestal al igual que en la antigua no se ha establecido expresamente la potestad sancionadora de ninguno de los niveles de gobierno con funciones forestales⁵³. Se podría interpretar que la función de control incluye la función de aplicar las sanciones. No obstante como se ha indicado la potestad sancionadora debe ser señalada expresamente. De esta manera no se ha cumplido con el mandato establecido por la Ley del Procedimiento Administrativo General, por lo que podría impugnarse que la autoridad forestal de cualquier nivel tenga potestad para aplicar sanciones. Esta es una omisión que debe ser corregida inmediatamente, para ello se necesita por lo menos una norma con rango de Ley.

⁵³ La excepción es OSINFOR pues su Ley de Creación (Decreto Legislativo N° 1085) si le asigna potestad sancionadora de manera expresa.

38. 4Respecto de las sanciones la nueva Ley Forestal considera 10 tipos de sanciones, un número importante que contrasta con los 7 tipos de sanciones considerados en la Ley General del Ambiente. Entre las sanciones que se mencionan en ambas: la multa, la clausura, la resolución o cancelación del título que les otorga el derecho y la consecuente revocatoria del derecho, y la paralización o suspensión del derecho o de la actividad. La nueva Ley Forestal no distingue entre sanciones principales y accesorias por lo que podrían emplearse cualquiera de ellas.

38.5 Un caso particular es que la Ley General del Ambiente habla del decomiso (temporal o definitivo) de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción⁵⁴. Por su parte la nueva Ley Forestal habla de comiso sin especificar su significado. En ese sentido debe precisarse a que se refieren el comiso⁵⁵ si a la confiscación de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción o de los productos forestales y de fauna silvestre objetos de la infracción. En este último caso solo podría proceder el comiso cuando no pueden ser restituidos al propietario o titular del derecho de aprovechamiento. Asimismo, es necesario diferenciar la incautación, otra sanción considerada en la nueva Ley Forestal, y que en el marco de la actual legislación forestal se refiere a la confiscación de las herramientas, equipos o maquinaria utilizados para la comisión de las infracciones.

38.6 La nueva Ley Forestal no considera la sanción de amonestación, pero si menciona tres sanciones no consideradas en la Ley General del ambiente: la inhabilitación, las medidas correctivas o reparatorias y la restricción al ejercicio de la propiedad sobre los productos forestales y de fauna silvestre. Para la Ley General del ambiente las medidas correctivas no son sanciones. Respecto de la sanción de restricción al ejercicio de la propiedad sobre los productos forestales y de fauna silvestre, esta solo podría aplicarse a aquellos casos cuya adquisición (extracción,

⁵⁴ En ese sentido ya no cabría hablar de comiso o decomiso de los productos forestales y de fauna silvestre objetos de la infracción. Lo que puede llevar a hablar de una recuperación administrativa de bienes cuando los objetos de la infracción son de dominio público como es el caso de los recursos naturales. En este caso los actos de disposición que hace el Estado de dichos bienes no son propiamente el destino de bienes provenientes de una sanción; sino actos de dominio que hace el Estado sobre sus bienes recuperados.

⁵⁵ Comiso viene del latín *comissum* que significa confiscación, el comiso en materia penal es la confiscación de los medios o efectos del delito, cuando no procede la restitución de ellos al propietario. En el ámbito administrativo, específicamente en el procedimiento sancionador forestal de conformidad con el Reglamento vigente, es la sanción por el cual el Estado confisca los productos o instrumentos de una infracción forestal, o visto desde el punto de vista del infractor el comiso es la sanción que consiste en la pérdida del objeto de la infracción forestal. El comiso tiene como fin evitar que la comisión de una infracción o delito pueda producir el más mínimo enriquecimiento para sus autores.

compra, etc.) haya sido lícita pues de lo contrario no habría ningún derecho de propiedad válido que se le pueda restringir. Sobre este caso es necesario indicar que uno de los compromisos asumidos en la Adenda Forestal del Protocolo de Enmienda del Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos se señala que una de las sanciones que debe incluirse es la suspensión del derecho de exportar el producto respecto del cual se infringió una ley, norma u otra medida; no quedando expresamente recogida en esta nueva ley. No obstante podría interpretarse que un efecto de la restricción al ejercicio de la propiedad puede ser la restricción de exportación del producto (disposición). No obstante, subsiste el problema si la adquisición de los productos ha sido ilícita no hay derecho de propiedad que restringir.

38.7 Un elemento importante para la efectividad de las sanciones es la facultad de cobranza coactiva, la cual solo puede establecerse en una norma con rango de Ley. La antigua Ley Forestal omitió darle esa facultad al INRENA lo que debilitó sustantivamente la efectividad de las sanciones que imponía. Lamentablemente la nueva Ley Forestal también comete dicha omisión y no establece facultades coactivas para ninguna de las autoridades competentes y cualquiera de los niveles, por lo que se puede prever similares dificultades para ellas a la hora de implementar sus sanciones.

Artículo 39.- Recursos Impugnativos

Sólo pueden interponerse, ante los Gobiernos Regionales o el Ministerio de Agricultura, respectivamente, los recursos de apelación y revisión.

Los recursos impugnativos se presentan ante la autoridad que emitió el acto administrativo que se recurre, y deben ser trasladados al superior jerárquico dentro de los cinco días hábiles posteriores a su presentación, bajo responsabilidad en caso de incumplimiento.

La impugnación de medidas cautelares será tramitada en cuaderno separado.

COMENTARIO 39: Este artículo regula la interposición de recursos impugnativos en procedimientos administrativos contra actos administrativos emitidos por autoridades forestales. Este tema no estaba regulado en la antigua Ley Forestal.

39.1 El artículo dispone que sólo puede interponerse, ante los Gobiernos Regionales o el Ministerio de Agricultura, respectivamente, los recursos de apelación y revisión. Es decir, la primera instancia es una autoridad de nivel sub nacional, posiblemente una gerencia regional. El Gobierno Regional (el Presidente) resuelve en segunda instancia los recursos de apelación y el Ministerio de Agricultura (el Ministro) resuelve los recursos de revisión pues la segunda instancia no tiene competencia a nivel nacional. En ese sentido este artículo reconoce tácitamente que la primera instancia por ejemplo sancionadora corresponderá a una autoridad subregional. Además, lo dispuesto en el artículo no enerva que se puedan presentar recursos de

reconsideración ante cualquiera de estos tres niveles frente a actos administrativos que emanen de ellos.

39.2 Asimismo el artículo dispone una serie de normas de procedimiento sobre la tramitación de los recursos: ante quién se presentan los recursos impugnativos (autoridad que emitió el acto), el plazo para correr traslado (dentro de los 5 días hábiles) o el trámite de la impugnación de medidas cautelares⁵⁶ (cuadernos separados). Resulta sumamente extraño que se establezca normas procedimentales en una Ley Forestal que debería ser eminentemente sustantiva.

Artículo 40.- Gastos para la obtención o presentación de medios probatorios

Los gastos por los peritajes realizados, actuación de pruebas, inspecciones y otros derivados de la tramitación del procedimiento serán de cargo de la parte del solicitante de la prueba.

COMENTARIO 40: Esta es otra norma de carácter procedimental que tiene como finalidad establecer que los gastos derivados de la tramitación el procedimiento (no se aclara si administrativo o sancionador, por lo que podría ser para ambos) son de cargo de la parte solicitante de la prueba. Es decir, si el administrado solicita que se actúe alguna prueba o diligencia, le corresponde aquel correr con los gastos.

Artículo 41.- Adquisición de productos o especímenes de flora o fauna silvestre de origen ilícito

Toda persona que alega haber adquirido un derecho legítimo sobre cualquier producto o espécimen de especie de flora y fauna silvestre expresamente protegidas por la legislación nacional y los convenios internacionales, que hayan sido obtenidos mediante la comisión de infracciones a la presente Ley y su Reglamento, deberá acreditar la legitimidad de su derecho de acuerdo a las condiciones y requisitos establecidos por el Ministerio de Agricultura mediante Decreto Supremo.

Todo producto o espécimen de especie de flora o fauna silvestre de origen ilícito, estará sujeto a incautación, comiso y otras sanciones previstas en el artículo 38 de la

⁵⁶ La nueva Ley Forestal no menciona expresamente que se puedan dictar medidas cautelares dentro de los procedimientos administrativos porque ello no le corresponde a una norma sustantiva y porque además ello ya ha sido normado por la Ley del Procedimiento Administrativo General que permite tomar medidas cautelares y la Ley General del Ambiente también permite a las autoridades ambientales competentes dictar medidas cautelares. Lo que no ha hecho la nueva Ley Forestal (ni los otros decretos legislativos) ha sido señalar cuál o cuáles son las autoridades ambientales competentes en el Sector Agricultura, al cual corresponden el sector forestal.

presente Ley, independientemente del conocimiento o no del poseedor del origen ilícito del producto (*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS.

Lo previsto en este artículo entrará en vigor a partir del 1 de enero del 2009 para las especies incluidas en los apéndices de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre - CITES y a partir del 1 de julio del 2010 para las otras especies de flora y fauna silvestre.

COMENTARIO 41: Este artículo pretende regular la adquisición de productos y especímenes de origen ilícito.

41.1 Pretender regular la adquisición de productos o especímenes de origen ilícito es sumamente preocupante, pues parecería que se pretende legalizar productos provenientes de la comisión de infracciones o delitos. En materia penal ello configura el delito de receptación⁵⁷ y la legislación forestal es una infracción administrativa⁵⁸. En ese sentido corresponde determinar si el objeto de este artículo es legalizar los productos provenientes de la comisión de infracciones o delitos o liberar de responsabilidad a los que comentan este delito e infracción siempre y cuando cumpla con "las condiciones y requisitos" que establezca el Ministerio de Agricultura por Decreto Supremo.

41.2 La primera posibilidad "legalizar los productos provenientes de la comisión de infracciones o delitos" es sencillamente inadmisibles en nuestro marco legal y no concordante con el objeto de la Ley Forestal. En ese sentido la pretendida acreditación de la legitimidad del derecho del adquirente resulta sumamente contradictoria primero porque se le estaría reconociendo un derecho de propiedad sobre el producto. Al reconocer la legitimidad de un derecho de propiedad este solo podría ser privado, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Es decir, obligaría al Estado a indemnizar aquellos que adquieran productos ilegales.

41.3 Además hay que considerar el segundo párrafo del artículo que señala que todos los productos o especímenes de especie de flora o fauna silvestre de origen ilícito, estarán sujetos a incautación, comiso y otras sanciones previstas en el artículo 38⁵⁹, independientemente del conocimiento o no del poseedor del origen ilícito del producto. Entonces el desconocimiento del origen del producto no podrá ser una

⁵⁷ Cuando se adquiere, recibe en donación o en prenda o guarda, esconde, vende o ayuda a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa se tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito.

⁵⁸ La adquisición, transformación o comercialización de productos forestales extraídos ilegalmente, así como la prestación de servicios para la transformación o almacenamiento de dichos productos forestales.

⁵⁹ Originalmente decía 39° pero luego se "corrigió" a través de una fe de erratas.

de las condiciones que acredite la legitimidad del derecho del adquirente. Habría que preguntarse entonces ¿cuáles sí?, ¿qué objetivo busca una norma como esta?

41.4 Las respuestas la debe tener el MINAG que deberá establecer las condiciones por las cuales se podría adquirir "legítimamente" productos provenientes de la comisión de delitos e infracciones. A través de dichas condiciones se permitiría definir una adquisición de "buena fe" que libre de responsabilidad al adquirente incluso a sabiendas, pues bastaría que cumpliera los requisitos para legalizar su conducta ilícita. Esto es completamente ilegal pues se estaría legalizando la adquisición de productos de delitos y además es contrario al fin de la Adenda Forestal del Protocolo de Enmienda del Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos que establece entre las conductas que se deben sancionar las que a sabiendas adquiriere madera o productos madereros de zonas o personas no autorizadas por la legislación peruana.

41.5 Además, de la lectura de los dos primeros párrafos se llega a una conclusión sumamente contradictoria: se podría aplicar sanciones (incautación, comiso y otras sanciones establecidas en el artículo 38°) a pesar que la adquisición haya sido independientemente del conocimiento o no del poseedor del producto. Es decir, se llegaría a la contradicción de sancionar por una "adquisición lícita". Es evidente la inconveniencia del primer párrafo y la necesidad de derogarlo.

41.6 Si perjuicio de lo antes señalado es necesario advertir el uso que se le da a las figuras de incautación y comiso. Como se indicó en el comentario 38.5 la incautación y el comiso tienen naturalezas distintas y se refieren a bienes diferentes. Al establecerse que se pueden se puede incautar y comisar los productos y especímenes provenientes de comisión de infracciones, se les está utilizando como sinónimos. No se puede confundir la privación de los instrumentos y medios utilizados para la comisión de la infracción y la privación de los productos o bienes objeto de la infracción se confunden. En este artículo se hace mención a la incautación y al comiso como si ambos sean privaciones de los productos objetos de la infracción. No se entiende si la diferencia se debe a la temporalidad de la privación a que se debe dicha diferencia⁶⁰. En el marco de la antigua Ley Forestal se diferenciaba la inmovilización que ocurría como medida preventiva, el comiso que era la sanción de privación de los productos, la incautación para las herramientas y medios utilizados, y el internamiento (que luego fue denominada inmovilización) como medida preventiva para los medios de transporte utilizados. Parece que la nueva Ley Forestal confunde los conceptos y desconoce los señalados en la Ley General del Ambiente.

41.7 Finalmente, se establece que este artículo entrará en vigor recién a partir del 1° de enero del 2009 para las especies incluidas en los apéndices de la Convención

⁶⁰ No cabe la interpretación de que uno es preliminar y el otro definitivo pues si alguno se aplica antes que concluya el proceso sancionador no puede ser considerado una sanción, pues no se puede aplicar sanciones sin un proceso sancionador.

sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre – CITES. Esta, parte del artículo es sumamente preocupante pues podría significar que hasta el 31 de diciembre del 2008 no se aplicarían plenamente las convenciones como CITES, que justamente demandan que se tomen las medidas necesarias para evitar el comercio de productos de origen ilícito. Ello es muy preocupante porque además el TLC establece que se adoptarán, mantendrán e implementarán leyes, reglamentos y cualesquiera otras medidas para cumplir con sus obligaciones bajo los acuerdos ambientales multilaterales, entre los cuales se menciona expresamente la Convención CITES. Con este artículo se estaría suspendiendo en parte la aplicación de la CITES hasta el primero de enero de 2009 y se estaría yendo en contra del objetivo del TLC.

41.8 Además no se entiende como debe interpretarse este plazo suspensivo, pues se podría entender que mientras tanto todas las adquisiciones son ilegítimas o por el contrario todas son legítimas. Lo mismo pasaría con respecto del mandado de "incautación y comiso", es decir, mientras que entre en vigencia solo se comisaría cuando el poseedor tenga conocimiento de la procedencia ilícita o lo que es peor en ningún caso se comisaría.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

COMENTARIO 42: Se eliminaron varias disposiciones complementarias transitorias de la antigua Ley Forestal principalmente por su carácter transitorio, de manera que en la actualidad carecían de sentido mantenerlas.

PRIMERA.- Los recursos que se generen por el otorgamiento de las concesiones forestales son empleados exclusivamente para el establecimiento de los bosques de producción permanente, actividades de control, supervisión de los planes de manejo y la promoción de la reforestación.

COMENTARIO 43: Es idéntica a la quinta la disposición de la antigua Ley Forestal. No obstante esta norma que solo se restringe a las concesiones forestales no se siguió la misma línea de uniformizar el tratamiento también a los permisos y autorizaciones, utilizado en otros artículos de la nueva Ley Forestal. Esta no es una norma transitoria por lo que no debió ubicarse en esta parte de la nueva Ley Forestal.

SEGUNDA.- Precísese que se encuentran exceptuados de la aplicación de lo establecido en la Séptima Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 27308 los derechos de aprovechamiento que hayan sido otorgados al amparo de la mencionada Ley y los que se otorguen al amparo del presente Decreto Legislativo, siempre que cumplan sus Planes de Manejo Forestal, y cuyos Planes Operativos Anuales hayan sido previamente verificados in situ y aprobados (*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS.

COMENTARIO 44: Esta disposición establece una excepción a las vedas establecidas en la Séptima Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 27308.

44.1 Esta disposición busca precisar que se encuentran exceptuados de la aplicación de la vedas establecidas en la Séptima Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 27308 (aun vigente) los derechos de aprovechamiento otorgados o que se otorguen (ha habido una fe de erratas para incluir esta precisión), siempre que cumplan con el plan de manejo forestal y sus POAs hayan sido verificados en situ y aprobados. En ese sentido la regla general sería que las vedas como herramientas de gestión ambiental se aplican en concordancia con las otras herramientas de gestión como por ejemplo el manejo forestal.

44.2 Durante la aplicación de la antigua Ley Forestal existió un conflicto respecto de la interpretación de la Séptima Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 27308, pues habían quienes sostenían que debía aplicarse sin ninguna restricción y quienes sostenían debía aplicarse teniendo en consideración también el artículo 24° de la antigua Ley Forestal (artículo 23° de la nueva Ley Forestal). En ese sentido, se entiende que la precisión hecha en esta disposición busca a establecer la interpretación que debe hacerse entre estas dos normas contenidas en la misma ley.

TERCERA.- Prohíbese la exportación de madera aserrada de las especies caoba (*Swietenia macrophylla*) y cedro (*Cedrela odorata*), proveniente de los bosques no comprendidos en la Séptima Disposición Complementaria transitoria de la Ley N° 27308. Sólo podrá exportarse productos elaborados o piezas y partes de estas especies.

COMENTARIO 45: Esta disposición reitera el primer párrafo de la Octava Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 27308.

45.1 Esta disposición restablece la prohibición de exportación de madera solamente aserrada de caoba y cedro proveniente de los bosques no comprendidos. Señala que solo pueden exportarse productos elaborados o partes y piezas de dichas especies.

45.2 La Octava Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 27308 fue declarada inconstitucional por el Fallo del Tribunal Constitucional del Expediente N° 006-2000-AI-TC, publicado el 16-06-2002. Si bien la parte resolutive de la sentencia es clara, lo declara inconstitucional, de la parte considerativa no queda claro que sea inconstitucional el texto del primer párrafo sino su utilización para afectar contratos previamente suscritos. Es decir, contratos de exportación de madera de cedro y caoba aserrada suscritos antes de la vigencia de la antigua Ley Forestal. Lo que hace la sentencia es señalar que no se justifica la intromisión de la ley en los contratos previamente celebrados, pues al prohibirse la exportación de madera ya talada, el fundamento para impedir su exportación no puede ser la conservación del recurso, sino más bien, propiciar el valor agregado en los bienes de exportación, lo que no justifica la intromisión en contratos ya suscritos. Desde este punto de vista,

lo que sería inconstitucional es aplicar dicha restricción a los contratos previamente celebrados. Más aun si respecto del segundo párrafo se señala que es inconstitucional por discriminatorio, por lo que se ordenó que se conceda, a las empresas no comprendidas en aquel segundo párrafo (contratos de extracción forestal menores a mil hectáreas), igual plazo (5 meses) para acceder al permiso de exportación que el concedido a las empresas comprendidas en él (contratos de extracción forestal mayores a mil hectáreas) Más aun si en la sentencia en ningún momento se cuestionó la competencia del Estado para establecer dicha restricción sino únicamente para a través de ella afectar contratos previamente celebrados.

SÉTIMA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA DE LA LEY 27308 (AUN VIGENTE).-

Declárase en veda a partir de la vigencia de esta Ley, por 10 (diez) años, la extracción de las especies maderables caoba (*Switenia macrophylla*) y cedro (*Cedrela odorata*) en las cuencas de los ríos Putumayo, Yavarí, Tamaya y el Purús; así como en otras áreas declaradas o por declararse mediante decreto supremo.

COMENTARIO 46: La Sétima Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 27308 se mantiene vigente de conformidad a la única disposición complementaria derogatoria de la nueva Ley Forestal.

46.1 Esta norma establece la aplicación de una veda de cedro y caoba de 10 años en un área indeterminada (o en todo caso determinable) pues si bien cita cuatro cuencas luego señala que también son todas las declaradas o por declararse por decreto supremo (sic). Es decir, de conformidad con esta disposición están en veda por 10 años no solo las cuencas de los ríos Putumayo, Yavarí, Tamaya y el Purús, sino también aquellas que se hayan establecido y las que pudieran establecerse por decreto supremo, es decir, se modifica el plazo a 10 años para todas las otras vedas ya existentes y se determina que las que se establezcan también tendrán el plazo de 10 años.

46.2 La Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de Recursos Naturales dispone que la protección de recursos vivos en peligro de extinción que no se encuentren dentro de ANP se norma en leyes especiales. En ese caso la ley especial es la Ley Forestal. Asimismo, según la Ley General del Ambiente las vedas son instrumentos de gestión ambiental y por lo tanto son mecanismos orientados a la ejecución de la política ambiental, medios operativos que son diseñados, normados y aplicados con carácter funcional o complementario, para efectivizar el cumplimiento de la Política Nacional Ambiental y las normas ambientales. Señalando además que se requiere también incorporar mecanismos para asegurar su cumplimiento incluyendo, entre otros, los plazos y el cronograma de inversiones ambientales, así como los demás programas y compromisos que sean necesarios.

46.3 En ese sentido una redacción tan imprecisa nos debería a analizar la vigencia de Decretos Supremos como el 013-96-AG que veda la extracción forestal de maderas en 10 cuencas y bosques del territorio nacional. Consideramos, que esta

disposición debe ser al menos modificada pues no se puede pretender establecer una veda sin definir la especie (que se prohíbe su extracción), el plazo determinado (tiempo por el que se prohíbe su extracción) y un ámbito geográfico (lugar donde se prohíbe la extracción). Debiendo incorporar mecanismos para asegurar su cumplimiento incluyendo, entre otros, los plazos y el cronograma de inversiones ambientales, así como los demás programas y compromisos que sean necesarios, de conformidad con la Ley General del Ambiente.

46.4 De conformidad con la legislación vigente sobre producción y sistematización legislativa, en caso de que deba mantenerse la vigencia de algunos preceptos de una norma derogada, dichos preceptos (como esta disposición) deben incorporarse al nuevo texto como disposiciones finales o transitorias, según sea su naturaleza. En ese sentido, dicha disposición debió incorporarse al texto de la nueva Ley Forestal.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

COMENTARIO 47: Al supeditar la vigencia de la nueva Ley Forestal a la publicación del nuevo reglamento hace innecesario el uso del principio de ultractividad de los reglamentos de la ley anterior.

PRIMERA.- La presente Ley será reglamentada dentro del plazo máximo de noventa (90) días, mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Agricultura (*)
RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS.

El Ministerio de Agricultura se encuentra autorizado a emitir las disposiciones complementarias que sean necesarias para la aplicación de la presente Ley.

COMENTARIO 48: Establece el plazo para la elaboración del reglamento.

48.1 Da el plazo de 90 días (se entiende hábiles) para la elaboración del nuevo reglamento, además faculta al MINAG a emitir las disposiciones complementarias que sean necesarias. A través de una fe de erratas se eliminó una frase que hacía referencia a que el plazo corría desde su entrada en vigencia. Esto se entiende porque según la sexta disposición complementaria final, señala que esta Ley entra en vigencia cuando se publique el reglamento. En ese sentido, el plazo de los 90 días hábiles corre desde el día lunes 30 de junio y vencería aproximadamente durante la primera semana de noviembre.

48.2 Asimismo se dispone que el MINAG emita las disposiciones complementarias (se entiende a través de resolución ministerial) que sean necesarias para la aplicación de la nueva Ley Forestal, de manera que la aplicación de algunas normas de esta ley podrían demorarse hasta que se den estas disposiciones complementarias. Convendría determinar cuáles son aquellas normas que requieren de dichas disposiciones para su aplicación.

SEGUNDA.- Sólo procede la comercialización interna y externa de productos forestales provenientes de bosques manejados. Sólo se pueden exportar productos forestales con valor agregado.

La autoridad forestal competente podrá transferir a título oneroso o gratuito los productos forestales que haya decomisado o declarado en abandono, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de la materia.

COMENTARIO 49: Esta disposición establece algunas normas sobre comercialización de productos forestales.

49.1 Prohíbe la comercialización interna y externa de productos forestales que no provengan de bosques manejados. En ese sentido sólo se puede comercializar interna y externamente aquellos productos forestales provenientes de bosques manejados. Esta norma ya estaba contemplada en la antigua Ley Forestal, pero en ella además se hacía la referencia a que esta restricción se aplicaba a partir del 2005 por extemporánea y que la procedencia de un bosque manejado debía ser acreditada por el MINAG. Ambas condiciones han sido eliminadas en la nueva Ley Forestal.

49.2 Lo que no queda claro es qué se debe entender por bosque manejado. Pues podría interpretarse como bosque manejado solamente aquellos que de alguna manera pueden acreditar manejo forestal conforme a la legislación vigente, es decir, únicamente aquellos que tienen certificación forestal voluntaria, o también podría decirse que son bosques manejados todos aquellos que cuentan con plan de manejo forestal aprobado por la autoridad competente como es actualmente.

49.3 Asimismo, la disposición mantiene la referencia respecto que solo se pueden exportar productos con valor agregado. No obstante no corrige la vulneración hecha a través del el Artículo 1º del Decreto Supremo N° 005-2005-AG, publicado el 25 Enero 2005 que modificó la definición de valor retirando la referencia de que este solo se consideraba para aquellas etapas posteriores a la transformación primaria. Dicho dispositivo permitió interpretar que el talado y el aserrío sería valor agregado. Dicha situación no se corrigió en este artículo. Además, habría que concordar este artículo con la Tercera Disposición Complementaria Transitoria que dice que solo se exporta cedro y caoba en partes y piezas, las que suponen a la vez que son un nivel de valor agregado.

49.4 La disposición señala que la autoridad forestal competente podrá transferir a título oneroso (vender) o gratuito (donar) los productos forestales decomisados⁶¹ o declarados en abandono. Es decir, el único que podría comercializar productos no

⁶¹ Debe entenderse como comisados, pues en el resto de la nueva Ley Forestal no se utiliza la expresión decomiso, sino comiso. Es otro ejemplo de una mala técnica normativa que insiste en utilizar diferentes términos para un mismo concepto dentro de la norma.

provenientes de bosques manejados sería el Estado. Dichos productos luego de entrar al mercado podrían ser comercializados por los particulares, es esta manera el primer párrafo quedaría burlado.

49.5 Finalmente, esta norma flexibiliza en cierta forma el marco normativo anterior respecto de los destinos que se le pueden dar a los productos forestales decomisados y abandonados. El marco anterior permitía destruirlos y reducir su valor comercial. Si bien esta la nueva Ley Forestal no prohíbe expresamente que se le puedan dar esos destinos⁶² al no establecer como destino en la misma ley, permite que por el reglamento se pudiera flexibilizar demasiado esta norma.

TERCERA.- El Ministerio de Agricultura, en coordinación con la Autoridad Científica CITES, realizará progresivamente estudios técnicos para determinar los rendimientos de los productos a fin de calcular con precisión los factores de conversión y disponer el análisis técnico y la actualización periódica del inventario de especies forestales, priorizando las incluidas en los apéndices de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre - CITES y los estudios de rendimiento de productos. Los resultados serán puestos a disposición del público.

El Ministerio de Agricultura establecerá, cuando corresponda, la cuota de exportación anual de las especies incluidas en la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre - CITES, de conformidad con la opinión de la autoridad científica CITES y teniendo en cuenta los estudios técnicos referidos en el párrafo anterior.

COMENTARIO 50: Esta disposición establece algunas normas referidas a la implementación de la Convención CITES.

50.1 Se señala que le corresponde al MINAG, en coordinación con la autoridad científica CITES⁶³, realizará progresivamente estudios técnicos para determinar los rendimientos de los productos a fin de calcular con precisión los factores de conversión y disponer el análisis técnico y la actualización periódica del inventario de especies forestales. Pero no se dice expresamente que le corresponda la determinación de esos rendimientos, ni la aprobación de los factores de conversión. Por lo que no resuelve el problema planteado por los Decretos Leyes N° 25629 y 25909 que establecen que cuando se refieren a rendimientos para exportación deben ser aprobados por un decreto supremo del MEF. En otras palabras esta disposición no hace más que elevar a nivel de ley mandatos que ya venían

⁶² Por lo que se podría alegar que puede incluirse en el reglamento.

⁶³ Actualmente dicha función la desempeña la UNALM, pero de conformidad con la nueva legislación en la materia ahora le corresponde al Ministerio del Ambiente designar a las autoridades nacionales en materia de CITES. En la actualidad el MINAM no ha ratificado a la UNALM en dicha función.

ejecutando y no soluciona el tema de fondo: la competencia de la autoridad forestal para poder aprobar los rendimientos para calidad de exportación.

50.2 La disposición señala que deben priorizarse las especies incluidas en los apéndices de la Convención CITES- Asimismo, esta disposición se refiere el MINAG puede establecer la cuota de exportación anual de especies incluidas en la CITES, de conformidad con la opinión de la autoridad científica CITES y los informes técnicos correspondientes. Los cupos nacionales de exportación (tal como los llama CITES) han venido siendo aprobados por el INRENA, por lo que el único cambio que introduce esta disposición es que ahora se reconoce a nivel de ley la competencia del MINAG y se eleva el nivel de norma para aprobar estos cupos, pues hasta la fecha se han venido aprobando con resolución jefatural, y de conformidad con esta disposición ahora correspondería hacerlo a través de resolución ministerial.

50.3 Si bien este artículo implementa textualmente varios compromisos asumidos en la Adenda Forestal del TLC, no obstante se tiene que tomar en consideración que el sistema de CITES establece que la autoridad científica debe emitir un dictamen de extracción no perjudicial (del cual aun no hay términos de referencia) el cual ampare la emisión de los certificados de exportación. Por lo tanto es este el sistema que se debería buscar implementar y no el sistema de cupos de exportación que son transitorios. En ese sentido, regular el establecimiento del cupo de exportación sin disponer las medidas para alcanzar el cumplimiento pleno de la convención CITES resulta una medida contraproducente pues se institucionaliza la salida de corto plazo, sin marcar el camino a la implementación deseada. Esta debió ser una disposición transitoria.

CUARTA.- El transporte de especímenes, productos y sub productos forestales y de fauna silvestre, que hayan sido autorizados para su aprovechamiento por la autoridad competente debe ser amparado con guías de transporte forestal y de fauna silvestre, las cuales son autorizadas o emitidas únicamente por la autoridad competente de acuerdo a lo que establezca el Reglamento.

Toda información proporcionada por los administrados que sirva para la emisión o llenado de las guías de transporte forestal y de fauna silvestre tiene carácter de declaración jurada.

Las personas naturales o jurídicas que realicen algún tipo de transporte o aprovechamiento de especímenes, productos y subproductos forestales y/o de fauna silvestre deberán registrar sus medios de transporte o maquinaria ante la autoridad competente. Los señalados medios de transporte o maquinaria deberán contar con un sistema de posicionamiento global (SPG) incorporado u otro similar.

Mediante Decreto Supremo del Ministerio de Agricultura, se regulará la aplicación de lo previsto en el párrafo anterior, teniendo en consideración su implementación gradual y progresiva.

COMENTARIO 51: Esta disposición es completamente nueva y pretende regular respecto el transporte de especímenes, productos y sub productos forestales y de fauna silvestre.

51.1 Si bien en principio parece que se cambia el sistema de emisión de GTF, al indicar que pueden ser emitidas o autorizadas por la autoridad competente, permite que en el Reglamento subsista el sistema establecido en el marco vigente anterior⁶⁴ (GTF emitidas por la autoridad y GTF autorizadas por la autoridad y emitidas por el administrado). Al indicarse que quien autoriza o emite las GTF es la autoridad competente se reconoce los diversos niveles de competencia en el tema de control del transporte forestal.

51.2 Además, la disposición señala que la información proporcionada por los administrados que sirva para la emisión o llenado de las GTF tiene carácter de declaración jurada. Por lo que presentar información falsa se constituiría en delito de contra le fe pública.

51.3 Asimismo, se dispone que quienes realicen el transporte y aprovechamiento de los recursos forestales deben registrar sus medios de transporte o maquinarias, los que a su vez deberán incorporar un sistema de posicionamiento global o similar. Se señala que esta medida deberá implementarse gradual y progresivamente. De esta manera se estaría imponiendo un sistema similar al que usan las embarcaciones de pesca industrial (SISESAT). Es decir, los camiones transportadores, los tractores forestales, etc. deberán llevar un sistema de posicionamiento global que permita identificar su ubicación exacta en todo momento. Dicho dispositivo deberá emitir señales de manera constante (si ocurriera una interrupción podría considerarse una infracción) a fin de asegurar que se encuentren ubicados en el área asignada, cualquier desviación de su posición autorizada podría considerarse una infracción.

51.4 Esto se regulará por Decretos Supremo del Ministerio de Agricultura (se entiende refrendado por el Ministro de Agricultura, pues quién firma los Decretos Supremos es el Presidente de la República). Este dispositivo se enmarca dentro de los compromisos de la Adenda Forestal del TLC que establecen fortalecer estos controles⁶⁵.

QUINTA.- Los titulares de contratos de concesión forestal vigentes a la fecha de publicación de la presente norma podrán acogerse a lo dispuesto en el literal a) del

⁶⁴ Que les permite a los concesionarios forestales con fines maderables emitir las guías de transporte de productos forestales en estado natural (troza).

⁶⁵ El TLC señala que: "Un sistema eficaz para la cadena de los requisitos de custodia debería brindar supervisión de la gestión, control de documentos, separación y rastreo del material, compras y recibos, procesamiento, envío y ventas, reclamaciones y capacitación, y podrá usar tecnologías innovadoras de rastreo, como códigos de barras".

artículo 18 de la presente Ley, siempre que cumplan con las condiciones que establezca la Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre.

COMENTARIO 52: En esta disposición se señala que las actuales concesiones forestales pueden adecuarse a lo establecido respecto de la nueva forma de pago de la retribución económica. La ANFFS es la que determinará cómo es que se puede adecuar a estas nuevas formas de determinar el pago. La redacción de la disposición va ocasionar que los contratos de concesión que se otorguen entre la publicación de la nueva Ley Forestal y su vigencia vayan a tener problemas para poder adecuarse, pues esta disposición dice que es solo aplicable a las concesiones vigentes a la fecha de publicación. Este tipo de normas son de carácter transitorio, por lo que debió ser una disposición transitoria y no una final.

SEXTA.- El presente Decreto Legislativo entrará en vigencia al día siguiente de la publicación de su Reglamento en el Diario Oficial El Peruano, mientras tanto será aplicable lo dispuesto en la Ley N° 27308 y su Reglamento.

COMENTARIO 53: Esta disposición es sobre la vigencia de la nueva Ley Forestal la que entrará en vigencia al día siguiente de la publicación de su Reglamento, por lo que mientras tanto es aplicable la ley 27308 y su reglamento. Es decir actualmente está vigente la Ley N° 27308 y su Reglamento.

CUARTA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL DE LA LEY 27308 AUN VIGENTE.- Inclúyase como inciso e) del Artículo 17 del Decreto Legislativo N° 776, Ley de Tributación Municipal, el siguiente texto:

“Artículo 17.- (...)

e) Las concesiones en predios forestales del Estado dedicados al aprovechamiento forestal y de fauna silvestre y en las plantaciones forestales.”

COMENTARIO 54: Esta disposición se mantiene vigente, de conformidad con la única disposición derogatoria de la nueva ley. Se refiere a la inafectación al impuesto predial.

54.1 Al mantener vigente el texto de la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 27308 no se ha considerado que artículo 17° del Decreto Legislativo N° 776, después de ser modificado por la Ley N° 27308 ha sido modificado por posteriormente por el Artículo 1° de la Ley N° 27616, Ley que restituye recursos a los gobiernos locales, que incluye expresamente en el inciso “i” a las concesiones en predios forestales del Estado dedicados al aprovechamiento forestal y de fauna silvestre y en las plantaciones forestales, por lo que era innecesario mantener esta modificación, peor aún podría llevar a confusión.

54. 2 Sin perjuicio de lo antes dicho, de conformidad con la legislación vigente sobre producción y sistematización legislativa, en caso de que deba mantenerse la vigencia de algunos preceptos de una norma derogada, dichos preceptos (como esta disposición) deben incorporarse al nuevo texto como disposiciones finales o transitorias, según sea su naturaleza. En ese sentido, si esta disposición hubiera sido necesaria mantenerla, ello debió hacerse incorporarse al texto de la nueva Ley Forestal.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

UNICA.- Derógase la Ley N° 28204, Ley de Transferencia de Madera Decomisada y sus normas modificatorias; la Ley N° 27308, Ley Forestal y de Fauna Silvestre y sus normas modificatorias, con excepción de lo previsto en su Séptima Disposición Complementaria Transitoria y su Cuarta Disposición Complementaria Final; y las demás normas que se opongán a lo establecido en el presente Decreto Legislativo.

COMENTARIO 55: Esta es la disposición que deroga las leyes N° 27308 y 28204, y sus normas modificatorias. Asimismo señala que se mantienen vigentes la Séptima Disposición Complementaria Transitoria y su Cuarta Disposición Complementaria Final, no obstante como ya se explicó en comentarios anteriores de conformidad con la legislación vigente sobre producción y sistematización legislativa, en caso de que deba mantenerse la vigencia de algunos preceptos de una norma derogada, dichos preceptos deben incorporarse al nuevo texto como disposiciones finales o transitorias, según sea su naturaleza.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno en Lima, a los veintisiete días del mes de junio del año dos mil ocho.

ALAN GARCÍA PÉREZ

Presidente Constitucional de la República

JORGE DEL CASTILLO GÁLVEZ

Presidente del Consejo de Ministros

ISMAEL BENAVIDES FERREYROS

Ministro de Agricultura

ANTONIO JOSÉ BRACK EGG

Ministro del Ambiente

MERCEDEZ ARÁOZ FERNÁNDEZ

Ministra de Comercio Exterior y Turismo