

**UNIVERSIDAD NACIONAL JORGE BASADRE GROHMANN - TACNA**

**ESCUELA DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

**CONCORDANCIA ENTRE EL DERECHO A LA  
PROPIEDAD DEL TERRITORIO COMUNAL  
Y LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS  
MINERALES POR LAS EMPRESAS  
EXTRACTIVAS**

**TESIS**

**PRESENTADA POR :**

**Abog. DELIA YOLANDA MAMANI HUANCA**

**Para Optar el Grado Académico de:**

**MAESTRO EN CIENCIAS (*MAGISTER SCIENTIAE*) CON  
MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

**TACNA - PERÚ  
2013**

**UNIVERSIDAD NACIONAL JORGE BASADRE GROHMANN - TACNA  
ESCUELA DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

**CONCORDANCIA ENTRE EL DERECHO A LA PROPIEDAD DEL  
TERRITORIO COMUNAL Y LA EXPLOTACION DE LOS  
RECURSOS MINERALES POR LAS  
EMPRESAS EXTRACTIVAS**

Tesis sustentada y aprobada el 06.de setiembre del 2013; estando el jurado calificador integrado por:

PRESIDENTE :

  
.....  
Dra. Rina María Álvarez Becerra

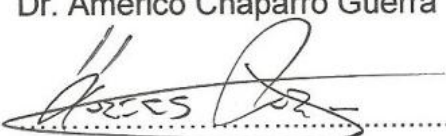
SECRETARIO :

  
.....  
Dr. Jael Ángel Flores Alanoca

MIEMBRO :

  
.....  
Dr. Américo Chaparro Guerra

ASESOR :

  
.....  
Dr. Rubens Houson Pérez Mamani

## **DEDICATORIA**

A mi padre Inocencio, que desde la eternidad me guía y me acompaña.

A Bernardo y Aldo, mi esposo e hijo, que son la fuente de mi inspiración y superación.

## **AGRADECIMIENTO**

A mis docentes de la Escuela de Posgrado de la UNJBG por sus enseñanzas impartidas.

A mi asesor Dr. Rubens Pérez Mamani, por su apoyo constante.

## ÍNDICE

	<b>PÁG</b>
DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTO	ii
INDICE GENERAL	iii
INDICE DE TABLAS	ix
INDICE DE GRAFICOS	x
RESUMEN	xi
ABSTRAC	xii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	
1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	3
1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	6
1.2.1 Problema general	6
1.2.2 Problemas específicos	6
1.3 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN	7
1.3.1 Justificación de la investigación	7
1.3.2 Importancia de la investigación	8
1.4 ALCANCES Y LIMITACIONES	9

1.5	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	10
1.5.1	Objetivo general	10
1.5.2	Objetivos específicos	10
1.6	HIPÓTESIS	11
1.6.1	Hipótesis general	11
1.6.2	Hipótesis específicos	11

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

2.1	DERECHO A LA PROPIEDAD COMUNAL	12
2.1.1	Marco jurídico sobre la propiedad de la tierra	12
2.1.2	Contenido del derecho a la propiedad	19
2.1.3	Protección y liberalización de la tierra comunal: Análisis del marco normativo	21
2.1.4	Comunidades campesinas y Nativas	39
2.1.5	La interlocución	44
2.1.6	Antecedentes históricos de las comunidades indígenas	45
2.1.7	Concepto de pueblos indígenas	46
2.1.8	Diferencia entre pueblos indígenas y minorías	50
2.1.9	Fundamento constitucional en favor de pueblos indígenas	51
2.1.10	La garantía del proceso constitucional en favor de pueblos indígenas	55
2.1.11	Criterios a favor de los procesos constitucionales	56
2.1.12	Derecho a la tierra	67

2.1.13	Concepto de tierra y territorio	69
2.1.14	Legislación internacional	74
2.1.15	Enfoque de la protección en la legislación nacional	77
2.1.16	Ejercicio de la propiedad colectiva	82
2.1.17	Sujetos colectivos	84
2.1.18	Titulación de la tierra	86
2.1.19	Tierra y territorio	88
2.2	DERECHOS DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS	90
2.2.1	Igualdad ante la Ley	90
2.2.2	Identidad Étnica y Cultural	93
2.2.3	Existencia jurídica de las comunidades campesinas y nativas en el marco constitucional e internacional	97
2.2.4	Valor de las normas internacionales sobre el derecho a la propiedad	99
2.2.5	Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas	101
2.2.6	Los derechos de la comunidad campesina	103
2.2.7	Reconocimiento de la justicia comunal y coordinación con el Poder Judicial	107
2.2.8	La consulta previa	115
2.3	LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS	133
2.3.1	La libre determinación de las comunidades campesinas y nativas	133

2.3.2	Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni Vs Nicaragua sentencia del 31 de agosto de 2001	137
2.3.3	El Derecho al Territorio de los pueblos indígenas como condición de subsistencia	146
2.3.4	Las tierras de las comunidades en el Código Civil y el Derecho de Propiedad sobre las mismas según la Constitución	148
2.4	CONCORDANCIA ENTRE EL DERECHO DE LA PROPIEDAD DEL TERRITORIO COMUNAL Y LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS MINERALES	151
2.4.1	Importancia del territorio comunal	151
2.4.2	El derecho a la consulta previa como protección del derecho a la propiedad comunal	153
2.4.3	Inversión privada en territorio comunal a la luz de la ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas - Ley N° 26505	156
2.4.4	Inversiones privadas y derechos comunales	157
2.4.5	Los recursos naturales y su explotación a la luz de la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales - Ley N° 26821	161
2.4.6	Resultados de los procesos judiciales	165
2.4.7	Pronunciamiento del Tribunal Constitucional. La garantía de la propiedad sobre la tierra de las comunidades nativas y campesinas	167

2.4.8	Derecho de propiedad del territorio indígena; a decidir quiénes ingresan a su territorio	172
2.4.9	Autonomía comunal	173
2.4.10	Derecho de la comunidad sobre los recursos naturales	176
2.4.11	Proyectos de desarrollo e inversión y concesiones extractivas de recursos naturales. Compatibilidad entre desarrollo y Derechos Humanos	179
2.4.12	Impacto de los planes o proyectos de desarrollo o inversión, y de las concesiones extractivas en los territorios comunales	181
2.4.13	Concordancia entre el Derecho de Propiedad del Territorio Comunal y la explotación de los recursos minerales	184

### CAPÍTULO III

#### MARCO METODOLÓGICO

3.1	TIPO Y DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	189
3.1.1	Tipo de investigación	189
3.1.2	Diseño de investigación	189
3.2	POBLACIÓN Y MUESTRA	190
3.2.1	Población	190
3.2.2	Muestra	190
3.3	VARIABLES E INDICADORES	195
3.3.1	Variable independiente	195

3.3.2	Variable dependiente	195
3.3.3	Variables intervinientes	195
3.4	INSTRUMENTOS Y FUENTES DE LA RECOLECCIÓN DE DATOS	196
3.5	PROCESAMIENTO Y TÉCNICAS DE ANÁLISIS DE DATOS	197

#### CAPÍTULO IV RESULTADOS

4.1	RESULTADOS	199
4.2	CONTRASTE DE HIPÓTESIS	209
4.2.1	Contraste de las hipótesis específicas	209
4.2.2	Contraste de la hipótesis general	212

#### CAPÍTULO V DISCUSIÓN

5.1	DISCUSIÓN	213
-----	-----------	-----

	CONCLUSIONES	217
	RECOMENDACIONES	219
	REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	221
	ANEXOS	

## ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Número de comunidades campesinas y nativas (2002)	42
Tabla 2: Estado de titulación de comunidades campesinas	43
Tabla 3: Muestras de la investigación – recursos humanos	194
Tabla 4: ¿Conoce usted conflictos que se hayan suscitado en las comunidades Campesinas vinculados a la explotación de recursos minerales?	199
Tabla 5: ¿Cree usted que las empresas extractivas de recursos minerales, al realizar sus operaciones afectan el derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas?	201
Tabla 6: ¿Cree usted que existen deficiencias en las normas legales sobre la Protección del derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas?	202
Tabla 7: ¿Considera que las empresas extractivas de recursos minerales, al ingresar a un territorio comunal sin autorización del propietario, vulnera la facultad de las comunidades campesinas de decidir quiénes ingresan a sus territorios?	204
Tabla 8: ¿Considera que las empresas extractivas de recursos minerales, cumplen con las normas jurídicas que reconocen el derecho a la propiedad del territorio comunal?	205
Tabla 9: ¿Considera que debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas extractivas, a fin de evitar conflictos sociales?	207

## ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Comunidades indígenas por conflictos de tierra	191
Gráfico 2: Porcentaje de conocimiento de conflictos en las comunidades campesinas vinculados a la explotación de recursos minerales	200
Gráfico 3: Porcentaje de conocimiento que las empresas extractivas de recursos minerales afectan el derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas	202
Gráfico 4: Porcentaje de conocimiento de las deficiencias legales sobre la protección del derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas	203
Gráfico 5: Porcentaje de conocimiento que las empresas extractivas de recursos minerales al ingresar a un territorio comunal sin autorización del propietario, vulnera la facultad de las comunidades campesinas de decidir quiénes ingresan a sus territorios	205
Gráfico 6: Porcentaje de conocimiento que las empresas extractivas de recursos minerales cumplen con las normas jurídicas que reconocen el derecho a la propiedad del territorio comunal	206
Gráfico 7: Porcentaje de conocimiento indicando que debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas extractivas, a fin de evitar conflictos sociales	208

## **RESUMEN**

Las empresas extractivas de recursos minerales, al realizar sus operaciones afectan el derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas; existen deficiencias en las normas legales sobre la protección del derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas; las empresas extractivas de recursos minerales, al ingresar a un territorio comunal sin autorización del propietario, vulnera la facultad de las comunidades campesinas de decidir quiénes ingresan a sus territorios; las empresas extractivas de recursos minerales, no cumplen con las normas jurídicas que reconocen el derecho a la propiedad del territorio comunal, es decir ingresan sin solicitar su acuerdo o autorización; finalmente, debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas extractivas, a fin de evitar conflictos sociales, pero también para lograr un desarrollo balanceado que alcance las comunidades. Se tiene que las empresas extractivas de recursos naturales afectan el derecho de propiedad de las comunidades campesinas y que debería existir una autorización (o acuerdo) para que ingresen a su territorio, en el marco de una consulta previa.

## **ABSTRACT**

The extractive companies of mineral resources, on having realized his operations affect the right to the property of the territory of the rural communities; deficiencies exist in the legal procedure on the protection of the right to the property of the territory of the rural communities; the extractive companies of mineral resources, on having entered to a communal territory without authorization of the owner, it damages the faculty of the rural communities to decide those who enter to his territories; The extractive companies of mineral resources, do not expire with the juridical procedure that recognize the right to the property of the communal territory, that is to say they enter without requesting his agreement or authorization; finally, conformity must exist between the right to the property of the communal territory and the exploitation of mineral resources for the extractive companies, in order to avoid social conflicts, but also to achieve a balanced development that reaches the communities. There is had that the extractive companies of natural resources affect the right of property of the rural communities and that there should exist an authorization (or I agree) in order that they enter to his territory, in the frame of a previous consultation.

## **INTRODUCCIÓN**

La protección del derecho de propiedad comunal, involucra la normatividad nacional e internacional, tratados y convenios internacionales que delinearán este derecho. Desde la perspectiva del respeto de los derechos humanos, con el fin de suministrar una base sólida que permita la formulación de una real defensa de este derecho de las comunidades campesinas y nativas que dependen de este medio para su supervivencia y bienestar. El territorio comunal entendido no como un derecho individual sino del grupo o comunidad; la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras; de manera que por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios, ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.

En el desarrollo de la investigación, se abordan temas como el Derecho a la Propiedad, antecedentes históricos, definición de propiedad,

atributos, restricciones y ejercicio abusivo del derecho de propiedad. Otro capítulo dedicado al estudio y análisis de las comunidades campesinas y nativas, antecedentes históricos, concepto, fines, existencia jurídica, concepto de tierra, territorio, concepto de propiedad de la tierra comunal, derechos de las comunidades campesinas y nativas, como el derecho a la participación política, al reconocimiento de su personalidad, derecho a la vida digna, derecho a la consulta previa, el derecho a una indemnización por la explotación de los recursos naturales dentro de sus territorios y el derecho a que el Estado garantice la conservación cultural de las comunidades campesinas y nativas. Asimismo, un capítulo destinado al análisis de la constitución cultural, otro capítulo que comprende la libre determinación de las comunidades campesinas y nativas, en el marco del convenio de la OIT N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes 1989 y las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la dictada en el caso de la Comunidad Mayagna (sumo) AwasTingni vs. Nicaragua, así como el tratamiento nacional de las tierras comunales y el derecho a la propiedad en el Código Civil y en la Ley General de Comunidades Campesinas – Ley N° 24656. Finalmente, se aborda, en otro capítulo la concordancia necesaria entre el derecho de la propiedad del territorio comunal y la explotación de los recursos minerales por las empresas extractivas.

# **CAPÍTULO I**

## **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

### **1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA**

La noción de tierra y de territorio, es un tema fundamental que actualmente resuena en el entorno de los conflictos sociales entre las comunidades campesinas y nativas con las empresas extractivas y el propio Gobierno. Un aspecto de esta problemática, sin lugar a dudas tiene que ver con la normatividad legal vigente o la ausencia de la misma, siendo necesario implementar innovaciones o creaciones a partir del consenso entre las partes involucradas, dadas las visiones opuestas que se presentan; una de contenido económico (de las empresas extractivas y el gobierno) y otra visión de las comunidades que sienten en su territorio un conjunto de naturaleza, vida y cultura.

De allí, que su regulación no sea meramente civil, sino también constitucional, con miras a proteger la integridad de sus territorios. Sin embargo, se han presentado una serie de agresiones y por consiguiente

numerosos conflictos sociales producidos por la explotación de los recursos naturales por parte de empresas dedicadas a la extracción de los mismos, con las comunidades campesinas y nativas del país, que en muchos casos han originado la muerte de comuneros y de pobladores de las ciudades que defienden sus intereses. Viéndose así, vulnerado el derecho de propiedad comunal por parte de las empresas extractivas de recursos minerales y más específicamente la facultad de las comunidades campesinas y nativas de decidir quiénes ingresan a sus territorios cuando las empresas extractivas ingresan a los territorios comunales sin autorización de sus propietarios.

Es así, sumamente importante abordar el problema presentado y plantear respuestas encaminadas a garantizar adecuadamente el derecho a la propiedad comunal y más específicamente la facultad de las comunidades de decidir el ingreso a sus territorios. Un instrumento cercano al problema planteado constituye la Ley N° 29785, *Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo*; sin embargo, resulta insuficiente, siendo necesario se establezcan reglas precisas y específicas sobre la protección del derecho a la propiedad comunal y la concordancia necesaria con la explotación de

los recursos minerales por las empresas extractivas, en el entendido que también es de mucha utilidad para la Nación usar también la riqueza que proviene de la explotación de los recursos naturales para lograr el bienestar general. Para este objetivo es de bastante utilidad las normas del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Constitución Política y el Código Procesal Constitucional, además de la abundante y valiosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es decir, para su adecuado tratamiento del tema se requiere acudir a diferentes fuentes del derecho: normativas, jurisprudenciales y doctrinarias, pudiendo estas ser nacionales, internacionales y del Derecho Comparado que a decir del constitucionalista y filósofo Peter Haberle, Derecho Constitucional Comparado es el “Quinto elemento de interpretación constitucional”; además y de manera significativa una tarea de integración, de concordancia, armonización y de coordinación entre las distintas normas, reglas y principios de diferente origen y naturaleza.

## **1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.2.1 Problema general**

¿En qué medida las empresas extractivas de recursos minerales, afectan el derecho a la propiedad del territorio comunal?

### **1.2.2 Problemas específicos**

- a) ¿En qué medida las empresas extractivas de recursos minerales, vulneran la facultad de las comunidades campesinas y nativas de decidir quiénes ingresan a sus territorios?
- b) ¿Las empresas extractivas de recursos minerales, cumplen con las normas jurídicas que reconocen el derecho a la propiedad del territorio comunal?
- c) ¿Debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas extractivas, lo que a su vez permita evitar conflictos sociales?

## **1.3 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.3.1 Justificación de la investigación**

La presente investigación se justifica en la presencia de un amplio número de conflictos sociales producidos por la explotación de los recursos naturales, por parte de empresas dedicadas a la extracción de los mismos, con las comunidades campesinas y nativas del país, que en muchos casos origina muertos de comuneros y de pobladores de las ciudades que defienden sus intereses, ante la falta de diálogo previo y las posiciones antagónicas entre ambos, demostradas claramente, que impiden de una parte la explotación de los recursos minerales por las empresas y la vulneración de los derechos, como el de propiedad, de las comunidades.

La investigación, más allá de ese conflicto expresado en términos generales, se centra específicamente, en la vulneración de la facultad de las comunidades campesinas y nativas de decidir quiénes ingresan a sus territorios, por parte de las empresas extractivas de recursos minerales, que se presentan regularmente en el Perú, abarcando la investigación los 03 últimos años (2010 a 2012), analizando los casos presentados, cómo

se ha presentado la agresión a este derecho y qué solución puede darse, planteando una de naturaleza jurídica, como la de establecer una necesaria concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas extractivas, lo que a su vez permita evitar conflictos sociales.

### **1.3.2 Importancia de la investigación**

El derecho a la propiedad, que tiene una singularidad cuando se trata del derecho de las comunidades campesinas y nativas, no puede verse afectado libremente por las empresas mencionadas. También es deber del Estado imponer el respeto de los mismos, en el campo jurídico, a través de normas que delimiten claramente su reconocimiento y defensa, de tal manera que cuando se autoricen las actividades extractivas, de un lado se cumpla el derecho a la consulta previa, así como la facultad de las comunidades campesinas y nativas de decidir el ingreso a sus territorios. Como no se cumplen, se producen conflictos sociales, que en muchos casos son llevados a la justicia constitucional para que sean resueltos, siendo uno de los casos importantes el de la Comunidad Nativa Tres Islas que denuncia la vulneración de este derecho (parte integrante del derecho a la propiedad) por las empresas Los

Mineros S.A.C. y Los Pioneros S.R.L. A que de manera ilegal han invadido sus territorios, logrando que el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 1126-2011-HC/TC ordene el cese de los actos de violación del territorio de la propiedad comunal y de autonomía de la Comunidad Nativa Tres Islas.

Problema que conlleva a plantear soluciones, basado en la coexistencia de intereses de las Comunidades y de las Empresas, como la de una necesaria concordancia entre ellos, estableciéndose reglas claras, que permita el respeto del derecho a la propiedad de las comunidades, con su consiguiente beneficio, y el derecho a la libertad de empresa. En la perspectiva de un desarrollo nacional, homogéneo y justo.

#### **1.4 ALCANCES Y LIMITACIONES**

El alcance del presente trabajo de investigación abarcó a los profesionales que conocen sobre el tema en el seguimiento de los conflictos sociales con las comunidades campesinas y nativas. Las limitaciones de la investigación se relacionaron principalmente con el contar con bibliografía actualizada afín a la investigación.

## **1.5 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.5.1 Objetivo general**

Especificar cómo se configura la afectación del derecho a la propiedad del territorio comunal por las empresas extractivas de recursos minerales.

### **1.5.2 Objetivos específicos**

- a)** Exponer los casos en que las empresas extractivas de recursos minerales, vulneran la facultad de las comunidades campesinas y nativas de decidir quiénes ingresan a sus territorios.
- b)** Identificar las normas jurídicas vulneradas del derecho a la propiedad del territorio comunal y los casos en que se produce su incumplimiento.
- c)** Demostrar la necesidad de normas que establezcan una compatibilidad entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de los recursos minerales por las empresas extractivas, que a su vez evite conflictos sociales.

## **1.6 HIPÓTESIS**

### **1.6.1 Hipótesis general**

Las empresas extractivas de recursos minerales, generalmente afectan el derecho a la propiedad del territorio comunal.

### **1.6.2 Hipótesis específicas**

- a) Las empresas extractivas de recursos minerales, generalmente vulneran la facultad de las comunidades campesinas y nativas de decidir quiénes ingresan a sus territorios.
- b) Las empresas extractivas de recursos minerales, generalmente no cumplen con las normas jurídicas que reconocen el derecho de propiedad del territorio comunal.
- c) Es necesario que exista concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de los recursos minerales por las empresas extractivas, lo que a su vez conllevaría a evitar conflictos sociales.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1 DERECHO A LA PROPIEDAD COMUNAL

##### 2.1.1 Marco jurídico sobre el derecho a la propiedad

El tratamiento normativo de la propiedad territorial, a través del tiempo ha sido diferente, apreciándose que ***“El reconocimiento, por parte del estado, del carácter culturalmente diferente de los grupos indígenas respecto al resto de la sociedad en los respectivos países, ha resultado procesos de demarcación y adjudicación de territorios indígenas con diversos grados de control de sus habitantes.”***

(AROSTEGUI, 2011)

De un lado, el artículo 163 de la Constitución Política de 1979, le otorgaba carácter de “Inalienables, salvo ley fundada en el interés de la comunidad, y solicitada por la mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad

públicas”. La Constitución Política actual de un modo distinto establece que “Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”. Esto es, la antigua Constitución a las tierras indígenas le daba el carácter de “Inembargables, imprescriptibles e inalienables”, en tanto que la nueva Constitución les reconoce principios similares como el respeto de su identidad cultural y suprime la inembargabilidad y la inenajenabilidad de estas tierras.

La legislación agraria peruana, específicamente sobre la tierra, se caracteriza primero, por su desorden y dispersión, debido a que siempre fue aprobada sin seguir un plan sino a coyunturas, ocasionando que las normas emitidas no guardasen coherencia, y segundo por las sucesivas modificaciones que la tornan incomprensibles; situación que viene desde los inicios de la República como consecuencia de un mestizaje o “encuentro de dos mundos” (españoles e indígenas) que continúa hasta la actualidad, donde se advierte una clara intervención del Gobierno para

favorecer la intromisión de empresas extractivas en las comunidades. Como afirma Aróstegui “El Gobierno de Alberto Fujimori significó, para el caso de la tierra, el mayor giro respecto de las políticas sobre ella. Se dejaba atrás la reforma agraria y se iniciaba el proceso de liberalización de tierras, lo que facilitaba su adquisición (...). Este proceso se inició con el Decreto Supremo N° 011-91-AG que aprobó medidas para alentar la producción de alimentos, garantizando la propiedad del agro y, sobre todo, facultando la transferencia libre de la propiedad de la tierra. La intención de esta norma era bastante clara: afirmaba que era necesario dictar medidas extraordinarias (en tanto se expidiese la ley sobre la materia) para que los productores agrarios superasen la difícil situación económica que atravesaban y que ocasionaba que las escasas tierras de cultivo del país estuvieran inexploradas o deficientemente explotadas (...)”

Luego, la Constitución de 1993 redujo la protección a las comunidades campesinas como se indicó antes e incentivó la participación de grandes agentes económicos. Para ello, era necesario otorgarles garantías, lo cual se dio a través de normas que les reconocieron estabilidad y seguridad jurídica a sus inversiones. Se dicta el Decreto Legislativo 653, siendo uno de los principales cambios introducidos en relación con los predios rústicos y su regulación en

adelante mediante el Código Civil, lo que eliminó el carácter especial agrario que poseía; la figura del abandono de tierras se restringió al incumplimiento de las condiciones y términos establecidos en la concesión que otorgaba el Estado para la explotación, desnaturalizando esta institución que sancionaba el no uso de la tierra por su propietario; y respecto a los límites máximos de propiedad sobre las tierras, se eliminaron las restricciones a la propiedad de la tierra con el fin de permitir la existencia de grandes unidades agrarias; se garantizó también que cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera tenga libre acceso a la propiedad de la tierra; y en lo concerniente a la utilización del suelo o predio superficial, esta norma originariamente introdujo una importante novedad, imponiendo la condición al empresario minero o de hidrocarburos de llegar a un acuerdo previo con el propietario del suelo, sea agricultor o comunidad campesina, para usar las tierras, y que sin este acuerdo previo no podría desarrollarse actividad extractiva alguna.

Esta innovación resultaba importante, puesto el titular de la actividad extractiva nunca antes había necesitado del permiso del propietario del suelo para poder iniciar sus actividades; siempre fue el Estado el que le otorgaba la autorización; pero unos meses después se modificó la norma con la Ley N° 26570 (llamada Ley de Tierras) dejando

la posibilidad de acceder a un procedimiento de servidumbre minera si no se llegaba a un acuerdo previo a la utilización del predio. Más adelante, el Decreto Legislativo N° 1064 eliminó el acuerdo previo y el procedimiento de servidumbre minera; sin embargo, protestas sociales del año 2009 lograron derogarlo.

Esta misma norma (la Ley de Tierras) se refirió a las comunidades campesinas y nativas en lo atinente a su forma de organización y disposición de sus tierras, señalando que eran libres de adoptar el modelo de organización empresarial que decidiesen, sin estar sujetas a requisito previo alguno, de manera que si las comunidades lo decidían, podían asumir la forma de una sociedad anónima. También estableció que deberían regular su estatuto comunal considerando la posibilidad de disposición de sus tierras en cualquier forma (comunidades de la costa, la sierra y la selva), aunque para la aprobación de los acuerdos por la Asamblea General, en el caso de la sierra y la selva se exigió de una proporción de votos a favor para disponer de sus tierras, proporción mucho mayor que las comunidades de la costa.

El Decreto Legislativo N° 1064, si bien fue derogado es importante reseñar su contenido: “buscaba crear condiciones necesarias para el

desarrollo de la inversión privada en el sector agrario a fin de complementar los mecanismos ya existentes que impulsen el proceso de crecimiento, competitivo y sostenible, de los productores agrarios, así como promover la conservación y aprovechamiento de las tierras de uso agrario (...)", que con el objeto que los agentes económicos dispongan de un texto de fácil acceso que consolide el régimen jurídico de las tierras en general, es conveniente ordenar y actualizar la legislación sobre dicha materia, en aras de promover la inversión privada en la actividad agraria y la seguridad jurídica sobre las tierras. Dejando bien en claro que su objetivo era que los "agentes económicos" tengan un dispositivo legal que los favorezca y proteja al momento de invertir en el sector agrario, lo cual evidencia el propósito del gobierno de proteger a los grandes capitales, más no los intereses de los pequeños agricultores ni de las comunidades campesinas ni nativas. Uno de sus puntos más polémicos, es la regulación de las servidumbres sobre predios agrícolas, sin dejar en claro la forma cómo se establecerán las servidumbres en caso de actividades extractivas, obviando cualquier referencia al trato directo, como lo había dispuesto la Ley N° 26505; en forma deliberada ya que la aplicación de servidumbres en caso de actividades extractivas es lo que más conflictos ha generado en los últimos años. En suma, eliminó el trato directo entre los empresarios y los propietarios de tierras para el inicio de actividades

extractivas, para favorecer a las grandes empresas extractivas de recursos naturales. Este decreto fue luego derogado por la Ley N° 29382, restituyendo la vigencia de la Ley N° 26505 (Ley de Tierras), aunque finalmente no es una norma favorable ni respetuosa de derechos, ya que en el fondo su propósito es promover la gran inversión de capitales en las tierras incluso de las comunidades campesinas y nativas.

Son criterios delimitadores del derecho a la propiedad, su función social y los otros derechos fundamentales que entren en colisión con aquel. Como señala el Tribunal Constitucional (TC), “la propiedad se encuentra sujeta a las limitaciones impuestas por el interés general”. En tal sentido, cuando se trata de establecer una servidumbre, forma parte del contenido constitucional del derecho de propiedad, que la imposición de esta carga deba producirse en razón de la necesidad pública determinada a través de la ley (cosa que ocurre en el caso de actividades petroleras), y siempre que se haya indemnizado y compensado previamente el equivalente económico de la carga soportada. Esto último, es precisamente lo que no ha ocurrido en el caso de las comunidades amazónicas en cuyos territorios se realizan exploración y explotación petrolera.

Cosa similar ocurre, por ejemplo, en el caso de la expropiación. Jurídicamente se admite que en determinadas circunstancias, el propietario de un bien esté constitucionalmente obligado a admitir el cambio de un bien por otro (de equivalente valor económico), siempre que sea de acuerdo con los procedimientos establecidos. En el caso de la servidumbre petrolera, si bien no se produce una transferencia de propiedad, resulta razonable que la comunidad nativa reciba alguna contraprestación por el uso de sus territorios. Debe haber una equivalencia, lo más posible, entre la carga soportada por la comunidad y la contraprestación asumida (la valorización pericial). En consecuencia al no haberse pagado esta contraprestación, estamos ante un acto confiscatorio o ante una expropiación de facto, abusivo y arbitrario.

### **2.1.2 Contenido del derecho a la propiedad**

Bajo el artículo 21, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene, por ende, una importancia singular para los pueblos indígenas y tribales, porque la garantía del derecho a la propiedad territorial es una base fundamental para el desarrollo de la cultura, la vida espiritual, la integridad y la supervivencia económica de las comunidades indígenas. Es un derecho al territorio que incluye el uso y disfrute de sus

derechos naturales. Se relaciona directamente, incluso como un prerrequisito, con los derechos a la existencia en condiciones dignas, a la alimentación, al agua, a la salud, a la vida, al honor, a la dignidad, a la libertad de conciencia y religión, a la libertad de asociación, a los derechos de la familia, y a la libertad de movimiento y residencia. (COMISIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS –NORMAS Y JURISPRUDENCIA).

Es decir, que los derechos de los indígenas son aquellos derechos colectivos que existen como reconocimiento a la condición específica de los pueblos autóctonos. Los mismos incluyen, no sólo los derechos humanos más básicos a la vida e integridad, sino también los derechos sobre su territorio, al idioma, la cultura, la religión y otros elementos que forman parte de su identidad como pueblo. El término puede ser utilizado como una expresión de reclamo por organizaciones sociales o ser parte de leyes nacionales que establecen la relación entre un gobierno y el derecho de autodeterminación de los pueblos autóctonos que viven dentro de sus fronteras, o en derecho internacional como una protección contra acciones violatorias por parte de gobiernos o de grupos con intereses privados.

### **2.1.3 Protección y liberalización de la tierra comunal: Análisis del marco normativo**

La protección de las tierras comunales se inicia con la Constitución Política de 1920, en un sentido favorable al reconocimiento de sus derechos, estableciendo su artículo 41º que ***“...los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades de indígenas son imprescriptibles y solo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca la Ley”***. La finalidad de esta prescripción constitucional fue protegerlas de los hacendados o terratenientes que se apropiaban de sus tierras porque hacían crecer sus haciendas a costa de las tierras comunales. Aunque, a partir de 1923 se facilitó la legalización de la propiedad de las tierras usurpadas a las comunidades.

La Constitución Política de 1933 aumentó la protección de las tierras comunales, declarándolas imprescriptibles e inajenables (a excepción del caso de expropiación por causa de utilidad pública), además de inembargable y garantizar su integridad. Así lo establece el artículo 208: ***“El Estado garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades. La ley organizará el catastro correspondiente”***. Y el artículo

**209: “La propiedad de las comunidades es imprescriptible e inajenable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es, asimismo, inembargable.”**

Posteriormente, se inició un proceso de reforma a cargo de las fuerzas militares e iniciado por el general Juan Velasco Alvarado en 1969, buscando desarrollar una “transformación de la estructura agraria del país... (y) sustituir (los) regímenes del latifundio y minifundio por un sistema justo de propiedad, tenencia y explotación de la tierra...” con un sentido social, orientando el derecho de propiedad sobre la base de propiedad- tenencia-explotación directa a través del trabajo.

El derecho a la tierra de las comunidades se mantuvo, estableciendo el artículo 116 del Decreto Ley N° 17716 “Ley de Reforma Agraria”: *“El régimen de la propiedad rural de las comunidades campesinas queda sujeto a lo que establece el presente decreto ley, con las garantías y limitaciones que determina la Constitución de la República”*, manteniéndose así todas las garantías previstas en la Constitución de 1933. Paralelamente, el artículo 125 de la misma Ley autoriza a las comunidades la posibilidad de ceder sus tierras en uso a cooperativas o sociedades agrícolas de interés social, integradas por

miembros de la misma comunidad, bajo condiciones aprobadas por el Ministerio de Agricultura. Lo que en buena cuenta significó abrir un espacio a la disposición de las tierras de las comunidades.

La Constitución de 1979, a pesar de mantener lo principal significó un retroceso en el tratamiento tutelar de sus tierras, ya que si bien se mantiene las garantías de inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad, la figura de protección del íntegro de sus tierras fue eliminada. El artículo 163 establecía: ***“Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la Comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas. En ambos casos con pago previo en dinero. Queda prohibido el acaparamiento de tierras dentro de la Comunidad.”*** La Constitución elimina la garantía de integridad de la propiedad de las comunidades, lo que evidentemente constituye un retroceso y que ha sido frecuente la expoliación (uso abusivo de algo, sinónimo de “saqueo” o “depredación” en lo referente a la explotación de recursos) de sus tierras. En cuanto a la inalienabilidad de las tierras, según el precepto constitucional era posible venderlas con aprobación de

los dos tercios de sus miembros calificados y luego autorizada por ley del Congreso de la República. La expropiación por el Estado por necesidad y utilidad pública era otra forma de disposición de tierras permitida por la Constitución.

Durante la vigencia de la Constitución de 1979 se aprobaron importantes leyes sobre la materia, referidos a las comunidades campesinas: el Código Civil de 1984, en 1987 la Ley 24656 “Ley General de Comunidades Campesinas” y la Ley 24657 “Ley de Deslinde y Titulación del Territorio Comunal”. El Código Civil de 1984 recoge la protección otorgada por las 03 Constituciones Políticas anteriores, en el sentido de que las tierras de las comunidades eran inalienables, imprescriptibles e inembargables, estableciendo en su artículo 136 “... **las tierras de las comunidades son inalienables, imprescriptibles, e inembargables, salvo las excepciones establecidas por la Constitución Política del Perú. Se presume que son propiedad comunal las tierras poseídas de acuerdo al reconocimiento e inscripción de la comunidad**”. La Ley N° 24656 “Ley General de Comunidades Campesinas”, remite la regulación de las tierras de las comunidades a la Ley 24657 “Ley de Deslinde y Titulación del Territorio Comunal”, aunque aquella contempla las 03 garantías proteccionistas

históricamente reconocidas al señalar en su artículo 7: ***“... las tierras de las comunidades campesinas son inembargables e imprescriptibles; también inalienables, salvo previo acuerdo de por lo menos dos tercios de los miembros calificados de la comunidad, reunidos en asamblea general expresa y únicamente con tal finalidad. El acuerdo deberá ser aprobado por ley fundada en el interés de la comunidad y deberá pagarse el precio en dinero por adelantado”***; siendo destacable que el artículo 1 establezca que el Estado garantiza la integridad del derecho de propiedad del territorio de las comunidades campesinas, recogiendo la cuádruple protección contenida en la Constitución de 1933 (inembargabilidad, imprescriptibilidad, inalienabilidad e integridad). La Ley 24657 “Ley de Deslinde y Titulación del Territorio Comunal” en forma genérica determina que ***“...el territorio comunal está integrado por las tierras originarias de la Comunidad, las tierras adquiridas de acuerdo al derecho común y agrario, y las adjudicadas con fines de Reforma Agraria. Las tierras originarias comprenden: las que la comunidad viene poseyendo, incluyendo las eriazas, y las que indican sus títulos”***.

La democracia sin embargo se ve empañada con el autogolpe de Estado encabezado por el mismo Presidente de la República Alberto

Fujimori. Este Gobierno para legitimarse necesitaba una Constitución que le diera un marco jurídico liberal al Estado y representó el mayor retroceso en la defensa de las tierras de las comunidades, siendo reducida a sólo la imprescriptibilidad. La Constitución de 1993 establece en su artículo 89º la libre disponibilidad de las tierras de las comunidades, con lo cual estas pueden ser vendidas, cedidas, donadas, estableciendo expresamente que ***“Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.”*** Se dijo, que ello se debía a una política de modernización del agro, sobre la base de una vida atrasada que tendrían, pero lo que en el fondo promovían era la liberalización de la tierras o de la propiedad agraria que empezó en el año 1991 con el Decreto Legislativo N° 653 “Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario” que estableció que la propiedad agraria, cualquiera sea su origen, puede ser libremente transferida a terceros y se autoriza a las sociedades anónimas a ser propietarias de tierras y se instaura la conducción indirecta de los predios

agrícolas. Citando la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 3343-2007-PA/TC, Montoya Chávez y Vila Ormeño (2012), refiere ***“Basándose en lo señalado en el Convenio 169 de la OIT, las situaciones ventaja y desventaja son reconocidas a los grupos étnicos, tomando en cuenta la realidad y las concepciones que ellos guardan sobre el mundo que los rodea, determinándose el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas.”***

Esta política liberal o de libre disponibilidad de las tierras se profundiza con la Ley N° 26505 dictada en el año 1995, que en el fondo eliminó límites a la propiedad de la tierra, favoreciendo así a su acumulación o concentración. Permite que las comunidades puedan disponer de sus tierras, con ciertos requisitos: las ubicadas en la sierra y la selva debían contar con el voto aprobatorio de dos tercios del número total de comuneros calificados, y para las ubicadas en la costa basta con la votación a favor de no menos del 50% de los comuneros asistentes a la Asamblea poseedores por más de un año de tierras comunales. Aunque posteriormente con la promulgación de los Decretos Legislativos N°s 1015 y 1073 puesto luego en duda este procedimiento.

La Ley N° 26505, introduce la obligación de los empresarios mineros de llegar a un acuerdo con los propietarios de los predios, sean agricultores o comunidades, antes de iniciar actividad minera. El artículo 3 establece en términos generales que las garantías constitucionales se mantienen y que por ningún motivo se podrá imponer limitaciones o restricciones a la propiedad de las tierras distintas a las previstas en esta Ley. Se autoriza también a los extranjeros el libre acceso a la propiedad de las tierras, a excepción de las tierras situadas en zona de frontera que se encuentra sujeto a lo establecido en el Artículo 71 de la Constitución Política. El artículo 7 prevé que el establecimiento de derechos de explotación minera requiere el acuerdo previo con el propietario de las tierras, no procede; y si el yacimiento es considerado por el Consejo de Ministros de interés nacional, previo informe del Ministerio de Energía y Minas, el propietario será compensado previamente, por el titular del derecho minero con el justiprecio y la indemnización correspondiente; lo que significa que finalmente se impondrá la decisión del Estado a la voluntad de la comunidad. El artículo 8 permite a las Comunidades Campesinas la libertad de adoptar por acuerdo mayoritario de sus miembros un modelo de organización empresarial, sin que para ello se exija un requisito administrativo previo, con lo cual se pretende darle forma empresarial.

Tratándose de tierras de propiedad de las Comunidades Campesinas de la Costa, se permite la adquisición en propiedad por parte de miembros de la comunidad no posesionarios o de terceros, así como para gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre las tierras comunales de la Costa, para lo cual se requiere el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los miembros asistentes a la Asamblea instalada con el quórum correspondiente. Para el caso de tierras comunales de la Sierra o Selva, para disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto sobre ellas, se requerirá el Acuerdo de la Asamblea General con el voto conforme de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la Comunidad.

Como quiera que no era propicia para los grandes grupos económicos, se introdujo el acuerdo previo con el propietario del predio para el inicio de actividades y si no era posible se acudía a la servidumbre minera. Sin embargo, ello fue eliminado por el Decreto Legislativo N° 1064 dictado en el año 2008, derogado, esta vez, por la presión social de las poblaciones nativas. Así quedó vigente la Ley de Tierras de 1995. En diciembre del 2007, el Congreso delegó facultades especiales al Poder Ejecutivo para que pudiera legislar a favor de la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos (TLC). En

el marco de estas facultades, entre marzo y junio del 2008 se aprobaron 99 decretos legislativos, 26 de los cuales tenían una relación directa con la actividad agraria; de estos, 06 versaban sobre las tierras de las comunidades campesinas y nativas (Decretos 994, 1015,1064, 1073, 1089 y 1090).

El Decreto Legislativo N° 1064, que aprobó el régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario, derogaba en su totalidad la regulación de tierras eriazas contemplada en el Decreto Legislativo 653 (ley de promoción de las inversiones en el sector agrario), las adjudicaciones en la selva y ceja de selva y el procedimiento que se había establecido para el cambio de uso del suelo. Asimismo, derogaba la Ley 26505, ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, conocida como la “Ley de tierras”.

En virtud a los conflictos sociales que surgieron por la emisión de esta norma y las implicancias de sus modificatorias, por Ley 29376 se suspendió la aplicación del Decreto Legislativo 1064 y se restituyó la vigencia del texto de la Ley 26505 y del Decreto Legislativo 653. Finalmente, el Decreto Legislativo 1064 fue derogado por la Ley 29382.

El consenso alrededor de estas normas es que tienen consecuencias sociales y económicas. En efecto, estas medidas legislativas ahondan más la brecha social existente, pues pretenden transferir los recursos (la tierra) de los que menos tienen (campesinos y comunidades) a aquellos con capacidad de invertir (grandes inversionistas) para aprovecharlos con mayor “eficiencia”. Ello es advertido por el estudioso Chambilla Jalire (2005), quien refiriéndose a la conquista de derechos a través del tiempo nos recuerda que **“Los derechos humanos no son, pues, el fruto de graciosas concesiones de quienes en cada momento histórico detentaron o ejercieron el poder político, económico o ideológico en diferentes estadios del desarrollo social; sino que, por el contrario, son verdaderas conquistas de parcelas de poder por parte del pueblo frente a un poder que se resistía a reconocerlos”**.

Estas seis normas tienen en común que facilitan la disposición de las tierras de las comunidades campesinas y nativas. El Decreto Legislativo 994, orientado a las tierras de las comunidades ubicadas en la costa, promueve la irrigación de tierras eriazas con aptitud agrícola con la finalidad de ampliar la frontera agrícola. El mayor de los problemas de esta norma es que exige el título de propiedad a las comunidades para

demostrar que son dueñas de las tierras eriazas que poseen, sin tomar en cuenta que es el Estado peruano el que tiene que otorgárselos, cosa que hasta la fecha no ha podido cumplir.

En cuanto al Decreto Legislativo 1073, modificó con poca fortuna el Decreto Legislativo 1015, que tenía como objetivo promover y facilitar la inversión privada en tierras de las comunidades campesinas y nativas, ya que según la fundamentación de la norma, las formas de decisión para disponer de ellas (gravar, arrendar, vender o ejercer cualquier otro acto) había generado dificultades a los comuneros para ejercer un verdadero derecho de propiedad. La propuesta consistió en eliminar estas supuestas formas desventajosas para que la reducción del porcentaje de comuneros al momento de tomar la decisión hiciera más fácil disponer de ellas.

No tomó en cuenta la norma que, disponiendo de la tierra, como se pretende con estos decretos, solo generaría mayor pobreza, dado que el mayor capital que poseen las comunidades es justamente la tierra. Sin tierra, las comunidades y los comuneros no tienen posibilidad de existir.

El Decreto Legislativo 1064 planteó un cambio en la reglas de juego respecto del uso de las tierras de las comunidades. Esta norma

eliminó el acuerdo previo entre el propietario de la tierra y el inversionista como requisito para el inicio de actividades mineras o de hidrocarburos, imponiendo servidumbres legales u obligatorias. Evidentemente, con este cambio los conflictos con las comunidades por la explotación de los recursos minerales ubicados dentro de sus tierras irían en aumento, pues ellas se verían impedidas de negociar con las empresas extractivas por la utilización de sus tierras. Esta misma norma excluyó a las tierras eriazas (no cultivables por exceso o falta de agua) del territorio comunal, que eran reconocidas en leyes especiales como parte de su propiedad.

El Decreto Legislativo 1089 otorgó facultades especiales al Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) para que, durante cuatro años, titule los predios rústicos (las comunidades están dentro de esta calificación).

No obstante, el peligro de esta norma radica en que la información gráfica de este organismo administrativo prevalecerá sobre aquellos que figuren en el registro de predios, lo que, eventualmente, significaría vulnerar la seguridad jurídica de la propiedad comunal. Esta medida va en contra del sistema registral peruano vigente, que señala que un asiento

registral sólo puede ser rectificado o invalidado previa declaración judicial y nunca por un ente administrativo como COFOPRI.

Finalmente, respecto del Decreto Legislativo 1090, dedicado más a tierras de las comunidades nativas, tuvo como principal problema el cambio de usos de las tierras forestales para promover los biocombustibles en la Amazonía. Hay que señalar que, en el Perú, el derecho de propiedad de las comunidades nativas no es por toda la extensión de tierras que ocupan y usan para su subsistencia, sino solamente de una porción, el área que usan con fines agrícolas, por lo que se justifica el temor a no manejar los recursos existentes fuera de los límites de su propiedad.

Las protestas frente a este paquete normativo no se hicieron esperar. Primero las comunidades nativas, luego las campesinas e incluso instituciones como la Defensoría del Pueblo, se pronunciaron contra estas medidas. La razón más poderosa que las condujo a la protesta fue que este conjunto de normas no habían sido consultadas, tal como lo prevé el Convenio 169 de la OIT —del que el Perú es firmante—, por lo que su aplicación tendría que ser inmediata.

Efectivamente, el convenio obliga a los estados partes a consultar a los pueblos indígenas (para el caso peruano, las comunidades nativas y campesinas) sobre cualquier medida legislativa que las afecte. Sin embargo, hay que tener presente que el convenio no sólo versa sobre el derecho a la consulta, sino que, además, obliga a los Estados firmantes a respetar el derecho de propiedad y uso sobre las tierras que poseen los pueblos indígenas; y, tal como hemos señalado líneas atrás, el derecho de propiedad y la utilización de las tierras estaban en peligro con estos decretos. Aclara este aspecto el mismo autor Chambilla Jalire (2005), quien nos dice: ***“Al ratificar tal instrumento internacional, el Estado peruano se comprometió a adoptar medidas especiales para garantizar a sus pueblos indígenas el goce efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin restricciones, así como realizar esfuerzos para mejorar las condiciones de vida, participación y desarrollo en el marco del respeto de sus valores culturales y religiosos o creencias, de la costumbre derecho consuetudinario”.***

La paralización de las comunidades nativas de la Amazonía se inició ni bien promulgados los Decretos Legislativos. Un mes después, la protesta era tal que el Congreso de la República no tuvo más remedio que derogar los Decretos Legislativos 1015 y 1073. En agosto del 2008 el

Parlamento se comprometió a formar una comisión multipartidaria que tuviera por objetivo emitir un informe sobre los decretos legislativos que luego sería discutido en el pleno para revisar la pertinencia o no de la derogatoria de los decretos restantes lesivos de los derechos de las comunidades. El plazo otorgado a esta comisión para presentar el referido informe vencía en diciembre del mismo año, a pesar de lo cual, por diversos motivos —ajenos a las comunidades—, este plazo fue modificado hasta en tres oportunidades. Para el 24 abril del 2009, cuando todo hacía pensar que por fin se presentaría el informe en el Pleno del Congreso, el Presidente de este poder del Estado decidió no hacerlo. Las protestas ante este despropósito se intensificaron y más poblaciones de la Amazonía se sumaron a ella. En este punto del problema, el Gobierno respondió con la creación de mesas de Diálogo con la intención de resolver el conflicto. Estas mesas fueron recibidas en general como una buena medida para lograr una solución satisfactoria para las comunidades, pero al poco tiempo se comprobó que eran incapaces de resolver la conflictividad latente y de atender las demandas detrás de las protestas. Hay que tener claro que las protestas de las poblaciones nativas surgieron a raíz de las medidas legislativas que vulneran los derechos de propiedad sobre sus tierras y bosques.

En efecto, los constantes retrasos para discutir la derogatoria de los decretos en el Pleno del Congreso colmaron la paciencia de estas poblaciones, a lo que se sumó la falta de voluntad política del Gobierno para abordar el problema, que se agravó luego de que, conformadas las Mesas de Diálogo, se comprobó que no resolvían nada. Luego de casi un año de protestas y de los lamentables sucesos de Bagua, el Congreso de la República derogó dos Decretos más, el 1064 y el 1090.

De este modo, se vieron restituidos la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Ley 27308 (julio del 2000), lo mismo que la Ley 26505 (julio de 1995) conocida como Ley de Tierras, y también el Decreto Legislativo 653 (agosto de 1991), Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario. Así, el panorama legal para las comunidades campesinas y nativas regresa al momento anterior de publicados estos Decretos cuestionados.

Durante este periodo, en marzo del 2009 el Congreso de la República aprobó la ley 29338 —Ley de Recursos Hídricos—, que reemplaza a la antigua Ley de Aguas del año 1969. Esta nueva ley aumentó la desconfianza de las poblaciones amazónicas sobre la privatización de tan importante recurso, que sumado al temor de la

pérdida de sus tierras, hizo que la incluyeran en sus demandas, exigiendo también su derogatoria. En resumen, en estos últimos años se dio una nueva arremetida contra las comunidades campesinas y nativas, en tanto pone en entredicho la propiedad de sus tierras y el uso de recursos importantes para su subsistencia, como los bosques y el agua. Sin embargo, y es un fenómeno que está aún por explicarse, las comunidades han reaccionado firmemente y han logrado paralizar medidas que vulneraban sus derechos. Actualmente las comunidades han suspendido las protestas y movilizaciones y el Gobierno está dilatando una vez más las negociaciones, por lo que la solución al conflicto aún parece lejana.

Revisada la legislación sobre las tierras de las comunidades, se puede afirmar que no existen mecanismos de protección de su derecho a la tierra. Desde la eliminación en la Constitución de 1993 de las garantías proteccionistas de las que habían gozado las comunidades a partir de la Constitución de 1920, dejando solo la imprescriptibilidad, se aprecia la vulneración sistemática de sus derechos sobre ellas.

Quedan por crear nuevos mecanismos que intenten frenar este despojo sistemático de sus tierras. Tal vez la aplicación del derecho a la

consulta propuesto por el Convenio 169 de la OIT sea una salida; sin embargo, su implementación y desarrollo pasará siempre, necesariamente, por la voluntad de los agentes políticos del gobierno de turno.

#### **2.1.4 Comunidades campesinas y nativas**

- 1. Concepto de comunidad campesina:** A partir de la idea de que es producto de una larga historia, son unidades que combinan funciones de regulación económica y social sobre sus integrantes, que comparten una propiedad y que interactúan como colectividad ante la sociedad mayor. Para el Instituto de Defensa Legal *“Normalmente para definir si estamos ante una comunidad cultural indígena se emplean dos criterios: el reconocimiento ‘objetivo’ por medio del idioma y el ‘subjetivo’ mediante la autodefinición de cada quien. En ese texto lo indígena será considerado desde ambos puntos de vista.” (Instituto de Defensa Legal, 2007).*

La vida de una comunidad va enraizada al su concepto mismo y como tal supone la existencia de: **“a) un territorio comunal usufructuado familiar y comunalmente, b) un grupo de familias**

**que se consideran sus miembros/propietarios, c) un cuerpo de dirigentes encargado de algunas funciones internas –de regulación social– y externas –de representación–, d) otras comunidades vecinas que interactúan entre sí y e) un Estado que la reconoce y le otorga legitimidad y que regula algunas normas y funciones”.**(Diez Hurtado, 2012). En este orden existe una sorprendente diversidad en el país, sea por razones históricas, geográficas, poblacionales.

Así por ejemplo, **“En el Cusco encontramos comunidades herederas de los ayllus y de las haciendas, mayormente quechuahablantes, en tensión permanente entre modernidad y tradición; en Ayacucho, comunidades pobres, que integran comités de autodefensa y en situación de posguerra; en Cajamarca, comunidades/caseríos sostenidas por las rondas en espacios con débil tradición colectiva; en Huancayo, comunidades emprendedoras, con altos porcentajes de población emigrante e inmigrante, que comparten el espacio político con los distritos; en la costa de Piura, macrocomunidades costeñas, asediadas por la urbanización y tentación constante hacia la parcelación; en la costa de Lima,**

*comunidades de no agricultores, que especulan con terrenos eriazos de playas; en Puno circunlacustre, comunidades-parcialidades de pequeños propietarios, agricultores y ganaderos.” (DIEZ, 2012)* En forma similar se presentan otras variaciones en las comunidades que son de carácter regional o subregional.

Existen actualmente más de 6 mil comunidades campesinas y más de 1,500 comunidades nativas reconocidas; en unas regiones son numerosas y en otras menos numerosas, de manera que están repartidas desigualmente en todo el territorio nacional. Poseen inscripción y reconocimiento formal desde el Estado. El siguiente cuadro (ALLPA.ORG.PE), contiene el registro integrado sobre su número de hace poco menos de una década, que expresa esa desigual distribución.

## **2. Comunidades campesinas y comunidades nativas por departamento**

Tabla 1  
Número de comunidades campesinas y nativas (2002 2003)

Región	Total de Comunidades	Comunidades Campesinas		Comunidades Nativas	
		Número	%	Número	%
AMAZONAS	221	52	23,53	169	76,47
ANCASH	345	345	100,00	0	0,00
APURIMAC	442	442	100,00	0	0,00
AREQUIPA	100	100	100,00	0	0,00
AYACUCHO	578	577	99,83	1	0,17
CAJAMARCA	109	107	98,17	2	1,83
CUSCO	939	886	94,36	53	5,64
HUANCAVELICA	565	565	100,00	0	0,00
HUANUCO	266	257	96,62	9	3,38
ICA	9	9	100,00	0	0,00
JUNIN	563	389	69,09	174	30,91
LA LIBERTAD	120	120	100,00	0	0,00
LAMBAYEQUE	25	25	100,00	0	0,00
LIMA	287	287	100,00	0	0,00
LORETO	612	75	12,25	537	87,75
MADRE DE DIOS	24	0	0,00	24	100,00
MOQUEGUA	75	75	100,00	0	0,00
PASCO	188	73	38,83	115	61,17
PIURA	136	136	100,00	0	0,00
PUNO	1251	1251	100,00	0	0,00
SAN MARTIN	31	1	3,23	30	96,77
TACNA	46	46	100,00	0	0,00
UCAYALI	231	0	0,00	231	100,00
TOTAL	7163	5818	81,22	1345	18,78

Fuente: Directorio de Comunidades Campesinas. PETT 2002. Ministerio de Agricultura.  
Base de Datos de Comunidades Nativas. Marzo 2003. Defensoría del Pueblo

Así tenemos que, un cuarto de las comunidades campesinas se encuentran en Puno, siguen en orden de importancia: Cusco, Ayacucho, Huancavelica y Apurímac. El mayor número de comunidades se concentra en el sur, siguiéndole las comunidades de la sierra central como Lima, Junín, Pasco, Huánuco y Ancash. Las comunidades nativas se concentran en la región amazónica, sobre todo en Loreto, siguiéndole en importancia Ucayali, Junín, Amazonas y Pasco.

**3. Comunidades campesinas y su estado de titulación por departamentos:** La existencia numéricamente alta de las comunidades campesinas expresa la diversidad de la cultura peruana y al mismo tiempo revela el interés porque cuenten con un territorio inscrito que le permita al menos un reconocimiento oficial, aunque ello no signifique necesariamente un respeto por el ejercicio del derecho sobre él. Así tenemos, de un lado, un reconocimiento oficial de existencia las comunidades, y de otro lado, el reconocimiento de su propiedad, que a continuación se expone por departamentos (hoy llamada regiones):

Tabla 2  
Estado de titulación de comunidades campesinas

Departamento	Con reconocimiento Oficial	Con Título de Propiedad		Sin Título de Propiedad	
		Número	%	Número	%
AMAZONAS	52	52	100,00	0	0,00
ANCASH	345	221	64,06	124	35,94
APURIMAC	442	326	73,76	116	26,24
AREQUIPA	100	57	57,00	43	43,00
AYACUCHO	577	370	64,12	207	35,88
CAJAMARCA	107	79	73,83	28	26,17
CUSCO	886	647	73,02	239	26,98
HUANCAVELICA	565	470	83,19	95	16,81
HUANUCO	257	109	42,41	148	57,59
ICA	9	2	22,22	7	77,78
JUNIN	389	349	89,72	40	10,28
LA LIBERTAD	120	41	34,17	79	65,83
LAMBAYEQUE	25	16	64,00	9	36,00
LIMA	287	173	60,28	114	39,72
LORETO	75	41	54,67	34	45,33
MOQUEGUA	75	71	94,67	4	5,33
PASCO	73	63	86,30	10	13,70
PIURA	136	120	88,24	16	11,76
PUNO	1251	935	74,74	316	25,26
SAN MARTIN	1	1	100,00	0	0,00
TACNA	46	45	97,83	1	2,17
TOTAL	5818	4188	71,98	1630	28,02

Fuente: Directorio de Comunidades Campesinas. PETT 2002. Ministerio de Agricultura.

Esta tabla explica el estado de la titulación de las comunidades por departamentos, revelando la existencia de 5818 comunidades con reconocimiento oficial, de los cuales 4188 cuentan con título de propiedad y solo 1630 no tienen título de propiedad, pero aun así se presentan los problemas mencionados, lo cual significa que el título de propiedad no cierra el flujo de problemas, sino que es importante que el Estado proporcione mecanismos coadyuvantes sin menoscabar su autonomía.

### **2.1.5 La Interlocución**

La comunidad como un ente interlocutor presenta una serie de deficiencias. No posee lugar específico alguno en las instancias de articulación de la sociedad como Estado (sea en centros poblados menores, distritos, provincias, departamentos, regiones), al carecer de representación como organización. Dada la ausencia de mecanismos e instancias formales de interlocución con la comunidad campesina, toda negociación viene a producirse de manera informal, a pesar de tener la titularidad del territorio.

No obstante la existencia de innumerables conflictos, donde se juega la ejecución de proyectos mineros, de desarrollo, de obras públicas, los cuales, no se resuelven especialmente por una fuerte desconfianza.

### **2.1.6 Antecedentes históricos de las comunidades indígenas**

Desde la configuración de los estados latinoamericanos en el siglo XIX, se instalaron en la cultura jurídica la ideología del Estado-Nación y el *monismo legal*. El ideal de construir naciones culturalmente homogéneas, a fuerza de negar la realidad plural y las culturas indígenas, fue parte del proyecto político en la institucionalidad jurídica republicana.

El paso de la Colonia a la República significó que la “nación” sea un solo pueblo con una sola cultura, religión, idioma e identidad, el cual debía estar regido por una sola ley y sistema de justicia; eliminándose los regímenes jurídicos diferenciados de la colonia, abriendo paso a una ciudadanía de individuos formalmente libres e iguales ante la ley.

El derecho indígena fue “***Desconocido por la legalidad oficial mientras que se reforzaba la explotación de tierras comunales, la marginación política y la discriminación de facto de los indígenas***”

***durante el siglo XX***” (ARÓSTEGUI, 2011). Ello motivó que se introdujeran cambios al modelo de la Constitución de 1920 que reconoció a las comunidades indígenas como sujeto colectivo, se reconoció la existencia de la diversidad cultural indígena y se consagró el respeto de algunos derechos colectivos específicos, como los idiomas aborígenes, derecho a tierras y recursos naturales y en parte la justicia nativa.

### **2.1.7 Concepto de pueblos indígenas**

El término indígena indica una característica que relaciona la identidad de un determinado pueblo a un área específica, que lo diferencia culturalmente de otros pueblos. Los pueblos indígenas tienden a conservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica. La identidad de los pueblos indígenas es al mismo tiempo la identificación de sí mismos como individuos indígenas y su aprobación por parte del grupo. La continuidad de su existencia como pueblos supone dirigir su propio destino y vivir de acuerdo a sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales.

El definir qué es un pueblo o población indígena y quién es indígena, es uno de los problemas más complejos y discutidos a los que se enfrentan varios autores, organizaciones internacionales, los estados y las propias organizaciones indígenas, no han encontrado, todavía, una definición que satisfaga a todos por igual. Desde esta perspectiva analicemos algunas de estas definiciones.

El convenio 169 de la OIT constituye una revisión del convenio 107 la que se hacía necesaria debido a que como señala en su propio preámbulo del convenio 169 “...*la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejarse adoptar nuevas normas anteriores (CONVENIO OIT 169, 1989).*

A lo que se refiere el preámbulo es que en el convenio 107 adopta la teoría integracionista o asimilacionista de los pueblos indígenas a sus comunidades nacionales, como una forma de asegurar su sobrevivencia, sin embargo en los últimos años el integracionismo o la asimilación ha sido objeto de rechazo, no solo por parte de los pueblos indígenas sino también por parte de los expertos en esta materia. Si el convenio 107 considera que esta era la mejor forma de proteger a los pueblos indígenas

a lo que condujo fue a la amenaza de la desaparición de la identidad cultural de los mismos.

En dicho convenio 169 el artículo 01 establece en sus incisos lo siguiente: ***“A) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; B) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.”*** (CONVENIO OIT 169, 1989).

Se puede decir que utiliza exclusivamente y expresamente el término **“pueblos”** y ya no **“poblaciones”** como lo hacía el convenio 107, aunque como ya vimos, el convenio mismo establece que dicho termino no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en

lo que atañe a los derechos que puede conferirse al mismo en el derecho institucional. Elimina toda terminología que sugiera atraso por parte de tales pueblos: mientras el convenio 107 señala como rasgos distintivos de los pueblos tribales, que *“se hallan en una etapa menos avanzada”*. En el convenio 169 señala que sus *“condiciones sociales culturales y económicas les distinguen de otros sectores...”*; en cuanto a los pueblos indígenas, mientras en el convenio 107 señala que *“viven más en conformidad con las instituciones sociales, culturales y económicas de esa época”*, el convenio 169 solo se limita a señalar *“conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”*.

La OIT realizó en 1953 un estudio denominado “poblaciones indígenas. Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones autóctonas de los países independientes”. Dicho estudio analizó varias definiciones y criterios utilizados por los Estados y los científicos sociales, llegando a la conclusión que no había una definición única y universalmente válida de grupos indígenas; limitándose por lo tanto a proponer una descripción provisional que sirviera como una orientación empírica para la identificación de los grupos indígenas en países independientes: ***“Las personas indígenas son los descendientes de la***

***población aborígen que vivían en un país determinado en el momento de la colonización o conquista (o sucesivas conquistas) por algunos de los ancestros de los grupos no-indígenas que en el presente detentan el poder político y económico. En general, estos descendientes tienen que vivir más de conformidad con las instituciones sociales, económicas y culturales que existen antes de la colonización o conquista, que con la cultura de la nación a la cual pertenecen". (OIT, Población Indígena, 1953).***

Desde un punto de vista individual se entiende por persona indígena a toda persona que pertenece a esas poblaciones indígenas por autoidentificación como tal indígena y es reconocida y aceptada por esas poblaciones como uno de sus miembros. Se refiere a los grupos indígenas para identificar a esas comunidades, pueblos o naciones, lo cual es cuando se conceptualiza su identidad colectiva.

#### **2.1.8 Diferencia entre pueblos indígenas y minorías**

Los pueblos indígenas se han resistido consistentemente a que se les califique de minorías, exigiendo a la comunidad Internacional un tratamiento distinto, no englobado dentro de dicho término.

Se ha afirmado que una de las características que singularizan a las poblaciones indígenas es que han existido en el área de que trate desde antes del asentamiento de los grupos actualmente dominantes y su forma de vida, incluyendo la utilización de los recursos y también sus tradiciones culturales, es distinta de la del grupo actualmente dominante, ello a diferencia de las minorías, las cuales pudieron haberse asentado en un estado después de que se establecieron en el mismo el grupo actualmente dominante, y por ejemplo en caso de las personas de raza negra de los Estados Unidos de Norteamérica e incluso las personas de raza negra en algunos países de América Latina.

Entonces, no es lo mismo pueblos indígenas, que minorías. Estas últimas se refieren a agrupaciones que son compuestas por un reducido número o que son una representación de las mismas.

### **2.1.9 Fundamento constitucional en favor de pueblos indígenas**

La población indígena se ha visto afectada por la explotación de los recursos naturales por parte de las empresas sobre todo mineras en el Perú, no obstante que el Estado ha debido velar por su existencia cabal. Por eso se ha sostenido que: ***El crecimiento acelerado de la***

***explotación de recursos naturales en los territorios de pueblos indígenas y el amplio desarrollo de la gestión estatal en materia de actividades extractivas (normativo e institucional), no ha ido acompañado del adecuado desarrollo de la institucionalidad estatal de gestión ambiental y en materia de pueblos indígenas. Ello está generando un escenario de crecientes conflictos sociales, como consecuencia de la ausencia de mecanismos eficaces de protección del derecho a vivir en un medio ambiente adecuado y equilibrado para la vida, y de protección de diferentes derechos de pueblos indígenas, tales como el derecho a la propiedad y a su territorio, a los recursos naturales, a la consulta, a la autodeterminación, a que se priorice sus propios modelos de desarrollo, etc. (INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL, Justicia Viva, 2012).***

El reconocimiento de la multiculturalidad del Estado, es el primer paso que nuestro país debe dar a fin de asegurar en su seno la supervivencia de los pueblos indígenas, constituyendo también una forma esencial de brindar respuesta a las demandas de los pueblos indígenas. La multiculturalidad, debe ser entendida, como el conjunto variado de fenómenos sociales que derivan de la convivencia pacífica y/o coexistencia compleja de personas que se identifican con culturas

diversas en un mismo territorio. El reconocimiento de la multiculturalidad supone constatar la existencia de los pueblos indígenas, con una historia y cultura particulares, esto es con identidad propia. Luego, reconocer la legítima pretensión de permanecer, desarrollarse y evolucionar como pueblo. Finalmente, la aceptación y valoración de la diversidad, mediante el reconocimiento de todos los factores anteriores y con ellos poder resolver los conflictos que se presentan; expresados mediante el reconocimiento de la administración de justicia comunal, que se dio en la Constitución de 1993 (artículo 149), que representa una importante modificación que trae consigo. (CUBAS, 2000).

Dados los conflictos presentados, los mecanismos que implementó el Estado para filtrar y procesar las demandas de la población rural e indígenas, afectadas por las industrias extractivas, se muestran débiles, lentos, muchas veces burocratizados y casi siempre incapaces de resolver y dar una solución favorable a los afectados. Esto ocasiona no solo problemas, sino que sectores más radicales opten por promover salidas violentas, generándose conflictos sociales con alto costo en vidas humanas, propiedad privada y pública. No obstante, si no dan atención a las demandas de la población afectada por las industrias extractivas, uno puede fácilmente encontrar que muchos de sus reclamos son sobre

derechos fundamentales que vulneran preceptos constitucionales. Es decir, muchos de estos requerimientos pueden ser derechos reconocidos en normas constitucionales de la mayor jerarquía, y a pesar de ello viene siendo sistemáticamente incumplido por el Estado por una diversidad de factores o situaciones que se presentan. El problema es que la población afectada, exige sus derechos para que sean reconocidos y no sean vulnerados ante sus autoridades políticas, y no ante el sistema de justicia que es el órgano del Estado encargado de velar por el cumplimiento de las normas legales y de los derechos constituciones, cuando el poder político no lo quiere hacer.

Teniendo en cuenta que la justicia constitucional, constituye una rama del sistema de justicia especialmente diseñada para proteger de forma idónea los derechos fundamentales, en atención a la jerarquía constitucional y a la importancia que ellos tiene en el ordenamiento jurídico, y que los derechos fundamentales son obligaciones del Estado cuyo cumplimiento puede y debe ser exigido política y luego judicialmente, consideramos importante que el litigio constitucional de casos emblemáticos que sean representativos de patrones de violaciones a los derechos humanos, sean ventilados ante la justicia constitucional, con la finalidad de lograr la protección de los derechos de los pueblos

indígenas; asimismo, se considera importante una jurisprudencia vinculante, no solo para los casos controvertidos, sino para los casos similares, de manera que los conflictos sean resueltos de manera uniforme. El fundamento de ello es la mayor jerarquía y preeminencia que tienen las normas que reconocen derechos constitucionales, en relación con las normas que regulan y promueven las actividades extractivas.

#### **2.1.10 La garantía del proceso constitucional en favor de pueblos indígenas**

Entendemos por tal garantía, no el patrocinio tradicional de procesos judiciales en la justicia ordinaria, y donde el objetivo final es obtener una sentencia fundada. El litigio constitucional, lo que busca es desencadenar un proceso político con la finalidad de incidir en el Estado para resolver no un caso, sino un patrón de violaciones a los derechos de las personas. Asimismo, este permite poner en agenda política regional y nacional a las comunidades.

En ese sentido, el litigio no se agota en la elaboración y presentación de la demanda. En realidad la presentación formal de la demanda es el puerto de llegada, es decir la última etapa de un trabajo

previo de capacitación de los diferentes actores del problema que se presenta (líderes indígenas, periodistas, abogados y operadores del sistema de justicia), de movilización social y de articulación política de diversos y toma de conciencia de sus derechos y del reto de ser protagonistas e interlocutores del Estado.

El proceso constitucional no reemplaza otras formas de lucha y de exigibilidad de derechos ante el poder, sino que viene a sumar y potenciar a estas y al mismo tiempo, se vale de estas para obtener mejores resultados. No desplaza la necesaria movilización ciudadana, la incidencia política, el trabajo mediático, sino que se suma a estos. La premisa de esta propuesta es que los procesos constitucionales pueden convertirse bajo determinadas circunstancias en herramientas políticamente muy potentes para proteger derechos. Para nadie es un secreto que el derecho y en especial los procesos constitucionales son un escenario de disputa por el reconocimiento de derechos.

#### **2.1.11 Criterios a favor de los procesos constitucionales**

A pesar de las dificultades hay modalidades favorables para un litigio constitucional:

a) **Los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos tienen rango constitucional:** A nivel internacional los derechos constitucionales son llamados derechos humanos, lo cual significa que los derechos en favor de las comunidades campesinas y nativas reconocidos en el derecho internacional son derechos humanos, lo cual equivale a reconocer la superioridad jerárquica de los mismos, el sometimiento del derecho nacional a los mismos y la garantía de su respeto que deben suponer para las comunidades. ***“Esta es la principal oportunidad que tienen los pueblos indígenas: el derecho internacional de los derechos humanos reconoce derechos a los pueblos indígenas, lo que implica que estos son de cumplimiento obligatorio dentro del país y que el cuerpo de normas que reconocen estos derechos ostenta rango constitucional. Nos referimos a la Constitución Política, a la jurisprudencia del TC en forma reiterada, a los tratados internacionales y de manera específica al Convenio 169 de la OIT, y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.*** (INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL. *Justicia Viva*, 2012). Es decir, se les reconoce a este DIDH la mayor jerarquía en el sistema de fuentes del derecho, lo cual

significa que ninguna norma de rango legal, tiene la facultad de configurar sus normas legales y tomar decisiones de índole administrativa, que puedan afectar, amenazar y menos violar los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el Convenio 169 de la OIT.

**b) La idoneidad de los procesos constitucionales para exigir la**

**defensa de los derechos de los pueblos indígenas:** A menudo se confunden los procesos ordinarios con los procesos constitucionales. Varias son las diferencias, la finalidad, los plazos, la labor del juez, los costos. Los procesos constitucionales tienen por finalidad exclusiva defender los derechos constitucionales y el respeto de la Constitución, mientras que los procesos ordinarios primordialmente garantizan el respeto de las leyes en general. En segundo lugar, los plazos en los procesos constitucionales demoran mucho menos tiempo, pues su única finalidad es restablecer la vigencia del derecho violado o amenazado. La tercera es que en los procesos constitucionales el juez no es convidado de piedra, no es un espectador neutral, su función es hacer todos los esfuerzos por garantizar los derechos constitucionales. La cuarta diferencia tiene que ver con los gastos,

los procesos constitucionales son gratuitos. En definitiva, no se trata de una protección formal sino de una protección material, concreta y efectiva. Es por eso que incluso tienen cierta autonomía respecto de las reglas procesales de los procesos ordinarios.

**c) Las sentencias del TC tienen fuerza normativa general:** Esta es quizá una de las diferencias entre los procesos constitucionales y los procesos ordinarios. En los primeros, las sentencias cuando son expedidas por el Tribunal Constitucional cuando expresamente lo establecen generan precedente vinculantes de cumplimiento obligatorio, teniendo que ser acatados. En cambio, en los procesos ordinarios, ellas solo obligan a las partes del proceso. En otras palabras, todas las reglas utilizadas por el Tribunal Constitucional en un caso concreto, constituyen reglas de carácter obligatorio, siempre que nos encontremos en casos similares, a diferencia de los procesos ordinarios donde la sentencia no trasciende a las partes. Esto significa que el Tribunal Constitucional es en los hechos un legislador positivo. No sólo el Congreso crea normas, también los jueces. Es decir, a través de la jurisprudencia es posible desarrollar reglas y principios que permitan implementar los derechos de los pueblos indígenas ante la desidia y demora del

Congreso para legislar. El mejor ejemplo es la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional recaída en el expediente No 00022-2009-PI/TC, la cual ha desarrollado importantes reglas que facilitan y permiten la implementación del derecho a la consulta de los pueblos indígenas.

Señala que “Del artículo 2, inciso 2, de la Constitución, se infiere un reconocimiento de la tolerancia a la diversidad como valor inherente al texto constitucional, lo que debe comprenderse, a su vez, como una aspiración de sociedad peruana. En tal sentido, los individuos no pueden ser arbitrariamente diferenciados perjudicándoseles por motivos basados, entre otros, por su opinión, religión o idioma. Así, toda fuerza homogenizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada.”

Y agrega que “En efecto, los pueblos indígenas han existido desde antes de la aparición del Estado peruano, sin embargo, su presencia no ha significado su visibilidad o inclusión efectiva en las políticas de desarrollo. Debe tenerse presente entonces el olvido

histórico que estas poblaciones han padecido a fin de poder comprender no solo a los pueblos indígenas en sí, sino también a la normativa elaborada a fin de tutelar su particular realidad sociológica, cultural, política y económica.

La protección otorgada por el convenio se centra en elementos necesarios e indispensables para la conservación y garantía de la existencia de los pueblos indígenas, sin perjuicio de su desarrollo y voluntaria participación en la economía global. Ejemplo de ello será la regulación relativa a las tierras, el reconocimiento y respeto de su identidad y la procura de niveles superiores de educación, salud y calidad de vida.

El desafío será poder encontrar casos que representen patrones de violaciones sistemáticas a efectos de poder desarrollar una jurisprudencia que oriente y corrija no solo los vacíos y las lagunas del ordenamiento jurídico, sino que sancione las violaciones a los derechos de los pueblos indígenas y no tan solo eso apoye la mejoría de aquellos indígenas que buscan subsistir con una mejoría para ellos y sus descendientes.

Ahora bien, el rol cumplido a través del reconocimiento de nuevos derechos fundamentales, como el derecho a la consulta previa, tiene sustento en el artículo 3 de la Constitución Política del Estado que establece: **“La enumeración de los derechos establecidos en este Capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”** . Lo cual permite la extensión de los derechos expresamente reconocidos, aceptando otros que surjan a través del tiempo, debido a que “era virtualmente imposible que las constituciones pudieran recoger toda la enorme e inagotable gama de derechos existentes en el sistema internacional de protección de los derechos humanos. De ahí que aquellos textos constitucionales que han privilegiado la llamada ‘parte dogmática’ de la Constitución, solo han podido incorporar ciertos derechos considerados dentro de las primera generaciones de los derechos humanos, aunque ciertamente no todos ellos. Esa realidad ha hecho que los constituyentes hayan considerado la necesidad de dejar cláusulas abiertas, limitándose a señalar derechos fundamentales únicamente de modo enunciativo, con la

posibilidad de que puedan incorporarse otros más en el futuro, siempre que se deriven de los principios constitucionales (referidos (...)). (GACETA JURÍDICA. GUÍA 3, 2009).

**d) La existencia de un cuerpo de derechos de pueblos indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos:** Las normas internacionales se tornan en el garante final de respeto de los derechos humanos, cuando el derecho interno no lo hace. Así tenemos que: ***“A diferencia de las recientes constituciones políticas de Ecuador, Bolivia y la no tan reciente Constitución de Colombia (vigente desde 1991), nuestra Constitución le reconoce pocos derechos a los pueblos indígenas. Es por ello que debemos de recurrir al derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Aquí tenemos concretamente varias fuentes de derecho internacional. Nos referimos al Convenio 169 de la OIT, a la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH. (INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL. Justicia Viva, 2012).*** Tenemos otras fuentes pero que no son vinculantes como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas, los pronunciamientos del Comité de Expertos de Aplicación de los Convenios y Recomendaciones (CEACR) de

la OIT, los pronunciamientos del Relator de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, etc. A esto hay que sumar la jurisprudencia de países latinoamericanos con población indígena.

**e) La obligación de los jueces de motivar sus sentencias**

**disminuye posibilidades de sentencias arbitrarias:** Si bien el deber de motivación de las resoluciones judiciales atañe a todos los jueces, este deber cobra especial importancia en los casos constitucionales. Impartir justicia no es un acto arbitrario, los jueces deben de explicar no solo el sentido de su fallo sino las razones en que sustentan su fallo. Los jueces en los Estados Constitucionales de Derecho deben de motivar sus sentencias. No basta con citar las normas legales utilizadas, deben de justiciar y persuadir de la consistencia lógica y jurídica de sus fallos. Con mayor razón esto debe ocurrir cuando se discutan derechos de las comunidades campesinas y nativas.

**f) Existencia de algunos pronunciamientos iniciales, favorables a**

**los pueblos indígenas:** El Tribunal Constitucional ha emitido varias sentencias del TC sobre los pueblos indígenas, las cuales podríamos clasificar en dos tipos: Un primer grupo amplio y nutrido

de sentencias que sin estar referidas a los pueblos indígenas, son útiles pues están referidas a la necesidad del poder de respetar los derechos. Tenemos por ejemplo, la que desarrolla el principio de interdicción de la arbitrariedad, la inexistencia de zonas exentas de la fuerza normativa de la Constitución, el derecho de acceso a la justicia, la obligación de motivación, el desarrollo del Estado Social de Derecho, etc. Las otras, que son pocas, están referidas a los pueblos indígenas. En estos momentos tenemos no más de media docena de sentencias del Tribunal Constitucional que han desarrollado los conceptos de Constitución cultural, el derecho a la identidad étnica y cultural, el derecho a la Consulta, etc. En todas ellas, el TC ha fijado importantes reglas que permiten por ejemplo la implementación del derecho a la consulta previa de las comunidades campesinas y nativas, lo cual nos da a entender la importancia que tiene en un Estado Constitucional de Derecho. Aunque, es preciso anotar, no involucra que necesariamente impliquen un reconocimiento, a modo de respaldo, de este derecho y otros de las comunidades, como cuando ocurre en el caso citado (Expediente N° 00022-2009-PI/TC), donde dicho Organismo concluye que el derecho a la consulta previa no constituye un

derecho a veto de las comunidades, lo cual alude a una concepción de que tal derecho no aspira una respuesta negativa.

**g) El mayor interés de la opinión pública nacional e internacional**

**en los pueblos indígenas:** Otra oportunidad importante es el mayor interés del poder político, de la opinión pública, de la comunidad internacional y de los organismos internacionales de derechos humanos en los derechos de los pueblos indígenas. Este interés se ha visto incrementado por los sucesos de Bagua ocurridos el 5 de junio del año 2009, los cuales dieron la vuelta al mundo. Sin embargo el litigio constitucional no es una tarea fácil, pues no basta con presentar demandas y tramitarlas en las instancias previstas. Existen un conjunto de factores que juegan en contra, que es necesario visualizar y enfrentar, si queremos tener éxito en la exigencia judicial de los derechos de los pueblos indígenas. De un lado, es evidente que los jueces, fiscales y abogados están poco preparados para enfrentar y resolver conflictos vinculados con pueblos indígenas. En esa misma línea, existe poco conocimiento de experiencias comparadas exitosas de defensa de derechos de pueblos indígenas, como por ejemplo la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH o las interesantes

sentencias de la Corte Constitucional de Colombia. También hay que hacer frente a una creciente radicalización de las protestas de los pueblos indígenas, los cuales muchas veces resultan tentadores para gruesos sectores de la población a pesar de las nefastas consecuencias que ella genera. De otro lado, y no podemos negarlo, existen poca credibilidad y confianza ciudadana en el sistema de justicia por parte de los pueblos indígenas, el cual es visto con distancia e incompreensión por su falta de permeabilidad a las diferencias culturales, y por último, una falta de asesoría técnica especializada de los pueblos indígenas. Todo ello plantea un conjunto de desafíos que es necesario afrontar con creatividad y demanda la articulación de esfuerzos e iniciativas.

#### **2.1.12 Derecho a la tierra**

Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y

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

El derecho a la tierra está por lo general garantizado por las constituciones políticas de cada país. Aunque, normas de menor jerarquía suelen vulnerar este derecho, poniéndola en tela de juicio. También tiene protección en la normativa internacional como los tratados y convenios internacionales desde la perspectiva del respeto a los derechos humanos, para suministrar una real defensa de este derecho a las poblaciones esencialmente menos favorecidas pero que dependen de la tierra para su supervivencia y bienestar.

Tradicionalmente, el derecho a la tierra es concebido como una propiedad colectiva, cuya pertenencia no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios. La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una concepción

omnicomprensiva del derecho a la propiedad de la tierra; en el caso de la Comunidad Mayagna (sumo) AwasTigni contra Nicaragua, citada por el profesor Remotti Carbonell ha esclarecido que ***“Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo, sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.” (REMOTTI, 2004).***

### **2.1.13 Concepto de tierra y territorio**

El concepto de tierra no es el mismo para el Estado y los pueblos indígenas. La legislación considera que es un espacio de terreno o lugar que puede pertenecer a una persona que ejerce su derecho a la propiedad, es decir, el Estado no reconoce esta tierra como propiedad. Al respecto, nos referimos a la Constitución Política del Perú de 1993.

De los artículos 70, 88 y 89 de la Constitución Política podemos decir que: La tierra es un recurso natural y aunque en principio el propietario de todos los recursos es la Nación, el mismo Estado reconoce el derecho de propiedad a los particulares, ofreciéndole garantía del derecho de propiedad cuando se tiene un título de propiedad. Lo cual implica el reconocimiento de la existencia de las comunidades campesinas y nativas. De manera que se tratan de derechos de sustento constitucional directo, a los que el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 1417-2005-PA/TC ha definido señalando que: ***“Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa.” (ETO, 2011).***

La tierra es la porción dentro de su territorio que un individuo o una persona jurídica puede tener bajo régimen jurídico de la propiedad privada. Es un derecho de personas no de pueblos.

Los reclamos de los indígenas se reducen al concepto de la tierra porque se puede conocer más o menos tierras en propiedad individual o colectiva pero de ninguna manera se puede aceptar que un pueblo tenga territorio.

Nuestra tierra es nuestra alma, de la tierra recibimos todos nuestros conocimientos, nuestra sabiduría, nuestro espíritu, nuestro pasado y ante todos nuestra vida.

Empero, para la cosmovisión andina y amazónica, la tierra es mucho más que una propiedad: la Pachamama es vista como un territorio, como un todo. La tierra no es solo un factor de reproducción que se compra o se vende, sino que, es donde están enterrados sus muertos, donde están sus Apus y donde hay una relación muy viva.

El territorio es mucho más que simplemente el suelo, el subsuelo y lo que está encima del suelo, es decir, los bosques y otros, ya que en la cosmovisión andina- amazónica, las poblaciones indígenas son dueñas ancestrales de sus territorios. Lo cual no es recogido por la legislación ordinaria según la cual una persona que es propietaria de su tierra solo es dueño del suelo más no del subsuelo y sólo es tratada como un bien

material. Dicho de otro modo, en la visión jurídica la tierra es un bien que se compra, se vende o se alquila.

La visión indígena tiene una connotación territorial de la tierra: “antes del establecimiento de la república peruana, antes del establecimiento incluso del virreinato del Perú, lo que había era una serie de pueblos que la mayoría fueron conquistados por los incas, pero, algunos fueron conquistados previos a los incas que tenían una relación directa y cuyos derechos no provienen de la república ni de la colonia, sino que ya existía. Entonces, eso generan un tipo de una relación distinta, por eso ellos hablan de territorio y se refieren ya no solamente a la tierra sino también al agua, a los bosques y otros recursos existentes ahí”. Así, dada la cosmovisión campesina y nativa, el territorio es un concepto (comunal) mucho más amplio que el de tierra.

Para los indígenas, el término territorio es la tierra ancestral heredada de los hijos mayores abuelos o antepasados y que por tradición o costumbre se lo deben de transmitir a sus descendientes conservándola y dándole una mejoría. Es decir, que territorio se refiere a un área geográfica o un espacio en la tierra naturaleza que se encuentra bajo tradición cultural y una organización política de un pueblo.

Es el espacio, aire suelo, trabajo subsuelo, trabajo, producción, derecho de propiedad, derecho de gobierno para tener libre determinación. Territorio es el hábitat en donde un pueblo ejerce control, donde asienta su cultura, donde está vigente su derecho indígena y sus autoridades propias y dentro del cual se puede impartir justicia. El territorio crea la posibilidad de ejercer control y autoridad sobre el conjunto de los espacios (suelo y subsuelo) y sobre los procesos sociales que allí se dan.

Podemos decir que territorio es uno de los ejes conceptuales de la plataforma de reivindicaciones indígenas, no únicamente en su condición de derecho colectivo indispensable sino como una verdadera dimensión existencial de cada pueblo. Su tratamiento jurídico reviste, por eso, una importancia determinante para el ejercicio del resto de los derechos que los pueblos proclaman.

Sin embargo constituye uno de los puntos más conflictivos en el intento de compatibilizar interculturalmente los conceptos jurídicos occidentales que orientan a los Estados con una descripción real, y por lo tanto razonablemente justa, de lo que el hábitat de un pueblo indígena significa para su normal desenvolvimiento en términos prácticos.

#### **2.1.14 Legislación internacional**

Uno de los instrumentos jurídicos internacionales más conocidos es el Convenio 169 “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, que se refiere directamente a los derechos de los pueblos indígenas. Siendo ambigua su redacción, facilita su adaptabilidad a los variados ordenamientos jurídicos, al tiempo que es harto utilizado en la defensa de sus derechos.

Esencialmente señala que los indígenas deben gozar con toda libertad los derechos humanos, así como de la libertad en todo el sentido de la palabra, ya que ellos con sus aspiraciones, forma de vida, tradiciones y costumbres pueden surgir ante su comunidad.

Esencialmente impone a los gobiernos hacer o dejar de hacer con relación a los derechos allí descritos. Se aplica a todos los pueblos indígenas sin importar su situación jurídica, es decir, aun cuando estén fragmentadas en muchas personas jurídicas llamadas “Comunidades Campesinas o Nativas”. La comunidad es un grado menor de identidad que el pueblo indígena, por lo cual se complementan.

Sobre el derecho a la propiedad, el artículo 14.1 del Convenio les reconoce el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan y el artículo 14.2 que los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente, así como garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

De igual manera, cuando utiliza la terminología “tierras” en los artículos 15 y 16, incluye el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones donde se encuentran los pueblos interesados que ocupan o utilizan de alguna manera el espacio geográfico.

De otro lado, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económico, Sociales y Culturales, les reconocen el derecho a la libre determinación, que les permite establecer libremente su condición política, así como su desarrollo económico, social y cultural; y para el logro de sus fines complementariamente señala que pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones; imponiendo además a los Estados partes promover el derecho de libre determinación y el respeto a este derecho. En igual

sentido, la declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados, reconoce el derecho de todos los pueblos a determinar libremente su condición política. Y la carta andina para la promoción y protección de los Derechos Humanos firmada en Guayaquil en el año 2002, establece el deber de cumplir y hacer cumplir los derechos y obligaciones consagrados en instrumentos internacionales que tienen como finalidad promover y proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Asimismo, resaltamos lo oportuno que resulta para el continente, especialmente para la región andina, cuando se viene debatiendo en nuestros países la necesidad de compatibilizar los derechos de los pueblos indígenas y tribales a sus territorios y la explotación de recursos naturales que llevan a cabo las empresas extractivas alentadas por los gobiernos respectivos.

No se trata de un tema menor, a partir de una interpretación evolutiva que ha efectuado la Corte Interamericana sobre el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que ha establecido el derecho de propiedad de los pueblos indígenas en el marco de la

propiedad comunal, debiendo considerarse en función de las características y contexto de estas organizaciones.

#### **2.1.15 Enfoque de la protección en la legislación nacional**

La legislación resulta muchas veces contraria a la cosmovisión y a las prácticas tradicionales de las comunidades indígenas cuyas condiciones ambientales y culturales todavía no han cambiado. En sus actividades de cazadores, recolectores y horticultores deben cubrir extensiones considerables de tierras y vivir de acuerdo a ciclos y un ambiente determinado. Su estilo de vida tradicional conlleva la conservación de la biodiversidad como una condición para la subsistencia. En cuanto al territorio, resulta irracional establecer mínimos territoriales como premisa para determinar la extensión de tierras que requiere una comunidad, ya que como se explicó su naturaleza exige la comprensión de territorios amplios, basado en un derecho consuetudinario con prácticas de conservación.

Con respecto al derecho de uso y usufructo de los recursos naturales, nuestra legislación reconoce derechos de los grupos indígenas al aprovechamiento de los recursos naturales renovables, así como a su

administración; incorpora facultades y derechos como la exclusividad de uso y aprovechamiento por los indígenas de los recursos de los ríos y los lagos de las tierras que les ha estado reconocido, considerados casi en la totalidad de los países como bienes destinados al aprovechamiento público general, lo que sin embargo no ha evitado frenar la destrucción por agentes externos de los recursos naturales ubicados en territorios. La protección ambiental y ecológica, ante la contaminación y escasez de los recursos, incluso han dejado de ser temas locales y pasado a ser problemas de dimensión mundial. El constitucionalista ETO CRUZ al respecto ha sostenido: ***“La cuestión ambiental, no cabe duda, se encuentra íntimamente ligada a la actitud del hombre para con su espacio, convirtiéndose, por ello, no sólo en un problema social, económico o ético, sino también en uno político, toda vez que está vinculado, de manera esencial, con las conductas que asuman los agentes del poder político en la solución de los problemas ambientales que hoy afronta al planeta”*** (ETO, 2013).

Tal es la magnitud del problema y la preocupación creciente de la necesidad de conservar la integridad del territorio y de las comunidades campesinas y nativas mismas, que la afectación del ambiente por parte de las empresas extractivas de recursos naturales, que ordinariamente se

localiza el problema en el deterioro que sufren las comunidades por el impacto de las extracciones.

En principio, la relevancia de la gran problemática ambiental provocó que en los años setenta se lleven a cabo las primeras conferencias mundiales, realizándose en primer lugar en el año 1972 la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente en Estocolmo. En el marco constitucional, la preocupación por la protección del medio ambiente, lleva a considerarla como un bien indispensable, para el desarrollo de una vida digna de las personas y como una condición para el desarrollo de las generaciones futuras, llevando al desarrollo de nuevos derroteros, como los llamados “intereses difusos y la construcción de la llamada “Constitución Ecológica”, que representan el auge del derecho constitucional ambiental que se agranda en la actualidad.

El derecho constitucional ha hecho un aporte importante sobre la temática, haciendo una creación dogmática, jurisprudencial y legal del “derecho a un medio ambiente adecuado y equilibrado”, como un derecho reconocido internacionalmente incorporado en la mayoría de las Constituciones del mundo, contando con una dimensión jurídica subjetiva

(como un interés difuso de todos los ciudadanos) y una dimensión jurídica objetiva (como una exigencia directa para controlar cualquier acto de autoridad, funcionario o persona).

Siendo así, el derecho de todos y de las comunidades campesinas y nativas (donde se concentra gran parte de la contaminación, producto de la explotación irresponsable de los recursos naturales) cuenta con una protección constitucional. Habiéndose creado el llamado Amparo Ecológico o Ambiental, considerado como aquel proceso constitucional que tiene por finalidad restablecer de manera inmediata y urgente la “serie de complejos y heterodoxos derechos fundamentales relacionados enunciativamente a la paz, la tranquilidad, a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida (artículo 2, inciso 22), a la protección de la salud (artículo 7), a la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas (artículo 68), entre otros. El sustento normativo del amparo ecológico se encuentra en el artículo 200, inciso 2 de la Constitución que establece: **“La acción de amparo procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución.” (ETO, 2013).**

Ahora queda referirnos al contenido constitucionalmente protegido del derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado. Al respecto el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada en el expediente N° 2002-2006-AC/TC ha indicado que: ***“El contenido del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos, a saber: 1) el derecho de gozar de ese medio ambiente, y 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve. En su primera manifestación, dicho derecho comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y su dignidad (artículo 1 de la Constitución). De lo contrario su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido. Pero también el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos, de mantener los bienes***

***ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden directa o indirectamente en el medio ambiente***". Como se observa, la preocupación es mayor en el caso de la afectación del medio ambiente donde se explotan los recursos naturales, es decir, sobre los territorios de las comunidades campesinas y nativas que es donde mayormente se encuentran los yacimientos mineros o en general los recursos naturales, siendo indispensable la adopción de medidas que tiendan a garantizar la preservación del medio ambiente de las comunidades y en general de la sociedad entera.

#### **2.1.16 Ejercicio de la propiedad colectiva**

Es de data muy antigua el ejercicio de la propiedad colectiva de las tierras, que en el fondo explica la propia existencia de las comunidades. Pero no es sólo una propiedad colectiva de la comunidad, sino al interior de ellas aparece el ejercicio de variadas formas. Así, coexisten formas de apropiación familiar cuasi privadas e intensivas en trabajo (huertas y parcelas irrigadas), tierras bajo control comunal limitado (zonas de barbecho y rotación de cultivos, regulados o no por la comunidad) y con

determinados espacios de uso comunal (zonas de pastos). Los derechos familiares y colectivos coexisten aunque se hallan en permanente tensión. Esto es, de un lado, la comunidad es propietaria de un gran terreno que pertenece al conjunto de sus miembros; de otro lado, al interior la tierra es poseída por dueños con una serie de prácticas internas: un solo propietario colectivo que la Ley reconoce (propiedad colectiva) y un conjunto de propietarios que son los comuneros y compete a las familias (propiedad privada). Lo último, genera una serie de problemas, como el carácter de la propiedad, el saneamiento legal y la regulación interna.

En las últimas décadas, diferentes programas (PETT, PRT2 y más recientemente COFOPRI) promueven la regularización de la propiedad colectiva y en algunos casos también la familiar dentro de las comunidades. El trabajo de saneamiento e inscripción en los Registros Públicos es complejo y pasa por solucionar las disputas por linderos que se suelen producir. Empero, hay un importante déficit, sobre todo en las comunidades nativas. La consecuencia de esta problemática conlleva a que las comunidades no puedan disponer de los terrenos como propietarias comunales, lo cual sin embargo en la práctica no impide las transferencias de tierras entre comuneros, sea por herencia, venta y cesiones.

Otro aspecto se refiere al alcance de la propiedad. La Constitución vigente de 1993 derogó los derechos de inalienabilidad e inembargabilidad que tuvieron las tierras desde 1933, reconociendo sólo el carácter de imprescriptible. Además, el derecho de propiedad de las comunidades sólo alcanza al suelo y no los recursos del subsuelo que pertenecen al Estado. A los propietarios de suelo se les reserva únicamente el derecho a ser consultados para el uso y aprovechamiento del subsuelo por terceros.

Otro problema es el relacionado al manejo y la administración de los recursos desde una organización comunal centralizada, dada la tensión entre lo comunal y lo familiar. Sin embargo, como dejamos sentado, la propiedad colectiva (de la comunidad) y privada (al interior de la comunidad) debe ser preservada y evitar que sea apropiada por terceros o que sobre ellas esos terceros ejerzan actos en contra del derecho a la propiedad de las comunidades.

#### **2.1.17 Sujetos colectivos**

Las comunidades son actores colectivos, presentándose al respecto dos tipos de problemas: 1) organizarse y regularse internamente

y 2) regular las relaciones del colectivo frente al exterior. Empero, la organización comunal se muestra debilitada y con evidentes dificultades para autogobernarse y cumplir eficientemente su rol de intermediación política.

Según el mismo estudioso DIEZ HURTADO: ***“La debilidad de la organización comunal puede explicarse desde cuatro constataciones: 1) la dificultad para determinar de manera precisa quiénes son y quiénes no son comuneros, lo que plantea distintos problemas entre las diversas categorías de ocupantes de los terrenos y aquellos emigrantes que, sin residir en la comunidad, consideran tener también derechos; 2) la insuficiente legitimidad de las dirigencias comunales que, elegidas por sus mecanismos regulares de renovación de cargos, son impugnadas por un sector de los comuneros o no completan el proceso legal de inscribir a las listas ganadoras en los Registros Públicos, con lo que su legitimidad puede ser cuestionada; 3) el desfase existente entre las competencias que requiere el gobierno y la representación comunal y las capacidades de gestión de los dirigentes comuneros que, en el mayor de los casos, evidencian un bajo nivel educativo, pero sobre todo acusan poco conocimiento de herramientas modernas de***

*gestión que se hacen cada vez más necesarias y, finalmente, 4) el cambio efectivo en las dinámicas comunales que afectan la relación entre las familias y la comunidad, muchas veces en perjuicio del colectivo.”* Lo cual evidentemente, incide en la dificultad real para armonizar los intereses de sus diversos componentes: familias, facciones y colectivo, los cuales se mantienen en tensión.

Por lo general, la comunidad en su conjunto se muestra incapaz de resolver sus conflictos internos y encontrar el bienestar de sus miembros. Asimismo, se ha visto seriamente disminuida la capacidad de la comunidad para representar a sus miembros hacia afuera, especialmente por la competencia histórica entre el municipio y la comunidad, apoyada por el Estado, inclinándose la balanza hacia el primero.

#### **2.1.18 Titulación de la tierra**

La titulación de la tierra, como se ha señalado es un arma de doble filo. Si los campesinos no cuentan con sus propios títulos de propiedad, no tienen seguridad de la tenencia de su tierra, por lo tanto, no tendrán ni una mínima intención para cuidar o proteger el invertir en ella, no serán

sujeto de crédito financiero y tendrán menos prioridad en los programas de asistencia técnica.

Pero con la titulación de la tierra viene también la posibilidad de ceder los derechos sobre la tierra, arrendándola o vendiéndola para obtener otro tipo de beneficio y de perderla a manos de sectores económicos ávidos de invertir en la agricultura, a veces con fines productivos en la agricultura en obtener la tierra para una mejor tratamiento de ella, a menudo con fines especulativos para explotar la tierra a beneficio propio y no de la comunidad.

En ambos casos, es natural que se tenga cuidado, para proteger los derechos de propiedad de las comunidades, aunque ciertamente nos inclinamos por la titulación de la tierra, que permita dotarles de seguridad jurídica y acabar con la informalidad que no les favorece. Una vez obtenida la titularidad inscrita, es dable que el Estado no realice actos que atenten contra este derecho e implemente actos de consulta antes de conceder concesiones a los particulares.

### **2.1.19 Tierra y territorio**

Las consecuencias de la vulneración del derecho a la tierra y al territorio nos afectan a todos y a todas las personas. En nuestro país la repartición de la tierra ha generado guerras y pobreza y con ello conflictos sociales.

Considero que esta temática debe ser entendida desde una comprensión de la naturaleza y evolución de la relación entre los pueblos indígenas y el Estado; que su tratamiento debe involucrar y distinguir dos asuntos centrales que en muchas ocasiones son confundidos: el control del territorio y la propiedad de la tierra; y que es necesario enriquecer el alcance de los conceptos de raza y de racismo.

Por lo mismo, tratamos por separado el asunto de los territorios, como un elemento central del proceso de formación del Estado y el asunto de las tierras como un elemento de las dinámicas de la economía. La ausencia de reconocimiento del territorio de las comunidades étnicas ha ocasionado la degradación y pérdida de sus lenguas, culturas y tradiciones, y en el peor de los casos ha propiciado su desaparición.

El desconocimiento de los derechos humanos para los pobladores rurales ha generado el aumento de la miseria y ha propiciado las migraciones forzadas a las ciudades, aumentando los cinturones de miseria y pobreza de las personas.

El debate sobre la fundamentación del derecho a la tierra y al territorio no está acabado, ni mucho menos cerrado. Al contrario, reconocer la necesidad de fundamentar estos derechos implica debatir y generar controversias sobre cuáles son los mejores argumentos para defender la existencia de estos derechos. Con estos argumentos nos enfrentamos a posiciones que sostienen que actualmente la tierra y el territorio no se configuran como factores de poder en el sector rural, y que por lo tanto no requieren una atención especial del Estado, en el sentido de reconocerlos como derechos fundamentales; desechando también la necesidad de realizar una reforma agraria integral.

Comprender el derecho a la tierra y al territorio como derechos fundamentales implica reconocer la importancia que éstos tienen en nuestra sociedad, las obligaciones que el Estado adquiere en la garantía de estos derechos y el ejercicio que realizan sus titulares para hacerlos valer.

## **2.2 DERECHOS DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS**

Los derechos de las comunidades campesinas y nativas, en principio surgen de la propia condición de personas humanas que las integran. Los comuneros son personas humanas y como tal dentro del Estado tienen derechos. Estos se basan en el derecho-principio de dignidad de la persona humana. Los derechos constitucionales, a nivel internacional son llamados derechos humanos y estos ***“Se han de cumplir porque la persona humana es un fin en sí misma, el Estado, la sociedad, el Derecho, son un medio al servicio de la persona humana. Los derechos humanos no se han de cumplir porque lo dispone la ley, de hecho, si una ley es contraria, jurídicamente no tendrá validez alguna... El fundamento último de obligatoriedad de los derechos humanos es, pues, el valor de fin en sí misma que tiene la persona humana, es decir, su dignidad humana.” (GACETA JURÍDICA, GUÍA 6, 2009).***

### **2.2.1 Igualdad ante la ley**

La Constitución Política del Perú establece en su artículo 2º, inciso 2 que “toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe

ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”. Se consagra en este artículo un derecho fundamental de especial resonancia en nuestras sociedades democráticas.

Igualdad proviene del vocablo latino “aequus”, que también significa además de igual, justo o equitativo. Es siempre una comparación entre dos sujetos o cosas, que deben coincidir en su cantidad y calidad.

La igualdad, como la vida misma, tiene varias formas de presentarse. Así, hay una igualdad que es pura identidad. Me prestan un lapicero y al término de la clase he de devolver el mismo lapicero que recibí. Hay otra igualdad que es equivalencia, de tal manera que cuando voy a la tienda y entrego un sol me dan una botella de agua y no otra moneda de un sol. Finalmente, hay una igualdad de proporcionalidad que mira la singularidad de las prestaciones y las cualidades particulares de los sujetos que intervienen en la relación jurídica. De esta manera, el que trabajó cuatro horas gana menos que el que trabajó ocho horas y el que tiene un maestría aspira a tener un mejor sueldo y puesto que otro que no ha hecho estudios superiores. Los ejemplos se pueden multiplicar.

En la vida, en el día a día, no todo da lo mismo, no todo es igualdad por identidad. Se premia a los mejores, se castiga al que ha infringido la ley, se rinde homenaje al que ha hecho méritos en su vida y, de ser posible, contrato a las personas que mejor puedan desempeñarse en un cargo concreto. Aquí, interesa mucho tener en cuenta la naturaleza de la función que se desempeñará y el perfil del candidato. Estamos frente a un típico caso de igualdad proporcional: unos están mejor capacitados que otros. De ahí que sí interese la formación recibida, la experiencia, los grados académicos, etc. ¿Pero, los criterios que se pongan no podrían prestarse a injusticias? Desde luego, conjugar la igualdad no es fácil, pero no podemos hacer pasar un cuadrado por un círculo: la igualdad real no es sólo identidad y cuando se trata de asignar deberes y otorgar premios lo propio es la proporcionalidad.

En cambio, la igualdad jurídica es la condición que imponen las leyes para todo habitante de un Estado, significa que ante la ley nadie tiene preferencias de ningún tipo ya sean estas por su ubicación de clase social, raza, sexo, educación, etc.

Es por ello, que si algo caracteriza a la sociedad es precisamente el pluralismo, el derecho a que se reconozca nuestra individualidad, las

características y particularidades de cada ser humano. Solo tal reconocimiento y respeto garantiza el pleno desarrollo de la personalidad del sujeto, pero en ese contexto de diferenciación, aún cuando parezca contradictorio, ha de existir y garantizarse el derecho a la igualdad.

En consecuencia, a decir de los constitucionalistas Gutiérrez y Sosa, la Constitución erigida sobre el reconocimiento de la dignidad de la persona, del que emanan los principios de libertad, igualdad y solidaridad, debe ser concebida desde una concepción pluralista que tutele las diferentes formas de percibir y actuar en la realidad, a fin de pretender construir una unidad sobre la base de la diversidad, contemplando el derecho a la igualdad como protector de diferentes manifestaciones de la personalidad del ser humano. (GUTIERREZ Y SOSA, 2006).

### **2.2.2 Identidad étnica y cultural**

La Constitución Política del Perú instituye en el Artículo 2, inciso 19, el derecho a la identidad étnica y cultural señalando que: ***“Toda persona tiene derecho: (...) A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. (...)”***

Nuestra identidad cultural está formada por todas las manifestaciones que tenemos cuando nos relacionamos con nuestra madre tierra. Para nosotros cultura es vida, y para que exista es necesario que exista tierra, también la vestimenta, la educación propia, nuestros sitios sagrados, nuestra medicina, ciencia, sabiduría, todo ello constituye nuestra cultura.

Los pueblos indígenas tienen el derecho de desarrollar libremente su vida cultural y profesar, practicar su propia espiritualidad y expresarse en su propio idioma dentro de su cosmovisión de la tierra. Las culturas son diferentes y confieren una identidad a cada uno de nuestros pueblos. La Organización de los Estados Americanos ha establecido como una acción prioritaria para los estados miembros, la preservación y fortalecimiento del patrimonio cultural de estos grupos étnicos y la lucha contra la discriminación, que anula el potencial de sus miembros como seres humanos, mediante la destrucción de su identidad cultural.

En el convenio 169 de la OIT, nos dice ***“Los gobiernos (...) deberán incluir medidas que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social cultural, sus costumbres y***

**tradiciones y sus instituciones”**, se indica con ello que debemos necesariamente respetar cada uno de sus derechos como cada persona lo tenemos con buenas prácticas en la sociedad dándoles a conocer cómo es que viven ellos en sus pueblos con sus costumbres que nos da cuenta de las riquezas que guarda nuestro país.

El convenio antes mencionado agrega que **“Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos”**. Lo cual significa el deber de todos de preservar las costumbres, ritos y convicciones religiosas de las comunidades, incluyendo el propio Estado como un deber al momento de autorizar o concesionar parte del territorio comunal. Los pueblos interesados deberán tener el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo en la medida en que esta afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar en la medida de lo posible su propio desarrollo económico, social y cultural.

En tal sentido, agrega que **“Toda persona tiene su propia identidad, la que tiene tanto una dimensión estática como también dinámica, abarcando en su amplio espectro el derecho a la identidad**

***genética, a la identidad sexual, a la identidad religiosa, a la identidad política, a la identidad racial, a la identidad social, etc. Nuestra Constitución, enfatiza su dimensión étnica y cultural estableciendo no solo el reconocimiento sino también la protección que debe brindarle el Estado cuando señala en el Artículo 89º in fine que el Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas”.*** (CÁRDENAS, 2006).

Del mismo modo el Tribunal Constitucional, recogiendo lo expuesto en la Resolución Ministerial N° 159-2000-PROMUDEH, que enumera una serie de manifestaciones como el derecho a la identidad étnica, ha revalorado su importancia reconociendo un catálogo de derechos expresando lo siguiente: “El conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa” y que tal derecho comprende: “a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b. El respeto a sus formas de organización. c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles. d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles. [...]” (Sentencia del Tribunal

Constitucional N° 03343-2007-PA/TC)). En otro caso el Tribunal Constitucional, reconoce también el derecho a la identidad étnica citando el Artículo 27° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en términos de que la identidad étnica, como especie del género “identidad cultural”, ha merecido también atención de la comunidad internacional, en la que se establece: *“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”* (Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0006-2008-PI/TC).

### **2.2.3 Existencia jurídica de las comunidades campesinas y nativas en el marco constitucional e internacional**

Nuestra Constitución Política del Perú en el Artículo 89° establece: ***“La Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y lo administrativo, dentro del marco que la Ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo***

***en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”.***

Las comunidades campesinas y nativas son organizaciones tradicionales y estables de interés público, constituidas por personas naturales y cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral.

De tiempo atrás, los órganos del sistema interamericano han prestado una particular atención al derecho de los pueblos indígenas y tribales a la propiedad comunal sobre sus tierras y recursos naturales, como un derecho en sí mismo, y en tanto garantía del disfrute efectivo de otros derechos básicos. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia, porque su goce efectivo implica no sólo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra”. La Corte Interamericana, a su vez, ha subrayado

que los derechos territoriales de los pueblos indígenas se relacionan con ***“El derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida”*** (Comisión IDH-derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales).

Los órganos interamericanos también han fundamentado jurídicamente el derecho a la propiedad territorial de los pueblos indígenas y tribales en la costumbre internacional. Para la CIDH, existe una norma de derecho internacional consuetudinario mediante la cual se afirman los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales.

#### **2.2.4 Valor de las normas internacionales sobre el derecho a la propiedad**

Nuestra Carta Magna en su Artículo 55º instituye: ***“Los Tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”***. Asimismo, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece: ***“Las normas relativas a los derechos y a las***

***libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.***

En ese sentido, los tratados en vigor acerca de normas relativas a los derechos y libertades expuestos por nuestra Constitución constituyen parámetros de constitucionalidad en la misma materia, siendo además incorporados a través de la integración o recepción interpretativa. Aún más, cabe resaltar, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en las Sentencias N° 00047-2004-AI (fundamento 22) y N° 0025-2005-PI (fundamento 33).

En consecuencia, habiéndose aprobado el Convenio N° 169 mediante Resolución Legislativa N.º 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho Nacional. Por consiguiente, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.

### **2.2.5 Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas**

El Artículo 149º de nuestra Carta Magna, instituye: ***“Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La Ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.***

A su vez, ello tiene un trasfondo que radica en la propia cosmovisión de las comunidades, pues gozan de una jurisdicción especial constitucionalmente reconocida, por la singularidad de su percepción del mundo y de la vida. A decir de CARDEZ KRENZ, las comunidades campesinas se rigen por su propio derecho por cuanto este obedece a una cosmovisión muy distinta y completamente ajena a la cosmovisión occidental. (CÁRDENAS, 2006). De otro lado, esto trae como consecuencia que en las comunidades alto andinas se consideran que las

mismas normas que rigen entre los hombres rigen en su relación con la naturaleza. (GÁLVEZ, 2006).

Básicamente, se advierte en las comunidades la subsistencia histórica de una ideología basada en la reciprocidad, la cual funciona como fuente de derecho, a decir de Orlan Plaza, en el sentido de que constituye una norma general que se da no solo en el trabajo agrícola y el intercambio de herramientas, sino que se aplica en todas las instancias de la vida: bodas, entierros, construcciones, etc. (PLAZA, 2006).

Resulta importante tener en cuenta la presencia de la justicia comunal como una justicia especializada de mayor acercamiento para resolver los conflictos que se producen al interior de las comunidades, lo cual ayuda a una rápida solución; así lo confirma el Instituto de Defensa Legal en su obra Acceso a la Justicia en el Mundo Rural cuando afirma: ***“Reconocer una justicia basada en el Derecho Consuetudinario permite mayor cercanía, rapidez y eficiencia y, sobre todo, legitima el sentido de la justicia de la población indígena.” (INSTITUTO DEFENSA LEGAL, JUSTICIA VIVA, 2012).***

## **2.2.6 Los derechos de la comunidad campesina**

Se ha hecho público recientemente el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Este documento contiene, de manera didáctica e ilustrada, las normas y jurisprudencia del sistema de protección de derechos humanos que existe en el continente sobre este importante grupo poblacional.

Destacamos que se trata de un informe temático, uno de los primeros que se elabora por la CIDH sobre los pueblos indígenas. Recordemos que antes solo habíamos tenido en este tema informes muy relevantes sobre acceso a la justicia, así como otros informes temáticos sobre acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas y de acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo que estamos ante un aporte notable que incorpora en un solo texto, la riqueza jurisprudencial creada desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los informes de la CIDH y otros aportes de la Organización Internacional del Trabajo y, del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas.

Asimismo, resaltamos lo oportuno que resulta para el continente, especialmente para la región andina, la difusión del mencionado informe, particularmente cuando se viene debatiendo en nuestros países la necesidad de compatibilizar los derechos de los pueblos indígenas y tribales a sus territorios y la explotación de recursos naturales que llevan a cabo las empresas extractivas alentadas por los gobiernos respectivos. No se trata de un tema menor, a partir de una interpretación evolutiva que ha efectuado la Corte Interamericana sobre el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dejando establecido el derecho de propiedad de los pueblos indígenas en el marco de la propiedad comunal, el cual debe considerarse en función de las características y contexto de estas organizaciones.

A partir de ello, se ha venido cuestionando la forma cómo los diversos gobiernos han desarrollado sus políticas para promover el desarrollo, a costa de sacrificar los derechos de los pueblos indígenas. En el caso concreto de Perú, en los últimos años este tema ha estado y sigue vigente en la agenda pública.

Recordemos que, según el reporte de la Defensoría del Pueblo sobre conflictos sociales de enero del 2011, de los 239 conflictos sociales

registrados, la mitad eran de naturaleza socio-ambiental y vinculados a territorios de comunidades campesinas y nativas. No obstante ello, es evidente la actuación gubernamental para desconocer reiteradamente estos derechos, particularmente el de consulta previa de los pueblos indígenas.

Al respecto, el Informe de la CIDH en su capítulo IX desarrolla los derechos a la participación, la consulta y el consentimiento, llamándonos positivamente la atención la manera cómo se desarrolla la noción de consulta culturalmente adecuada, entendiéndosele como el respeto a las tradiciones y costumbres de los consultados, debiendo estos definir su forma de su representación sin injerencia estatal. Asimismo, ratifica lo establecido por la Corte Interamericana en el caso Saramaka vs. Surinam, en el sentido que para casos excepcionales existe el deber de los Estados de conseguir el consentimiento obligatorio de los pueblos consultados, previamente a la ejecución de planes y proyectos que puedan afectar los derechos de propiedad sobre la tierra, territorio y recursos naturales, cuando se den alguna de las siguientes situaciones: I) desplazamiento de los pueblos o comunidades indígenas afectadas de sus territorios; II) privación de la capacidad de los pueblos y comunidades indígenas de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y otros recursos naturales

necesarios para su subsistencia; III) se deposite o almacene materiales peligrosos en tierras o territorios de los pueblos y comunidades indígenas. Como sostiene Javier La Rosa Calle, estamos entonces ante un documento valioso que puede convertirse en una herramienta formidable que tienen las organizaciones y pueblos indígenas, para defender sus derechos y exigir a los Estados el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. (WWW.JUSTICIAVIVA.ORG.PE).

Con la aprobación de la Constitución Política en 1993 se estableció un marco normativo que permite reconocer la variedad étnica y cultural. Particularmente este reconocimiento tenía especial concreción en el ámbito de la impartición de justicia con el artículo 149, que facultaba a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas a ejercer funciones jurisdiccionales aplicando su propio derecho y criterio (derecho consuetudinario).

En el año 1994 nuestro país ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, tratado pertinente en relación a estos temas porque se reconocía en su artículo 8 el derecho de los pueblos indígenas a mantener sus costumbres e instituciones propias para resolver sus conflictos. Han transcurrido casi 20 años desde la

entrada en vigencia de dicho convenio y desde esa fecha existen conflictos con el reconocimiento de dicha potestad jurisdiccional por parte de las comunidades campesinas y nativas, negando los postulados constitucionales y el propio avance del derecho internacional de los pueblos indígenas.

Sin embargo, también es cierto que se han producido en los últimos años una serie de aproximaciones entre ambos sistemas de justicia que merecerían ser analizados críticamente, de allí la necesidad de plantear aquí un balance, identificando esas señales positivas producidas que indicarían que se puede presumir algunos cambios en las visiones tradicionales que existían en la magistratura.

### **2.2.7 Reconocimiento de la justicia comunal y coordinación con el poder judicial**

Desde el año 2009, en nuestro país se han presentado al interior del poder judicial casos de conflictos sociales que involucraban a las comunidades campesinas y nativas, estableciéndose reglas de como de debía asumir la coordinación de la justicia comunal. Como se enuncia en un Balance del año 2012: ***No se trataba de hechos menores, ya que en***

*el primer semestre del 2009 se desarrolló en el país uno de los hechos de violencia más importantes entre autoridades estatales y comunidades nativas que protestaban por unos decretos legislativos no consultados. Nos referimos a los sucesos lamentables de Bagua que dejaron una serie víctimas pero que además impactó en el funcionamiento de las diversas entidades estatales, y sobretodo, contribuyó a visibilizar una serie de problemas de los pueblos amazónicos, que obligaron al Estado a incorporar en la agenda pública los problemas de las comunidades campesinas y nativas, incluso renombrados oficialmente, especialmente para los amazónicos, como pueblos indígenas. (INSTITUTO.JUSTICIA.2012).*

La justicia judicial no podía estar ajeno a lo que ocurría en el nuestro país, es así que en noviembre del 2009 aprueba el Acuerdo Plenario N° 1/2009 que ordenó como doctrina para todos los magistrados del país, reglas relativas a cuando las rondas campesinas actuaran resolviendo conforme lo establecía el artículo 149 de la Constitución. La aprobación del acuerdo para la corte suprema estableció que existía punto controvertido, es decir, ***si las rondas campesinas tenían o no la facultad jurisprudencial a la que se refería la Constitución. Por lo que a partir de la interpretación que se hizo en dicha disposición zanjó***

***una discusión que se daba en los espacios jurisdiccionales y en los académicos y que tendría consecuencias prácticas no sólo para las rondas campesinas sino para todas las autoridades de la justicia comunal o indígenas que ahora tenían un pronunciamiento jurisdiccional que los ponía en la palestra. (INSTITUTO, JUSTICIA, 2012).***

Es decir, ya no se trata exclusivamente de un conflicto en acceso a la justicia, sino que incluso hay un sustento en el derecho de la étnica cultural que significaba ejercer la facultad de promover mecanismos de soluciones de conflicto para el diálogo intercultural en el ámbito de la justicia.

Lo expresado nos ayudaría a esclarecer cómo se ha ido desarrollando la existencia de un fuero comunal, de manera que puedan implementar en las zonas las políticas jurisdiccionales interculturales en los distintos lugares que se encuentran las comunidades campesinas. El desarrollo de estas ha identificado que en algunos lugares se incorporaba representantes de las comunidades campesinas.

De ese modo, en cortes como Cajamarca, Cusco o San Martín fue evidente el activismo de sus integrantes, quienes en alianza con entidades de sociedad civil llevaron a cabo diversas actividades, ya sea de formación o de incidencia. También durante estos últimos años se dieron algunos sucesos que establecieron hitos importantes en el proceso de cambios sobre el estado de la coordinación. Mencionamos los principales:

- La incorporación del Programa de Acceso a la Justicia de Comunidades Rurales (Projur) al Poder Judicial para desarrollar acciones a favor de la coordinación entre los sistemas de justicia. Al respecto debe señalarse que este programa creado en el 2005 y desarrollado en los distritos judiciales de Cajamarca, San Martín y Apurímac constituyó uno de los pocos y legitimados aportes que desde organizaciones de sociedad civil se hacía al Poder Judicial hasta su incorporación al Poder Judicial en el 2010, siendo pertinente mencionar que buena parte del dinamismo de las cortes locales en los lugares mencionados respondió al apoyo recibido.
- El desarrollo de los Congresos de Justicia Intercultural en La Merced (setiembre del 2010), en Cajamarca (diciembre del 2010), en Huaraz (noviembre del 2011) y Lima (diciembre del 2012), los

cuales de forma inédita en el Poder Judicial convocaron a magistrados de los distintos distritos judiciales y a representantes de comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas quienes debatieron de forma horizontal una serie de temas sobre acceso a la justicia y coordinación entre sistemas de justicia. Mención aparte tenemos que hacer sobre las recomendaciones que se formularon en ambos eventos, todos ellos resumidos en la invocación a una necesaria coordinación entre el Poder Judicial y la jurisdicción emanada de las comunidades y rondas campesinas.

- Otro hecho significativo ha sido la elaboración y discusión parcial del proyecto de ley de desarrollo legislativo del artículo constitucional 149 sobre coordinación entre jurisdicción ordinaria y la jurisdicción comunal realizado en las Cortes Superiores de Cajamarca, Cusco y San Martín. Este documento fue asumido por la Corte Superior de Cajamarca y presentado al Presidente del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial quien lo remitió para su discusión en el I Congreso de Justicia Intercultural de La Merced en setiembre del 2010 siendo materia de debate en el II Congreso llevado a cabo en la ciudad de Cajamarca así como en el IV Congreso desarrollado en Lima.

- Creación del Registro Nacional de Operadores de la Jurisdicción Especial a cargo de la Oficina Nacional de Justicia de Paz (ONAJUP) a través de la Resolución Administrativa N° 370-2010 del 5 de noviembre del 2010. Siendo este hecho importante porque era la primera vez que desde una oficina del Poder Judicial se asumía el esfuerzo de registrar a quienes ejercían la justicia comunal o indígena, reconociendo con ello esta práctica.
- Reasignación de funciones sobre justicia comunal o indígena a la Oficina Nacional de Justicia de Paz (ONAJUP) a través de la Resolución Administrativa N° 417-2010-CE-PJ del 13 de diciembre del 2010. Es decir, se encargaba a la ONAJUP, que abordaba principalmente el tema de la Justicia de Paz, que asumiera una función adicional de promover la coordinación con los otros sectores de la justicia.
- Creación de la Comisión de Trabajo sobre Justicia Indígena y Justicia de Paz, ocurrida en mayo del 2011.

Cabe señalar que esta Comisión concluyó sus acciones en setiembre del 2011 formulando los proyectos de ley en mención que se presentaron al Congreso de la República en el mes de octubre siguiente, aprobándose la Ley de Justicia de Paz a través de la ley 29824 publicada el 3 de enero del 2012, con el propósito

de elaborar una Hoja de Ruta en la relación del Poder Judicial con la Justicia Indígena y proponer dos proyectos de ley, uno referido a la Justicia de Paz y otro referido al desarrollo legislativo del artículo 149. Este hecho resultaba bastante significativo porque correspondía a la gestión del presidente de la Corte Suprema y resultaba revelador del derrotero que se quería imprimir a su gestión en estos ámbitos: establecer un derrotero que oriente el accionar de la corporación judicial y que permita un mejor acceso a la justicia de los ciudadanos.

- Desarrollo de los encuentros preparatorios del IV Congreso de Justicia Intercultural llevados a cabo en el segundo semestre del 2012, lo que ha permitido plantear el debate sobre la coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial a partir de una metodología de resolución de casos. Al respecto, estos eventos se llevaron a cabo en 28 de los 31 distritos judiciales y sus conclusiones fueron plasmadas en este evento nacional llevado a cabo en Lima. (INSTITUTO, JUSTICIA, 2012).

Se debe rescatar que fue muy oportuno que desde el poder Judicial se dieran este mecanismo que permita la comunicación y con ello dar políticas públicas respecto de cómo se deben establecerse ambas

jurisdicciones de la mejor manera para la mejoría de la población y las comunidades. Con ello el poder judicial tiene unos nuevos retos para seguir con la continuidad de las acciones realizadas en los últimos años:

- Afianzar esta tendencia surgida al interior del Poder Judicial para promover una política jurisdiccional que asuma el diálogo como metodología de acción frente a las diversas autoridades de justicia de las comunidades y rondas campesinas. Incorporando en este proceso un enfoque de interculturalidad.
- Promover un proceso de participación y consulta previa sobre el proyecto de ley de desarrollo del artículo 149 de la constitución con las comunidades campesinas.

Apoyar los esfuerzos de las Cortes Superiores de Justicia para institucionalizar espacios permanentes de diálogo respecto a una mejor coordinación entre los sistemas de justicia. La creación y fortalecimiento de los institutos y escuelas de justicia intercultural son una oportunidad para ello.

### **2.2.8 La consulta previa**

La denodada lucha de los pueblos indígenas amazónicos y andinos por el respeto de sus derechos ha llevado a una mayor atención a sus reclamos históricos por parte de la ciudadanía, el gobierno y los otros poderes del Estado. Esto ha ocasionado que el Congreso discutiera y aprobara la Ley N° 29785 que, a pesar de inconstitucionalidades, recoge y desarrolla un derecho que forma parte del ordenamiento nacional desde 1995, pero cuya efectividad ha sido limitada.

El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, corresponde ejercerse respecto de cualquier medida administrativa o legislativa que amenace afectar directamente derechos de los pueblos amazónicos y andinos. Este derecho cuenta con desarrollo en el derecho internacional y nacional. Como se sabe, entre sus fuentes internacionales encontramos el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Por otra parte, en sede nacional tenemos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Ley 29785 y el Decreto Supremo 001-2012-MC47.

La situación descrita cobra especial relevancia si tenemos en cuenta se está produciendo un embalsamiento de proyectos de ley referidos a temas indígenas que no pueden ni deben aprobarse sin consulta previa. A mediados del año 2012 solo en la Comisión de Pueblos se encontraban estancados más de catorce proyectos de ley que se relacionan directamente con el tema. Como fuere, el artículo 6.a. del Convenio 169 de la OIT y el aparato normativo mencionado anteriormente señalan que los gobiernos deberán: **“a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (...)”**. Si bien es obligatorio que la consulta se realice tanto para actos administrativos como legislativos, gran parte de los esfuerzos se han centrado en el debate sobre la consulta previa de los actos de la Administración y se ha dejado en un segundo plano la consulta previa de actos Legislativos. Ante esta situación es necesario volver la mirada hacia otros espacios de regulación del derecho a la consulta previa, en los que también se deben proteger derechos de los pueblos indígenas, puesto que mediante leyes también pueden afectarse estos derechos.

Ahora bien, resulta importante reseñar lo importante que contiene la Ley N° 29785:

- a) **Objeto de la Ley:** *Es desarrollar el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente; el cual se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa N° 26253.*
  
- b) **Concepto:** *Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También a ser consultados respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. La consulta es implementada de forma obligatoria solo por el Estado.*

**c) Finalidad de la consulta:** Es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos.

**d) Principios:** El proceso de consulta:

- **Oportunidad:** Se realiza de forma previa a la medida legislativa o administrativa a ser adoptada por las entidades estatales.
- **Interculturalidad:** Se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas.
- **Buena fe:** El proceso de consulta, se realiza en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. El Estado y los representantes de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios tienen el deber de actuar de buena fe.
- **Flexibilidad:** Debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados al tipo de medida legislativa o administrativa que se busca adoptar y tomando en cuenta las circunstancias y

características especiales de los pueblos indígenas u originarios involucrados.

- **Plazo razonable:** Se lleva a cabo considerando plazos razonables que permitan a las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios conocer, reflexionar y realizar propuestas concretas sobre la medida legislativa o administrativa objeto de consulta.
  - **Ausencia de coacción o condicionamiento:** La participación de los pueblos indígenas u originarios debe ser realizada sin coacción o condicionamiento alguno.
  - **Información oportuna:** Los pueblos indígenas u originarios tienen derecho a recibir por parte de las entidades estatales toda la información que sea necesaria para que puedan manifestar su punto de vista, debidamente informados, sobre la medida legislativa o administrativa a ser consultada; desde el inicio y con la debida anticipación.
- e) Sujetos del derecho:** Son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa.

**f) Forma de participación:** Los pueblos indígenas u originarios participan en los procesos de consulta a través de sus instituciones y organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales.

**g) Identificación de los pueblos indígenas u originarios:** Para identificarlos como sujetos colectivos, se toman en cuenta criterios objetivos y subjetivos. Los criterios objetivos son:

- Descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional.
- Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.
- Instituciones sociales y costumbres propias.
- Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.
- El criterio subjetivo: conciencia del grupo colectivo de poseer una identidad indígena u originaria.
- La Ley especifica que las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios.

**h) Etapas del proceso de consulta:** Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa cumplirán las siguientes etapas mínimas:

- Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta.
- Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.
- Publicidad de la medida legislativa o administrativa.
- Información sobre la medida legislativa o administrativa.
- Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente.
- Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.
- Decisión.

**i) Identificación de medidas objeto de consulta:** Depende del sujeto estatal y de la comunidad. Así tenemos, de un lado, las entidades estatales deben identificar las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de

modo que, si existiría una afectación directa a sus derechos colectivos, se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas.

De otro lado, las instituciones u organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios pueden solicitar la aplicación del proceso de consulta respecto a determinada medida que consideren que les afecta directamente, para lo cual remitirán el petitorio a la entidad estatal promotora de la medida legislativa o administrativa y responsable de ejecutar la consulta, la cual evaluará la procedencia del petitorio.

Si la entidad estatal pertenece al Poder Ejecutivo y desestime el pedido, puede ser impugnado ante el órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. Agotada la vía administrativa ante este órgano, cabe acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes.

Este procedimiento resulta cuestionable, ya que si el Estado es el promotor de las medidas administrativas o legislativas que puedan afectar a las comunidades, la Ley establece que sean las mismas

las que evalúen si existe tal afectación. Por razones obvias, seguramente ocurrirá que denegará el pedido, ante lo cual la Comunidad debe acudir al Poder Judicial para impugnar la denegatoria, lo cual implica transitar por un largo período de tiempo durante el cual se debatirá la posible afectación, pudiendo ser más simple e incluso administrativamente encargarse a un órgano independientes y no al mismo posible infractor.

**j) Evaluación interna de los pueblos indígenas u originarios:**

Las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios deben contar con un plazo razonable para realizar un análisis sobre los alcances e incidencias de la medida legislativa o administrativa y la relación directa entre su contenido y la afectación de sus derechos colectivos.

**k) Decisión:** La decisión final sobre la aprobación de la medida

legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente, debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de la posición de los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida

tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.

En principio la decisión debe ser la manifestación del acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, la cual es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de alcanzar acuerdo, la entidad estatal podrá adoptar la medida, tendiente a garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo.

En otros términos, si bien la Ley aspira a un acuerdo, direcciona la regulación a otorgar la facultad de decidir al ente estatal la decisión final, ya que de no haber acuerdo él decidirá. Lo que en la práctica puede significar que los entes estatales simulen buscar acuerdos y no se realicen, ya que en el fondo tienen la capacidad de decidir.

Finalmente, la Ley señala que los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial, de manera que puede ventilarse en ambas sedes.

**l) Idioma:** Se toma en cuenta la lengua de los pueblos indígenas u originarios, para lo cual deben contar con el apoyo de intérpretes registrados ante un órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo.

**m) Entidad competente:** Son competentes para realizar el proceso de consulta previa, las entidades del Estado que van a emitir medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los derechos de los pueblos indígenas u originarios.

**n) Precisiones sobre el derecho de consulta y de participación:**  
En el análisis de la sentencia AP. N° 2232-2012-LIMA, emitida por la corte superior de justicia del Perú y con ello se lleva a un análisis también de las normas impugnadas se debe tener presente que no es lo mismo el derecho a la consulta, el derecho de participación de los pueblos indígenas, y el derecho de participación ciudadana; precisiones que ayudaran a detectar las infracciones denunciadas en nuestro país.

El derecho de consulta reconocido en el inciso 1.a y 2 del artículo 6 del convenio 169 de la organización Internacional del Trabajo-

OIT, tiene como titulares a los pueblos tribales cuya condición sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad, que se rigen por sus propias costumbres, tradiciones, legislación especial; a los pueblos indígenas que descienden de poblaciones ancestrales de la época de la conquista, de la colonización o del establecimiento de las actuaciones fronteras del estado, que conservan todas o parte de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.

El convenio ha establecido criterios objetivos y subjetivos para identificar a los beneficiarios, entre los primeros se encuentra el criterio de “preexistencia” al Estado, y a la vigencia de instituciones propias; entre los segundos se encuentra la “autoidentificación”; la conciencia de descender de los pueblos originarios y de la “identidad o tribal”. cabe anotar que para identificar a los pueblos indígenas y tribales no es requisito previo que se encuentren registrados y/o reconocidos mediante procedimientos formales aplicados por el estado, sino que cumplan con los criterios señalados en el trabajo.

Estos pueblos son titulares (entre otros derechos), del derecho a la consulta reconocido en el inciso 1.a inciso 2, y del derecho a la participación libre reconocidos en el inciso 1.b todos del artículo 6 del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, cuyo texto completo es el siguiente:

- Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.
  
- Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsable de políticas y programas que les conciernan.
  
- Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

La consulta llevada a cabo en aplicación de este convenio, deberán realizarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Como se señala la Declaración Universal de los Pueblos Indígenas, existe la necesidad de reconocer que los pueblos indígenas son iguales a todos los otros pueblos, que tienen el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismo diferentes y a ser respetados como tales; estos pueblos han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos; se les han impedido ejercer su derecho al desarrollo de conformidad de sus propias necesidades e intereses.

El inciso 1.b del artículo 6 del convenio, adicionalmente de derecho a la consulta previsto en el inciso 1.a reconoce el derecho a la participación de los pueblos indígenas y tribales, para que puedan participar libremente “por los menos en la misma medida que los otros sectores de la población” y de todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y

organizaciones administrativas y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernen.

Asimismo la Comisión Expertos en Aplicación de Convenios Reconocimientos (CEACR) de la organización internacional de trabajo para hacer efectivos los convenios ratificados y evaluar la conformidad de la legislación de las practicas del país con sus obligaciones ha señalado al convenio 169 que: *“debido a los grandes retos a los que actualmente tienen que hacer frente los pueblos indígenas y tribales, incluso la regulación de la propiedad de la tierra, salud la educación y el aumento de la explotación de los recursos naturales la participación de los pueblos indígenas y tribales en estos y otros ámbitos que les afectan directamente, es un elemento fundamental para que garantizar la equidad y la paz social a través de la inclusión y el dialogo... las consultas pueden ser un instrumento de dialogo autentico de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de los conflictos.”* el derecho de participación libre y en igual condiciones guarda relación con el derecho de participación ciudadana que se señala a continuación.

El derecho de participación ciudadana tiene por sustento el artículo 31 de la Constitución Política del Estado, que reconoce el derecho de todos los ciudadanos en general del estado Peruano, de participar en los asuntos públicos; más aun derivando de la democracia participativa confiere a los ciudadanos de intervenir activamente en asuntos políticos, económicos y sociales, mediante mecanismos previamente establecidos por ley; en términos generales la participación ciudadana se relaciona con la integración de los ciudadanos, las participación colectivo, en aras de una mejor calidad de vida, contribuir en el progreso y desarrollo del país, que puede comprender la participación en la administración pública, en la rendición de cuentas, en la formulación de sugerencias, aportes, etc.

La participación ciudadana es esencialmente diferente al derecho de consulta de los pueblos tribales e indígenas, y más bien se relaciona con el derecho de participación contemplad en el inciso 1.b del articulo 6 y del segundo párrafo del artículo 7 del convenio, señalando este último que *“Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación aplicación y evaluación de los planes y*

*programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”*

A diferencia del derecho de la consulta, el derecho de participación ciudadana no se dirige a la obtención de un acuerdo, consentimiento de los ciudadanos, sino que estos, en forma genérica puedan participar activamente en los asuntos que le competen; señalando el tribunal Constitucional: “La participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación”, por otro aspecto la consulta previa no es una simple intervención de los pueblos sino que es acudir a ellos para consultarles sobre las medidas que prevé adoptar el estado y que les puedan afectar, y se orienta a obtener un acuerdo de los pueblos protegidos, y su consentimiento libre e informado cuando corresponda.

El respeto de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y tribales, exige asumir la trascendencia de la protección de estos pueblos que descendiendo de las poblaciones que preexisten al Estado Peruano, fueron sometidos por grupos dominantes, expoliados y maltratados fomentando la

discriminación, marginación y exclusión como si fueran un problema indígena con afectación de sus derechos humanos ahora en el siglo XXI que se reconoce el Estado Pluricultural dentro de políticas de intercultural se orienta a superar la tolerancia encaminado al reconocimiento y respecto de personas humanas iguales, y titulares de derechos fundamentales (Sentencia AP. N° 2232-2012-LIMA).

La “magia” que hacen los decretos supremos que regulaban la participación ciudadana en materia de minería y de hidrocarburos (Decretos Supremos 028-2008-MEM y 012-2008-MEM) es increíble. Primero, reconocen el derecho a la consulta previa (artículo II del Título Preliminar del Decreto Supremo 012-2008-EM y artículo 4 del Decreto Supremo 028-2008-EM), y luego, dicen que este derecho se ejercerá a través de los mecanismos de participación ciudadana contenidos en esas mismas normas.

Cuando uno revisa los diferentes mecanismos de participación ciudadana de estas normas (art. 6 del DS N° 028-2008-EM), no encuentra nada que se parezca a la consulta previa, que como sabemos, de conformidad con el artículo 8 de la Ley de consulta

previa y el fundamento 41 de la sentencia del Tribunal Constitucional N° 00022-2009-PI/TC, tiene varias etapas. Entre ellas, destaca la obligación del Estado de dar información sobre las medidas consultadas, antes del proceso de diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas.

## **2.3 LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS**

### **2.3.1 La libre determinación de las comunidades campesinas y Nativas**

El Convenio 169 de la OIT N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales, en su Artículo 6° literal a) al respecto establece lo siguiente: ***“Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”***.

Por tanto, la libre determinación de las comunidades campesinas y nativas genera la aceptación o negación de cualquier medida que el gobierno adopte sobre la comunidad. Así, mediante los procedimientos apropiados e instituciones del Estado deberá efectuarse las consultas previas con el fin de llegar acuerdos equilibrados para la comunidad, el entorno y el gobierno, sin que se afecte ningún derecho fundamental.

Asimismo, el Artículo 7º del mismo Convenio Internacional establece: ***“Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.***

Los pueblos indígenas y tribales tienen formas de vida únicas, y su cosmovisión se basa en su estrecha relación con la tierra. Las tierras tradicionalmente utilizadas y ocupadas por ellos son un factor primordial

de su vitalidad física, cultural y espiritual. Esta relación única con el territorio tradicional puede expresarse de distintas maneras, dependiendo del pueblo indígena particular del que se trate y de sus circunstancias específicas; puede incluir el uso o presencias tradicionales, la preservación de sitios sagrados o ceremoniales, asentamientos o cultivos esporádicos, recolección estacional o nómada, cacería y pesca, el uso consuetudinario de recursos naturales u otros elementos característicos de la cultura indígena o tribal.

Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras; a su vez, la garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial también ha concluido que los derechos territoriales de los pueblos indígenas son únicos, y abarcan una tradición y una identificación cultural de los pueblos indígenas con sus tierras que ha sido generalmente reconocida.

En relación con el derecho de propiedad indígena, los órganos del sistema interamericano han usado expresamente las disposiciones del Convenio 169 de la OIT. Tal y como ha explicado la Corte Interamericana, al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención, en relación con la propiedad comunitaria de los miembros de comunidades indígenas, la Corte ha tomado en cuenta el Convenio No. 169 de la OIT a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención, para interpretar las disposiciones del citado artículo 21 de acuerdo con la evolución del sistema interamericano, habida cuenta el desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este sentido para la CIDH, el Convenio 169 de la OIT es el instrumento internacional de derechos humanos específico más relevante para los derechos de los indígenas, por lo cual es directamente aplicable para la interpretación del alcance de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

La mayoría de los Estados miembros de la OEA con alta población indígena ahora son partes del Convenio 169, y el Convenio ha sido una importante referencia normativa para los procesos de reforma constitucional, legislativa e institucional que se han dado en ellos y en otros países. El Convenio ha servido también a los propios pueblos indígenas, ayudándoles a estructurar sus demandas e impulsar cambios legislativos consistentes con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos indígenas.

### **2.3.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la Comunidad Mayagna (sumo) AwasTingni vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001**

El caso de la Comunidad Mayagna fue el primero relativo al derecho de propiedad comunal sobre la tierra ancestral de miembros de comunidades indígenas, y se convirtió en el leading case de la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia. (CORTEIDH.OR.CR). El caso versó sobre la falta de reconocimiento por parte de Nicaragua de los derechos de propiedad de la Comunidad AwasTingni y, más concretamente, la ineficacia de los procedimientos establecidos en la legislación para hacer efectivos los derechos de propiedad comunal y la

falta de demarcación de sus tierras, que, pese a múltiples gestiones efectuadas, no contaba con el reconocimiento estatal y se había visto perjudicada por una concesión maderera otorgada, sin consulta previa, a una compañía privada (SOLCARSA) en las tierras ocupadas por la comunidad.

En su sentencia, en primer lugar, la Corte IDH determinó que si bien era evidente la existencia de una normativa que reconoce y protege la propiedad comunal indígena en Nicaragua, el procedimiento para la titulación de tierras ocupadas por grupos indígenas no estaba claramente regulado en la legislación nicaragüense y no se establecía *un “Procedimiento específico para la demarcación y la titulación de las tierras ocupadas por comunidades indígenas, atendiendo a sus características particulares”*. Por lo que la Corte IDH determinó que no existían un procedimiento efectivo para delimitar, demarcar y titular las tierras comunales indígenas.

Adicionalmente, la Corte estimó que el procedimiento que se siguió ante las diversas instancias nacionales que conocieron de los amparos interpuestos por la Comunidad desconoció el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana. Por tanto, la Corte IDH

concluyó que el Estado violó el artículo 25 de la Convención Americana, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la misma, y consideró como necesario, para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la legislación nicaragüense, que el Estado adoptara en su derecho interno **“Las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad MayagnaAwasTingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta.”**

En segundo lugar, sobre el derecho de propiedad, previsto en el artículo 21 de la Convención Americana que establece el derecho de toda persona “al uso y goce de sus bienes”, la Corte IDH recordó su criterio según el cual los “bienes” pueden ser definidos como **“Aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor.”**

Sobre esta base, a partir de una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y siguiendo los términos del artículo 29.b de la Convención, la Corte IDH consideró que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.

La Corte IDH precisó el concepto de propiedad en las comunidades indígenas, en los siguientes términos:

***“[...] Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y***

***producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. [...] El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.” (CORTEIDH.OR.CR).***

En el caso, se determinó que Nicaragua reconocía la propiedad comunal de los pueblos indígenas y se destacó que, conforme a lo establecido en la Constitución del Estado, los miembros de la Comunidad AwasTingni tienen un derecho de propiedad comunal sobre las tierras donde actualmente habitan, sin perjuicio de los derechos de otras comunidades indígenas.

No obstante ello la Corte IDH advirtió que los límites del territorio sobre los cuales existe tal derecho de propiedad no habían sido delimitados y demarcados por el Estado, lo que generó ***“Un clima de incertidumbre permanente entre los miembros de la Comunidad***

***AwasTingni en cuanto no saben con certeza hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocen hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los respectivos bienes.***” En consecuencia, la Corte estimó que los miembros de la Comunidad tienen derecho a que el Estado delimite, demarque y titule el territorio de su propiedad; y se abstenga de realizar, hasta tanto no se realice tales acciones, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades.

En atención a lo anterior, la Corte IDH estimó que el Estado había violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad MayagnaAwasTingni, toda vez que no había delimitado y demarcado su propiedad comunal, y que había otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que podría llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que debe recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes.

El reconocimiento del Estado de Derecho Constitucional por nuestra Constitución no es irrelevante al momento de interpretar la libertad contractual y fundamentalmente la autonomía privada que la sustenta, todo lo contrario, el Estado social como a continuación veremos, impone obligaciones muy concretas. El artículo 43 de la Constitución reconoce que el Estado peruano es *“social y democrático de derecho”*. A su vez, el artículo 58 de la misma, precisa que la *“iniciativa privada es libre”* y que se *“ejerce en una economía social de mercado”*. Habría que agregar el artículo 59 de la Carta Política, que precisa que *“El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad”*.

La Carta Política consagra el principio del favorecimiento de sectores excluidos, sustentando la adopción de medidas típicas de discriminación positiva, la cual a su vez, tiene estrecha relación con el principio de igualdad sustancial, desarrollado por un sector de la doctrina. Según esta, tratar igual a los que son materialmente desiguales es tan violatorio del derecho a la igualdad y a la no discriminación.

En este sentido el reconocido especialista sobre la materia Ruiz Molleda ha señalado que ***“En relación con el contenido material de la***

***fórmula del Estado Social, debemos precisar que el fundamento del Estado social parte de una premisa: que no es posible un ejercicio real de la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañadas de unas condiciones de existencia mínimas, de modo que el Estado asume la función de distribuir bienes jurídicos de contenido material a través de un sistema de prestaciones sociales de diverso signo". (RUIZ, 2008).***

En esa misma línea habla de una "procura existencial", señala que ***"En el Estado social de Derecho, los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para subvenir sus necesidades vitales, es decir, vela por lo que la doctrina germana ha calificado de procura existencial"***. Estas medidas concretas que materializan esta procura existencial pueden ser muy variadas.

Se ha señalado que el derecho de los pueblos indígenas no es absoluto, puede ser limitable, siempre que este no ponga en peligro la subsistencia de los pueblos indígenas. Son derechos que deberán ser ponderados con otros derechos también con cobertura en el derecho internacional de los derechos humanos. Igual ocurre en el derecho

interno, donde derechos constitucionales entran en conflicto con otros derechos constitucionales, principios y bienes jurídicos constitucionales. Nos vamos a encontrar así por ejemplo, ante casos de colisión o de tensión generados por los privados que cada vez que desarrollan sus actividades extractivas, invocan derechos como la libertad de empresa, de comercio y de industria. (RUIZ, 2008).

Decíamos antes que la relación de los pueblos indígenas con sus territorios no se agota en lo económico-productivo, sino que tiene múltiples implicancias culturales, religiosas, sociales, etc. Sin embargo, no solo tiene implicancias, el territorio es un derecho especialmente importante, pues es condición de subsistencia de los pueblos indígenas. Así tenemos que para CIDH, la relación especial entre los pueblos indígenas y tribales y sus territorios significa que el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales.

### 2.3.3 Tierras comunales y derecho a la propiedad en el Código Civil

El Artículo 923º del Código Civil establece: ***“La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.”***

La propiedad es un derecho real por excelencia, en la cual se establece una relación directa entre el titular y el bien, ejercitando sus atributos sin la mediación de un tercero, es decir, se confiere al titular todas las facultades sobre el bien a fin de que pueda usar, disfrutar, disponer y reivindicar.

Asimismo, cabe resaltar, que en la institución de la copropiedad (propiedad que ejercitan varias personas) no desvirtúa el carácter de exclusividad que posee la propiedad porque en la copropiedad el derecho sigue siendo uno pero lo ejercitan varios titulares, al igual que lo ejercen los integrantes de las comunidades campesinas sobre sus “tierras” (territorio comunal).

En tal sentido, relacionado a nuestro tema acerca de los territorios comunales, el Código Civil faculta a todo ciudadano a ejercer la propiedad en toda su amplitud de los atributos otorgados siempre que estos se ejerzan en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley. Aún más, en los territorios comunales, son los comuneros o nativos que ejercen la propiedad dentro de la circunscripción territorial comunal. Concluyendo, que el derecho a la propiedad es concedido desde las normas internacionales a todos los ciudadanos; y, máxime a los integrantes de territorios comunales a fin de resguardar y preservar el legado de tradición y cultura de nuestro país, conforme a lo establecido en la Sección cuarta sobre Comunidades Campesinas del Código Civil.

Cabe señalar, que el derecho a la propiedad está consagrado en el Artículo 2º inciso 16 de la Constitución Política del Perú, por lo que debe entenderse en su acepción amplia, es decir, vinculada a la noción de patrimonio, el cual es en realidad una universalidad jurídica integrada por activos (derechos, créditos) y pasivos (deudas) (GACETA JURÍDICA, - CONSTITUCIÓN, 2006). Y, asimismo, esta consagración garantiza al propietario una amplia libertad para ejercer la propiedad dentro de los límites de la ley; de ese modo queda establecida que toda intervención estatal o de terceros cuyo fin sea despojar arbitrariamente a la persona

del bien vulnera el derecho fundamental. En ese sentido ***“Los efectos de estos derechos consisten en crear un ámbito exento para el individuo titular, donde nadie está autorizado para realizar una intervención, o en su caso solo puede hacerlo a través de un procedimiento lleno de garantías. Los grandes valores que informan a estos derechos son la libertad y la seguridad jurídica principalmente (...).”*** (PECES, 2010).

#### **2.3.4 Las tierras de las comunidades en el Código Civil y el Derecho de Propiedad sobre las mismas según la constitución**

Las tierras de las comunidades campesinas son inalienables, imprescriptibles e inembargables y se presume que son de propiedad comunal las tierras poseídas de acuerdo al reconocimiento e inscripción de la comunidad, conforme lo establece el Artículo 136º del Código Civil.

Al respecto, debemos indicar que las tierras de las comunidades nativas y campesinas ya no son inalienables dado que con la vigencia de la Ley N° 26505 precisa al establecer como único requisito para disponer, gravar, arrendar o ejercer otro acto sobre las tierras comunales de la Selva o Sierra el acuerdo de la asamblea general con el voto conforme de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la comunidad.

Quedando de esta manera abierta la posibilidad que cualquier persona se natural o jurídica, nacional o extranjera sea dueña de tierras agrarias.

Las libertades económicas reconocidas por la Constitución vienen a ser: el derecho a la propiedad, derecho a la libre contratación, libertad de trabajo, libertad de empresa, libertad de comercio, libertad de industria. El Derecho a la Propiedad, a partir del Artículo 2 incisos 8 y 16) de la Constitución es el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley. Corresponde por naturaleza a los seres humanos, su origen no reside en la voluntad del legislador, los puede recuperar, donar y heredar, siendo el atributo más completo que se tiene sobre una cosa.

El concepto constitucional es más amplio que el civil. Va más allá del dominio y de los derechos reales que tiene como objeto de la propiedad las cosas u objetos materiales, abarca a la pluralidad *in totum* de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que son susceptibles de apreciación económica.

De otro lado, el artículo 70 de la Constitución reconoce el bien común como una función social de la propiedad. Esta no sólo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien su propio beneficio individual, sino que debe reconocer en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial.

En la propiedad reside un derecho y un deber, garantizando el bien común. De manera que no sólo es un derecho subjetivo, sino una garantía institucional (reconocimiento de su función social). La función social conlleva que el Estado modere su ejercicio a través de la reglamentación, lo cual surge del principio de justicia, de manera que su uso y disfrute sea en armonía y consonancia con el bien común.

El derecho a la propiedad no es absoluto, se encuentra sujeto a las limitaciones impuestas por el interés general, al igual que la mayoría de derechos fundamentales. Así armoniza: a) El derecho a la propiedad individual con el ejercicio del mismo por los demás individuos; b) El derecho a la propiedad individual con el ejercicio de las restantes libertades individuales; c) El derecho a la propiedad individual con el orden público y el bien común.

El Código Civil manteniendo el planteamiento de la Ley General de Comunidades Campesinas – Ley N° 24656, establece que las tierras de las comunidades nativas y campesinas son imprescriptibles, sin embargo, en el Artículo 89° de la Constitución Política del Perú implanta la figura del abandono, que sería la única forma de adjudicar a los poseedores que no siendo comuneros puedan acceder a la propiedad de las tierras comunales.

Asimismo, tratándose de tierras de las comunidades campesinas de la Costa, se establece el acceso a la propiedad a terceros exigiéndoseles únicamente el voto a favor del 50% de los miembros asistentes a la asamblea instalada con el quórum correspondiente. (LEY N° 26505, Art. 10,b).

## **2.4 CONCORDANCIA ENTRE EL DERECHO DE PROPIEDAD DEL TERRITORIO COMUNAL Y LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS MINERALES**

### **2.4.1 Importancia del territorio comunal**

El Convenio N° 169 de la OIT en su Artículo 13° establece lo siguiente: ***“1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.***

Dándole relevancia e importancia a la tierra de las comunidades, de manera que su uso debe ser conforme a sus culturas y valores espirituales, para preservar su identidad y costumbres. Es importante entonces cuidar su destino, no pudiendo el Estado al autorizar su uso a terceros, eliminar las culturas y valores espirituales de las comunidades, lo cual cobra importancia cuando como ocurre en la actualidad en el país, el Estado, más específicamente el Gobierno, tiene sumo interés en promover la actividad minera, que se encuentra en los territorios de las comunidades, no dándole importancia a este precepto internacional pues más allá de valorar el respeto a las comunidades que debe cumplir, se

pone de lado de las empresas extractivas y en contra de lo que expresan las comunidades concesiona sus territorios, con el propósito de obtener rentas al momento de que las empresas obtengan utilidades por la venta de los recursos naturales.

#### **2.4.2 El derecho a la consulta previa como protección del derecho a la propiedad comunal**

El derecho de consulta previa e informada establecido en el artículo 6 del Convenio N.º 169 de la OIT, se constituye en una herramienta fundamental que tienen los pueblos indígenas. Viene a ser una verdadera garantía jurídica que permite en muchos sentidos tutelar a los intereses de los pueblos indígenas. En dicha disposición se indica lo siguiente: “1. *Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:*

- *Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus **instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;** [...].*
- *Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberá efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las*

*circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.*

De otro lado, el artículo 15 también hace referencia al derecho de consulta, para el específico caso de exploración y explotación de recursos naturales ubicados en los territorios de los pueblos indígenas, estableciendo en su numeral 2 lo siguiente: *“En caso de que pertenezcan al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, **los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.** Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”* (énfasis agregado).

El mandato establecido en el artículo 6, es uno de carácter general que pretende propiciar y materializar el diálogo intercultural en todos los

diferentes estratos de intervención estatal sobre la situación jurídica de los pueblos indígenas. Dentro de ciertos ámbitos este mandato se refuerza con referencias específicas, por ejemplo, en el caso del ya referido artículo 15, pero también con el artículo 22 (tercer párrafo) y el 28, referidos estos últimos a la formación profesional y a temas educativos.

Por medio de tales medidas lo que se pretende es una reivindicación en clave de inclusión de los pueblos indígenas. La historia de los pueblos indígenas en nuestro país, y en otras latitudes, ha estado marcada por la exclusión. Siendo grupos minoritarios, en diversas ocasiones han sido ignorados y violentados por traficantes informales, industriales sin escrúpulos y por el propio Estado. En tal sentido, con el reconocimiento de su identidad, la inclusión pretende la integración de los pueblos indígenas de una manera más justa, respetando la singularidad de su manera de expresar y demostrar su ciudadanía. Esta pretensión no se enmarca dentro de perspectivas de desintegración de lo desigual o atomización, sino más bien de la integración de lo pluricultural.

De esta manera, reconociendo la herencia cultural de los pueblos indígenas, el convenio pretende que estos puedan desarrollarse no solo como miembros de un pueblo indígena sino también como miembros de

la nación peruana. En suma, persigue con ello ya no la subordinación de una identidad dentro de otra, sino el respeto de las diversas manifestaciones culturales.

Aún más, específicamente establece que cuando los minerales o recursos naturales se encuentren en territorio de las comunidades (pero de propiedad del Estado), los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, con la finalidad de determinar si serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.

#### **2.4.3 Inversión privada en territorio comunal a la luz de Ley de la Inversión Privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas - Ley nº 26505**

Otro aspecto importante a tratar sobre el derecho de propiedad de las comunidades se encuentra en el análisis de la Ley N° 26505. En principio, su condición de propietarias colectivas de tierras es, desde antaño, su razón de ser. Vistas en conjunto, son sin duda uno de los

principales propietarios de terrenos a nivel nacional. Sin embargo, al interior de las comunidades y bajo la etiqueta de “propiedad colectiva comunal”, se agrupan derechos diferenciados sobre las tierras y los terrenos. Dentro de las propiedades colectivas coexisten formas de apropiación familiar cuasi privadas e intensivas en trabajo (huertas y parcelas irrigadas), tierras bajo control comunal limitado (zonas de barbecho y rotación de cultivos, regulados o no por la comunidad)

#### **2.4.4 Inversiones privadas y derechos comunales**

La Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas - Ley N° 26505- promueve la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, para el uso agrícola, de pastoreo, tierras con recursos forestales y de fauna, etc.

Sin embargo, para disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto sobre las tierras comunales de la Sierra o Selva, se requerirá del Acuerdo de la Asamblea General de los miembros de la Comunidad.

Facultándose a los integrantes de la comunidad a trasladar la posesión o propiedad de las tierras comunales a terceros a fin de que exploten los recursos naturales.

Los derechos familiares y colectivos coexisten aunque se hallan en permanente tensión. La expansión y la demanda por terrenos empujan a lo familiar en tanto que la amenaza a la propiedad y la gestión de algunos recursos de uso común (como el agua de regadío) obliga a lo colectivo.

Si legalmente la comunidad es propietaria de un gran terreno que pertenece al conjunto de sus miembros, internamente la tierra posee dueños de diferentes tipos de acuerdo con una serie de prácticas internas que rigen el acceso a los terrenos dentro de los linderos comunales. Si desde la Ley y el Estado existe un solo propietario colectivo, desde los comuneros existen dos niveles de "propiedad": la colectiva, que compete a todos, y la privada, que compete a las familias.

Ahora bien, estos propietarios tienen tres tipos de problemas, que provienen de distintas fuentes y perspectivas: su saneamiento legal, el carácter de la propiedad y la regulación interna.

Existe un déficit en el saneamiento de la propiedad formal de las comunidades campesinas. En las últimas décadas, diferentes programas (PETT, PRT2 y más recientemente COFOPRI) promueven la regularización de la propiedad colectiva y en algunos casos también la familiar dentro de las comunidades. El trabajo de saneamiento, inscripción en los Registros Públicos es complejo, técnico y solo puede realizarse solucionadas las disputas por linderos que pudieran existir sobre los terrenos. Y aunque la COFOPRI avanzó significativamente en el proceso, hay aún un importante déficit, sobre todo en las comunidades nativas.

Sin el registro, las comunidades no pueden disponer de los terrenos en su condición de propietarias comunales de estos. Las restricciones legales que plantea la formalidad no impiden la difundida, amplia y constante transferencia de tierras entre comuneros, tanto por mecanismos de herencia como por venta, además de una serie de arreglos internos de cesión de derechos de uso en arriendo.

En segundo lugar, está lo que podríamos llamar el carácter o alcance de la propiedad. La constitución vigente (1993) derogó los derechos de inalienabilidad e inembargabilidad que conservaron las tierras desde 1933; resguardó solo el carácter de imprescriptible; las

comunidades reclaman al Estado que se les restituyan “las tres i”. Por añadidura, el derecho de propiedad de las comunidades solo alcanza al suelo, por lo que las comunidades reclaman los recursos del subsuelo, que pertenecen al Estado. A los propietarios de suelo se les reserva únicamente el derecho a ser consultados para el uso y aprovechamiento del subsuelo por terceros.

En tercer lugar, están las dificultades para el manejo y la administración de los recursos desde una organización comunal centralizada. Estos problemas derivan de las características del control comunal diferenciado sobre la propiedad colectiva.

Buena parte del terreno comunal está –en la práctica– bajo el control de familias nucleares o conjuntos de familias y solo bajo la tutela de la directiva comunal, que muchas veces no tiene la capacidad ni la legitimidad o la posibilidad de regular a los posesionarios. La tensión entre lo comunal y lo familiar (Mayer, 2004) se expresa ante todo en el acceso y el control de los terrenos comunales.

#### **2.4.5 Los recursos naturales y su explotación a la luz de la ley orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales - Ley N° 26821**

La Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales - Ley N° 26821 en su Artículo 7° señala: ***“Es responsabilidad del Estado promover el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a través de las Leyes especiales sobre la materia, las políticas del desarrollo sostenible, la generación de la infraestructura de apoyo a la producción, fomento del conocimiento científico-tecnológico, la libre iniciativa y la innovación productiva”***.

Al respecto, en 1987, la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, conocida también como la Comisión Brundtland, emitió su informe en el que definió el desarrollo sostenible como aquel proceso en donde se asegura la satisfacción de las necesidades humanas del presente sin que se ponga en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades y que, por ende, involucre la utilización de recursos, la dirección de las inversiones y la orientación de los cambios tecnológicos e institucionales que acrecienten el potencial actual y futuro de los recursos

naturales en aras de atender las necesidades y aspiraciones humanas (STC N° 0048-2004-AI/TC).

Por otra parte, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, del mes de junio de 1992, destaca entre una serie de principios el que “Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza” y “El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”, proclamación que recoge entre sus principales fines la integridad del sistema ambiental y de desarrollo mundial.

En consecuencia, es importante resaltar la responsabilidad del Estado frente a los recursos naturales que poseen los territorios comunales, debido a que el promover el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales permite que mediante el proceso se satisfagan las necesidades económicas, sociales, de diversidad cultural y de un medio ambiente sano de la actual comunidad y sus generaciones futuras.

## **a) Caso Tres Islas**

### **Hechos:**

La comunidad nativa “Tres Islas” (en adelante la Comunidad) está conformada por 103 familias pertenecientes a los pueblos indígenas Shipibo y Ese´Eja, y está asentada en el Distrito de Tambopata, Madre de Dios.

El hábitat natural de la Comunidad es una zona de bosques tropicales húmedos, basa su subsistencia y alimentación en las plantas, frutos y animales, como la sachavaca que hay en el bosque y los peces que hay en el Río Madre de Dios que bordea y atraviesa la Comunidad.

Asimismo, la comunidad tiene como una de sus actividades de subsistencia la silvicultura, con la extracción racional y sostenible de madera y la recolección de castañas.

Finalmente, la Comunidad tiene reconocimiento oficial y título de su propiedad.

Desde hace unos años, la Comunidad sufrió la intrusión no autorizada de terceros que realizan tala ilegal de madera, minería ilegal e informal y prostitución en su territorio. A decir de la Comunidad, la minería ilegal e informal genera una gran deforestación del bosque, contaminación de aguas, muerte de animales terrestres, peces y aves, lo que afecta la seguridad alimentaria, salud, integridad territorial, física y cultural de la Comunidad, su modo de vida y libre determinación del desarrollo, así como el libre desarrollo de sus miembros.

La intrusión no autorizada de terceros en territorio comunal es facilitada por dos empresas de transporte, “Los Mineros SAC” y “Los Pioneros SCRL” (que tienen unos 20 autos cada una), que ingresan a través de una trocha, sin autorización de la Comunidad ni autorización de ruta de la Municipalidad Provincial de Tambopata.

El 01 de agosto del 2010, la Comunidad decidió en asamblea comunal proteger su integridad territorial, cultural, física y biológica, mediante el control del ingreso de terceros, construyendo una casa y tranquera de control a la entrada de una trocha

carrozable, dentro de su territorio. Ello, en base al artículo 149 de la Constitución de 1993 y el Convenio 169 de la OIT, los cuales reconocen que las autoridades de comunidades campesinas/nativas/rondas pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario.

El 4 de agosto del 2010 la Comunidad construyó la casa e instaló una tranquera de control por la trocha carrozable, en ejerciendo de su función jurisdiccional. Frente a ello las empresas de transporte “Los Mineros SAC” y “Los Pioneros SCRL” interpusieron denuncias penales ante la Fiscalía y una acción de hábeas corpus signado con el expediente N° 624-2010 ante el Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Tambopata contra la Sra. Juana Payaba Cachique, ex presidenta de la Comunidad, por supuesta vulneración del derecho al libre tránsito.

#### **2.4.6 Resultados de los procesos judiciales**

En principio, ante la agresión sufrida por la Comunidad, el Tribunal Constitucional el 11 de setiembre de 2012, declara fundado el recurso de

hábeas corpus presentado por la comunidad (Expediente N° 01126-2011-HC/TC), que había instalado una caseta de control para impedir el ingreso de taladores ilegales a su territorio. De esta manera se declara nula la sentencia de la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, según la cual dos empresas transportistas podían trasladarse por la comunidad nativa para extraer recursos madereros. Con la sentencia de la comunidad de Tres Islas se reconoce el derecho de los pueblos indígenas al territorio y el derecho a su libre determinación.

De otro lado, en el caso penal iniciado por las empresas, después de casi tres años de persecución penal contra las autoridades comunales, la Corte Suprema les dio la razón, lo cual se suma al otro triunfo legal de la Comunidad lograda con la sentencia histórica del Tribunal Constitucional que reconoció su autonomía y propiedad territorial.

Asimismo, en el caso penal, las autoridades comunales eran procesadas por el presunto delito de “entorpecimiento al funcionamiento del transporte”, debido a que la comunidad construyó, por decisión de asamblea, una tranquera de control a la entrada de su territorio, para evitar el ingreso de taladores ilegales y mineros informales. La Fiscalía

acusó y pidió seis (6) años de prisión, los que tendrían que hacerse efectivos.

Debido a la acusación fiscal, la comunidad interpuso una excepción de improcedencia de la acción indicando que si bien era cierta la construcción de la tranquera, ello no configuraba delito, por estar dentro de su territorio y por haberla hecho en ejercicio de sus atribuciones constitucionales. Denegada la excepción, la comunidad recurrió en casación. El 29 de mayo de 2013, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú declaró fundada la excepción y ordenó archivar el proceso penal que se seguía contra las autoridades comunales.

#### **2.4.7 Pronunciamiento del tribunal constitucional. La garantía de la propiedad sobre la tierra de las comunidades nativas y campesinas**

Al respecto, el Tribunal reitera que el derecho de propiedad es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y sus productos, y

darle destino y condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno. en términos generales, el derecho a la propiedad se encuentra reconocido no sólo como un derecho subjetivo (incisos 8) y 16) del artículo 2º), sino también como una garantía institucional (artículo 70º), según el cual el Estado garantiza su inviolabilidad. Además, la Constitución reconoce en su artículo 88º el derecho de propiedad sobre la tierra en forma privada o comunal.

Reseñando el contenido civil del derecho, agrega que el derecho de propiedad confiere a su titular cuatro atributos respecto del bien: usar, disfrutar, disponer y reivindicar, cada uno de los cuales permite un ejercicio pleno de este derecho. *Para la doctrina civil, es un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo. “Así, es un derecho real por excelencia, porque establece una relación directa entre el titular y el bien, ejercitando el propietario sus atributos sin intervención de otra persona. Además, la propiedad es erga omnes, esto es, se ejercita contra todos, cualidad denominada “oponibilidad”. Es un derecho absoluto porque confiere al titular todas las facultades sobre el bien: usa, disfruta y dispone. Es exclusivo, porque descarta todo otro*

***derecho sobre el bien, salvo que el propietario lo autorice. Y es perpetuo, pues no se extingue por el solo uso”*** (STC 0005-2006-PI/TC).

Para el análisis del caso (propiedad comunal), considera el Tribunal que esta visión civilista de la propiedad debe ser recompuesta desde una mirada multicultural, esto es, tomando en cuenta aspectos culturales propios para el caso de los pueblos indígenas. Citando otro caso (STC 0022-2009-PI/TC), recuerda hizo suyos los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Yakye Axa vs Paraguay*.

Específicamente en lo concerniente al vínculo espiritual de las comunidades para con sus territorios, donde la Corte Interamericana estableció que “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 [derecho a la propiedad privada] de la Convención Americana” [fundamento 137 del caso *Yakye Axa vs Paraguay*].

Al momento de distinguir la Tierra del Territorio, anota que la protección de las tierras de las comunidades campesinas y nativas previstas en los artículos 88º y 89º de la Constitución, no recoge el concepto de “territorio” de forma expresa, sin embargo el Convenio 169 establece en su artículo 13º que la utilización del término “tierras” debe incluir el concepto de “territorios”. Concluye señalando al respecto que ***“La diferencia entre el concepto de tierra y territorio radica en que el primero se encuentra dentro de una dimensión civil o patrimonial, mientras que el segundo tiene una vocación política de autogobierno y autonomía. Así, esta dimensión política del término territorio se ajusta a la realidad de los pueblos indígenas, que descienden de las poblaciones que habitaban lo que ahora es el territorio de la República del Perú. Pero que, no obstante, luego de haber sido víctimas de conquista y colonización, mantienen sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o partes de ellas.”*** (EXP. N.º 01126-2011-HC/TC).

Por consiguiente, el reconocimiento de tales pueblos indígenas, con sus costumbres propias, sus formas de creación de derecho y de aplicación del mismo, traspasan la dimensión de una mera asociación civil. Su visión se asienta sobre una dimensión política, establecida en

última instancia en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas [artículos 3º y 4º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas-DNUDPI]. Ello no implica, desde luego, proponer o incentivar la desintegración del Estado o propiciar demandas separatistas; por el contrario, ha sido una tendencia estable en el derecho y la doctrina internacional conceptualizar el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas sin el elemento separatista o secesionista.

De igual modo, el objetivo es más bien el respeto de su autonomía para definir sus propios destinos, así como su idea y proyecto de desarrollo. Por lo tanto, el propio artículo 46º del DNUDPI establece específicamente una limitación -como todo derecho lo tiene- al derecho de autodeterminación indígena, explicitándose que nada de lo establecido en la declaración “autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”.

A partir del artículo 18º del Convenio 169 que establece que: “La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no

autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones”; de los artículos 88 y 89 de la Constitución, que establece una garantía expresa sobre la propiedad de la tierra en forma comunal o cualquier otra forma asociativa, y que las comunidades campesinas y nativas deciden sobre el uso y la libre disposición de sus tierras, desprendiéndose de ello la facultad para decidir quiénes ingresan a sus territorios; concluye que las comunidades le está permitido ejercer su derecho a la propiedad de su territorio, por lo que las comunidades nativas y campesinas tiene el legítimo derecho de controlar intrusiones a su propiedad. Precizando, sin embargo, que como cualquier otro derecho en el marco del Estado Democrático y Social de Derecho, se encuentra limitado por otros bienes constitucionales, como lo son los establecidos en los artículos 66º, 67º, 70º y 72º, entre otros de la Constitución.

#### **2.4.8 Derecho de propiedad del territorio Indígena; a decidir quiénes ingresan a su territorio**

Sobre la base de que está acreditada la vulneración del derecho a la propiedad del territorio de la Comunidad Nativa Tres Islas, al haberse permitido a las empresas de transporte ingresar al territorio de tal

comunidad, sin que medie título legítimo que así lo autorice, añade que si bien es cierto que la libertad de tránsito es un derecho fundamental, está sometida a ciertos límites, como lo es no invadir tierras ajenas sin consentimiento de los propietarios. Haciendo enseguida cuestionamientos a la Sentencia impugnada que se centró tan solo en la libertad de tránsito invocada por los demandantes, pone en evidencia la flagrante vulneración de la propiedad comunal.

Más aún que existen títulos que acreditan la propiedad de tal territorio, resulta acreditado que se vulneró el derecho a la propiedad del territorio indígena de la Comunidad Nativa Tres Islas, quien tiene el legítimo derecho de hacer uso de su derecho a la propiedad y determinar quiénes pueden ingresar a su propiedad, y quiénes no.

#### **2.4.9 Autonomía comunal**

El artículo 149º de la Constitución reconoce el ejercicio de la función jurisdiccional a las comunidades campesinas y nativas, indicando que se trata de una jurisdicción especial, la cual se ejerce dentro de su ámbito territorial y con el límite de no vulnerar derechos fundamentales de la persona.

En tal sentido, la finalidad de la función jurisdiccional comunal o indígena es la de resolver conflictos interpersonales sobre la base del derecho consuetudinario. En el caso analizado, propiamente se está frente a una determinación no jurisdiccional de la comunidad nativa, ya que mediante sus representantes, no resolvió un conflicto interpersonal, sino que plasmó una medida sobre el “uso y la libre disposición de sus tierras”, en virtud de la autonomía reconocida por el artículo 89 de la Constitución.

La autonomía comunal tiene diversas manifestaciones; una de ellas es la función jurisdiccional; otra la manera en que usan o disponen de sus tierras, lo que incluye la determinación de quiénes ingresan al territorio de la comunidad.

Entonces, a partir de lo dispuesto en el artículo 89<sup>o</sup> de la Constitución que preceptúa que las comunidades nativas pueden disponer y hacer uso de sus territorios, resulta que al no haberse permitido ejercer su derecho a controlar el ingreso de terceros a su comunidad, ha sido vulnerado el ámbito de autonomía de la Comunidad Nativa Tres Islas.

Al respecto, toma en cuenta que la autonomía comunal debe ser ejercida dentro del marco constitucional y legal, siempre que no se desnaturalice la esencia del derecho; y en el presente caso, la comunidad nativa no ha afectado disposiciones legales ni administrativas, porque la construcción de la caseta y del cerco de madera fue decisión legítima tomada en virtud de su autonomía comunal, reconocida por el artículo 89º de la Constitución, de la cual no podrían generarse consecuencias lesivas a la actividad de las empresas.

Finalmente, esta autonomía no implica que las autoridades estatales no puedan ingresar en el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras a fin de cumplir tales labores, pero tal intromisión en el territorio indígena tendrá que ser debidamente justificada por la autoridad administrativa.

Como se advierte, el Tribunal Constitucional en la Sentencia citada ha desarrollado amplia y contundentemente el derecho de propiedad de las comunidades campesinas y nativas sobre sus territorios, lo cual les permite decidir quiénes ingresan a sus territorios. Lo cual es un avance para la determinación de la presente Tesis, pues de modo similar se puede inferir de que cuando el estado autorice o licencia la explotación de

recursos naturales en territorios de las comunidades, debería contar con el acuerdo de ellas, ya que de lo contrario se estaría vulnerando los derechos contenidos en la Constitución Política y Normas Internacionales expuestas.

#### **2.4.10 Derecho de la comunidad sobre los recursos naturales**

Lo cierto es que numerosos pueblos indígenas y tribales viven en áreas ricas en recursos naturales vivos e inertes, incluyendo bosques que contienen abundante biodiversidad, agua y minerales.

Por su parte, la sociedad no indígena tiene deseo de tales recursos, lo cual ha resultado históricamente en la remoción, destrucción y exterminio de muchas comunidades indígenas.

Dada la situación, en la actualidad, la supervivencia y la integridad de los pueblos indígenas y tribales del Hemisferio que aún subsisten, exigen el reconocimiento de sus derechos a los recursos naturales presentes en sus tierras y territorios, de los cuales dependen para su bienestar económico, espiritual, cultural y físico.

En varios países, como en el caso del Perú, existen disposiciones constitucionales o legales que asignan la propiedad de los recursos naturales del subsuelo y de los recursos hídricos al Estado. Para el sistema interamericano de derechos humanos es en principio legítimo que los Estados se reserven formalmente la propiedad de los recursos del subsuelo y del agua. Lo cual no implica, sin embargo, que los pueblos indígenas o tribales no tengan derechos a ser respetados en relación con el proceso de exploración y extracción mineral, ni tampoco implica que las autoridades estatales tengan plena libertad para disponer de dichos recursos a su discreción.

Por el contrario, la jurisprudencia interamericana ha identificado derechos de los pueblos indígenas y tribales que los Estados deben respetar y proteger cuando pretendan extraer los recursos del subsuelo o explotar los recursos hídricos; tales derechos incluyen el derecho a un medio ambiente seguro y sano, el derecho a la consulta previa y, en ciertos casos, al consentimiento informado, el derecho a la participación en los beneficios del proyecto, y el derecho de acceso a la justicia y a la reparación.

Así tenemos, que los pueblos indígenas y tribales tienen derechos de propiedad sobre los recursos naturales que se encuentran en sus territorios, pero con una precisión: el derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas ha incorporado explícitamente en el ámbito material de este derecho los recursos naturales tradicionalmente usados por los pueblos indígenas y vinculados a sus culturas, incluyendo usos tanto estrictamente materiales como otros usos de carácter espiritual o cultural. Se trata de una consecuencia necesaria del derecho a la propiedad territorial. Para la Corte Interamericana, ***“El derecho a utilizar y gozar de las tierras que los miembros del pueblo (...) poseen tradicionalmente implica, necesariamente, gozar de un derecho similar respecto de los recursos naturales que son necesarios para su supervivencia”***. En términos generales, en virtud de su derecho a la propiedad, los pueblos indígenas y tribales y sus miembros tienen derecho ***“a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro y sobre las tierras que tradicionalmente han poseído”***.

Ello se explica de la siguiente forma: los derechos de propiedad de los pueblos indígenas y tribales se extienden a los recursos naturales que están presentes en sus territorios, recursos tradicionalmente usados y necesarios para la supervivencia, desarrollo y continuación de la forma de

vida de los pueblos. De tal manera que los derechos sobre los recursos son una consecuencia necesaria del derecho a la propiedad territorial. Así, continúa la Corte Interamericana: ***“Los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo”***.

#### **2.4.11 Proyectos de desarrollo e inversión y concesiones extractivas de recursos naturales. Compatibilidad entre desarrollo y derechos humanos**

Los Estados y las poblaciones que la integran, tienen derecho al desarrollo. Tal derecho al desarrollo implica que cada Estado tiene la libertad de explotar sus recursos naturales, incluyendo el otorgamiento de concesiones y la apertura a inversiones internacionales, pero el desarrollo debe ser necesariamente compatible con los derechos humanos, y específicamente con los derechos de los pueblos indígenas y tribales y de sus miembros.

No es posible hablar propiamente de desarrollo sin el respeto pleno por los derechos humanos. Ello impone limitaciones y deberes de obligatorio cumplimiento a las autoridades estatales. En particular, el desarrollo debe gestionarse en forma sostenible, lo cual exige que los Estados aseguren la protección del medio ambiente, y específicamente del medio ambiente de los territorios ancestrales indígenas y tribales. Como ha explicado la CIDH, ***“Las normas del sistema interamericano de derechos humanos no impiden ni desalientan el desarrollo, pero exigen que el mismo tenga lugar en condiciones tales que se respeten y se garanticen los derechos humanos de los individuos afectados. Tal como se señala en la Declaración de Principios de la Cumbre de las Américas, sólo podrá sustentarse el progreso social y la prosperidad económica si nuestras poblaciones viven en un medio saludable y se gestionan con cuidado y responsabilidad nuestros ecosistemas y recursos naturales.”***

En tal sentido, el desarrollo necesario de los países, lo cual no se niega, debe ser compatible con el desarrollo del respeto de los derechos fundamentales, más aún de las comunidades campesinas y nativas que por su situación son más vulnerables, requiriendo por ello un mayor interés por parte del Estado al tutelar sus derechos.

#### **2.4.12 Impacto de los planes o proyectos de desarrollo o inversión, y de las concesiones extractivas en los territorios comunales**

Específicamente las concesiones para explotar recursos naturales en territorios de las comunidades campesinas, suelen tener un gran impacto negativo, siendo menester por tanto imponer exigencias que la eviten. Los megaproyectos de infraestructura o desarrollo, tales como carreteras, canales, represas, puertos o afines, así como las concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales en territorios comunales, pueden afectar a las poblaciones indígenas con consecuencias graves, el poner en peligro sus territorios y los ecosistemas que allí se encuentran, poniendo en peligro su supervivencia en tanto pueblos.

Es decir, las concesiones extractivas en territorios indígenas, al poder causar daños ecológicos, ponen en peligro los intereses económicos, la supervivencia y la integridad cultural de las comunidades indígenas y de sus miembros, además de afectar el ejercicio de sus derechos de propiedad sobre sus tierras y recursos naturales. Es el caso, por ejemplo de las actividades de empresas madereras en territorios de pueblos indígenas y tribales, que son altamente destructivas y producen

daños masivos en el bosque y sus funciones ecológicas y culturales, causando polución del agua, pérdida de la biodiversidad, en detrimento de los pueblos indígenas y tribales.

Asimismo, se tiene el caso de las actividades mineras, que son muchas, entre ellas el caso de Cerro de Pasco donde en los años 50 se instaló la empresa Cerro de Pasco Corporation y terminó desapareciendo la calidad ambiental de la zona, obligando a toda una ciudad trasladarse hacia otro lugar por la imposibilidad de seguir en la misma zona a costa de su salud y la propia vida de los habitantes. O como ha sido el caso de la zona de Ite en Tacna, que a raíz de la contaminación efectuada por la Empresa Southern Peru Copper Corporation en los bofedales y bahía de Ite, la zona quedó altamente contaminada y destruida biológicamente, teniéndose que hacer muchos esfuerzos por recuperarla, por la empresa a base de reclamos de la población; lo cual demuestra la existencia de daños ambientales y al mismo tiempo una actividad extractiva irresponsable que para su prevención y reparación requiere de protestas ya que no es propio que lo hagan de manera directa.

Por tanto, los planes y proyectos de desarrollo, dentro de ellas las operaciones de extracción de recursos naturales, en territorios de las comunidades campesinas y nativas, no debe ser nocivas a su integridad.

La aprobación por los Estados de planes de inversión o desarrollo o de explotación de los recursos naturales frecuentemente afecta a la capacidad de los pueblos indígenas de usar y gozar sus tierras y otros recursos naturales presentes en sus territorios tradicionales. Es imperativo ser cuidadosos a la hora de encontrar un equilibrio entre el derecho de propiedad comunal indígena y el interés legítimo de los Estados en la explotación sostenible de los recursos naturales de su propiedad.

En el ordenamiento internacional encontramos que el artículo 21 de la Convención no prohíbe la emisión de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas o tribales. Ya que, “para la Corte Interamericana, si bien es cierto que toda actividad de exploración o extracción en territorio indígena o tribal podría afectar, en mayor o menor medida, el uso y goce de algunos recursos naturales utilizados tradicionalmente para la subsistencia del pueblo correspondiente, también es cierto que no se debe interpretar el artículo 21 de la Convención de manera que impida al Estado emitir cualquier tipo de concesión para la exploración o extracción de recursos naturales

dentro del territorio [indígena o tribal correspondiente. El derecho a la propiedad no es absoluto, y puede ser restringido por el Estado bajo circunstancias específicas y excepcionales.(CIDH.ORG).

#### **2.4.13 Concordancia entre el derecho de propiedad del territorio comunal y la explotación de los recursos minerales**

El marco jurídico nacional e internacional, como hemos tenido oportunidad de exponer, comprende que la explotación de los recursos naturales que servirá para el desarrollo de la sociedad no puede ser negada. Al mismo tiempo, que las tierras comunales, donde se encuentren los recursos naturales a ser explotados, tienen derechos ancestrales, pero también actuales como el derecho a conservar el medio ambiente, deben ser respetados, en base a un diálogo o acuerdo o consentimiento de las comunidades campesinas y nativas por ser las propietarias de las tierras. En ello, conforme anotamos ampliamente, existe consenso en el plano nacional e internacional, a partir de considerar legítima la multiculturalidad del país, el reconocimiento de derechos y autonomías de las comunidades, por tanto el respeto del derecho a la propiedad de las tierras comunales, que conlleva a tener en claro que siendo propietarias deben acordar o consentir en que se lleven

a cabo explotaciones de recursos naturales que se encuentran territorios, e incluso el derecho a autorizar el ingreso de terceros en sus territorios.

De explotarse recursos naturales por empresas, deben ser también beneficiarias de las riquezas obtenidas, no sólo porque es obtenida de sus territorios (dado que jurídicamente lo que se encuentra en el subsuelo es propiedad del Estado), sino por una razón de justicia. Dada la situación normalmente de pobreza y desamparo en que se encuentran las comunidades campesinas y nativas, resulta imperioso que el Estado acuda en su ayuda invirtiendo parte de lo obtenido en dotarles de servicios básicos como educación, salud, agua potable y energía eléctrica, etc.

No otra razonabilidad en la distribución de la riqueza obtenida de sus tierras, se espera en un Estado Social y Democrático de Derecho, que se debe ocupar de las mayorías desamparadas tradicionalmente.

Aquí precisamente encontramos el meollo del asunto: la desatención estatal de las comunidades campesinas, frente a la riqueza que hay en las tierras comunales. De un lado, las comunidades en la historia republicana no han merecido atención del Estado, siendo

relegadas. Prueba de ello es la pobreza existente y el surgimiento de caudillos que aprovechándose del desazón y desconfianza en el Estado, formaron grupos subversivos que regaron de sangre el país (sendero luminoso, movimiento revolucionario Túpac Amaru), que hasta la actualidad son parte del problema social existente en el país. De otro lado, como dijera Antonio Raymondi “El Perú es un mendigo sentado en un banco de oro”; la abundante riqueza existente en el territorio peruano, lo convierte en uno de los pocos países con un enorme potencial de desarrollo que no explotamos y continuamos en un estado de subdesarrollo o en vías de desarrollo; conscientes de explotar la riqueza natural, los gobiernos echan mano a promover la actividad petrolera, minera y gasífera, por ser las que generan altas rentabilidades para las empresas que obtienen ingentes ganancias, como para el Estado que recauda gran cantidad de impuestos; y estas riquezas, regadas en el territorio, también lo están en territorios comunales.

Cuando los gobiernos deciden autorizar la explotación de los recursos naturales o concesionarlas a las empresas privadas, en los últimos años (a partir de los noventa), han encontrado en gran parte de la sociedad peruana un gran rechazo, pues observan que se benefician las empresas y los gobiernos, mas no la sociedad; con mayor claridad

observan ello las comunidades campesinas y nativas (que sufren atrasos en su desarrollo desde la época republicana) que no sienten beneficiarse de las riquezas que existen en sus propias tierras y que son extraídas para beneficio de las empresas privadas (nacionales e internacionales) y los gobiernos (en forma de corrupción en el gasto público). El rechazo se ha manifestado en una serie de conflictos sociales, sobre todo medioambientales por la presencia precisamente de las empresas explotadoras de recursos naturales con las comunidades y poblaciones cercanas al lugar de la explotación.

Pero, como mencionamos, el Estado Peruano no puede postergar su desarrollo indefinidamente y dejar que las generaciones presentes no alcancen bienestar. Siendo así, tiene que promoverse y lograrse una comprensión entre el desarrollo y los derechos de las comunidades (y de los pueblos cercanos a las explotaciones), de tal modo que en base al consenso y la distribución justa de la riqueza, se compatibilicen y ambos sean autores y beneficiarios del desarrollo.

De allí que planteamos la presente tesis que propugna una concordancia entre la explotación de los recursos naturales y el derecho de la propiedad comunal, para hallar una comunión de intereses, en base

al respeto del derecho a la propiedad comunal y una justa distribución de la riqueza; que permita concluir los conflictos existentes y prevenir los futuros; que permita una comprensión de la multiculturalidad del país y el respeto de la presencia de las comunidades campesinas y nativas y sus derechos; que permita el desarrollo uniforme de todos los integrantes de la sociedad.

## **CAPÍTULO III**

### **MARCO METODOLÓGICO**

#### **3.1 TIPO Y DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN**

##### **3.1.1 Tipo de investigación**

El tipo de investigación es exploratorio debido a que no existen otros estudios de las mismas características a nivel nacional, siendo el nivel de investigación el descriptivo correlacional, porque, además del análisis de la doctrina, se analizarán los casos nacionales y las decisiones adoptadas por los tribunales nacionales e internaciones, con relación a las variables de estudio.

##### **3.1.2 Diseño de investigación**

El presente estudio es de diseño no experimental, porque nos permite demostrar la concordancia que debe existir entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de los recursos minerales

por las empresas extractivas, lo que a su vez conllevaría a evitar conflictos sociales.

## **3.2 POBLACIÓN Y MUESTRA**

### **3.2.1 Población**

La población comprendió los casos de conflictos existentes entre las comunidades campesinas y nativas, con las empresas extractivas de recursos naturales, en especial aquellos que han sido judicializados con pronunciamiento del Tribunal Constitucional, considerando que no todos los conflictos se ventilan en sede jurisdiccional.

### **3.2.2 Muestra**

Comprende las encuestas hechas a profesionales que conocen sobre el tema en el seguimiento de los conflictos sociales con las comunidades campesinas y nativas, para hacer más completo el estudio de investigación, haciendo uso de la siguiente fórmula:

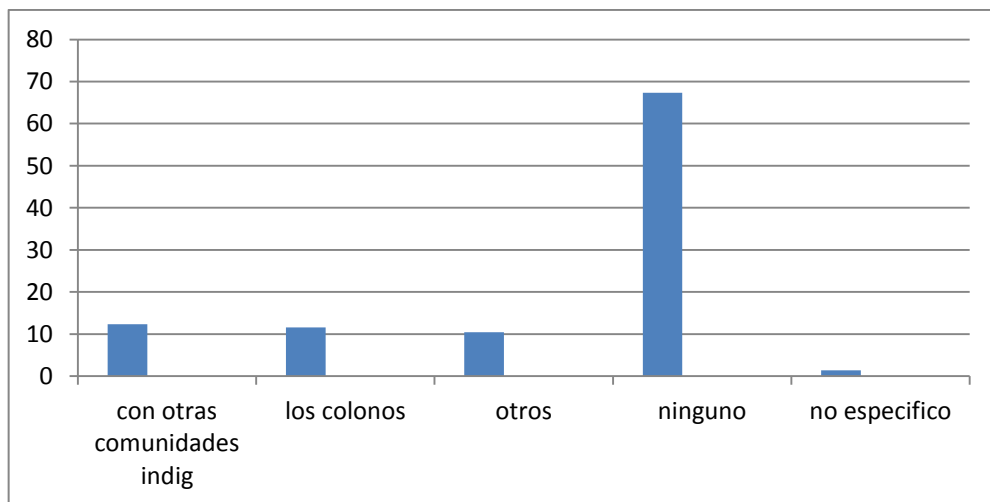
$$n = \frac{N(Z)^2}{4(n-1)(e)^2 + (Z)^2}$$

Donde:

- n = Tamaño de la muestra.
- N = Tamaño de la Población.
- Z = Grado de Confianza 95% (Nivel de confiabilidad 1,96)
- e = Error permisible (0,05)

$$n = \frac{125 (1,96)^2}{4 (125-1) (0,05)^2 + (1,96)^2}$$

$$n = 82$$



**Gráfico 1**

**Comunidades indígenas por conflictos de tierra.**

FUENTE: INEI - II Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonía Peruana 2010

Según los resultados del II Censo de Comunidades Indígenas 2010, se observa que el 31,3% de las comunidades indígenas tienen uno o más conflictos de tierra y el 67,3% no tienen ningún tipo de conflicto. El 12,3% de las comunidades tienen conflictos de tierras con otras comunidades y el 11,6% con colonos.

Para un mejor análisis, se han agrupado los pueblos étnicos en tres grupos: Un primer grupo, los pueblos étnicos que tienen más de 100 comunidades, el segundo grupo los pueblos que tienen de 10 a 100 comunidades y el último grupo son los que tienen menos de 10 comunidades indígenas.

En el primer grupo, los pueblos étnicos que presentan los mayores porcentajes de comunidades que tienen conflictos de tierras con otras comunidades, son los pueblos: Quichua, con 23,1% y Aguaruna (Aguajun), con 19,2%. El pueblo que tiene mayor porcentaje de conflictos de tierras con colonos, es Asháninka que representa el 20,4%.

En el segundo grupo, los pueblos étnicos que presentan mayores porcentajes de comunidades que tienen conflictos de tierras con otras comunidades, son Huambisa (26,2%) y Ashéninka (22,4%). Los pueblos

que tienen más del 20,0% de comunidades que presentan conflictos de tierras con colonos, son Amuesha (Yanesha) que representa el 28,6%, Matsiguenga que representa el 27,5% y Nomatsiguenga con 27,3%.

En el último grupo, el 50,0% de las comunidades que tienen conflictos de tierras con otras comunidades corresponde al pueblo Ocaina. Con respecto a los conflictos de tierras con colonos, se encuentran cuatro pueblos étnicos que presentan conflictos en el 100,0% en su totalidad de comunidades indígenas, siendo estos: Arazaeri, Cashibo-Cacataibo, Kisamberi - Sapitieri - Amarakaeri y Pukirieri (100,0% en cada caso).

Cabe destacar que los pueblos étnicos que no presentan ningún tipo de conflictos de tierras, son Arabela, Caquinte, Culina, Huitoto-Muiname, entre otros.

**Tabla 3**

**Muestras de la investigación – recursos humanos**

<b>PROFESIONALES</b>	<b>CANTIDAD</b>	<b>PORCENTAJE</b>
ABOGADOS	75	60%
INGENIEROS	39	31,2%
BIÓLOGOS	7	5,6%
SOCIÓLOGOS	4	3,2%
TOTAL	125	100%

FUENTE: Propia

La muestra estuvo constituida por el 100% de la población, la misma que fue determinada por los índices de cálculo muestral con 5% de error, es decir 95% de confiabilidad.

**a) Criterios de inclusión:** Se tomaron en consideración a profesionales del Departamento de Tacna en el año 2013: abogados especialistas en el tema, ingenieros, biólogos, sociólogos.

**b) Criterios de exclusión:** Se excluyen a todos los que no están inmersos en el criterio anterior, las cuales pueden ser los magistrados del poder judicial que estén especializados en lo civil o en lo laboral al igual que los abogados especialistas en otras materias.

### **3.3 VARIABLES E INDICADORES**

#### **3.3.1 Variable Independiente (causa)**

- Derecho a la propiedad del territorio comunal.
- Facultad de las comunidades campesinas y nativas de decidir quiénes ingresan a sus territorios.

#### **3.3.2 Variable dependiente (efecto)**

- Explotación de recursos minerales por empresas extractivas.
- Conflictos sociales.

#### **3.3.3 Variable interviniente**

- Normatividad jurídica.
- Concordancia práctica

### **3.4 INSTRUMENTOS Y FUENTES DE LA RECOLECCIÓN DE DATOS**

Se utilizaron técnicas de investigación documental y de investigación de campo apropiados. Se elaboraron y aplicaron instrumentos de recolección de datos.

a) Técnicas e instrumentos de recolección de investigación documental

- Técnica: Observación o investigación documental.
- Instrumento: Ficha de observación documental o ficha de registro documental.

Aplicado a la doctrina y opiniones especializadas sobre los derechos de las comunidades campesinas y nativas, específicamente sobre el derecho de propiedad sobre su territorio.

b) Técnicas e instrumentos de recolección de investigación documental - Casos de afectación de derechos de propiedad comunal.

- Técnica: Observación e Investigación documental.

- Instrumento: Ficha de análisis.

Aplicado a los casos de afectación del derecho de las comunidades campesinas y nativas a decidir el ingreso a sus territorios, a partir de la jurisprudencia en materia civil-constitucional a nivel nacional e internacional durante los años 2010 a 2012.

c) Técnicas e Instrumentos de recolección de investigación de campo

- Técnica: Encuesta.
- Instrumento: Cuestionario estructurado.

Aplicado a especialistas sobre Derecho Comunitario.

La unidad de análisis: Normatividad y Doctrina, Casos judicializados de afectación al derecho de propiedad comunal, y los especialistas en derecho comunitario.

### **3.5 PROCESAMIENTO Y TÉCNICAS DE ANÁLISIS DE DATOS**

El procesamiento de los datos se hizo en base al software estadístico SPSS versión 18,0 en español. El análisis de datos, implicó las siguientes técnicas estadísticas:

- Cuadros de frecuencias, gráficos de barras y diagramas de caja.
- Estadística descriptiva (media aritmética y desviación estándar).
- Coeficiente de correlación Pearson.
- Prueba de Chi-cuadrado.

## CAPÍTULO IV

### RESULTADOS

#### 4.1 RESULTADOS

Se han aplicado encuestas a profesionales entendidos y especialistas en propiedad comunal, según se aprecia de la siguiente tabla:

**Tabla 4**

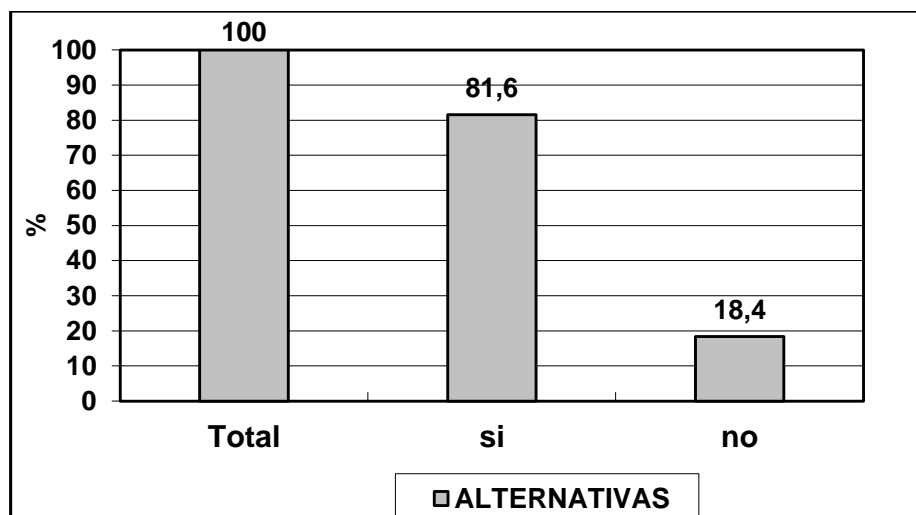
**¿Conoce usted conflictos que se hayan suscitado en las comunidades campesinas vinculados a la explotación de recursos minerales?**

<b>ALTERNATIVAS</b>	<b><i>f</i></b>	<b>%</b>
SÍ	102	81,6 %
NO	23	18,4%
TOTAL	125	100%

FUENTE: Elaboración propia

## INTERPRETACIÓN

Se puede apreciar del cuadro anterior que del total de personas encuestadas, se tiene 102 respuestas afirmativas que hacen el 81,6% de la muestra en 23 respuestas que representan un 18,4% del total, no establecen una negativa de la respuesta



**Gráfico 2**

**Porcentaje de conocimiento de conflictos en las comunidades campesinas vinculados a la explotación de recursos minerales.**

Fuente: Elaboración propia

**Tabla 5**

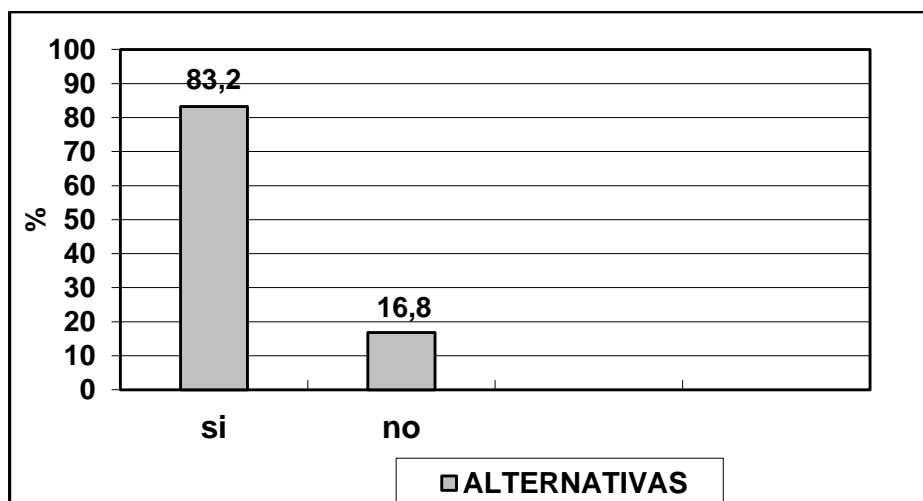
**¿Cree usted que las empresas extractivas de recursos minerales, al realizar sus operaciones afectan el derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas?**

<b>ALTERNATIVAS</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
SI	104	83,2%
NO	21	16,8%
TOTAL	125	100%

**FUENTE:** Elaboración propia

## **INTERPRETACIÓN**

Los datos recogidos sobre el nivel de los agentes nos permite establecer la importancia de las operaciones que afectan a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas se puede apreciar a un 83,2% que es un sí a la pregunta dada, y a un 16,8% fue una respuesta negativa.



**Gráfico 3**

**Porcentaje de conocimiento que las empresas extractivas de recursos minerales afectan el derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas.**

Fuente: Elaboración propia

**Tabla 6:**

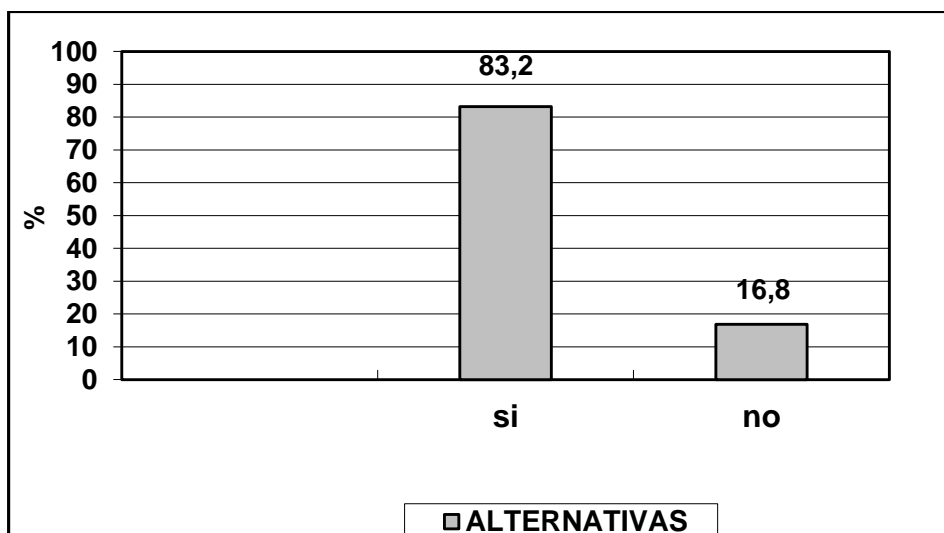
**¿Cree usted que existen deficiencias en las normas legales sobre la protección del derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas?**

ALTERNATIVAS	F	%
SÍ	104	83,2%
NO	21	16,8%
TOTAL	125	100%

FUENTE: Elaboración propia

## **INTERPRETACIÓN**

Al pedir las opiniones de los profesionales sobre si existe deficiencias en las normas legales sobre la protección del derecho a la propiedad emitieron un alto porcentaje que 104 es un 83,2% de la muestra, manifiestas un sí y 21 encuestados que hace un 16,8% dicen que no.



**Gráfico 4**

**Porcentaje de conocimiento de las deficiencias legales sobre la protección del derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas.**

Fuente: Elaboración propia

**Tabla 7**

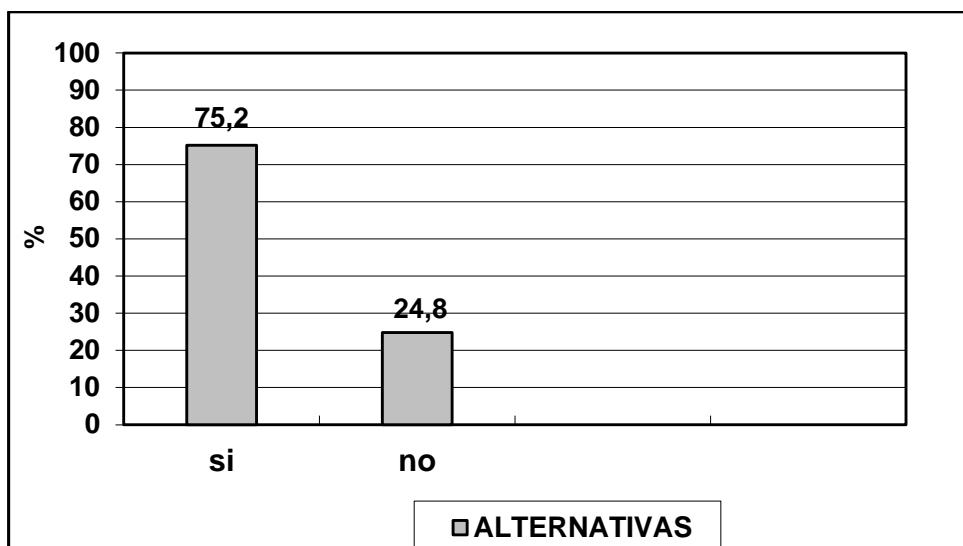
**¿Considera que las empresas extractivas de recursos minerales, al ingresar a un territorio comunal sin autorización del propietario, vulnera la facultad de las comunidades campesinas de decidir quiénes ingresan a sus territorios?**

<b>ALTERNATIVAS</b>	<b><i>f</i></b>	<b>%</b>
SÍ	94	75,2%
NO	31	24,8%
TOTAL	125	100%

**FUENTE:** Elaboración Propia

## **INTERPRETACION**

Los datos que se muestran en este cuadro se dan en base a las opiniones emitidas por los profesionales encuestados, en su gran mayoría son 94 encuestados que vendrían a representar un 75,2% que señalan que las empresas extractivas de recursos minerales han ingresado a un territorio comunal sin autorización y 31 encuestados que nos dan un 24,8% señalan lo contrario



**Gráfico 5**

**Porcentaje de conocimiento que las empresas extractivas de recursos minerales al ingresar a un territorio comunal sin autorización del propietario, vulnera la facultad de las comunidades campesinas de decidir quiénes ingresan a sus territorios.**

Fuente: Elaboración propia

**Tabla 8**

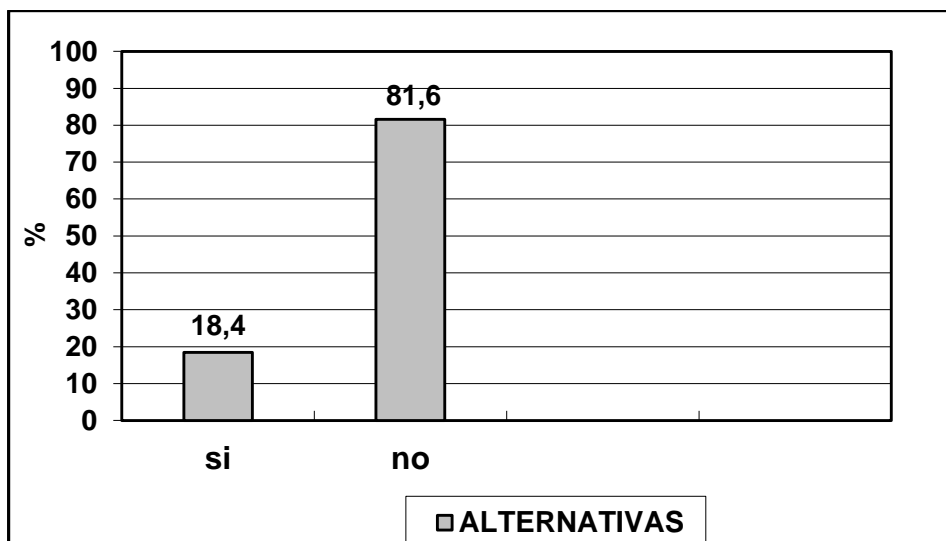
**¿Considera que las empresas extractivas de recursos minerales, cumplen con las normas jurídicas que reconocen el derecho a la propiedad del territorio comunal?**

<b>ALTERNATIVAS</b>	<b><i>f</i></b>	<b>%</b>
SÍ	23	18,4%
NO	102	81,6%
TOTAL	125	100%

FUENTE: Elaboración propia

## INTERPRETACIÓN

Este cuadro nos da el detalle de las personas encuestadas mediante si ellos consideran que las empresas extractivas de recursos minerales cumplen con las normas jurídicas, se tiene que 18,40% que representan a 23 personas que dicen sí y una gran mayoría del 81,60% representando a 102 personas que dicen que no.



**Gráfico 6**

**Porcentaje de conocimiento que las empresas extractivas de recursos minerales cumplen con las normas jurídicas que reconocen el derecho a la propiedad del territorio comunal.**

Fuente: Elaboración propia

**Tabla 9**

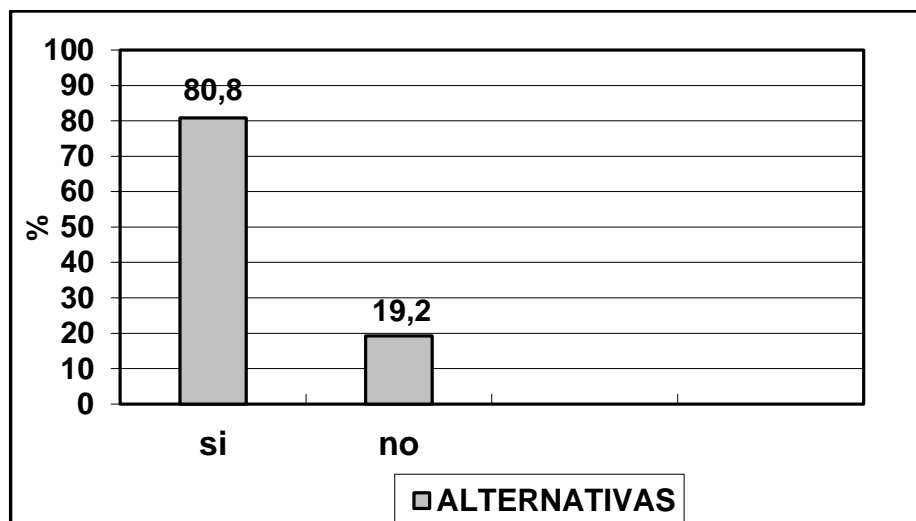
**¿Considera que debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas extractivas, a fin de evitar conflictos sociales?**

<b>ALTERNATIVAS</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
SÍ	101	80,8%
NO	24	19,2%
TOTAL	125	100%

FUENTE: Elaboración propia

**INTERPRETACIÓN:**

En este cuadro se puede apreciar que existe un gran porcentaje que son 101 personas que dan a un 80,8% que tiene una respuesta afirmativa y en un 19,2 % una respuesta negativa de la muestra.



**Gráfico 7**

**Porcentaje de conocimiento indicando que debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas extractivas, a fin de evitar conflictos sociales.**

Fuente: Elaboración propia

También se aplicaron encuestas a especialistas en comunidades campesinas y nativas.

Los resultados de la encuesta realizada, nos permite verificar que según los especialistas, las empresas extractivas de recursos naturales afectan el derecho de propiedad de las comunidades campesinas y que debería existir una autorización (o acuerdo) para que ingresen a su territorio, en el marco de una consulta previa. Las empresas, utilizan el

deficiente marco normativo del país, de protección de la propiedad comunal, para vulnerar el derecho de propiedad de las comunidades. Coinciden en que debería existir una concordancia entre el derecho de las empresas a ejercer sus actividades empresariales y el desarrollo del Estado, y el derecho de las comunidades sobre su territorio, para armonizar u desarrollo balanceado.

## **4.2 CONTRASTE DE HIPÓTESIS**

### **4.2.1 Contraste de las hipótesis específicas**

- a) La primera hipótesis específica dice ***“Las empresas extractivas de recursos minerales, generalmente vulneran la facultad de las comunidades campesinas y nativas de decidir quiénes ingresan a sus territorios”***

En base a los resultados encontrados en la tabla 7, referida a la pregunta ¿Considera que las empresas extractivas de recursos minerales, al ingresar a un territorio comunal sin autorización del

propietario, vulnera la facultad de las comunidades campesinas de decidir quiénes ingresan a sus territorios?

Se encontró que un 75,2% de las personas consideran que las empresas extractivas sí afectan el derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas. Por lo tanto, se procede a no rechazar la hipótesis planteada.

**b) La segunda hipótesis específica dice *“Las empresas extractivas de recursos minerales, generalmente no cumplen con las normas jurídicas que reconocen el derecho de propiedad del territorio comunal”***

En base a los resultados encontrados en la tabla 08, referida a la pregunta ¿Considera que las empresas extractivas de recursos minerales, cumplen con las normas jurídicas que reconocen el derecho a la propiedad del territorio comunal?

Se encontró que un 81,6% de las personas consideran que las empresas extractivas no cumplen con las normas jurídicas que

reconocen el derecho de propiedad del territorio comunal. Por lo tanto, se procede a no rechazar la hipótesis planteada.

c) La tercera hipótesis específica dice ***“Es necesario que exista concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de los recursos minerales por las empresas extractivas, lo que a su vez conllevaría a evitar conflictos sociales”***

En base a los resultados encontrados en la tabla 09, referida a la pregunta ¿Considera que debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas extractivas, a fin de evitar conflictos sociales?

Se encontró que un 80,8% de las personas consideran que sí Es necesario que exista concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de los recursos minerales por las empresas extractivas. Por lo tanto, se procede a no rechazar la hipótesis planteada.

#### 4.2.2 Contraste de la hipótesis general

La hipótesis general precisa que ***“Las empresas extractivas de recursos minerales, generalmente afectan el derecho a la propiedad del territorio comunal”***.

En base a los resultados encontrados en la tabla 05, referida a la pregunta ¿Cree Ud. que las empresas extractivas de recursos minerales, al realizar sus operaciones afectan el derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas?

Se encontró que un 83,2% de las personas consideran que las empresas extractivas de recursos minerales, generalmente sí afectan el derecho a la propiedad del territorio comunal. Por lo tanto, se procede a no rechazar la hipótesis planteada.

## **CAPÍTULO V**

### **DISCUSIÓN**

#### **5.1 DISCUSIÓN**

Los resultados encontrados en el siguiente trabajo de investigación, permiten determinar que de las personas encuestadas:

- El 81,60% precisa que conoce de conflictos que se hayan suscitado en las comunidades campesinas vinculados a la explotación de recursos minerales.
- El 83,20% precisa que las empresas extractivas de recursos minerales, al realizar sus operaciones afectan el derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas.
- El 83,20% señala que existen deficiencias en las normas legales sobre la protección del derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas.
- El 75,20% considera que las empresas extractivas de recursos minerales, al ingresar a un territorio comunal sin autorización del propietario, vulnera la facultad de las comunidades campesinas de decidir quiénes ingresan a sus territorios.

- El 81,60% de las personas considera que las empresas extractivas de recursos minerales, no cumplen con las normas jurídicas que reconocen el derecho a la propiedad del territorio comunal.
- El 80,80% precisa que debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas extractivas, a fin de evitar conflictos sociales.

Dichos resultados coinciden con la legislación que sobre concesiones mineras existe en Colombia, donde se precisa que los derechos del Estado están por encima de los derechos privados:

- Los contratos de concesión son aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad contratante, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración, o en la

participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

- La Corte ha reiterado lo establecido en los artículos 332º, 334º, 360º y 80º de la Constitución Política de Colombia, en cuanto a que el Estado es el propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos de conformidad con las leyes preexistentes, sobre la facultad de intervención del Estado en la explotación de los recursos naturales y uso del suelo, así como sobre la planificación, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales. Igualmente, esta Corporación ha analizado el régimen legal de propiedad de los recursos mineros, establecido en los artículos 5º, 7º y 10 de la Ley 685 de 2001, determinando la constitucionalidad del precepto que estatuye que los minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de la exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos. En relación con estas disposiciones

superiores ha manifestado también la jurisprudencia de la Corte, que el Estado

- en su calidad de propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, tiene de un lado, la obligación de conservación de estos bienes y, de otro lado, los derechos económicos que se deriven de su explotación, y por tanto la competencia y la facultad para conceder derechos especiales de uso sobre dichos recursos, a través de concesiones, las cuales constituyen derechos subjetivos en cuanto entrañan un poder jurídico especial para el uso del respectivo bien público.

## **CONCLUSIONES**

### **PRIMERA**

Las empresas extractivas de recursos minerales, al realizar sus operaciones afectan el derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas; existen deficiencias en las normas legales sobre la protección del derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas.

### **SEGUNDA**

Las empresas extractivas de recursos minerales, al ingresar a un territorio comunal sin autorización del propietario, vulnera la facultad de las comunidades campesinas de decidir quiénes ingresan a sus territorios.

### **TERCERA**

Las empresas extractivas de recursos minerales, no cumplen con las normas jurídicas que reconocen el derecho a la propiedad del territorio comunal, es decir, ingresan sin solicitar su acuerdo o autorización.

### **CUARTA**

Finalmente se concluye que no existe concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas extractivas.

## **RECOMENDACIONES**

### **PRIMERA**

Las empresas extractivas de recursos naturales afectan el derecho de propiedad de las comunidades campesinas; para lo cual, se recomienda que debiera existir una autorización (o acuerdo) para que ingresen a su territorio, en el marco de una consulta previa.

### **SEGUNDA**

Se recomienda que debiera existir una concordancia entre el derecho de las empresas a ejercer sus actividades empresariales y el desarrollo del Estado, y el derecho de las comunidades sobre su territorio, que conlleve el desarrollo también de las comunidades.

## **TERCERA**

Se recomienda que el Estado deba impulsar el que exista concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas extractivas, a fin de evitar conflictos sociales, pero también para lograr un desarrollo balanceado que alcance las comunidades.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ARÓSTEGUI RODRÍGUEZ, Maribel (2011). La Problemática sobre el Derecho de Propiedad de las Poblaciones Previstas en el Convenio 169 de la OIT, Indepa, Lima-Perú.

CÁRDENAS KRENZ, Ronald (2006). “Comentario al Artículo 2º Inciso 19 de la Constitución Política del Perú, en La Constitución Comentada, Gaceta Jurídica S.A., Tomo I, Lima-Perú.

CHAMBILLA JALIRE, Leandro (2005). “Globalización, Neoliberalismo y Derechos Humanos”, Puno–Perú.

Comisión internacional de derechos Humanos- derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales – normas y jurisprudencia del sistema Interamericano del Derechos Humanos Introducción punto 2, pág. 20.

Constitución Política del Perú de 1993.

Convenio OIT 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor (2000). “Constitución, Proceso y Poder Político”, Palestra Editores, Lima.

DIEZ HURTADO, Alejandro (2012). Revista “Inversiones Privadas y Derechos Comunes”, Pontificia Universidad Católica Del Perú, Lima-Perú.

ETO CRUZ, Gerardo (2011). “Nuevas Decisiones y Cambios en los Procesos de Amparo y Hábeas Corpus”, Gaceta Constitucional, Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima-Perú.

ETO CRUZ, Gerardo (2013). “Tratado del Proceso Constitucional de Amparo”, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo II, Primera Edición, Lima-Perú.

Gaceta Jurídica, Guía 3 (2009). “Derechos Constitucionales No Escritos Reconocidos por El Tribunal Constitucional”, Editorial Gaceta Jurídica, Lima.

Gaceta Jurídica, Guía 6 (2009). “Pautas para Interpretar la Constitución y los Derechos Fundamentales”, Editorial Gaceta Jurídica, Lima-Perú.

GACETA JURÍDICA S.A, “La Constitución comentada” STC N° 008-2003-AI/TC Editorial Gaceta Jurídica, Lima-Perú 2006.

GÁLVEZ, Modesto (2006). “La Constitución Comentada”, Gaceta Jurídica S.A. Tomo II, Lima-Perú.

Guía de la Interpretación de la Ley de Consulta Previa de los Pueblos Indígenas - LEY Nº 29785 (2011). Bellido Ediciones E.I.R.L. Edición 2011. Lima

GUTIERREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel (2006). “Comentario del Artículo 2º inciso 2 de la Constitución Política del Perú, en La Constitución Comentada, Gaceta Jurídica S.A., Lima-Perú, Tomo I.

Instituto de Defensa Legal, Justicia Viva (2007). “Acceso a la Justicia en el Mundo Rural”, Primera Edición, Lima.

Instituto de Defensa Legal. Justicia Viva (2012). “Sistema de Justicia y Derechos de Pueblos Indígenas en el Perú – Balance del Año 2012”, Lima-Perú.

LA ROSA CALLE, Javier, “Comentario Sobre la CIDH y los Derechos de los Pueblos Indígenas” <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=483>.

MONTOYA CHÁVEZ, Víctor Hugo Y VILA ORMEÑO, Cynthia (2012). “ La Constitución de 1993 y Precedentes Vinculantes, Editorial Grijley, Lima.

OIT (1953). “Poblaciones Indígenas”. Ginebra.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (2010). En “Los Derechos Fundamentales, Estudios de los Derechos Constitucionales

desde las diversas Especialidades del Derecho. Editorial Gaceta jurídica, Lima-Perú.

PLAZA, Orlando y FRANCKE, Marfil (2006). En “La Constitución Comentada”, Gaceta Jurídica S.A., Tomo II, Lima–Perú.

REBAZA TORRES, Alberto (1994). “Hacia una verdadera protección del derecho de propiedad”, en Autores Varios: “El derecho Civil Peruano, perspectivas y problema actuales”, editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

REMOTTI CARBONELL, José Carlos (2004). “La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, Funcionamiento Y Jurisprudencia”, Editorial Idemsa, Lima-Perú.

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos (2008). “Informe Jurídico: Los Derechos de los Pueblos Indígenas como Límites de la Libertad Contractual”, [http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc\\_trabajo/doc27092012-141439.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc27092012-141439.pdf).

Sentencia Del Tribunal Constitucional N° 00022-2009-PI/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0005-2006-PI/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 008-2003-AI/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 01126-2011-HC/TC

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 01126-2011-HC/TC.

Sentencia Del Tribunal Constitucional N° 2002-2006-AC/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0006-2008-PI/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0048-2004-AI/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03343-2007-PA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2232-2012-PA/TC

[HTTP://CIDH.ORG/COUNTRYREP/TIERRASINDIGENAS2009/CAP.VIII.  
HTM](http://CIDH.ORG/COUNTRYREP/TIERRASINDIGENAS2009/CAP.VIII.HTM), 2009.

[HTTP://WWW.ALLPA.ORG.PE/NUMERO-DE-COMUNIDADES-  
CAMPESINAS-POR-DEPARTAMENTO](http://WWW.ALLPA.ORG.PE/NUMERO-DE-COMUNIDADES-CAMPESINAS-POR-DEPARTAMENTO)

[HTTP://WWW.CORTEIDH.OR.CR/DOCS/CASOS/ARTICULOS/SERIEC\\_  
79\\_ESP.PDF](http://WWW.CORTEIDH.OR.CR/DOCS/CASOS/ARTICULOS/SERIEC_79_ESP.PDF).

# **ANEXOS**

## **Anexo 1**

**Encuesta aplicada sobre conocimiento de conflictos suscitados en las comunidades campesinas vinculadas a la explotación de recursos minerales, afectación al derecho de propiedad del territorio de comunidades campesinas, deficiencias de normas legales, vulneración de facultad de decidir quién ingresa a su territorio, cumplimiento de normas jurídicas y concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales.**

### **.(FORMULARIO) ENCUESTA**

Se agradecen desde ya sus respuestas. Este cuestionario es autoadministrado, no lleva nombre y los antecedentes serán manejados sólo en el marco de la investigación.

- Profesión, oficio, u ocupación: .....
- Edad: .....
- Grado de instrucción .....

**Por favor, marque con una "X" sólo una respuesta por pregunta.**

1. ¿Conoce usted conflictos que se hayan suscitado en las comunidades campesinas vinculados a la explotación de recursos minerales?

a. .... Sí

b. .... No

2. ¿Cree usted que las empresas extractivas de recursos minerales, al realizar sus operaciones afectan el derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas?

a. .... Sí

b. .... No

3. ¿Cree usted que existen deficiencias en las normas legales sobre la protección del derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas?

a. .... Sí

b. .... No

4. ¿Considera que las empresas extractivas de recursos minerales, al ingresar a un territorio comunal sin autorización del propietario,

vulnera la facultad de las comunidades campesinas de decidir quiénes ingresan a sus territorios?

a. .... Sí

b. .... No

5. ¿Considera que las empresas extractivas de recursos minerales, cumplen con las normas jurídicas que reconocen el derecho a la propiedad del territorio comunal?

a. .... Sí

b. .... No

6. ¿Considera que debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas extractivas, a fin de evitar conflictos sociales?

a. .... Sí

b. .... No

## **Anexo 2**

### **Entrevistas**

Se han entrevistado a 25 profesionales en las cuales se están utilizando para la muestra 10 entrevistas para el conocimiento de sus respuestas.

Se agradecen desde ya sus respuestas. Esta es una entrevista los antecedentes serán manejados sólo en el marco de la investigación.

## Entrevista 1

- **Nombre : Katty Vargas Tudela**
  
- **Profesión, oficio, u ocupación: abogada**
  
- **¿Qué opinión tiene usted de los conflictos que se han suscitado en las comunidades campesinas con motivo de la explotación de recursos minerales?**

Que se han generado por la incapacidad del gobierno central de concertar con la población directamente afecta en sus tierras, desarrollo comunitario y salud.
  
- **¿Qué piensa sobre las empresas que extraen los recursos minerales, en términos de que si respetan la propiedad comunal?**

Debería de ser así, respetar no solo la propiedad sino la salud y fomentar el desarrollo integral de los pobladores mejorando su calidad de vida, así apoyando la inversión minera

- **¿Usted cree que afecten el derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas y que antes de ingresar deberían solicitar autorización a la comunidad?**

Por supuesto, ya que las empresas se aprovechan de la legislación peruana poco reglamentada y protectora de los derechos de sus pobladores.

- **¿Cree usted que las empresas extractivas de recursos minerales, cumplen con las normas jurídicas sobre el derecho a la propiedad del territorio comunal?**

Sí, pero aprovechando de argumentos legales y jurisprudencia se apropian de territorios de comunidades donde existe minerales, sin escatimar gastos, pagando irrisorios costos por terrenos que más adelante cuando se produzcan la extracción del mineral costarán diez veces más.

- **¿Usted estaría de acuerdo que debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas extractivas? ¿Por qué?**

Definitivamente ya que la tierra comunal está destinada a producir bienes de consumo permanentes en cambio la minera solo se aprovecha el recurso por única vez ya que no es renovable y devastará extensas zonas agrícolas.

## Entrevista 2

- **Nombre : JUAN CARLOS SANCHEZ**

- **Profesión, ABOGADO**

- **¿Qué opinión tiene usted de los conflictos que se han suscitado en las comunidades campesinas con motivo de la explotación de recursos minerales?**

Que actualmente las comunidades campesinas conociendo sus derechos reclaman con razón el respeto a sus medio de vida a las empresas mineras ya que estas abusan sobre la población cuando intervienen con sus actividades generando contaminación y deterioro de su entorno

- **¿Qué piensa sobre las empresas que extraen los recursos minerales, en términos de que si respetan la propiedad comunal?**

Sería bueno porque serviría de modelo para los demás empresas mineras así pienso que todo comunidad donde existe o desarrolle actividad minera aprobaría la explotación de recursos minerales sin

poner negativa y reclamos en contra de la inversión minera.

- **¿Usted cree que afecten el derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas y que antes de ingresar deberían solicitar autorización a la comunidad?**

Desde luego que si por ello existe legislación peruana donde se señala el respeto a la propiedad y la consulta a las comunidades para desarrollar actividades minera.

- **¿Cree usted que las empresas extractivas de recursos minerales, cumplen con las normas jurídicas sobre el derecho a la propiedad del territorio comunal?**

En parte sí, pero aprovechándose del desconocimiento sobre sus derechos de las comunidades las empresas mineras aprovechan la jurisprudencia para apropiarse y desalojar prácticamente a las comunidades de su territorio.

- **¿Usted estaría de acuerdo que debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas extractivas? ¿Por qué?**

Sí debe existir la propiedad comunal dedicada a la agricultura es importante porque son recursos renovables a pesar de generar pocas fuentes de empleo, en comparación a la explotación minera que genera ingentes cantidades de dinero pero contamina nuestro medio por ello se debe equiparar en proporción los territorios destinados a cada actividad.

### Entrevista 3

- **Nombre : MARISOL TAPIA MARÓN**

- **Profesión, ABOGADA**

- **¿Qué opinión tiene usted de los conflictos que se han suscitado en las comunidades campesinas con motivo de la explotación de recursos minerales?**

Me parece que los conflictos se suscitan porque no se consulta previamente a las comunidades y ni se respeta la voluntad de las personas.

- **¿Qué piensa sobre las empresas que extraen los recursos minerales, en términos de que si respetan la propiedad comunal?**

No se respeta a mi entender la explotación de los recursos minerales ubicadas en las zonas comunales deben prevalecer en el interés de las comunidades.

- **¿Usted cree que afecten el derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas y que antes de ingresar deberían solicitar autorización a la comunidad?**

Deberían realizarse previamente consultas populares en coordinación con las autoridades.

- **¿Cree usted que las empresas extractivas de recursos minerales, cumplen con las normas jurídicas sobre el derecho a la propiedad del territorio comunal?**

Creo que no que siempre se beneficia las grandes empresas no consideran el cuidado del medio ambiente y dañan los recursos naturales y de las personas que viven en dichas zonas.

- **¿Usted estaría de acuerdo que debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas extractivas? ¿Por qué?**

Sí estoy de acuerdo además se debe velar por los ciudadanos de recursos hídricos y en medio ambiente de las zonas explotadas

## Entrevista 4

- **Nombre : CLAUDIA VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ**
  
- **Profesión, ABOGADO**
  - **¿Qué opinión tiene usted de los conflictos que se han suscitado en las comunidades campesinas con motivo de la explotación de recursos minerales?**

Que se ha debido a que no se dan las consultas previas a las comunidades y no se respeta la voluntad de estas personas.
  
  - **¿Qué piensa sobre las empresas que extraen los recursos minerales, en términos de que si respetan la propiedad comunal?**

No se respeta que en la explotación de estas zonas debe primar los intereses de la comunidad.
  
  - **¿Usted cree que afecten el derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas y que antes de ingresar deberían solicitar autorización a la comunidad?**

Debería hacerse una consulta popular

- **¿Cree usted que las empresas extractivas de recursos minerales, cumplen con las normas jurídicas sobre el derecho a la propiedad del territorio comunal?**

Creo que no solo en el beneficio económico y consideran el cuidado del medio ambiente y de las personas que viven en zona explotadas.

- **¿Usted estaría de acuerdo que debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas extractivas? ¿Por qué?**

Se debe velar por el medio ambiente el cuidado del agua y de la salud de las personas que viven en la zona después de esto recién se podría en concordancia

## Entrevista 5

- **Nombre : EDGAR CONDORI APAZA**

- **Profesión, INGENIERO**

- **¿Qué opinión tiene usted de los conflictos que se han suscitado en las comunidades campesinas con motivo de la explotación de recursos minerales?**

Que las leyes no están adecuadas para comunidades de la costa sierra y selva y que de acuerdo al recurso que posee debe de adecuarse sus derechos y que los dependencias mineras deben contar con autorización de las comunidades y del estado.

- **¿Qué piensa sobre las empresas que extraen los recursos minerales, en términos de que si respetan la propiedad comunal?**

No respetan la autoridad local es por eso que todo lo defienden con la autoridad nacional no respetando la libre opinión de las comunidades ni de los frentes de defensa de medio ambiente.

- **¿Usted cree que afecten el derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas y que antes de ingresar deberían solicitar autorización a la comunidad?**

Para explotar recursos naturales del estado no necesitan autorización de la comunidad, pero sí es necesario se formalice la autorización social antes del logro de la autorización de estudios y/o ejecución de obra.

- **¿Cree usted que las empresas extractivas de recursos minerales, cumplen con las normas jurídicas sobre el derecho a la propiedad del territorio comunal?**

Sí cumplen pero en función de vacíos de la ley y aparente corrupción que juega a favor de las mineras.

- **¿Usted estaría de acuerdo que debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas extractivas? ¿Por qué?**

Sí debe existir porque el derecho a la propiedad de las comunidades no puede ser ignorado por lo que la empresa minera

debe negociar las áreas de propiedad de la comunidad con la misma comunidad y deberá de formar parte de la comunidad como área para esta la monitoree y se informe a las comuneros sobre las acciones progresivas que llevarán a cabo.

## Entrevista 6

- **Nombre : ISMAEL CHAMBILLA CONDORI**

- **Profesión, INGENIERO**

- **¿Qué opinión tiene usted de los conflictos que se han suscitado en las comunidades campesinas con motivo de la explotación de recursos minerales?**

Los conflictos están generados básicamente por la legislación actual que permite a las grandes empresas mineras la explotación de los recursos mineros sin antes hacer prevalecer la consulta previa derecho de la comunidad campesina. Siendo esto el principal factor que se sienten desprotegidos.

- **¿Qué piensa sobre las empresas que extraen los recursos minerales, en términos de que si respetan la propiedad comunal?**

Es importante hoy en día ver empresas mineras con responsabilidad social y ambiental y con visión futura permite la explotación sostenible de los recursos naturales con licencia social

por parte de las comunidades campesinas

- **¿Usted cree que afecten el derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas y que antes de ingresar deberían solicitar autorización a la comunidad?**

La autorización a territorios está básicamente centrada en la autorización por cuanto ellos necesitan saber las consecuencias y beneficios de ingresos a su propiedad comunal el ingreso a territorio comunal sin el permiso ocasionaría descontento y se vería reflejado posteriormente.

- **¿Cree usted que las empresas extractivas de recursos minerales, cumplen con las normas jurídicas sobre el derecho a la propiedad del territorio comunal?**

La legislación actual permite que las empresas mineras ingresen en territorio de comunidades campesinas y otros sin autorización previa de los comuneros debería de cambiar la legislación minera con mecanismo que permitan tener voz y voto como la consulta previa.

➤ **¿Usted estaría de acuerdo que debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas extractivas? ¿Por qué?**

Deber ver concordancia debido a que tanto la comunidad campesina y más la empresa minera deben estar inmerso en el concepto de desarrollo sostenible de los recursos naturales donde se han beneficiados los comuneros con nuevas tecnologías educación y servicios básicos, salud, etc.

## Entrevista 7

- **Nombre : CONSUELO TÉVEZ DE ALVA**
  
- **Profesión, ABOGADA**
  - **¿Qué opinión tiene usted de los conflictos que se han suscitado en las comunidades campesinas con motivo de la explotación de recursos minerales?**

Que se asustan por falta de información
  
  - **¿Qué piensa sobre las empresas que extraen los recursos minerales, en términos de que si respetan la propiedad comunal?**

Que para evitar conflictos deben estar autorizados fomentar leyes para la protección del medio ambiente.
  
  - **¿Usted cree que afecten el derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas y que antes de ingresar deberían solicitar autorización a la comunidad?**

Sí

- **¿Cree usted que las empresas extractivas de recursos minerales, cumplen con las normas jurídicas sobre el derecho a la propiedad del territorio comunal?**

Deben de cumplirse

- **¿Usted estaría de acuerdo que debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas extractivas? ¿Por qué?**

Sí, porque la explotación de estos recursos no deben de ocasionar ningún tipo de perjuicio económico ni social ni mucho menos ambiental.

## Entrevista 8

- **Nombre : CLAUDIA ARIAS**
  
- **Profesión, ABOGADA**
  - **¿Qué opinión tiene usted de los conflictos que se han suscitado en las comunidades campesinas con motivo de la explotación de recursos minerales?**

Que los problemas se suscitan por falta de diálogo entre las comunidades campesinas y las empresas mineras así como vulneran el derecho a la propiedad comunal
  
  - **¿Qué piensa sobre las empresas que extraen los recursos minerales, en términos de que si respetan la propiedad comunal?**

Que deberían realizar campañas informativas a la comunidad.
  
  - **¿Usted cree que afecten el derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas y que antes de ingresar deberían solicitar autorización a la comunidad?**

No afectan tanto el derecho de propiedad sino que deberían comunicar y difundir sus fines.

- **¿Cree usted que las empresas extractivas de recursos minerales, cumplen con las normas jurídicas sobre el derecho a la propiedad del territorio comunal?**

No cumplen a cabalidad con respetar el terreno de propiedad comunal.

- **¿Usted estaría de acuerdo que debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas extractivas? ¿Por qué?**

Sí, porque la comunidad campesina está asentada en áreas de explotación de recursos minerales y por ende se perjudican y/o afectados por la contaminación.

## Entrevista 9

- **Nombre : MARISOL SANTOS BENEGAS**

- **Profesión, ABOGADA**

- **¿Qué opinión tiene usted de los conflictos que se han suscitado en las comunidades campesinas con motivo de la explotación de recursos minerales?**

Si las reglas no están claras por eso se presentan conflictos en las comunidades campesinas y con las empresas mineras.

- **¿Qué piensa sobre las empresas que extraen los recursos minerales, en términos de que si respetan la propiedad comunal?**

Que está mal porque deben respetar la propiedad comunal dado que es intangible y les pertenece desde sus antepasados

- **¿Usted cree que afecten el derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas y que antes de ingresar deberían solicitar autorización a la comunidad?**

Por supuesto que deben solicitar permiso.

- **¿Cree usted que las empresas extractivas de recursos minerales, cumplen con las normas jurídicas sobre el derecho a la propiedad del territorio comunal?**

No cumplen, dado que se creen con mejor derecho que tiene los dueños de las comunidades.

- **¿Usted estaría de acuerdo que debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la explotación de recursos minerales por las empresas extractivas? ¿Por qué?**

Debería existir concordancia por desconocimiento de las leyes, las empresas privadas casi siempre son más favorecidos con los comuneros de las comunidades campesinas

## Entrevista 10

- **Nombre : SHOUDI PILCO**

- **Profesión, ABOGADA**

- **¿Qué opinión tiene usted de los conflictos que se han suscitado en las comunidades campesinas con motivo de la explotación de recursos minerales?**

Si bien la minería es fuente principal de diversos problemas y trae consigo con mayor es la contaminación y uso recursos hídricos a diario podemos ver conflictos sociales por causa de explotación minera a mi opinión las empresas mineras deberían invertir en beneficios para la comunidad afectada por ellos un proceso de participación ciudadana debe de existir el consentimiento previo de la comunidad donde se realice la operación minera.

- **¿Qué piensa sobre las empresas que extraen los recursos minerales, en términos de que si respetan la propiedad comunal?**

Que está muy bien pero además está expuesto, con ello deben

cumplir con las normas ambientales de la IEA, PAMA, etc.

- **¿Usted cree que afecten el derecho a la propiedad del territorio de las comunidades campesinas y que antes de ingresar deberían solicitar autorización a la comunidad?**

Si la ley de comunidades campesinas reconoce la propiedad comunal donde tierras y la constitución en su art. 89 reconoce las comunidades campesinas la propiedad de sus tierras es imprescriptible siendo un derecho constitucional la propiedad tiene carácter inviolable por lo tanto nadie puede penetrar en ella sin el consentimiento del propietario

- **¿Cree usted que las empresas extractivas de recursos minerales, cumplen con las normas jurídicas sobre el derecho a la propiedad del territorio comunal?**

No, porque muchas comunidades campesinas desconocen derechos corresponde delimitar sus áreas correspondientes.

- **¿Usted estaría de acuerdo que debe existir concordancia entre el derecho a la propiedad del territorio comunal y la**

**explotación de recursos minerales por las empresas extractivas? ¿Por qué?**

Sí, porque si se respeta el derecho de propiedad las normas ambientales y se tiene licencia social de las comunidades y la empresa desempeña la extracción con responsabilidad social empresarial se forman las alianzas de cooperación en la que ambas partes comunidad y empresa minera obtiene beneficio.