PERÚ | Ministerio de Cultura

DERECHO A LA TIERRA Y AL TERRITORIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS

APUNTES DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

CESAR LANDA ARROYO

Foto: Alan Marayhuaca

Alejandro Arturo Neyra Sánchez
Ministro de Cultura

Ángela Acevedo Huertas
Viceministra de Interculturalidad

Paul Chata Béjar
Director General de Derechos de los Pueblos Indígenas

Derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas u originarios
Apuntes desde una perspectiva constitucional

Dr. Cesar Landa Arroyo

Ministerio de Cultura
Av. Javier Prado Este 2465 – San Borja, Lima 41, Perú
www.gob.pe/cultura
Central telefónica: (511)-618 9393

Diseño y diagramación: Daniela Maucaille Rojas

Primera edición digital: julio de 2020

ISBN: 978-612-4391-25-5 (PDF)

Ministerio de Cultura

DERECHO A LA TIERRA Y AL TERRITORIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS

APUNTES DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

CESAR LANDA ARROYO

Lima, julio de 2020

Índice

Presentación 9

Agradecimiento 13

Introducción 15

Cap. 1 La Constitución, los principios de interpretación de los tratados sobre derechos humanos y su valor vinculante con el Estado 20

1.1. Fuentes y principios para la interpretación de la Constitución 23

1.2. Principios de interpretación de los tratados internacionales 27

a. Principio de buena fe 28

b. Principio pro homine 29

c. Principio de progresividad 31

d. Principio de subsidiariedad 33

e. Principio de complementariedad 36

1.3. Control de convencionalidad y los estándares de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) 38

Cap. 2 Derecho a la personalidad jurídica de los pueblos indígenas 46

2.1. Estándares de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH): alcance conceptual, normativo y jurisprudencial convencional del derecho a la personalidad jurídica de naturaleza colectiva 48

2.2. El reconocimiento de los pueblos indígenas y de su personalidad jurídica, en el marco de la Constitución y del Convenio 169 58

2.2.1. Marco constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los estándares de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) 58

2.2.2. Sobre el reconocimiento de los pueblos indígenas: entre el marco constitucional y el marco legal 73

Cap. 3 Propiedad, territorio y uso de recursos naturales 84

3.1. Derecho de propiedad: de un enfoque individual a uno colectivo 86

3.2. Tierra, territorio y recursos naturales: vínculo y alcances 95

3.3. La especial relación de los pueblos indígenas con la tierra y el territorio 114

3.4. El derecho de posesión de las tierras de los pueblos ancestrales y el estándar interamericano de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) 121

3.5. Uso y administración de los recursos naturales de acuerdo a los estándares de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) 129

3.6. Protección del derecho de propiedad de los pueblos indígenas a través de las comunidades campesinas y nativas y el denominado "territorio integral" 138

Reflexiones finales 150

Presentación

Hace cien años, mediante la Constitución de 1920, el Estado peruano reconoció por primera vez la existencia legal de las "comunidades de indígenas", a cuyas tierras se les otorgó el carácter de "imprescriptible". Con este punto de partida, a lo largo de siglo XX, la personería jurídica de las "comunidades indígenas" (reconocida por primera vez en la Constitución de 1933) experimentó variaciones. En 1970, la categoría cambió de denominación con la promulgación del Estatuto de "comunidades campesinas" y pocos años más tarde, en 1978, se creó una nueva figura jurídica para reconocer la existencia legal y derecho a la tierra de la población originaria de la selva y ceja de selva de nuestro país: la "comunidad nativa".

La Constitución de 1993 recoge estos desarrollos normativos y reconoce la personería jurídica de ambos tipos de comunidades y, al igual de que Constitución de 1920 lo hiciera para las "comunidades de indígenas", establece que la propiedad de sus tierras es de carácter imprescriptible. A la luz del Convenio 169 de la OIT, el cual cuenta con rango Constitucional desde su entrada en vigor en 1995, el reconocimiento de las comunidades indígenas primero y de las comunidades campesinas y nativas después, garantizó estándares mínimos para el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, incluso antes de la introducción de

esta categoría en el ordenamiento jurídico peruano, de manera posterior a la promulgación de la Constitución vigente.

En el presente documento de trabajo, el doctor en derecho César Landa Arroyo, ex presidente del Tribunal Constitucional, complejiza y desarrolla esta propuesta desde un análisis de los parámetros constitucionales e infraconstitucionales. Para el autor, es posible afirmar que la figura de las comunidades campesinas y nativas es una forma constitucional de reconocer la personería jurídica de los pueblos indígenas y sus derechos colectivos, lo que naturalmente incluye el derecho a la tierra y al territorio. En concreto, argumenta que, tanto el Poder Ejecutivo (a través de normativa) como el Tribunal Constitucional (a través de jurisprudencia), han establecido de manera expresa que las comunidades campesinas y nativas pueden ser identificadas como pueblos indígenas u originarios o parte de ellos.

Sin embargo, Landa también plantea la posibilidad de pensar nuevos desarrollos normativos que permitan mejorar o ampliar los márgenes de protección establecidos por la actual legislación. Partiendo de la distinción entre tierra y territorio, el autor nos recuerda que esta última categoría abarca tanto el patrimonio inmaterial y sistemas de creencia asociados al entorno, así como el acceso a los recursos naturales, los cuales, bajo el marco constitucional actual, pertenecen a la nación.

En tal sentido, una ruta posible que plantea el documento es avanzar hacia un régimen especial de propiedad comunal que

garantice un mayor acceso a recursos vitales para los pueblos indígenas, como pueden ser los recursos del bosque amazónico.

En atención a estos elementos, el Ministerio de Cultura – ente rector en materia indígena – tiene por intención presentar este documento como punto de partida de una discusión nacional sobre los marcos actuales para la protección de las tierras y territorios indígenas. En el marco del centenario del reconocimiento legal de las "comunidades indígenas" creemos importante poner sobre la mesa, en coordinación con las organizaciones representativas de los pueblos, la posibilidad de repensar los dispositivos vigentes para garantizar mayores márgenes de protección. En otras palabras, construir sobre lo avanzado.

Angela Acevedo Huertas
Viceministra de Interculturalidad
Ministerio de Cultura

Agradecimiento

Agradecemos particularmente el apoyo del proyecto "Titulación de Tierras Indígenas en Perú" financiado por The Tenure Facility y ejecutado por la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA), el cual brindó los recursos necesarios para culminar la realización del presente trabajo.

Esperamos que este documento sea el inicio de un diálogo necesario para elevar los estándares de protección de las tierras y los territorios de pueblos indígenas.

Introducción

En el Perú, viven actualmente 55 pueblos indígenas u originarios, 51 pueblos amazónicos y 4 andinos. La existencia de todos ellos gira en torno a sus tierras y territorios, los cuales se erigen no solo como la fuente de los recursos indispensables para su subsistencia, sino que constituyen el punto de partida para la construcción de su identidad como colectivo.

¿De qué manera el marco jurídico peruano ha encontrado las formas e instituciones jurídicas para proteger el derecho a las tierras y territorios de los pueblos indígenas como un derecho colectivo? ¿Cómo es posible ejercer este derecho frente al Estado u otros individuos y cuál es su contenido y alcance?

Las respuestas a estas preguntas no son sencillas. Por un lado, una concepción fluida y dinámica de la cultura –como la que prima hoy en las ciencias sociales– entra en conflicto, por lo general, con la necesidad del derecho de fijar categorías. Por otro lado, en el ordenamiento jurídico peruano, mientras la Constitución vigente, que protege las tierras de las comunidades campesinas y nativas, es del año 1993; el Convenio 169 de la OIT, que reconoce el derecho a las tierras y territorios de los pueblos indígenas, se encuentra vigente desde 1995.

En el presente trabajo, el doctor Cesar Landa responde a las preguntas antes expuestas, desde el derecho constitucional.

De este modo, logra armonizar los preceptos establecidos en la Constitución de 1993 vinculados a la protección de las tierras y territorios de los pueblos indígenas de manera coherente y unitaria a partir de los estándares internacionales vigentes, es decir, a la luz del Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Asimismo, el autor aborda la problemática en función a dos puntos centrales: *el derecho a la personería jurídica de los pueblos indígenas y la propiedad, territorio y uso de recursos naturales por parte de los pueblos indígenas u originarios. ¿Qué relación guardan ambos puntos?*

El reconocimiento de la personería jurídica permite determinar formalmente un sujeto de derecho, que puede exigir frente al estado sus derechos y responder por los deberes que correspondan. Consecuentemente, la personería jurídica permite el ejercicio del derecho a las tierras y territorios de los pueblos indígenas. Por ejemplo, reconocida su personería jurídica, los pueblos indígenas acceden de manera efectiva a la delimitación y demarcación de sus tierras y territorios.

Así pues, en el primer acápite, el autor inicia la investigación con la presentación del derecho internacional como fuente de derecho en materia de derechos de los pueblos indígenas u originarios, el cual también determina su contenido constitucional. Principalmente, se centra en los principios de interpretación de los tratados sobre derechos humanos y su valor vinculante con el Estado. Así, es posible dilucidar la relación entre los estándares

de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) con el derecho interno peruano en materia de derechos de los pueblos indígenas u originarios.

En segundo lugar, desarrolla el alcance conceptual, normativo y jurisprudencial convencional del derecho a la personalidad jurídica de los pueblos indígenas. Presenta el reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica de los pueblos indígenas u originarios armonizando el marco constitucional y los estándares de la CADH, así como presenta su desarrollo a nivel infraconstitucional.

En tercer y último lugar, el autor delimita, a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH y del Tribunal Constitucional, las características fundamentales de la propiedad para los pueblos indígenas u originarios y el vínculo y alcance del derecho al acceso y uso de los recursos naturales. En el desarrollo, el doctor Cesar Landa nos conduce hacia nodos de discusión que ameritan especial atención: diferencia entre tierra y territorio, el uso y administración de los recursos naturales de acuerdo a los estándares de la CADH y la protección del derecho de propiedad de los pueblos indígenas a través de las comunidades campesinas y nativas y el denominado "territorio integral".

Foto: Ricardo Burneo

Cap. 1

La Constitución, los principios de interpretación de los tratados sobre derechos humanos y su valor vinculante con el Estado

La Constitución Política del Perú contempla disposiciones que garantizan los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Un ejemplo de ello es el artículo 89°, donde se dice que "las comunidades campesinas y nativas" son autónomas "en el uso y la libre disposición de sus tierras", así como que "la propiedad de sus tierras es imprescriptible"[1]. Sin embargo, en este punto existe una diferencia entre nuestra Constitución y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (en adelante, Convenio 169[2]): El tratado internacional desarrolla su contenido en base a la denominación "pueblos indígenas", mientras que la Constitución peruana lo hace en base al concepto de "comunidades campesinas y nativas". Entonces, ¿cómo armonizar el marco jurídico nacional con el internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas u originarios?

Para dar respuesta a esa interrogante, se realizará una breve referencia sobre las fuentes y principios para la interpretación de la Constitución y de tratados internacionales, específicamente de aquellos elaborados jurisprudencialmente para la interpretación de tratados sobre derechos humanos, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH)[3] y el

1 Congreso de la República. Constitución Política del Perú. Lima: Congreso de la República, 1993. Ver en: bit.ly/3bbLC1n

2 Organización International del Trabajo (OIT). Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, firmado el 27 de junio de 1989.

3 Organización de Estados Americanos (OEA). Convención Americana de

Convenio 169. Por último, se precisará una reseña sobre los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y su vinculación para con el Estado peruano.

Ello permitirá, posteriormente, desarrollar un análisis sobre los alcances, límites y retos que depara el ordenamiento jurídico actual dispuesto para la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas entorno al reconocimiento jurídico de los mismos, a las tierras y territorios, así como al acceso y uso de recursos naturales.

Derechos Humanos (CADH), firmada el 22 de noviembre de 1969.

1.1. Fuentes y principios para la interpretación de la Constitución

Para dotar de contenido normativo a las disposiciones constitucionales, el Tribunal Constitucional emplea fuentes nacionales e internacionales, basándose en el artículo 55 de la Constitución, donde se dispone que "los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional", lo que constituye en su conjunto aquello que se conoce como "bloque de constitucionalidad".

En dicho bloque, en primer lugar se encuentran –y no puede ser de otra manera– las disposiciones constitucionales, especialmente las que reconocen derechos y libertades que, en virtud de lo establecido en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución[4], se interpretan de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú.

4 Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú (1993), según la cual: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

Esto ha sido establecido también por el artículo V del título preliminar del Código Procesal Constitucional, que además extiende la vinculación a la interpretación que realizan los órganos –tribunales y organismos– encargados del cumplimiento de dichos tratados[5].

Estas disposiciones normativas se complementan con lo desarrollado a través de la jurisprudencia. En primer lugar, se encuentra lo desarrollado por el propio Tribunal Constitucional, en virtud a que sus sentencias tienen carácter normativo[6] en aplicación de lo establecido en el artículo 204 de la Constitución, los artículos VI (doctrina jurisprudencial) y VII (precedente constitucional vinculante) del título preliminar del Código Procesal Constitucional, y de la primera disposición final de la Ley N° 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional[7].

En segundo lugar, está aquella jurisprudencia expedida por los tribunales y organismos internacionales que tienen por función velar por la aplicación de los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú. Y, en tercer lugar, están algunas normas de

5 Código Procesal Constitucional, artículo V.

6 Constitución Política del Perú (1993), artículo 204. Este indica que: "La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto".

7 Código Procesal Constitucional, artículos VI y VII; Ley N° 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, primera disposición final.

rango legal, siempre que sean de desarrollo directo y compatibles con las disposiciones constitucionales[8].

Estas fuentes deben integrarse a través de su interpretación conjunta de cara a dotar de significado a las disposiciones constitucionales. Para ello, la doctrina y jurisprudencia constitucional han desarrollado una serie de criterios para interpretar la Constitución. Al respecto, el Tribunal Constitucional, siguiendo a Konrad Hesse, señala los siguientes principios:

> El principio de unidad de la Constitución: Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un "todo" armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.
>
> El principio de concordancia práctica: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta "optimizando" su interpretación, es decir, sin "sacrificar" ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada "Constitución orgánica" se encuentran

8 Código Procesal Constitucional, artículo 74, según el cual: "Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona".

reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1° de la Constitución).

El principio de corrección funcional: Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.

El principio de función integradora: El "producto" de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.

El principio de fuerza normativa de la Constitución: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto[9].

9 Tribunal Constitucional. Sentencia del expediente N° 5854-2005-PA, del 8 de noviembre del 2005.

En este punto, debe tenerse en cuenta que, desde el inicio, los criterios de nuestro Tribunal Constitucional no se distancian, en cuanto a su reconocimiento, de aquellos establecidos por la Corte IDH en materia de los derechos de los pueblos indígenas. Más bien, se puede afirmar que nuestro órgano supremo ha hecho eco de los estándares establecidos por dicha corte internacional.

1.2. Principios de interpretación de los tratados internacionales

Tal como se mencionó previamente, las disposiciones constitucionales, entre las cuales se encuentran aquellas que reconocen derechos y libertades, se interpretan de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú. Al respecto, es preciso destacar los principios bajo los cuales se constituye la relación existente entre el derecho internacional y los ordenamientos internos.

Entre ellos se encuentra el principio de buena fe, el principio pro homine, el principio de progresividad, el principio de subsidiariedad y el principio de complementariedad, los cuales se aplican sin distinción para casos relativos a derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios.

a. Principio de buena fe

El principio de buena fe es recogido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en su artículo 26, donde se indica que: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe"[10]. A partir de esta disposición, se colige que los Estados que ratifican un tratado internacional se encuentran obligados por su contenido, salvo que hayan realizado reservas a alguna parte de este, en cuyo caso serán eximidos del cumplimiento de los aspectos observados.

Lógica consecuencia del principio de buena fe y de obligatoriedad de los tratados es que los Estados que los han ratificado deben cumplir con todas las obligaciones asumidas. Por ello, el derecho interno –constituciones, leyes, reglamentos, prácticas judiciales– no debería ser impedimento para su cumplimiento. Esto es así porque el artículo 27 de la Convención de Viena establece que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"[11]. En todo caso, corresponde a los Estados –en aras del deber de buena

10 Organización de las Naciones Unidas (ONU). Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, firmada el 23 de mayo de 1969.

11 Ver al respecto: Landa, César. "La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: Ricardo Méndez, ed. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional.* Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2002, p. 330.

fe– adecuar su derecho interno para así cumplir las obligaciones que emanan de los tratados internacionales.

b. Principio pro homine

En virtud del principio *pro homine*, se ha de acudir a la interpretación más amplia o extensiva cuando se trata de reconocer y proteger derechos humanos, y, de manera inversa, se ha de recurrir a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer limitaciones o restricciones a esos mismos derechos[12]. En buena cuenta, se debe optar por aquella norma o interpretación que más favorezca a la persona.

Así, por ejemplo, se reconoce el derecho al debido proceso en el artículo 8 de la CADH, bajo el título de garantías judiciales. Una primera lectura de su contenido nos podría llevar a circunscribir su aplicación al ámbito estrictamente judicial (dado que en su tenor literal se alude al derecho a ser oído por un "juez"), aunque, interpretativamente, la Corte IDH ha señalado que el debido proceso se aplica en el marco de cualquier proceso o procedimiento, o ante cualquier autoridad que ejerza funciones materialmente jurisdiccionales en el que se estén discutiendo

12 Pinto, Mónica. "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos". En: Martín Abregu y Christian Courtis, eds. *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: CELS / Editores del Puerto, 1997, p. 163.

derechos o intereses de las personas, como el juicio político ante el Parlamento[13].

Este principio también coadyuva en armonizar los estándares nacional e interamericano en materia de protección de derechos, por lo que para abordar una problemática se debe preferir el estándar que proporcione una mejor protección de la persona y sus derechos[14]. Néstor Pedro Sagüés acepta esto cuando afirma que:

> Debe tenerse presente que el operador del caso debe siempre intentar el control constructivo de convencionalidad, antes que el represivo. No cabe presumir, por cierto, que los Estados dictan normas opuestas al material controlante. Por diversos motivos, es correcto realizar primero un trabajo de correcta y útil compatibilización entre las reglas nacionales y las del derecho internacional de los derechos humanos. Desde luego, si esa tarea de armonización es imposible, habrá de inaplicarse la

13 Organización de los Estados Americanos (OEA). Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Tribunal Constitucional versus Perú, sentencia del 31 de enero del 2001.

14 Henderson, Humberto. "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine". Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 39. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, pp. 92-95; Prada, María Angélica. "La integración del derecho internacional en el sistema colombiano". *Protección Multinivel de Derechos Humanos.* s/l: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, pp. 367-368. Ver en: bit.ly/383zAoP

norma local, y promoverse su abolición o modificación. Lo dicho es siempre con la salvedad, desde luego, de la aplicación de la doctrina pro persona: si la norma doméstica es más favorable que la proveniente del derecho internacional de los derechos humanos, ella prevalecerá[15].

c. Principio de progresividad

Otra importante directriz interpretativa es el principio de progresividad, o de interpretación extensiva o evolutiva[16]. El principio de progresividad tiene dos concreciones. Primero, como una obligación de los Estados para lograr, en la mayor medida posible, la plena eficacia de los derechos humanos, fundamentalmente de los derechos económicos, sociales y culturales. Como tal, se encuentra en el artículo 26 de la CADH:

> Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que

15 Sagüés, Néstor Pedro. "Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad". *Pensamiento Constitucional*, vol. 20, n.° 20. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), 2015, p. 277.

16 Sagues, Néstor Pedro. "La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional". En: José Palomino Manchego y José Carlos Remotti Carbonell, coords. *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica. Libro homenaje a Germán Bidart.* Lima: Grijley, 2002, p. 37.

> se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

En segundo lugar, el principio de progresividad se articula como un criterio interpretativo de los derechos humanos reconocidos internacionalmente a efectos de lograr que los mismos puedan ser plenamente eficaces y tener vocación de permanencia a través de su evolución, con el fin de que puedan cubrir situaciones de violaciones a los derechos originalmente no previstas.

Como sabemos, los derechos humanos reconocidos por la CADH tienen una clara orientación individualista y muy apegada a un entendimiento de los mismos como meros derechos de defensa. De ahí que el artículo 1 de la CADH establezca como obligaciones del Estado las de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos, y a su vez la obligación de "adoptar (…) las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades", es decir, para hacer efectiva su dimensión negativa (de no lesión).

No obstante, la jurisprudencia de la Corte IDH ha optado por un entendimiento más amplio de los derechos reconocidos en la CADH, pues ha señalado que los mismos pueden evolucionar y comprender situaciones originalmente no previstas. Un ejemplo de ello es el derecho de propiedad establecido en el artículo 21 de la CADH. Si bien este es reconocido como un típico derecho de

defensa de la propiedad en clave individual, cuando la Corte IDH se ha enfrentado a casos en los que se reclamaba protección para el derecho de propiedad de los pueblos indígenas, ha reconocido que el derecho de propiedad garantizado por la CADH también comprende una dimensión colectiva como la propiedad comunal[17].

d. Principio de subsidiariedad

Los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos solo operan cuando se han agotado los recursos internos previstos por el Estado. Por eso, el artículo 205 de la Constitución establece que: "Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte".
Con este principio se ordenan los vínculos entre los procesos internos y los de la jurisdicción interamericana. De igual manera, este principio organiza la actuación de los ordenamientos nacional e interamericano, delimitando la acción de la jurisdicción internacional y el respeto de la soberanía de los Estados. De ahí que la Corte IDH no se constituye como una cuarta instancia de superrevisión de lo realizado por las instancias judiciales internas.

Por otro lado, además de ordenar lo procesal, el principio de subsidiariedad también recibe un entendimiento sustantivo,

17 OEA. Corte IDH. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua, sentencia del 31 de agosto del 2001.

ya que "la doctrina de la subsidiariedad aplicada en el contexto internacional tiene un valor relevante desde la perspectiva de la democracia y el autogobierno"[18]. Desde esta perspectiva, la protección de los derechos humanos en principio es una obligación internacional de los Estados, antes que del sistema interamericano, motivo por el cual este actúa subsidiariamente solo cuando el Estado no ha cumplido debidamente con su misión.

Es por esta razón que los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos deben ser incorporados al ordenamiento interno mediante la actuación del legislador, a través de las políticas públicas expresadas en leyes (lo que representa el respeto por la democracia y el autogobierno). Luego, si el caso llega a la jurisdicción de la Corte IDH, sus jueces "(…) deben decidir si: (a) seguir la interpretación propuesta por el Estado denunciado en relación con la aplicación de la correspondiente convención, o bien (b) seguir su propia aproximación respecto del criterio a aplicar para resolver el caso"[19].

La solución a este dilema no es algo que pueda establecerse a priori, sino en función a las circunstancias del caso siguiendo como criterio relevante el principio pro homine. En este escenario surge el

18 Candia Falcón, Gonzalo. *Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2016, p. 61.

19 Candia Falcón, Gonzalo. *Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2016, p. 63.

denominado principio del "margen de apreciación nacional", que "se funda en una diplomática deferencia que deja el enjuiciamiento de algunas interferencias en manos de los Estados en ciertas cuestiones sensibles para las opiniones públicas nacionales. Su aplicación posee una acusada concreción o dependencia del contexto"[20]. En dicho sentido, el margen de apreciación nacional permite a una corte internacional, como la Corte IDH, dejar que el Estado configure ciertos temas involucrados en un caso, lo que significa respetar su soberanía[21].

Ahora bien, este principio no agota las relaciones y dinámicas que se dan entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los ordenamientos nacionales, por lo que se ha considerado que lo más apropiado para la adecuación de los estándares interpretativos entre estos sistemas, debido a su mayor alcance, es utilizar el principio de complementariedad, dado que:

> (…) el principio de subsidiariedad se emplea tan solo en algunos ámbitos de la relación existente entre el derecho internacional y los ordenamientos internos –principalmente en temas de orden

20 García Roca, Javier. "Margen de apreciación nacional". En: Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Fabiola Martínez Ramírez y Giovanni A. Figueroa Mejía, coords. *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Ciudad de México: UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídica, 2014, p. 901.

21 García Roca, Javier. "Margen de apreciación nacional". En: Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Fabiola Martínez Ramírez y Giovanni A. Figueroa Mejía, coords. Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional. Ciudad de México: UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídica, 2014, p. 901.

jurisdiccional–; no obstante, no resulta factible aplicar esta visión a la totalidad de las materias a las cuáles está sujeta esta relación entre sistemas, como, por ejemplo, a la labor de codificación y promoción que realiza el DIDH [Derecho Internacional de los Derechos Humanos][22].

e. Principio de complementariedad

Sobre la adecuación a los estándares interpretativos establecidos por la Corte IDH, se debe tener en cuenta el principio de complementariedad que rige al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Establecido en el artículo 55 de la Constitución, dice: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional". Según este principio, la protección que dispensa la jurisdicción internacional y la brindada por los Estados debe ser complementaria, correspondiendo al Estado en cuestión garantizar en un primer momento, a nivel interno, un adecuado nivel de protección. Solo en defecto de este, de manera subsidiaria, debe actuar la jurisdicción interamericana23.

En buena cuenta, el ordenamiento interamericano (normas, jurisprudencia y opiniones consultivas) complementa la protección

22 Nash Rojas, Claudio. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno.* Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2012, p. 14.

23 OEA. Corte IDH. Caso Gelman versus Uruguay, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de marzo del 2013, párrafo 71.

y el contenido de los derechos protegidos por las constituciones nacionales. De modo tal que, el legislador nacional y los tribunales internos, especialmente el que tiene atribuido la función de control de constitucionalidad, integren y armonicen los estándares de protección internacional y constitucional de los derechos humanos[24].

En ese espíritu, el seguimiento de los estándares interpretativos de la Corte IDH juega un rol preventivo, es decir, en tanto el Estado adecúe su derecho interno a dicho estándar, podría evitar una eventual condena en el marco de un caso contencioso. En cambio, el no seguimiento podría conllevar –siempre en el marco de un caso contencioso– una eventual sentencia que lo condene por responsabilidad internacional.

24 Caballero Ochoa, José Luis. "El derecho internacional en la integración constitucional. Elementos para una hermenéutica de los derechos fundamentales". En: Diego Valadés y Miguel Carbonell, coords. El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Tomo I. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM, 2006, p. 58.

1.3. Control de convencionalidad y los estándares de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)

Como la misma Corte IDH ha señalado, sus estándares interpretativos son vinculantes para todos los Estados que han aceptado su competencia contenciosa por vía del control de convencionalidad. En ese sentido, las decisiones de la corte vinculan de dos maneras: como cosa juzgada internacional y como cosa interpretada.

Esta última supone una vinculación derivada de la *ratio decidendi* de la sentencia, es decir, de los criterios interpretativos que aquella contiene y que están referidos a los derechos reconocidos en el *corpus iuris* interamericano. La primera, en cambio, vincula particularmente al Estado que ha sido parte en un caso contencioso que, además de la ratio decidendi de la sentencia, debe cumplir obligaciones específicas (medidas de reparación) contenidas en el fallo[25].

25 OEA. Corte IDH. Caso Gelman versus Uruguay, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 20 de marzo del 2013, párrafo 69.

La Corte IDH ha señalado que el control de convencionalidad es un examen normativo en el que se analiza la compatibilidad del derecho interno con los estándares de la CADH[26]. En esa medida, el parámetro interamericano no se reduce a la CADH sino que alcanza a otros tratados de derechos humanos[27], las opiniones consultivas de la Corte IDH y, desde luego, sus decisiones en casos contenciosos[28]. Es precisamente a través del control de convencionalidad que también se busca adecuar el derecho interno a los estándares de derechos humanos establecidos por la Corte IDH[29].

Cabe precisar que el Perú, hasta el momento, no ha sido condenado por casos vinculados a los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, atendiendo al efecto de cosa interpretada de las sentencias de la Corte IDH, diversos estándares han sido incorporados a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nacional. Por ejemplo, el caso de la sentencia de

26 OEA. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros versus Chile, sentencia del 26 de setiembre del 2006.

27 OEA. Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") versus Guatemala, sentencia del 20 de noviembre del 2012.

28 OEA. Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, opinión consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014; Caso Mendoza y otros versus Argentina, sentencia del 14 de mayo del 2013.

29 OEA. Corte IDH. Caso Mendoza y otros versus Argentina; Caso Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros versus Estados Unidos de México, sentencia del 23 de noviembre del 2009.

inconstitucionalidad del expediente N° 0022-2009-PI, en el que el Tribunal Constitucional empleó los criterios desarrollados por la Corte IDH para dotar de contenido en sede interna al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas[30].

Ahora bien, la práctica también enseña que los Estados miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH) suelen resistirse al cumplimiento pleno y cabal de las decisiones de la Corte IDH, aun cuando han sido parte en los casos contenciosos y han asumido el compromiso de cumplir los fallos. Así, por ejemplo, la sentencia de la Corte IDH del caso Aptiz Barbera y otros contra Venezuela fue declarada inejecutable por la Corte Suprema de Venezuela[31].

Puede decirse, entonces, que dicha resistencia motiva a que entre la Corte IDH y los Estados, en lugar de un modelo jerárquico de relaciones, se instaure en la práctica un modelo dialógico[32], que estaría extrapolando el criterio del margen de apreciación nacional utilizado en el contexto europeo. Según

30 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del expediente N° 0022-2009-PI del 9 de junio del 2010.

31 OEA. Corte IDH. Caso Aptiz Barbera y otros contra Venezuela, sentencia del 5 de agosto del 2008.

32 Bandeira Galindo, George Rodrigo. "El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: Luis López Guerra y Alejandro Saiz Arnaiz, eds. *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Una introducción dese la perspectiva del diálogo entre tribunales.* Lima: Palestra, 2015, p. 252.

este criterio, si bien los Estados están vinculados por los fallos del tribunal internacional, para el cumplimiento de los mismos, debe darse un cierto margen de flexibilidad a los Estados para implementar las sentencias en su derecho interno.

En dicho sentido, cuando la Corte IDH ha dispuesto que los Estados adecúen su derecho interno, no ha indicado los procedimientos que deben seguir, ni tampoco ha establecido plazos rígidos para su cumplimiento. En el caso Radilla Pacheco versus México, por ejemplo, la Corte IDH estableció que México debía adecuar su derecho interno a fin de que no se permita que civiles sean juzgados por tribunales militares, disponiendo al respecto, y sin detalles específicos, que se implementen las reformas normativas necesarias, siguiendo sus procedimientos internos y en un plazo razonable.

En el caso particular de los pueblos indígenas, este margen de apreciación para adecuar el derecho interno no siempre debe tener o ser fijado por normas estatales; también puede emplearse el derecho consuetudinario. En dicho sentido, la Corte IDH, en el caso Aloeboetoe y otros versus Surinam, estableció que a efectos de determinar los beneficiarios de las indemnizaciones que se otorgarían en la sentencia, el reconocimiento de los descendientes no debía realizarse en base al derecho civil, sino conforme a las costumbres del pueblo afectado[33].

33 OEA. Corte IDH. Caso Aloeboetoe y otros versus Surinam, sentencia del 10

En todo caso, debe quedar claramente establecido que la fijación de un margen de apreciación nacional para el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, con autoridad de cosa juzgada o la adecuación del derecho interno en cumplimiento de esta, debe ser fijada por dicha corte, en el marco de un caso contencioso.

Respecto de la cosa juzgada interpretada, el margen de apreciación y el grado de cumplimiento respecto de ella depende de los Estados, dado que gozan en la praxis de cierta discrecionalidad. Pero, cabe resaltar, los Estados integrantes del SIDH deben cumplir sus compromisos internacionales de buena fe.

Si bien un Estado tiene responsabilidad internacional en un sentido fuerte dentro del SIDH–vale decir, cuando ha sido condenado por la Corte IDH–, ello no es óbice para señalar la responsabilidad de los Estados en un sentido débil por no adecuar su normatividad interna a las obligaciones libremente asumidas. Se debe recordar que, por el principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados internacionales, corresponde a los Estados el cumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud de su ratificación, por lo que las disposiciones de derecho interno no deben ser impedimento ni justificación para incumplir dichas obligaciones.

Como ya se señaló, el artículo 2 de la CADH establece el deber de suprimir las normas y prácticas que suponen impedimentos para el goce y ejercicio de los derechos humanos, así como el de

---

de septiembre de 1993, párrafo 62.

adoptar normas y prácticas que propicien y permitan su goce y ejercicio efectivo. Entonces, si una determinada norma o práctica no garantizara dicha efectividad, sería contraria a la CADH[34]. Para ello, los Estados tienen diversas vías:

Aprobar leyes (y demás normas que correspondan) conforme a sus procedimientos internos que garanticen el goce y ejercicio efectivo de los derechos reconocidos en la CADH y los demás instrumentos que integran el SIDH (incluyendo al Convenio 169);

Adoptar y ejecutar prácticas administrativas y judiciales que, en la aplicación de las normas internas e internacionales, hagan realidad el ejercicio de los derechos humanos.

En caso contrario, si el Estado violase un derecho en concreto debido a su falta de adecuación del derecho interno a la CADH, podría ser objeto de una denuncia ante los órganos del SIDH y, eventualmente, ser pasible de una sentencia que establezca su responsabilidad internacional por incumplimiento de la CADH y de los otros tratados que conforman el SIDH.

34 Ferrer MacGregor, Eduardo y Pelayo Moller, Carlos. "Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno". En: Christian Steiner y Patricia Uribe, eds. Convención Americana de Derechos Humanos. Comentario. Ciudad de Guatemala: Konrad Adenauer Stiftung, 2013, p. 78.

Foto: Ricardo Burneo

Cap. 2

Derecho a la personalidad jurídica de los pueblos indígenas

Como se ha visto, las disposiciones constitucionales se interpretan de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú, en atención a los propios principios interpretativos de la Constitución y en base a los principios y a los estándares jurisprudenciales internacionales que vinculan a nuestro ordenamiento jurídico nacional y operan a través del control de convencionalidad.

A partir de ello, se desarrollará en el presente acápite el alcance conceptual, normativo y jurisprudencial convencional del derecho a la personalidad jurídica de los pueblos indígenas que nos permita profundizar, desde el derecho constitucional, los retos que enfrenta nuestro propio desarrollo jurisprudencial y nuestro marco infraconstitucional.

2.1. Estándares de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH): alcance conceptual, normativo y jurisprudencial convencional del derecho a la personalidad jurídica de naturaleza colectiva

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica está previsto en el artículo 3 de la CADH en los términos siguientes: "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica", siendo que para efectos de la CADH por "persona" se entiende al ser humano –el individuo–, según lo establecido en el artículo 1.2 del mismo instrumento internacional. Este derecho a la personalidad jurídica supone el reconocimiento como sujeto de derechos y obligaciones, es decir, conlleva la capacidad para acceder, gozar y ejercer derechos, así como para asumir y cumplir deberes y obligaciones. De esta manera, el derecho en mención sirve como un parámetro de verificación si una persona goza de los

derechos que el ordenamiento le reconoce y si puede ejercerlos en la práctica[35].

Ahora bien, el reconocimiento de la personalidad jurídica al ser uno de los derechos esenciales de la protección del ser humano frente a la autoridad, se constituye como una cláusula pétrea o derecho inderogable en un Estado de derecho. Ello se desprende del artículo 27.2 de la CADH, en donde se faculta la suspensión de las garantías, en casos de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, con el límite que no se autoriza: "(…) la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica (…)". En ese sentido, el artículo 3 de la CADH es un derecho inderogable, pero que "debe interpretarse a la luz de los establecido por el artículo XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre"[36].

No obstante la importancia de este derecho, el desarrollo jurisprudencial del mismo no ha sido tan prolífico como otros derechos. En todo caso, a raíz del principio pro homine en su sentido de interpretación progresiva, extensiva o evolutiva de los

35 OEA. Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez versus Guatemala, sentencia del 25 de noviembre del 2000, párrafo 179.

36 "Artículo XVII. Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales".

derechos humanos, la Corte IDH ha reconocido que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica también se extiende a los pueblos indígenas como sujetos de derechos y obligaciones, lo que no siempre fue así.

Por ejemplo, en el caso Aloeboetoe y otros versus Surinam, sentencia del 10 de setiembre de 1993 (Reparaciones y Costas), la Corte IDH no reconoció a la comunidad como sujeto de derecho, sino que se limitó a indemnizar a los representantes de las víctimas, pero disponiendo de que se creara una fundación que colocara los fondos indemnizatorios en un fideicomiso para asuntos educativos[37].

El cambio se produjo en el siglo XXI, cuando la Corte IDH en los casos Yakye Axa contra Paraguay, Saramaka contra Surinam y Sawhoyamaxa contra Paraguay, señaló que el reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades es un elemento esencial para hacer operativos los derechos que ya tienen reconocidos como tales, es decir, para poder ejercerlos ante el Estado[38]. En dicho sentido, la Corte IDH sostuvo que:

37 OEA. Corte IDH. Caso Aloeboetoe y otros versus Surinam, sentencia del 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones y Costas), párrafo 105.

38 OEA. Corte IDH. Caso Yakye Axa versus Paraguay, sentencia del 17 de junio del 2005, párrafo 82; caso del pueblo Saramaka versus Surinam, sentencia del 28 de noviembre del 2007, párrafo 171; caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa versus Paraguay, sentencia del 29 de marzo del 2006, párrafo 94.

> [e]l otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas. Sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma que la propia Constitución paraguaya reconoce como preexistente al Estado[39].

En ese orden de ideas, la Corte IDH ha señalado que:

> [e]l derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad e goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de eso derechos y deberes.

Si bien esta es una lectura civilista propia del derecho positivo aplicada a los pueblos indígenas, no está demás señalar que el Estado constitucional peruano no solo opera bajo reglas jurídicas propias del derecho privado, sino, sobre todo, de derecho público. Por ello, la propia Constitución reconoce en su artículo 89 que:

39 OEA. Corte IDH. Caso Yakye Axa versus Paraguay, sentencia del 17 de junio del 2005, párrafo 82.

"Las Comunidades Campesinas y las Nativas tiene existencia legal y son personas jurídicas".

Pero, debido a la cláusula de apertura del derecho nacional al derecho internacional de los Derechos Humanos, se debe señalar que la Corte IDH, en su opinión consultiva sobre la Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el SIDH (OC-22/16), ha reiterado su posición en torno al reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades indígenas, pues ello permite el goce de los derechos humanos que reconoce la CADH. Así, en palabras del tribunal interamericano:

> [L]a Corte reitera que ya ha reconocido a las comunidades indígenas y tribales como sujetos de derecho en razón de la actual evolución del derecho internacional en la materia (supra párr. 72). Asimismo, este Tribunal considera relevante hacer notar que a nivel interno dicha titularidad se refleja en varios países de la región. En este sentido, la titularidad de derechos humanos, en ambos ámbitos, no se ha dado únicamente a sus miembros en forma personal sino igualmente respecto a las comunidades en tanto colectividades. De dicha protección se desprende que en la medida en que el ejercicio de algunos de derechos de los miembros de las comunidades indígenas y tribales se realiza conjuntamente, la violación de dichos derechos tiene una dimensión colectiva y no puede circunscribirse a una afectación individual. Las afectaciones aludidas acarrearán entonces consecuencias para todos los miembros de la comunidad y

> no únicamente para algunos determinados en una situación específica[40].

La importancia de este derecho estriba en que si los Estados no lo reconocen, ello puede constituirse en un impedimento para el ejercicio de los demás derechos de los pueblos, especialmente el de titulación y reivindicación de tierras, que forman parte del derecho a la tierra y al territorio, tal como sucedió en el caso Saramaka contra Surinam.

En dicho caso, las comunidades no tenían ningún reconocimiento oficial y se encontraban en una situación de limbo jurídico. Ello provocó que el Estado de Surinam otorgue concesiones para explotación de madera y de recursos minerales ubicados en los territorios de la comunidad Saramaka. Ante dicha situación, la Corte IDH estableció que:

> El reconocimiento de su personalidad jurídica es un modo, aunque no sea el único, de asegurar que la comunidad, en su conjunto, podrá gozar y ejercer plenamente el derecho a la propiedad, de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como el derecho a igual protección judicial contra toda violación de dicho derecho[41].

---

40 OEA. Corte IDH. Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el SIDH, opinión consultiva OC-22/16 del 26 de febrero del 2016.

41 OEA. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka versus Surinam, sentencia del 28 de noviembre del 2007, párrafo 171.

Entonces, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, en el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas, no determina la titularidad, por ejemplo, sobre la propiedad, pero sí condiciona el hecho de que en base a su posesión histórica pueda demandarla ante las autoridades estatales y hacerla valer eficazmente frente a terceros, bajo el sistema previsto para su protección.

En otras palabras, si bien los pueblos indígenas tienen per se los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales –pues, como ya hemos discutido, estos vinculan a los Estados–, para poder ejercerlos frente a las autoridades y otros particulares como tales, requieren del reconocimiento de la personalidad jurídica, es decir, de su reconocimiento como sujetos de derechos y obligaciones, con capacidad no solo de goce sino también de ejercicio de sus derechos.

En dicho sentido, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica representa un parámetro para determinar si una persona es titular de derechos y si los puede ejercer, por lo que desconocer dicha posibilidad, de ser titular de esos derechos, hace vulnerables a las personas frente al Estado y a los poderes privados. Por este motivo, la Corte IDH ha señalado que:

> Es deber del Estado procurar los medios y condiciones jurídicas en general, para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica puedas ser ejercido por sus titulares. En especial, el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y

> discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley[42].

En el mismo sentido, por ejemplo, en el caso Kaliña y Lokono contra Surinam, la Corte IDH estableció que como Surinam no reconocía personalidad jurídica a las comunidades, estas no podían acceder al reconocimiento de su derecho de propiedad sobre sus territorios tradicionales, por lo que dicho Estado incurrió en una violación al artículo 3 de la CADH.

De lo anteriormente señalado, se puede inferir que la Corte IDH considera que se viola el derecho a la personalidad jurídica de los pueblos indígenas cuando el ordenamiento jurídico del Estado no reconoce dicho derecho de manera colectiva, lo que también viola otros derechos reconocidos en la CADH, como por ejemplo el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas u originarios, el cual exige su delimitación, demarcación y titulación.

De ello, la Corte IDH ha colegido que los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para reconocer la personería jurídica de los pueblos indígenas. Sin embargo, la Corte IDH no define si dicho reconocimiento debe hacerse bajo la figura de los pueblos indígenas o el de comunidades.
Más aún, podría señalarse que, en su jurisprudencia, la Corte IDH usa

42 OEA. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa versus Paraguay, sentencia del 29 de marzo del 2006, párrafo 189.

diferentes denominaciones para referirse a los pueblos indígenas como: "Comunidad Indígena Sawhoyamaxa", "Pueblo Samaraka", "Pueblos Kaliña y Lokono", "Comunidad Indígena Yakye Axa", en función de la autodenominación de dichos colectivos. Por eso, en su opinión consultiva OC-/16 del 26 de febrero del 2016, se refiere a las "Comunidades Indígenas y Tribales".

De lo mencionado, se podría colegir que, la garantía del reconocimiento de la personalidad jurídica no se limita a los pueblos indígenas, sino que alcanza a las comunidades indígenas y tribales, que para el caso peruano serían las comunidades campesinas y nativas. En este entendido, no sería irrazonable interpretar que cada Estado podría implementar mecanismos propios para cumplir con las obligaciones internacionales establecidas en la CADH y en la jurisprudencia de la Corte IDH, tomando en cuenta como equivalentes los términos "comunidades indígenas y tribales", "pueblos indígenas" y "comunidades campesinas y nativas".

Ahora bien, corresponde precisar que el establecimiento de una obligación para un Estado condenado no es óbice para que terceros Estados, como el Perú, también se encuentren vinculados con la ratio decidendi de dicha sentencia[43]; por cuanto, si bien el Estado peruano no ha sido condenado por la Corte IDH, esta, para resolver un caso, ha establecido un estándar o jurisprudencia, con

43 Voto razonado del juez Eduardo Ferrer MacGregor, en la Sentencia de Supervisión de Cumplimiento del Caso Gelman versus Uruguay, del 20 de marzo del 2013, párrafos 43 y 69.

las razones para decidir –ratio decidendi–, que dispone que un Estado deba reconocer la personalidad jurídica de los pueblos indígena, de conformidad con el artículo 3 de la CADH, en la medida en que no es solo un derecho individual sino también colectivo.

En consecuencia, existe, por un lado, la cosa juzgada para el Estado condenado y, por otro lado, la cosa interpretada para los demás Estados que se enfrenten a una situación idéntica al caso resuelto por la Corte IDH. En este supuesto se encuentra el Estado peruano.

Ahora, si bien existe una obligación estatal de tutelar la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, de ello se derivaría el derecho fundamental de obtener un reconocimiento de su personalidad jurídica ante el Estado. Al respecto, consideramos que entre ambos –cosa juzgada y cosa interpretada– hay una relación recíprocamente vinculante, lo que no es óbice para señalar que el derecho fundamental de los pueblos indígenas de demandar su reconocimiento legal es legítimo, en el marco constitucional y legal que el Estado haya establecido, sin afectar los compromisos internacionales que el Estado haya asumido.

En ese sentido, un Estado puede implementar mecanismos propios para cumplir con sus obligaciones internacionales en aplicación de la CADH y de las decisiones de la Corte IDH, siempre que no desnaturalice el derecho a la personalidad jurídica y los derechos consagrados a partir de este reconocimiento. Ello es factible a partir de una ley que desarrolle el mandato del artículo

89 de la Constitución ("Las Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas"), en armonía con el artículo 3 de la CADH ("Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica").

2.2. El reconocimiento de los pueblos indígenas y de su personalidad jurídica, en el marco de la Constitución y del Convenio 169

2.2.1. Marco constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los estándares de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)

La Constitución de 1993 inicialmente no reconoció a los "pueblos indígenas" como una categoría constitucional a la cual se le atribuyan derechos, sino a las comunidades campesinas y nativas, siguiendo lo establecido en la Constitución de 1979 y en la legislación de desarrollo.

Sin embargo, mediante la reforma constitucional del artículo 191 de la Constitución, el año 2015, sí se alude a "pueblos originarios" como un colectivo con derecho a participar en los consejos regionales (cuotas electorales). Este es un dato importante pues,

de acuerdo con el Convenio 169, la condición de pueblo indígena para efectos de la aplicación del referido instrumento describe a las:

> (…) 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, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas[44].

El Convenio 169, entonces, se refiere a los pueblos originarios que habitaban, desde antes del establecimiento del Estado republicano y colonial, lo que hoy es considerado nuestro territorio nacional. En ese sentido y en virtud de lo dispuesto en el artículo 55, y en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución mencionados previamente[45], podría sostenerse que en nuestro bloque constitucional se acoge la categoría de pueblos indígenas.

Ahora bien, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en un inicio no se pronunció de manera especial sobre el derecho al reconocimiento jurídico de las comunidades campesinas y nativas

44 OIT. Convenio 169, artículo 1.

45 Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú (1993), y Código Procesal Constitucional, artículo V. Ver también: Landa Arroyo, César. "Los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", pp. 6-7. En: bit.ly/2URWigb

como pueblos indígenas. Así, por ejemplo, en el caso Cordillera Escalera (expediente N° 03343-2007-PA/TC), tan solo se refiere descriptivamente al hecho de que debiera existir dicho derecho entre las comunidades nativas y el medioambiente. Sobre el caso en cuestión, debido a que en el lote 103, sometido a exploración de las empresas petroleras, existían 64 comunidades nativas de grupos étnicos pertenecientes a las familias Cocama Cocamilla y Chayahuita, según el tribunal, entonces este consideró apropiado no solo el analizar tangencialmente la temática relativa a los derechos asimilables a las comunidades nativas de acuerdo a la Constitución, sino también a la de los pueblos indígenas, en función de las obligaciones internacionales del Estado y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

Pero, ya es en el caso Sawawa Hito 40 (expediente N° 04611-2007-PA/TC) que el Tribunal Constitucional consideró que dentro el Estado social y democrático de derecho, se reconoce no solo a las personas naturales, sino también a las personas jurídicas, en general, como titulares de derechos fundamentales. El tribunal así entendió que, en la medida en que las organizaciones conformadas por personas naturales se constituyen con el objeto de que se realicen y defiendan sus intereses, esto es, actúen en representación y sustitución de las personas naturales, muchos derechos de estas últimas se extienden a las personas jurídicas.

A partir de todo ello, el Tribunal Constitucional ha interpretado que, a efectos del reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, la inscripción en un registro de las comunidades no tiene efectos constitutivos, como en el caso

de las personas jurídicas de derecho privado, sino meramente declarativo. En dicho sentido, ha señalado que:

> La Constitución, de forma excepcional, ha otorgado a las Comunidades Campesinas y Nativas existencia legal y personería jurídica erga omnes de forma directa, sin necesidad de realizar inscripción previa en algún Registro para afirmar su existencia. Ya que se trata de un reconocimiento de similar naturaleza del que se hace al ser humano: Se es persona por el hecho de existir,[46] claro está que el ejercicio de tal reconocimiento necesita de actos administrativos, entre ellos la inscripción en el Registro indicado que tiene y dirige el Estado.
>
> Por consiguiente, la inscripción es un acto administrativo declarativo y no constitutivo en el caso de las Comunidades Campesinas y Nativas a diferencia de lo que ocurre con las personas jurídicas de derecho privado, que existen jurídicamente desde el momento de su inscripción. Por tanto, la Comunidad Nativa no se inhibe por la falta de su inscripción en el Registro[47].

46 Ver también: Programa Especial de Comunidades Nativas de la Adjuntía para los Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo. Informe Defensorial 12. Análisis sobre la existencia legal y personalidad jurídicas de las comunidades nativas. Lima: Defensoría del Pueblo, 1998, pp. 9 y en adelante. En: bit.ly/3bvkNp5

47 Tribunal Constitucional. Sentencia del expediente N° 00906-2009-PA, del 25 de octubre del 2010, fundamento 6.

Sin perjuicio de lo antes señalado, una inscripción en los registros públicos de las comunidades sería útil para acreditar la existencia de la personería, pues si bien la falta de esta no puede desvirtuar su existencia jurídica, dicha inscripción sí es relevante como prueba a efectos de ejercer su capacidad jurídica. Y si la comunidad está inscrita, está obligada a presentar su registro ante las autoridades o terceros, porque este es un medio probatorio que fehacientemente prueba su existencia, no solo fáctica, sino también jurídica. Cabe recalcar en este punto que tampoco es posible que se pueda colocar a la comunidad en una situación de indefensión por temas netamente formales (incumplimiento de acto administrativo de inscripción declarativo), que termine por desconfigurar lo señalado en la Constitución, en concordancia válidamente aceptada con lo dispuesto en el Convenio 169[48].

En otros casos, como el de Tuanama (expediente N° 0022-2009-PI/TC) y el de Tres Islas (expediente N° 1126-2011-HC/TC), el Tribunal Constitucional, a partir de la autonomía de las comunidades, pone el énfasis en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas como base para el reconocimiento de los mismos y de su derecho de propiedad, sin que por ello se pueda entender que se fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar la integridad territorial o la unidad política del Estado.

48 Tribunal Constitucional. Sentencia del expediente N° 04611-2007-PA/TC, del 9 de abril del 2010, fundamentos jurídicos 25-26.

En consecuencia, nuestra Constitución también reconoce a las comunidades campesinas y nativas un derecho de autonomía "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"[49]. Por ello, se podría entender que el reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades se desprende del derecho de libre determinación o autonomía. Ello en la medida en que:

> (…) la capacidad de los pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales[50].

Finalmente, de lo antes expuesto, lo realmente importante, más allá del nomen iuris, es el reconocimiento de los derechos que les corresponden a los pueblos indígenas dentro de nuestro ordenamiento jurídico. De ese modo, dado el uso y desarrollo jurisprudencial interamericano que existe a partir del Convenio 169,

49 Constitución Política del Perú (1993), artículo 89.

50 Tribunal Constitucional. Sentencia del expediente N° 3343-2007-PA, del 19 de febrero del 2009, fundamento 32. Sentencia del expediente N° 1126-2011-PHC, del 11 de setiembre del 2012, fundamento 37.

consideramos adecuado y pertinente el empleo de la expresión "pueblos indígenas" para referirnos a los colectivos de personas que descienden de los pueblos que habitaron nuestro país antes del proceso de colonización español y del establecimiento del Estado como una república independiente.

Ahora bien, en lo que respecta al reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades campesinas y nativas, el artículo 89 de la Constitución establece que estas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Esta es la forma en la que el Estado peruano reconoce a los descendientes de los pueblos indígenas u originarios.

De hecho, el reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios dentro de nuestro ordenamiento a través de comunidades campesinas o nativas como personas jurídicas, no significa que los pueblos indígenas dejan de ser tales o que necesariamente sean reconocidas como comunidad campesina o nativa para ejercer los derechos que les reconocen los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte IDH.

En todo caso, no debe perderse de vista que el reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas puede darse bajo las formas que el Estado contemple, pero eso no niega que, como tales, lo tengan a partir de su existencia.

Como se hizo referencia anteriormente, no sería irrazonable interpretar que cada Estado pueda implementar mecanismos propios para cumplir con las obligaciones internacionales

establecidas en la CADH y en la jurisprudencia de la Corte IDH, utilizando de manera diferenciada los términos pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas, cuando así sea necesario.

En última instancia, si los miembros de una comunidad campesina o nativa deciden constituirse como parte de un pueblo indígena, podrían ejercer los derechos y obligaciones que el régimen constitucional y legal del Estado les reconoce como tales. Para ello, requerirán contar con los criterios objetivos y subjetivos establecidos en el artículo 1 del Convenio 169. Estos requisitos no son de índole procedimental, sino de carácter sustantivo: conciencia de identidad indígena o tribal, y mantenimiento de costumbres, tradiciones e instituciones.

En buena cuenta, el derecho a la autonomía supone un derecho de autoorganización por parte del pueblo indígena –autoorganización conforme a sus propias costumbres (derecho consuetudinario) y tradiciones (identidad cultural) para constituir, regular y modificar sus propias instituciones sociales.

Cabe advertir que este derecho de autonomía no es un derecho absoluto, sino que tiene límites[51]. En dicho sentido, no forma parte del contenido protegido por el derecho en mención, el pretender, al amparo de la autonomía, un reconocimiento político por parte

51 Tribunal Constitucional. Sentencia del expediente N° 1921-2009-PA, del 10 de agosto del 2009, fundamento 9. Sentencia del expediente N° 00019-2011-PI, del 11 de junio del 2013, fundamento 6.

de otros Estados como si de un nuevo Estado se tratara. Las pretensiones separatistas no están amparadas por el derecho de autonomía, pues, como el Tribunal Constitucional ha señalado, autonomía no es autarquía.

De igual manera, no están protegidas por el derecho de autonomía aquellas prácticas o costumbres que resulten lesivas de los derechos fundamentales de la persona (como el aplicar castigos físicos que sean contrarios a la integridad o dignidad de la persona), así como del ordenamiento jurídico en su conjunto, dado que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, si bien se reconoce como autónomo dentro del Estado peruano, no está desvinculado de su marco legal.

Tal reconocimiento por imperio de lo señalado en la Constitución, no significa que para el ejercicio de determinados derechos –como el de propiedad o el de acceso a servidumbres o compensaciones– no se requiera del cumplimiento de ciertos trámites y procedimientos (lo que incluiría la inscripción en algún tipo de registro, como el de Comunidades Campesinas y Nativas que administra la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos –Sunarp–, o del uso de cualquier medio probatorio que respalde su derecho). Entonces, debe diferenciarse claramente entre el reconocimiento del derecho, es decir, de sus facultades, que opera de pleno derecho, y la capacidad para ejercer sus derechos, para lo que sí resultaría necesario, como se ha señalado, cumplir determinados

procedimientos establecidos en la legislación correspondiente[52]. Dicho entendimiento no resulta incompatible con lo expresado por la Corte IDH cuando reconoce como un elemento necesario para el pleno goce de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y con ello de su autonomía, el reconocimiento de su personalidad jurídica. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que "el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas"[53].

Ahora bien, el hecho de que los pueblos indígenas tengan que cumplir con ciertos trámites y procedimientos no quiere decir que de ellos depende el reconocimiento de sus derechos. Estos procedimientos solo se justifican para que el ejercicio de los derechos colectivos se efectúe dentro de los cauces del ordenamiento jurídico.

---

52 La Defensoría del Pueblo señala algo similar cuando afirma, en relación con el reconocimiento de la personalidad jurídica y la inscripción de una comunidad en un registro: "Otra cosa es que, para el ejercicio de sus derechos, las comunidades nativas deban reunir ciertas condiciones para estar inscritas en el registro del Ministerio de Agricultura, tal como lo estipula el Reglamento de la citada Ley de Comunidades Nativas". Ver: Programa Especial de Comunidades Nativas de la Adjuntía para los Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo. Informe Defensorial 12. *Análisis sobre la existencia legal y personalidad jurídicas de las comunidades nativas.* Lima: Defensoría del Pueblo, 1998, p. 6. En: bit.ly/3bvkNp5

53 OEA. Corte IDH. Caso Yakye Axa versus Paraguay, sentencia del 17 de junio del 2005, párrafo 82.

Por ello, el diseño y duración de los mismos deberá respetar el contenido esencial de los derechos colectivos. Asimismo, dichos procedimientos no podrían prolongarse en el tiempo de manera indefinida sin recibir una respuesta o solución por parte del Estado. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que resulta contrario al derecho al plazo razonable que un procedimiento de reivindicación de tierras por parte de un pueblo indígena dure más de doce años sin un pronunciamiento definitivo por parte del Estado[54].

En definitiva, los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica en virtud al derecho de autonomía que se desprende de lo establecido por la propia Constitución en su artículo 89. Asimismo, debe quedar establecido que esta autonomía, que supone plena libertad para autoorganizarse con independencia y conforme a sus costumbres y tradiciones, no implica ni protege pretensiones autárquicas, ni que a través de ella misma se busque desligarse del Estado y de su ordenamiento jurídico, especialmente de los derechos fundamentales reconocidos y garantizados constitucionalmente.

En consecuencia, si el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica tiene por finalidad garantizar el pleno ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, las formalidades que se contemplen para dicha garantía pueden adecuarse o ampliarse en atención a los principios de interpretación constitucional, tales

54 Este fue precisamente uno de los aspectos en controversia en el caso Yakye Axa versus Paraguay.

como el principio de unidad de la Constitución y el principio de concordancia práctica.

El caso del Ministerio de Cultura y la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas es un ejemplo. Dicha base tiene carácter declarativo, no constitutivo, siendo que algunas comunidades campesinas y nativas se registran como parte de un pueblo indígena u originario, y otras no. Incluso, independiente a la forma de organización elegida por estos pueblos indígenas, la base de datos incorpora a aquellos grupos humanos que ejercen sus derechos colectivos como parte de un pueblo indígena.

Como se desprende de lo señalado, no debe concebirse a los ordenamientos internacional y nacional como sistemas excluyentes, sino que debe optarse por una tesis de la integración de los regímenes en nuestro ordenamiento, en vía de complementación, buscando la optimización del reconocimiento y ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas en base a dichos ordenamientos para hacer efectivo el principio pro homine, o de preferencia de los derechos humanos como base para el ejercicio de sus derechos. En buena cuenta, debemos optar por una integración de ambos regímenes antes que una exclusión o jerarquización, para así propiciar su complementación.

Ahora bien, debe señalarse que, como todo derecho fundamental, los derechos colectivos de los pueblos indígenas no son derechos absolutos, sino que pueden ser regulados y legítimamente limitados, siempre que se busque cumplir o realizar otro derecho,

principio o fin constitucionalmente legítimo, y que las limitaciones sean las estrictamente proporcionales y razonables.
De ahí que ninguno de los derechos colectivos de los pueblos indígenas conlleve de modo necesario a la invalidez del ordenamiento constitucional, sino que es tarea de las autoridades nacionales, en virtud del principio de subsidiariedad, el buscar fórmulas de armonización y complementación de los regímenes internacional y nacional en lo que a los derechos de los pueblos indígenas se refiere. Esto también implica buscar reglas de ponderación que permitan, de un lado, lograr el mayor nivel de realización posible de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, así como, de otro lado, asegurar la satisfacción de los legítimos intereses de la nación y del Estado peruano.

Estas fórmulas, en virtud al principio constitucional y democrático, deberán ser estudiadas, analizadas y deliberadas a través del procedimiento parlamentario, para pasar luego a ser revisadas vía control de constitucionalidad y de convencionalidad por las autoridades judiciales internas, de ser el caso, según lo estipulado en el artículo 205 de la Constitución[55] y en el artículo 46 de la CADH por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos[56].

---

55 Constitución Política del Perú (1993), artículo 205. "Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte".

56 OEA. CADH, artículo 46. "1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se

Finalmente, al respecto, el Tribunal Constitucional ha sentenciado que:

> "Para efectos de lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT y en la Ley de Consulta Previa, la identificación y el reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios deben ser realizados por el Estado peruano (…). Esto significa que será el Poder Ejecutivo quien habrá de aplicar lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Consulta Previa, el cual señala que las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en dicho artículo"[57].

En consecuencia, por lo expuesto, es posible afirmar que la figura de las comunidades campesinas y nativas es una forma constitucional del Estado de reconocer la personería jurídica de los pueblos indígenas, con la finalidad de garantizar sus derechos, entre ellos sus derechos territoriales.

En ese sentido, en base al principio de autodeterminación de los pueblos indígenas se puede sostener que la personería jurídica, a través de las comunidades campesinas, no es la única forma

---

requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos (…)".

57 Tribunal Constitucional. Sentencia del expediente N° 0012-2017-PI/TC, del 22 de enero del 2019, fundamentos 50 y 51. Asimismo, expediente N° 004-2018-PI/TC.

en la que se pueden organizar los pueblos indígenas, por lo que sus demás derechos colectivos les son reconocidos por su sola existencia.

Por último, se puede colegir de acuerdo a lo sustentado, de que el Estado peruano cuenta con diversas formas de reconocimiento de los descendientes de los pueblos indígenas u originarios, encontrándose entre ellas lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1360, en virtud del cual se instituye un mecanismo de reconocimiento de pueblos indígenas a través de un Decreto Supremo, el cual no sería constitutivo de derechos sino tan solo declarativo[58].

---

58 Decreto Legislativo N° 1360:
"(…)
2.1 Precísese, en el marco de desarrollo de las funciones exclusivas del Ministerio de Cultura y de su área programática de acción sobre pluralidad étnica y cultural de la Nación, que la identificación y reconocimiento de pueblos indígenas u originarios es desarrollada por el Viceministerio de Interculturalidad, a través de sus órganos técnicos.
(…)
PRIMERA. - Del reconocimiento
Mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministerio de Cultura se declara el reconocimiento de los pueblos identificados como indígenas u originarios en el marco de lo dispuesto en el párrafo 2.1 del artículo 2 de la presente norma.
(…)
TERCERA. - De los pueblos indígenas no reconocidos a través de los mecanismos previstos para la aplicación de la presente normativa
Los pueblos indígenas u originarios no reconocidos a través de los mecanismos previstos para la aplicación de la presente normativa ejercen sus derechos colectivos independientemente de que hayan sido identificados y reconocidos.
La información contenida en la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios del Ministerio de Cultura no excluye la existencia de otros pueblos

Asimismo, se encuentran las comunidades campesinas y nativas, cuyo procedimiento de reconocimiento atribuye personería jurídica como mecanismo para garantizar específicamente el derecho a las tierras y territorios de los pueblos indígenas.

Finalmente, ambas categorías, ya sea comunidades campesinas y nativas, o pueblos indígenas, deben seguir los procedimientos legales establecidos para su reconocimiento como personas jurídicas.

2.2.2. Sobre el reconocimiento de los pueblos indígenas: entre el marco constitucional y el marco legal

Debemos tener presente que el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios no ha sido extraño en nuestro ordenamiento, ya que, mucho antes del Convenio 169 de la OIT, la Constitución de 1920 reconoció a la población peruana originaria como "comunidades indígenas", en su artículo 41[59], y luego la Constitución de 1933 hizo lo propio en su artículo 207, señalando que estas tenían existencia legal y personería jurídica[60].

---

que puedan habitar o ejercer sus derechos colectivos en el territorio nacional. (…)".

59 Constitución Política del Perú (1920), artículo 41. "Los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades de indígenas son imprescriptibles y sólo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca la ley".

60 Constitución Política del Perú (1933), artículo 207. "Las comunidades indígenas tienen existencia legal y personería jurídica".

La Constitución de 1979, por su parte, destinó el capítulo VIII del título III, Del Régimen Económico, donde reconoció a las comunidades campesinas y a las comunidades nativas con derechos colectivos sobre sus tierras básicamente (artículos 161, 162 y 163)[61].

Ciertamente, el Decreto Ley N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de la Selva y Ceja de Selva, emitida el 10 de mayo de 1978, y vigente hasta hoy, ha señalado en su artículo 7 que: "El Estado reconoce la existencia legal y la personalidad jurídica de las comunidades nativas". Por su parte, la Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, emitida el 14 de abril de 1987, y vigente hasta hoy, tiene establecido en su artículo 2 que: "Las comunidades campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica (…)".

61 Constitución Política del Perú (1979). Artículo 161. "La Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y personería jurídica. Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece. El Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes.
Artículo 162. El Estado promueve el desarrollo integral de las Comunidades Campesinas y Nativas. Fomentan las empresas comunales y cooperativas.
Artículo 163. 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 de 1993 hereda tales denominaciones y las incorpora en su capítulo VI, Del Régimen Agrario y de las Comunidades Campesinas y Nativas, el artículo 89, Comunidades Campesinas y Nativas, donde se establece expresamente que: "Las Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas".

Posteriormente, el desfase entre una categoría y otra se expresó en la Ley N° 26505, Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas, emitida el 18 de julio de 1995, bajo el gobierno de Alberto Fujimori.

En el 2005, durante el gobierno de Alejandro Toledo, se incorpora como reforma constitucional la Ley N° 28607 que reconoció cuotas de representación para "comunidades nativas y pueblos originarios en los Consejos Regionales" (artículo 191). Consecuentemente, el 18 de mayo del 2006 se emite la Ley N° 28736 para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial.

Al respecto, resulta relevante resaltar un cambio del sistema jurídico en el Estado peruano en relación al reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios a partir de unos dramáticos sucesos.

En el año 2008, durante el gobierno de Alan García, se generó el grave conflicto con la población amazónica de Bagua, donde perdieron la vida más de 30 policías e indígenas por causa de la emisión del Decreto Legislativo N° 1015, "Ley que unifica los

procedimientos de las comunidades campesinas y nativas de la sierra y selva con las de la costa, para mejorar la producción y competitividad agropecuaria", el cual fuese finalmente derogado. A consecuencia de tales sucesos, en el año 2011, durante el gobierno de Ollanta Humala, se aprueba la Ley N° 29875, Ley del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la OIT.

A raíz de esta última norma legal, el Estado peruano armoniza en adelante las disposiciones constitucionales referidas a comunidades campesinas y nativas con la categoría de "pueblo indígena", introducida por el derecho internacional. Luego, esto fue reconocido institucionalmente con la creación de la Dirección General de los Derechos de los Pueblos Indígenas del Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura, mediante el Decreto Supremo N° 005-203-MC.

Ante la doble denominación jurídica de los pueblos originarios como comunidades campesinas y nativas, y como pueblos indígenas, el artículo 7 de la mencionada Ley N° 29785, ha establecido que:

> "(…) Las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en el presente artículo. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas u originarios no alteran su naturaleza ni sus derechos colectivos".

Asimismo, debe tomarse en cuenta que el Poder Ejecutivo expidió el 21 de julio del 2018 el Decreto Legislativo N° 1360, precisando que es una función exclusiva del Ministerio de Cultura el reconocimiento e identificación de los pueblos indígenas, el cual se distingue del otorgamiento de la personería jurídica a las comunidades campesinas y nativas pertenecientes a pueblos indígenas, competencia de los Gobiernos Regionales.

De este modo, dicho procedimiento se constituye como un mecanismo interno para reconocer a los pueblos indígenas u originarios en nuestro ordenamiento, de acuerdo a las normas establecidas, lo que en modo alguno condiciona el ejercicio de sus derechos. Asimismo, tampoco impide que las comunidades campesinas y nativas puedan ser identificadas como parte de pueblos indígenas u originarios, claro está, acreditando los criterios objetivos y subjetivos establecidos en el artículo 1 del Convenio 169[62].

Debe tomarse en cuenta que, a nivel del derecho interno, el régimen registral de las personas jurídicas y el sistema registral de la propiedad, entre otros, que aplican los funcionarios públicos, se encuentran sujetos al principio de legalidad en sentido estricto.

62 Decreto Legislativo N° 1360. Este precisa como funciones exclusivas del Ministerio de Cultura:
"(…)
Artículo 2.- Precisión de funciones exclusivas

Esto significa que, si no hay una previsión legal específica, dichos funcionarios no cuentan con un procedimiento definido para reconocer administrativamente la existencia legal de los pueblos indígenas en términos formales, sino únicamente en las formas previstas en la ley como comunidades campesinas y comunidades nativas; lo que tiene como consecuencia que la titulación de sus tierras ancestrales se realice a través de la denominación de "comunidades reconocidas legalmente por el Estado" y no de "pueblos indígenas".

Ahora bien, debe precisarse que dicha competencia de reconocimiento formal se encuentra constitucional y legalmente atribuida al gobierno nacional y no a los gobiernos regionales. En efecto, recientemente el Tribunal Constitucional ha emitido dos sentencias publicadas el día 5 de setiembre del 2019[63] que declaran la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional N° 010-

(…)

2.2 Asimismo, precísese que en el marco de los procedimientos administrativos de reconocimiento de comunidades campesinas y comunidades nativas por parte de los gobiernos regionales, de corresponder, el Ministerio de Cultura emitirá los lineamientos que coadyuven al reconocimiento de comunidades pertenecientes a pueblos indígenas u originarios".

63 Sentencia recaída en el expediente N° 012-2017-PI/TC y en el expediente N° 004-2018-PI/TC.

2016-GR.CAJ-CR[64] y de la Ordenanza Regional N° 014-2017-GRL que así lo ratifican, tal como veremos a continuación[65].

---

64 Gobierno Regional de Cajamarca. Ordenanza Regional N° 010-2016-GR.CAJ-CR. Esta establece que:

"(…)

Primero: RECONOCER que en la Región Cajamarca habitan pueblos originarios e indígenas, que preexisten a la formación del Estado, que utilizan denominaciones como: "pueblos indígenas", "pueblos originarios", "comunidades campesinas", "comunidades nativas", "rondas campesinas", "pueblos ancestrales", etc. Ello, por cumplir los criterios establecidos en el artículo 1° del Convenio 169 de la OIT.

Segundo: RECONOCER la personalidad jurídica de aquellos "pueblos originarios" o "pueblos indígenas" que en ejercicio de su libre determinación, quieren ser reconocidos como tales y que por diversas razones, han sido reconocidos de manera fragmentada en "comunidades" o bajo otras categorías jurídicas, que no responden a su carácter originario.

Tercero: AFIRMAR que el reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas o pueblos originarios, tiene una naturaleza similar a la de "Ser Humano". De esta forma, como indica el Tribunal Constitucional, se es persona por el hecho de existir, siendo este reconocimiento un acto declarativo y no constitutivo.

(…)".

65 Gobierno Regional de Loreto. Ordenanza Regional N° 014-2017-GRL. Esta establece que:

"(…)

Artículo Primero.- RECONOCER que en la Región Loreto habitan pueblos originarios e indígenas, que utilizan denominaciones como: "pueblos indígenas", "pueblos originarios", "comunidades campesinas", "comunidades nativas", "rondas campesinas", "pueblos ancestrales", entre otros, cumpliendo los criterios establecidos en el artículo 1° del Convenio N 169 de la OIT.

Artículo Segundo.- RECONOCER la personalidad jurídica de aquellos "pueblos originarios" o "pueblos indígenas" que en ejercicio de su libre determinación, quieren ser reconocidos como tales.

Artículo Tercero.- DETERMINAR que dicha personalidad jurídica de los pueblos indígenas o pueblos originarios, resulta ser similar a la naturaleza de "Ser Humano". Es decir, como indica el Tribunal Constitucional, se es persona

Ambas ordenanzas, una de la región Cajamarca y otra de la región Loreto, tenían por propósito, respectivamente: (i) reconocer la existencia de pueblos indígenas y originarios, ya sea bajo la denominación de comunidad nativa, campesina, ronda campesina, etc.; y (ii) reconocer la personalidad jurídica de los pueblos como tales. Estas disposiciones, a juicio del Poder Ejecutivo, violaba sus competencias, motivo por el cual planteó sendas demandas de conflictos de competencia contra dichas ordenanzas.

Al respecto, en ambas sentencias el Tribunal Constitucional considera que dichas ordenanzas regionales han afectado las competencias del Poder Ejecutivo, parte demandante, en materia de reconocimiento a identificación de pueblos indígenas. De acuerdo al bloque de constitucionalidad, no existiría norma expresa que otorgue a los gobiernos regionales una competencia en dicha materia.

---

por el hecho de existir, siendo este reconocimiento un acto declarativo y no constitutivo.

(…)".

Foto: Jayme Sullca Yauri

Cap. 3

Propiedad, territorio y uso de recursos naturales

A pesar de que la actual institución de la propiedad no es propia de la cosmovisión de los pueblos indígenas, es una figura jurídica que viene siendo utilizada para implementar las reivindicaciones de estos pueblos sobre sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, en el marco de los ordenamientos jurídicos de la región.

En un inicio, la tierra establecía derechos en dos sentidos. En primer lugar, en relación con la comunidad o pueblo que la ocupaba, estableciéndose reglas de propiedad del suelo comunitarias y de posesión privadas. Así, en los orígenes de los asentamientos humanos: "[T]oda ocupación de tierra crea siempre, en el sentido interno, una especie de propiedad suprema de la comunidad en su totalidad, aun cuando en la distribución posterior no se mantenga la propiedad puramente comunitaria […]"[66]. En segundo lugar, y en un sentido externo, una comunidad ocupa una tierra frente a otros pueblos, estableciendo un acto jurídico constitutivo de su identidad cultural. Es por eso que es importante delimitar, a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH y del Tribunal Constitucional, las características fundamentales de la propiedad para los pueblos indígenas u originarios.

66 Schmitt, Carl. El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del «Jus Publicum Europaeum». Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 5.

3.1. Derecho de propiedad: de un enfoque individual a uno colectivo

El derecho de propiedad privada tiene su consagración jurídica y política con las revoluciones burguesas de los Estados Unidos (1774) y Francia (1789), en las cuales se debatió en torno a la propiedad. En dichos debates, se encontraban desde posiciones liberales de la propiedad individualistas (fisiócratas), los que postulaban desaparecer la propiedad (Babeuf), hasta los que buscaban igualar los derechos de propiedad entre todos (Jefferson). Así, para Rousseau:

> El primero que, habiendo cercado un terreno, descubrió la manera de decir: Esto me pertenece, y hallo gentes sencillas para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil. ¡Qué de crímenes, de guerras, de asesinatos, de miserias y de horrores no hubiese ahorrado al género humano el que, arrancando las estacas o llenando la zanja, hubiese gritado a sus semejantes! ¡Guardaos de escuchar a este impostor! ¡Estáis perdidos si olvidáis que los frutos son de todos y que la tierra no es de nadie![67].

67 Rousseau, Juan Jacobo. "¿Cuál es el origen de la desigualdad entre los hombres? ¿Está ella autorizada por la ley natural?". En: Obras escogidas. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1973, p. 535.

Finalmente, el modelo constitucional del derecho de propiedad establecido fue el liberal. Así, durante la República, las constituciones peruanas del siglo XIX (1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856 y 1860) consagraron que: la propiedad individual es inviolable, el Estado la garantiza; pero, si el interés público lo exigiera, el afectado será indemnizado al privársele de ella; desconociendo la existencia del carácter colectivo de la propiedad indígena. Solo a partir de la Constitución de 1920 se establece que: "Los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades de indígenas son imprescriptibles y sólo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca" (artículo 41). Esto fue así sobre la base de disponer que:

> El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan" (artículo 58).

Por su parte, la Constitución de 1933 estableció en su título XIX, Comunidades Indígenas, lo siguiente: "El Estado garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades. La ley organizará el catastro correspondiente" (artículo 208). Además: "La propiedad de las comunidades es imprescriptible e inenajenable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es, asimismo, inembargable" (artículo 209). Y:

> El Estado procurará de preferencia adjudicar tierras a las comunidades de indígenas que no las tengan en cantidad

> suficiente para las necesidades de su población, y podrá expropiar, con tal propósito, las tierras de propiedad privada conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 29 (artículo 211).

No obstante, las constituciones de 1920 y 1933 fueron meramente nominales, es decir, no se llevaron a la práctica varios de sus artículos. Es a partir del siglo XX, sin duda, que la cuestión indígena entró tanto en el debate político como en la agenda pública del ordenamiento jurídico, vinculada directamente al problema de la tierra y su propiedad colectiva por parte de las comunidades indígenas. En ese sentido:

> José Carlos Mariátegui pensó que en el Perú era posible fundar un proyecto socialista considerando que la historia peruana había seguido un camino distinto de la evolución europea (…). Por eso resultaba clave para Mariátegui demostrar que en la sociedad incaica se había dado un caso peculiar de aparición del Estado, sin propiedad privada y con la persistencia de rasgos colectivistas. El llamado comunismo primitivo, en la versión del Manifiesto Comunista, se reproducía a través de lo que él llamaba el comunismo agrario inca (…) que persistía hasta la actualidad en las comunidades campesinas, donde se podía encontrar, en estado práctico, el equivalente del socialismo de nuestros días a través de la apropiación colectiva de pastos, tierras y del trabajo de los campesinos[68].

68 Flores Galindo, Alberto. "Para situar a Mariátegui". *Pensamiento político*

La reforma agraria que llevó adelante el gobierno del general Velasco Alvarado a partir de 1969, sobre la base del principio: "la tierra debe ser para quien la trabaja"[69], se consagró en la Constitución de 1979 con el siguiente articulado:

> La reforma agraria es el instrumento de transformación de la estructura rural y de promoción integral del hombre del campo. Se dirige hacia un sistema justo de propiedad tenencia y trabajo de la tierra, para el desarrollo económico y social de la Nación.

Con ese fin, el Estado:

> Prohíbe el latifundio y, gradualmente, elimina el minifundio mediante planes de concentración parcelaria. Difunde, consolida y protege la pequeña y mediana propiedad rural privada. La ley fija sus límites según las peculiaridades de cada zona. Apoya el desarrollo de empresas cooperativas y otras formas asociativas, libremente, constituidas, para la producción, transformación, comercio y distribución de productos agrarios. Dicta las normas especiales que, cuidando el equilibrio ecológico, requiere la Amazonia para el desarrollo de su potencial agrario. El Estado

---

peruano. Lima: desco, Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, 1987, p. 205.

69 Velasco Alvarado, Juan. *Mensaje a la Nación con motivo de la promulgación de la Ley de la Reforma Agraria*. Ver en: bit.ly/2w2mpX5

> puede otorgar tierras de esta región en propiedad o concesión a personas naturales o jurídicas, de acuerdo a ley (artículo 159).

Asimismo, en el capítulo VII de la Constitución de 1979, por vez primera se reconoce a nivel constitucional, junto a las comunidades campesinas a las comunidades nativas de la Amazonía, disponiendo que:

> 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 (artículo 163).

Finalmente, la vigente Constitución de 1993, con una vocación neoliberal, ha dispuesto en materia de propiedad rural e indígena que:

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

Y, en particular 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 (…]) (artículo. 89).

Es de esta manera que, actualmente, el reconocimiento de la propiedad comunal de la tierra de las comunidades indígenas está consagrado constitucionalmente[70], pero bajo un modelo que promueve la libre disposición de sus tierras, que en la práctica no se ha materializado debido a que las tierras ancestrales indígenas tienen un carácter comunal, sujeta a su derecho consuetudinario, que es un derecho de propiedad colectivo sobre la tierra y el territorio que es la base para su existencia e identidad cultural. Derecho que, sin embargo, como cualquier otro, no es un derecho absoluto, sino que, como otros bienes constitucionales, tiene como límite a los derechos fundamentales, tal como se dispone el artículo 149 de la Constitución de 1993.

Como se señaló previamente, a partir de este período marcado por la Constitución de 1993, es necesario resaltar la ratificación del Convenio 169 de la OIT, vigente en el ordenamiento peruano desde

70 Peña Jumpa, Antonio. "Las Comunidades Campesinas y nativas en la Constitución Política del Perú: Un Análisis Exegético del Artículo 89° de la Constitución". *Derecho & Sociedad*, n.° 40. Lima: Facultad de Derecho de la PUCP, 2013. pp. 195-206. En: bit.ly/2SmtQ4o

febrero de 1995, el mismo que ha permitido también desarrollar una jurisprudencia interamericana al reinterpretar el derecho de propiedad a favor de los pueblos indígenas de la región.

En efecto, el derecho de propiedad está reconocido en el artículo 21 de la CADH desde una óptica liberal-individual, en los términos siguientes:

> Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada
> 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
> 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
> 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

A pesar de ello, la Corte IDH ha reconocido que la CADH también protege el derecho a la propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas. Al respecto, la corte señaló que:

> [E]s menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. 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[71].

Así pues, se observa que la comprensión del derecho de propiedad ha ido evolucionando de manera progresiva, desde una perspectiva individualista hacia una comunitaria, a fin de incorporar una realidad no prevista por los autores de la CADH: los derechos colectivos de los pueblos indígenas. De igual manera, para optimizar el derecho, se amplía de manera paulatina su ámbito de protección, otorgando efectos jurídicos a la posesión tradicional sobre las tierras de las comunidades.

A partir de dicho estándar, la Corte IDH ha señalado que el derecho de propiedad comunal o colectiva de los pueblos indígenas tiene una serie de características que la alejan de su comprensión civil clásica, circunscrita a bienes tangibles o físicos susceptibles de valoración económica. Debe pues tenerse una comprensión amplia del derecho de propiedad, de modo tal que su ámbito de protección trascienda el simple derecho real sobre bienes muebles o inmuebles, como en el derecho civil, y vaya hacia un ámbito propio del derecho constitucional de la propiedad más amplio, que comprenda el patrimonio, entendido este último de modo que integre bienes tangibles e intangibles, materiales y espirituales[72].

71 OEA. Corte IDH. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua, sentencia del 31 de agosto del 2001, párrafo 149.

72 OEA. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku versus Ecuador,

En este sentido, la Corte IDH ha indicado que el concepto de "bienes" utilizado en el artículo 21 de la CADH incorpora "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 incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor"[73]. Pero se ha reconocido asimismo que la estrecha vinculación que tienen los pueblos y comunidades con el territorio excede lo puramente económico, en virtud de que involucra tradiciones y costumbres ancestrales que se ejercen en dichos territorios y reflejan un nexo de identidad entre una comunidad y su tierra.

Por otra parte, resulta pertinente señalar que el derecho de propiedad colectiva recae sobre las tierras que los pueblos indígenas ocupan de manera ancestral, por lo que frente a ello se instauran las obligaciones del Estado de reconocerlos, delimitarlos y titularlos, estableciendo para ello normas y procedimientos adecuados que deberán respetar el derecho al plazo razonable[74]. Ello en el marco de la obligación de adoptar medidas para lograr

---

sentencia del 27 de junio del 2012. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua, sentencia del 31 de agosto del 2001.

73 OEA. Corte IDH. Caso Yakye Axa versus Paraguay, sentencia del 17 de junio del 2005, párrafo 137. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa versus Paraguay, sentencia del 29 de marzo del 2006, párrafo 121.

74 OEA. Corte IDH. Caso Yakye Axa versus Paraguay, sentencia del 17 de junio del 2005. Caso Pueblo Saramaka versus Surinam, sentencia del 28 de noviembre del 2007.

la efectividad de los derechos reconocidos por la CADH en su artículo 2.

En buena cuenta, es importante resaltar que el derecho que los pueblos indígenas tienen sobre sus territorios es a título de propiedad colectiva. La conexión de los pueblos con sus tierras y el hecho de que ello determina su propia identidad conllevan a considerar al derecho de propiedad colectiva como un derecho complejo, cuya titularidad se ejerce colectivamente[75].

3.2. Tierra, territorio y recursos naturales: vínculo y alcances

La tierra no solo es la "madre del derecho" de un pueblo indígena, sino que desde sus orígenes ha sido concebida como un espacio que adquiere una dimensión política, en el sentido de que se constituye como el lugar de ordenación territorial y social de sus miembros, así como de ejercicio del poder de sus legítimas autoridades. Esta unidad no distingue entre el ser y el deber ser, sino que es la expresión de una ordenación material y espiritual concreta76, consagrada en la Constitución.

---

75 OEA. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros versus Brasil, sentencia del 5 de febrero del 2018, párrafo 138.

76 SCHMITT, Carl. *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del «Jus*

En ese entendido, a las comunidades campesinas y nativas se les "garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquier otra forma asociativa" (artículo 88 de la Constitución). Asimismo, en particular, se les reconoce que: "Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras (…). La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono (…)". Por eso, para las comunidades. "el territorio es un ámbito de dominación específicamente soberano"[77], pero siempre en el marco constitucional vigente.

A ello ha contribuido el establecimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en virtud del cual se viene replanteando su relación con el Estado, sobre todo en lo relativo a la identificación, reconocimiento legal, usos y control de sus territorios. Por ello, se ha señalado que:

> La proclamación del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas (…), sumada a la importancia que se da al territorio como derecho humano fundamental, ofrece a los pueblos indígenas toda una serie de posibilidades de autodefinición de la territorialidad (el cuánto, el cómo y el por

Publicum Europaeum». Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 55.

77 ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoría general del Estado.* México D.F.: Editorial Porrúa, 1989, p. 82.

qué del territorio) y de la titularidad (quién es el titular o titulares del derecho territorial y como se van a distribuir derechos y usos entre los grandes colectivos, las comunidades y las familias) tareas que hasta ahora habían venido asumiendo los Estados reflejando pocas veces, en los territorios reconocidos, el tipo particular de relación de cada pueblo indígena con su territorio[78].

En función al derecho a la libre determinación, se establece la condición política autónoma de un pueblo indígena y de las condiciones de su desarrollo económico social y cultural. Este derecho, aun así, no es ajeno al Estado constitucional que lo alberga, por cuanto el Estado cuenta con tres elementos esenciales que lo vinculan al goce y ejercicio del derecho a libre determinación: pueblo, poder y territorio. Este último, según el artículo 54 de la Constitución, con características únicas: "El territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo que los cubre (…)".

Cabe recalcar que el ius imperium del Estado sobre el territorio tiene un carácter de derecho público y abarca a las riquezas y recursos naturales que se hallan en su territorio. Así, según el artículo 65 de la Constitución:

78 GARCÍA HIERRO, Pedro y SURRALLÉS, Alexandre. *Antropología de un derecho. Libre determinación de los pueblos indígenas como derecho humano.* Copenhague: Grupo de Trabajo Internacional para Asuntos Indígenas (Iwgia) - Alternativa solidaria, 2009. Ver en: bit.ly/2OPAr51

> Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

De ello se puede colegir que, si bien la relación jurídica que vincula a los pueblos indígenas con sus territorios no es de derecho público, tampoco es de derecho privado, sino que es propio de un derecho consuetudinario de naturaleza social. Esta particularidad se basa en que el dominio que se tienen sobre la tierra es solidario, motivo por el cual la Constitución garantiza la imprescriptibilidad sobre sus tierras y les otorga autonomía en su uso –colectivo e individual–, aunque el uso del mismo, prima facie, no comprendería los recursos naturales que se hallen en sus territorios, dado que son patrimonio de la nación, según el artículo 66 de la Constitución[79].

Ahora bien, es importante diferenciar entre "tierra" y "territorio". El primer concepto, tierra, se refiere al espacio físico que de modo directo ocupan los pueblos, es decir, es el espacio sobre el cual ejercen posesión efectiva –en buena cuenta, el lugar donde se ubican físicamente. En cambio, la categoría de territorio comprende dicho ámbito, pero lo desborda en tanto incluye también aquel espacio en el que un pueblo obtiene los recursos naturales necesarios para su subsistencia y desarrollo, aquel en el

79 "Artículo 66.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por

que desarrolla sus tradiciones y costumbres, y que, por ende, se constituye como seña de su identidad[80].

En el mismo espíritu, nuestro Tribunal Constitucional ha indicado que:

> [S]i bien la Constitución hace referencia a la protección de las tierras de las comunidades campesinas y nativas [artículo 88° y 89° de la Constitución], sin recoger el concepto de "territorio" de forma expresa, el Convenio 169 establece en su artículo 13° que la utilización del término "tierras" debe incluir el concepto de "territorios". 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[81].

---

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

80 OEA. Corte IDH. Caso Pueblo Saramaka versus Surinam, sentencia del 28 de noviembre del 2007, párrafo 120.

81 Tribunal Constitucional. Sentencia del expediente N° 1126-2011-PHC, caso

El tribunal reconoce así cierto ámbito de autonomía política aparejada al concepto de territorio, y agrega que:

> [E]l 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 3° y 4° 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. 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 46° 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[82].

Tres Islas, fundamento 22.

82 Tribunal Constitucional. Sentencia del expediente N° 1126-2011-PHC,

Así, mientras que la propiedad sobre la tierra crea derechos civiles, el territorio supone autogobierno y autonomía. Esta dimensión política del territorio está vinculada con los derechos de autonomía y autogobierno, pero no de forma autárquica, sino articulada con otros mandatos constitucionales, pues la autonomía comunal, para que sea constitucionalmente legítima, debe ejercerse conforme al bloque de constitucionalidad, lo que no se reduce solo a la Constitución, sino también a los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Perú.

En efecto, en el marco del sistema universal de protección de los derechos humanos, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagran, en relación con el derecho a la libre determinación de los pueblos, el derecho que estos tienen a:

> (…) disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia[83].

fundamento 23.

83 Organización de las Naciones Unidas (ONU). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado el 16 de diciembre de 1966, artículo 1.

Sobre el derecho de los pueblos a disponer de sus recursos naturales, el Comité de Derechos Humanos (CDH), en su Observación General 12, ha señalado que:

> [E]ste derecho entraña obligaciones correspondientes de todos los Estados y de la comunidad internacional. Los Estados deberían indicar cualesquiera factores o dificultades que impidan la libre disposición de sus riquezas y recursos naturales contrariamente a lo dispuesto en este párrafo y en qué medida ello afecta al disfrute de los demás derechos enunciados en el Pacto[84].

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 27, reconoce el derecho de las minorías –entre ellos los pueblos indígenas– "a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma". Sobre dicha disposición, el CDH, en su Observación General 23, ha señalado que:

> El disfrute de los derechos a los que se refiere el artículo 27 no menoscaba la soberanía y la integridad territorial de un Estado Parte. No obstante, en algunos de sus aspectos los derechos de las personas amparadas en virtud de ese artículo –por ejemplo, el disfrute de una determinada cultura– pueden guardar relación con modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso

84 ONU. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH). Observación General 12, Derecho a la libre determinación, numeral 5, adoptada en 1984.

de sus recursos. Esto podría ser particularmente cierto en el caso de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría[85].

De la lectura conjunta de las fuentes anotadas, se advierte que la identidad cultural de los pueblos indígenas yace en sus modos de vida y en el uso y disfrute de los recursos naturales que existen dentro de sus territorios, y respecto de lo que se reconoce su relación con el desarrollo de sus actividades tradicionales, tales como la pesca o la caza.

En dicho sentido, el CDH, en el marco de una petición en la que un grupo indígena de Canadá cuestionaba la actuación del Estado porque había otorgado concesiones para explotar petróleo y gas en sus territorios –actividades que finalmente tenían impacto en uso y goce de los recursos que tradicionalmente utilizaban (madera y animales para pesca y caza)–, señaló que "reconoce que los derechos protegidos por el artículo 27 incluyen el derecho de las personas a emprender, en forma mancomunada, actividades económicas y sociales que forman parte de la cultura de la comunidad a la que pertenecen"[86].

85 ONU. CDH. Observación General 23, Derecho a las minorías, adoptada en 1994.

86 ONU. CDH. Comunicación 167/1984 sobre el caso Bernard Ominayak y miembros de la Agrupación Lago Lubicon versus Canadá, párrafo 32.2.

En línea con lo desarrollado en el marco constitucional y del sistema universal, la Corte IDH ha señalado que las comunidades tienen derecho a aquellos recursos naturales necesarios para su subsistencia y para el desarrollo y la continuidad de sus modos de vida, tradiciones, costumbres y cultura[87]. Por lo tanto, se legitima no el derecho a todos los recursos naturales que existan en su territorio, sino el derecho al goce y uso sobre aquellos que tradicionalmente son utilizados en sus actividades cotidianas y que están íntimamente vinculados al ejercicio de sus costumbres y tradiciones.

En esa medida, debería concebirse el derecho a la subsistencia y al desarrollo para comprender un contenido mínimo relacionado con la supervivencia del pueblo como tal, es decir, que el uso de los recursos naturales que existen en su territorio estén vinculados con sus usos tradicionales, asociados estos directamente con el desarrollo de su vida material, cultural y espiritual, en forma individual y colectiva, y que incluya la protección de sus conocimientos tradicionales y de sus prácticas espirituales (conexión con el territorio), siempre que el uso de los mismos esté conectado a la reproducción y mantenimiento de su modo de vida.

Así, enunciativamente, se debería entender el derecho a la subsistencia como el derecho al acceso de recursos tales como vegetales y animales, que se usan en la caza y recolección para

87 OEA. Corte IDH. Caso Yakye Axa versus Paraguay, sentencia del 17 de junio del 2005, párrafo 167-168.

suministrarse alimentos, así como a lo utilizado y obtenido de la pesca. También comprendería el acceso a recursos forestales como madera para la leña y para la construcción de sus viviendas y locales comunales. Asimismo, podría incluir el acceso a recursos naturales que pueden emplearse en actividades de desarrollo como turismo ecológico o recreativo. En todo caso, correspondería al Estado, a través de una ley del Congreso, previa consulta, regular su ejercicio efectivo, dado que en materia de derechos humanos existe una reserva de ley a su favor.

Al respecto, la Corte IDH, en el caso Saramaka contra Surinam, ha reconocido la conexión entre los recursos naturales y la subsistencia de los pueblos indígenas al señalar que:

> [L]a subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales, y por lo tanto de sus integrantes, depende del acceso y el uso a los recursos naturales de su territorio que están relacionados con su cultura y que se encuentran allí y que el artículo 21 protege el derecho a dichos recursos naturales.
>
> Sin embargo, el alcance de dicho derecho requiere de una mayor elaboración, especialmente en cuanto a la relación intrínseca entre la tierra y los recursos naturales que allí se encuentran, así como entre el territorio (entendido como comprendiendo tanto la tierra como los recursos naturales) y la supervivencia económica,

social y cultural de los pueblos indígenas y tribales, y por ende de sus miembros[88].

En efecto, de conformidad con la jurisprudencia establecida de la Corte IDH en los casos Yakye Axa y Sawhoyamaxa, los miembros de los pueblos indígenas gozan del derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio.

Por esta misma razón, tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos, porque sin ellos la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo.

Esta es la razón, asevera la Corte IDH, por la cual es necesario proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas: para prevenir su extinción como pueblo. Es decir, el objetivo y el fin de dicho reconocimiento es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas, serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.

Entonces, debido a la conexión intrínseca que los miembros de los pueblos indígenas tienen con su territorio, es necesaria la

88 OEA. Corte IDH. Caso Pueblo Saramaka versus Surinam, sentencia del 28 de noviembre del 2007, párrafo 120.

protección del derecho a la propiedad sobre este, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, para garantizar su supervivencia. Por ello, la Corte IDH ha señalado que:

> De este modo, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad. De este análisis, se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo[89].

89 OEA. Corte IDH. Caso Pueblo Saramaka versus Surinam, sentencia del 28 de noviembre del 2007, párrafo 122.

Por ende, los pueblos indígenas tienen el derecho a gozar y usar los recursos naturales que existen en sus territorios y a que el Estado les garantice su seguridad y la permanencia del control sobre el uso de esos recursos, que hayan sido y sean esenciales para su existencia y desarrollo. No obstante, ello no implica necesariamente un derecho de propiedad sobre los recursos naturales. Dichos atributos no constituyen derecho de propiedad, menos aún absoluto. Más bien, están vinculados con aquellos recursos y espacios que son necesarios para su propia subsistencia, desarrollo y continuidad como tales, así como de su estilo de vida.

Este es el caso de los bosques amazónicos o las tierras comunales andinas que, al formar parte de los territorios de los pueblos indígenas, por su gran extensión no son espacios de asentamiento permanente de sus poblaciones, pero sí cotos de caza, pesca, pastoreo o rituales ancestrales; lo mismo que en el caso de los bosques que, al constituir espacios de recursos naturales forestales, son patrimonio de la nación, pero no por ello las comunidades están excluidas de considerar a los bosques como parte de su hábitat.

Es por estas razones que el Estado le cede en uso a las comunidades aquel territorio que corresponda a tierras con aptitud forestal, rigiéndose dicha utilización por la legislación sobre la materia (artículo 11, Ley N° 22175). Esto no ha privado al Estado de entregar también lotes de bosques en concesión a empresas privadas y a particulares que, en muchos casos, los deforestan, obteniendo inclusive de los gobiernos regionales el cambio de la calificación jurídica de los bosques a tierras de uso agrícola, dejando

entonces de considerarse como tierras de explotación de recursos naturales, reemplazándolas por monocultivos agroindustriales, reduciéndose así los espacios vitales de los pueblos amazónicos y desprotegiendo el patrimonio de la nación. Este proceso de deforestación también se acelera con la tala o minería ilegal o informal, sin perjuicio de los megaproyectos de infraestructura vial, energética y comunicacional[90].

Estas prácticas no son infrecuentes en los espacios amazónicos y andinos, generando:

> (…) agravamiento en el acaparamiento y tráfico de tierras para la instalación de proyectos agroindustriales; la invasión y usurpación de tierras y territorios indígenas, así como de áreas naturales protegidas; la expansión demográfica, ocupación y urbanización no planificada; y una mayor incidencia de los cultivos ilícitos y actividades asociadas al narcotráfico, entre otras[91].

En todo caso, se requiere de la actuación del Estado para que, mediante una ley del Congreso, se eleven los mecanismos de protección de los recursos naturales a través de la garantía del

90 Huamán, Daniel y Pautrat, Lucila. Bosques. Una mirada a la naturaleza y a la razón en la Amazonía peruana. Lima: Kené - Instituto de Estudios Forestales y Ambientales, 2018, p. 217.

91 Huamán, Daniel y Pautrat, Lucila. Bosques. Una mirada a la naturaleza y a la razón en la Amazonía peruana. Lima: Kené - Instituto de Estudios Forestales y Ambientales, 2018, p. 217.

derecho al acceso y uso de los recursos naturales de los pueblos indígenas.

Tal regulación podría establecer los derechos que tienen los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales, tales como, por ejemplo, la protección del medioambiente, la protección de especies de flora y fauna en peligro de extinción, o el desarrollo sostenible que ordena la explotación racional de los recursos naturales, tanto por parte de los propios pueblos indígenas como del Estado o entidades privadas.

Pero, partiendo de considerar que las poblaciones indígenas no poseen títulos de propiedad ni documentos que acrediten legalmente la posesión de los bosques e, incluso, tierras comunales, en el marco del Estado de derecho las propiedades que no estén registradas a nombre de particulares son consideradas para el derecho civil como res nullius, es decir, pertenecen residualmente al Estado[92]. Por ello, pese a que la propiedad privada es inviolable y el Estado la garantiza:

> [T]ambién el sujeto privado puede limitarse, indudablemente, mediante un interés público en su propiedad privada, porque económicamente más bien tiene el carácter de usufructuario que

92 Gonzales Barrón, Gunther. "Sobre la renuncia a la propiedad". En: bit.ly/37rGnaW

> el de propietario; piénsese, por ejemplo, en las limitaciones del propietario de los montes y de minas[93].

Y si bien jurídicamente el derecho nacional ha previsto estas reglas para los concesionarios particulares, la Corte IDH ha asimilado la protección de las tierras y territorios de los pueblos indígenas a la de la propiedad privada (artículo 21 de la CADH), lo que no ha sido óbice para reconocer que las tierras y territorios indígenas cuenten con un estatus jurídico especialmente protegido, como lo ha establecido la Corte IDH[94]:

> Las partes en el presente caso están de acuerdo en que los miembros de la comunidad no tienen un título legal formal –ni colectiva ni individualmente– sobre sus tierras tradicionales en la aldea de Moiwana y los territorios circundantes. Según lo manifestado por los representantes y por Suriname, el territorio pertenece al Estado residualmente, ya que ningún particular o sujeto colectivo tiene título oficial sobre dichos terrenos.
>
> Sin embargo, esta Corte ha sostenido que, en el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias –pero que carecen de un título formal de propiedad– la posesión de la

93 JELLINEK, GEORG. *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Ed. Albatros, 1954, p. 301

94 OEA. Corte IDH. Caso Comunidad Moiwawa versus Surinam, sentencia del 15 de junio del 2005, párrafos 130-131.

> tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. La Corte llegó a esa conclusión considerando los lazos únicos y duraderos que unen a las comunidades indígenas con su territorio ancestral. 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 tales pueblos, su nexo comunal con el territorio ancestral 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.

En ese mismo sentido, los pueblos no deberán ser trasladados de sus tierras o territorios, salvo si resulta estrictamente necesario, previo consentimiento, libre y plenamente informado. En todo caso, siempre debe quedar abierta la posibilidad de que los pueblos afectados puedan regresar a sus tierras una vez que el motivo del traslado haya desaparecido. Y cuando ello no fuera posible, los pueblos tienen el derecho a recibir tierras alternativas o a una indemnización con todas las garantías[95].

Precisamente, uno de los ámbitos garantizados por el derecho de propiedad colectiva está dado por el derecho de posesión. Si bien la jurisprudencia de la Corte IDH admite que esta puede ser transferida legítimamente a terceros de buena fe por la propia

95 OIT. Convenio 169, artículo 16.

comunidad, cuando esta ha sido despojada o la haya perdido por causas no voluntarias, en virtud del derecho de propiedad colectiva, la comunidad tiene el derecho a recuperarlas, es decir, a reivindicarlas, aun cuando no tuviera título legal. Y en caso esto no fuera posible, tienen derecho a obtener tierras de igual extensión y calidad. De igual manera, se incluye el derecho a controlar su territorio sin interferencia externa de terceros, lo que comprende el control y uso de los recursos naturales necesarios para su subsistencia, desarrollo y continuidad[96].

El amplio reconocimiento que tienen los pueblos indígenas sobre sus territorios se sustenta en la conexión entre sus espacios de acción y su identidad cultural. Como característica propia de los pueblos indígenas, dicha conexión se constituye en un criterio fundamental para su identidad, lo que conduce al ejercicio de determinados derechos, principalmente el de la propiedad colectiva.

96 OEA. Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros versus Honduras, sentencia del 8 de octubre del 2015, párrafo 172. Caso Pueblos Kaliña y Lokono versus Surinam, sentencia del 25 de noviembre del 2015, párrafo 131.

3.3. La especial relación de los pueblos indígenas con la tierra y el territorio

En el lenguaje ancestral, la tierra es la madre, pero también es la madre del derecho, entendido este como justicia, a partir de tres dimensiones: primero, la tierra contienen la fertilidad, porque el esfuerzo y el trabajo de la siembra y el cultivo son recompensados con justicia mediante el crecimiento y la cosecha; segundo, la tierra labrada y trabajada por el hombre requiere delimitar los campos, praderas y bosques, estableciendo reglas y límites al cultivo, pastoreo, caza o pesca; y, tercero, la tierra lleva sobre su superficie no solo cercos, vallas y muros, sino también viviendas y otras edificaciones que revelan que es la base del ordenamiento territorial y del asentamiento humano, haciendo visible las formas de poder, dominio y propiedad, así como la posición social de las familias y los clanes[97].

Por eso, en la cosmovisión de los pueblos andinos, la pacha mama es la tierra unida al derecho, esto es, el derecho es terrenal y está vinculado al territorio. Esta unidad del espacio y el derecho, de la ordenación territorial y el asentamiento humano de los pueblos

97 Schmitt, Carl. *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del «Jus Publicum Europaeum».* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 5.

indígenas, se realiza en dos sentidos: uno, hacia afuera, frente a otros pueblos, y dos, hacia el interior de la colectividad. De igual modo, también al interior de la colectividad se realiza en dos sentidos: por un lado, el territorio es la forma de propiedad suprema colectiva (tierras, ríos y bosques) y, por otro lado, es fundamento de la propiedad y/o la posesión de la tierra, en una suerte de dominio privado o posesión de espacios para que las familias cubran sus necesidades básicas para su subsistencia.

En ese sentido, la Corte IDH resalta la especial vinculación entre los pueblos indígenas y los territorios que ocupan tradicionalmente, y subraya su importancia para la propia existencia de los pueblos interesados. Esta estrecha relación es por supuesto material –pues les provee de los recursos indispensables para su subsistencia, desarrollo y continuidad–, pero sobre todo espiritual, en vista de que ese lazo especial condiciona su propia identidad como pueblos indígenas. Al decir de la Corte IDH:

> 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[98].

Cabe señalar en este punto que el Tribunal Constitucional peruano ha hecho eco de los criterios interpretativos de la Corte IDH. En dicho sentido, ha señalado que:

> [E]sta 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. Así, este Tribunal ya ha establecido en anteriores sentencias la relevancia que las tierras tienen para los pueblos indígenas. En efecto, en la STC 0022-2009-PI/TC, este Colegiado recogió e 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[99].

Nuestro ordenamiento reconoce así la estrecha relación entre los pueblos indígenas y el territorio, en tanto y en cuanto este se constituye como el espacio en el cual un determinado pueblo y sus miembros despliegan y desarrollan sus actividades y costumbres tradicionales, en base a un derecho a la autonomía organizativa,

98 OEA. Corte IDH. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua, sentencia del 31 de agosto del 2001.

99 Tribunal Constitucional. Sentencia del expediente N° 1126-2011-PHC, fundamento 21.

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 de la ley. Es decir, que no es una potestad equivalente de la soberanía del Estado sobre el territorio y los recursos naturales. En este sentido, se ha señalado que:

> El territorio que le pertenece a un pueblo indígena, es el espacio donde su cultura se reproduce y se ejerce su autonomía interna dentro de las fronteras del Estado peruano y los derechos humanos. El territorio indígena no es similar al territorio estatal. Corresponden a ideas totalmente distintas. El territorio indígena no supone soberanía en el sentido que lo considera el Estado, pues los pueblos indígenas no son Estados sino sociedades históricamente definidas. Se trata de un espacio de autogobierno, o manejo directo de sus asuntos internos. Consecuentemente, no se refiere a ceder soberanía territorial o de crear micro estados, sino reconocer un derecho pre existente y cualitativamente distinto al derecho estatal[100].

En el mismo tenor, el Convenio 169, en su artículo 13.1, establece que:

> (…) los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos,

100 Chuecas Cabreras, Adda. "El Derecho de los Pueblos Indígenas y Comunidades en el Contexto Histórico del Perú". En: bit.ly/3bDWhSD

según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

En consecuencia, el respeto y protección de la identidad cultural hoy en día en América Latina se convierte en un principio ineludible para la adjudicación de derechos a los pueblos indígenas, sobre todo en la jurisprudencia internacional y nacional.

Así, podemos apreciar, entonces, nuevamente, que se presta relevancia no a la persona individual, sino al grupo o colectividad. Ello se refleja principalmente en el derecho al territorio, pues como señala la Corte IDH:

> [L]a 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[101].

Vemos así que la relación entre el derecho a sus tierras y territorios, y a la protección de su identidad cultural, constituye, sobre todo, un elemento espiritual fundamental para el goce y ejercicio de

101 OEA. Corte IDH. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua, sentencia del 31 de agosto del 2001, párrafo 149.

los derechos de las comunidades indígenas, según la Corte IDH. En ese sentido, la corte, en el caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek contra Paraguay, advirtió que los Estados tienen la obligación de promover y proteger el derecho de los niños y niñas indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, religión e idioma, en tanto forma parte de una práctica tradicional. En ese sentido, ha señalado la Corte IDH que:

> La pérdida de prácticas tradicionales, como los ritos de iniciación femenina o masculina y las lenguas de la Comunidad, y los perjuicios derivados de la falta de territorio, afectan en forma particular el desarrollo e identidad cultural de los niños y niñas de la Comunidad, quienes no podrán siquiera desarrollar esa especial relación con su territorio tradicional y esa particular forma de vida propia de su cultura si no se implementan las medidas necesarias para garantizar el disfrute de estos derechos[102].

Así, la Corte IDH ha entendido que el territorio es el orden material de la existencia colectiva de los pueblos indígenas. Que es en relación con el territorio que los pueblos indígenas pueden desarrollar su identidad cultural y, de ese modo, asegurar su unidad y supervivencia.

De forma similar, el Tribunal Constitucional ha indicado que el derecho a la identidad étnica y cultural solo tiene sentido si se

102 OEA. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek versus Paraguay, sentencia del 24 de agosto del 2010, párrafo 263.

reconoce el derecho al territorio que ocupan las comunidades, ya que solo en ese espacio geográfico se pueden desarrollar las actividades que identifican a la colectividad. En este punto, cabe recalcar que el derecho a la identidad étnica y cultural se entiende como:

> (…) la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el derecho de la etnia a existir, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás[103].

103 Tribunal Constitucional. Sentencia del expediente N° 3343-2007-PA del 19 de febrero del 2009, fundamento 29.

3.4. El derecho de posesión de las tierras de los pueblos ancestrales y el estándar interamericano de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

La posesión del territorio aparece como parte del asentamiento y ordenación del espacio, que en el mundo clásico fue conocida como nomos. En efecto:

> (…) nomos (…) procede de nemein, una palabra que significa tanto "dividir" como también "apacentar". El nomos es, en cuanto al espacio, la ordenación política y social de un pueblo. [En este sentido], nomos es la medida que distribuye y divide el suelo del mundo en una ordenación determinada, y, en virtud de ello, representa la forma de la ordenación política, social y religiosa. Medida, ordenación y forma constituyen aquí una unidad espacial concreta[104].

104 SCHMITT, Carl. *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del «Jus Publicum Europaeum».* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 52.

En este entendido, el nomos de la tierra de los pueblos indígenas ha ido mutando por factores internos y, sobre todo, externos, desde el mal llamado descubrimiento de América, esto en la medida en que la toma de la tierra del "nuevo mundo" o "indias" eximía a los españoles invasores de aplicar el ius gentium o derecho de gentes[105], aplicando el derecho del más fuerte, argumentando que se encontraban en territorios no civilizados. Así, la invasión española al Imperio de los incas tuvo el carácter de la tesis hobesiana del hombre lobo, del hombre en estado de naturaleza.

En efecto, en la Junta de Valladolid, el padre Juan Ginés de Sepúlveda (1550), apoyándose en la tesis de Aristóteles, caracterizaba a los indígenas como salvajes y bárbaros, por lo que eran seres sin derechos y sus tierras podían ser objeto de libre conquista. Por ello, como ha señalado Schmitt:

> El hecho de privar a los indios, por tales razones, de la condición de seres humanos tenía, pues, el sentido práctico de conseguir un título jurídico para la gran toma de la tierra y el avasallamiento de los indios, que por cierto Sepúlveda considera como servidumbre y como esclavitud[106].

105 El "derecho de gentes" era el derecho internacional de la época, reconocido entre los imperios europeos cristianos, para regular las guerras justas y sus conquistas.

106 SCHMITT, Carl. El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del «Jus Publicum Europaeum». Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 99.

Si bien el estatus jurídico de los pueblos indígenas ha ido cambiando lentamente después de la Colonia y durante la República, por el hecho de descender del Imperio inca (que habitaba en el país antes de la época de la conquista o la colonización) los pueblos indígenas tienen derecho a conservar todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas; pero, sobre todo, se les "deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan", según dispone el numeral 1 del artículo 14 del Convenio 169.

En consecuencia, los Estados deben garantizar el derecho de propiedad de los pueblos sobre sus tierras, así como la posesión. Más aún, los Estados deben ser especialmente cuidadosos al proteger aquellos territorios que, si bien no son ocupados, sí se emplean para otro tipo de actividades indígenas, como ceremonias religiosas, ritos de iniciación o recolección, y caza de recursos para su subsistencia.

Cabe recalcar que como la mayoría de las poblaciones indígenas han sido desposeídas de parte de sus territorios, con el reconocimiento constitucional e internacional posterior de sus derechos de propiedad y posesión, se han generado conflictos con particulares y/o con el Estado; porque este ha concedido en uso y explotación espacios que pertenecen o han pertenecido ancestralmente a dichos pueblos. En estos casos, se presentan conflictos entre propietarios privados y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de las comunidades indígenas. Por eso, la Corte IDH ha señalado que:

> Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros. Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas[107].

En este punto resulta importante delimitar el compromiso del Estado frente a los conflictos territorial de los particulares con los pueblos indígenas, donde muchas veces, los primeros, ejercen derechos de posesión o propiedad cedidos por el propio Estado, en cuyo caso:

> Sin perjuicio de lo anterior, la Corte reitera su jurisprudencia en el sentido que tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad colectiva de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana. Sobre el particular, la Corte ha señalado que cuando existan conflictos de intereses en las reivindicaciones indígenas, o el derecho a la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, habrá de valorarse caso por

107 OEA. Corte IDH. Caso Yakye Axa versus Paraguay, sentencia del 17 de junio del 2005, párrafo 149

> caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro, sin que la limitación a este último, implique la denegación de su subsistencia como pueblo (…)[108].

Respecto de la posesión tradicional sobre las tierras por parte de las comunidades, la Corte IDH ha indicado que esta equivale al título de pleno dominio que otorga el Estado. Esta posesión tradicional también es fundamento para la exigencia del reconocimiento oficial de la propiedad colectiva indígena y su respectivo registro. Por ello, el Estado está obligado a delimitar, demarcar y otorgar el título de propiedad de naturaleza colectiva de las tierras indígenas, así como su registro[109].

Al igual que el derecho de propiedad, la posesión en las comunidades indígenas tiene una naturaleza colectiva, en el sentido de que el dominio de la tierra no recae en un individuo, sino en la comunidad. Es por ello que el concepto de dominio

108 OEA. Caso Pueblos Kaliña y Lokono versus Surinam, sentencia de 25 de noviembre de 2015, párrafo 155.

109 OEA. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua, sentencia del 31 de agosto del 2001, párrafos 153 y 164. Caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros versus Panamá, sentencia del 14 de octubre del 2014, párrafos 117 y 119, u. Corte IDH. Caso Yakye Axa versus Paraguay, sentencia del 17 de junio del 2005, párrafo 215.

o posesión sobre las tierras de los pueblos indígenas difiere a la concepción clásica privatista de la propiedad, lo que, como ha señalado la Corte IDH, no es óbice para que, en base a una interpretación evolutiva del concepto de propiedad privada a un concepto de propiedad comunal, estas últimas sean protegidas por el artículo 21 de la CADH.

De lo contrario, desconocer que hay otras formas de ejercer los atributos de la propiedad y de la posesión del territorio, debido a la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, supondría a sostener que existe solo una forma de usar y gozar de los bienes reales, lo cual vaciaría de contenido para los pueblos indígenas el mencionado artículo 21 de la CADH.

En este sentido, la Corte IDH ha tenido oportunidad de pronunciarse en el Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni, sosteniendo la posesión de la tierra debería bastar para que los miembros de las comunidades indígenas obtengan el reconocimiento oficial de la propiedad y consiguiente registro; en el Caso Comunidad Moiwana, reconoció que el pueblo n´djuka eran los legítimos dueños de sus tierras tradicionales, aunque no tenían la posesión de las mismas, dado que habían salido de ellas a consecuencia de actos de violencia en su contra, siendo ocupadas sus tierra por terceros; y, en el Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, la Corte IDH consideró que los miembros de la comunidad estaban facultados a solicitar la reivindicación de sus tierras tradicionales y ordenó como medida de reparación que el Estado identifique las tierras y las devuelva de manera gratuita.

Pero, es en la jurisprudencia del Caso Pueblo Indígena Xucurú y sus miembros versus Brasil, del 2018, que la Corte IDH establece su estándar internacional vigente:

> Por otra parte, el Tribunal recuerda su jurisprudencia respecto a la propiedad comunitaria de las tierras indígenas, según la cual se indica inter alia que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; 4) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas; 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros de buena fe, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad; 6) el Estado debe garantizar la propiedad efectiva de los pueblos indígenas y abstenerse de realizar 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 su territorio; 7) el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros, y 8) el Estado

> debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas al control y uso de su territorio y recursos naturales (…)[110].

Es así que, del estándar interamericano establecido por la Corte IDH en relación a la posesión del territorio de los pueblos indígenas, emanan obligaciones internacionales para los Estados, tanto si existe cosa juzgada en la sentencia condenatoria a un Estado –hard law–, como tratándose de un tercer Estado en la medida que debería seguir la cosa interpretada sobre los derechos reconocidos a los pueblos indígenas –soft law–.

110 OEA. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros versus Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 5 de febrero del 2018, párrafo 117.

3.5. Uso y administración de los recursos naturales de acuerdo a los estándares de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)

La tierra y el territorio sobre el que se ha establecido un grupo humano perteneciente a un pueblo indígena constituyen el espacio en el que el poder de sus autoridades puede ejercerse. En este sentido, la tierra se convierte en territorio, que se exterioriza de una doble manera: negativa, en tanto que se puede prohibir que terceras personas o particulares ejerzan actividades sin autorización expresa por parte de la comunidad; y, positiva, en tanto los comuneros y las personas que se hallan en su territorio quedan sometidas al poder de las autoridades indígenas en base a su derecho consuetudinario, siempre que no infrinjan derechos fundamentales (artículo 149 de la Constitución) y no transgredan nuestra carta magna. En este sentido, como señala Kelsen:

> Las asociaciones comunales que forman parte del Estado, tienen, en virtud del poder de autoridad que les está conferido por aquél, un territorio determinado sobre el cual ejercen funciones de autoridad, que, como sucede con el Estado, se exteriorizan

> de un modo positivo y negativo. Este poder falta a aquellas asociaciones que están dotadas de autoridad, pero que solo pueden ejercitarla sobre sus miembros, o aquellas asociaciones que de un modo excepcional tiene autoridad también sobre terceros, pero siempre con un carácter independiente de todo fundamento territorial[111].

En ese entendido, la Corte IDH, en virtud al derecho de propiedad colectiva, ha reconocido el derecho de los pueblos a gozar y usar los recursos naturales que tradicionalmente han utilizado y que son necesarios para su propia subsistencia, desarrollo y continuidad. Con el mismo tenor que dicha corte, el Convenio 169, en su artículo 15, reconoce el derecho de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras y territorios. Este derecho implica las facultades de uso, administración y conservación de dichos recursos. No obstante, y aunque parezca amplio en principio, el mismo instrumento también establece que:

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

111 KELSEN, Hans. *Teoría general del Estado.* Buenos Aires: Editorial Albatros, 1981, pp. 295-296.

> 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[112].

De ello se colige, como lo ha hecho la Corte IDH, que el derecho a los recursos naturales de los pueblos indígenas recae solo sobre aquellos que son necesarios para su subsistencia, desarrollo y la continuidad de su estilo de vida comunal. En otras palabras, no recae sobre todos los recursos naturales existentes en dichos territorios, sino sobre aquellos que son necesarios para que la comunidad pueda subsistir y mantenerse como tal. Al respecto, se ha señalado que:

> Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesario para garantizar su supervivencia. Es decir, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio. Por ello, la protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos

112 OIT. Convenio 169, artículo 15.

> naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados[113].

En ese espíritu, las facultades de usar, administrar y conservar los recursos naturales como parte del derecho de las comunidades a esos recursos, implican que las mismas se ejerzan sobre aquellos que son indispensables para su subsistencia, desarrollo y continuidad de su estilo de vida como tal.

Cabe recalcar en este punto que si bien en algunos casos el uso de los recursos naturales por parte de una comunidad no está vinculado estrechamente con su subsistencia, sino con actividades orientadas a su propio desarrollo, corresponde a los Estados generar un marco normativo que armonice la protección del derecho de los pueblos indígenas al acceso y uso de los recursos, por ejemplo con el medioambiente.

---

113 OEA. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku versus Ecuador, sentencia del 27 de junio del 2012, párrafo 146. Asimismo, Caso del Pueblo Saramaka versus Surinam, sentencia del 28 de noviembre del 2007, párrafos 122.

En el caso peruano, se cuenta con un marco normativo vigente que regula el uso sostenible y compatible con el modo de vida de las comunidades, como la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Ley N° 29763, y el Reglamento para la Gestión Forestal y de Fauna Silvestre en Comunidades Nativas y Comunidades Campesinas, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 021-2015-MINAGRI, marco jurídico que garantiza que la identidad de las comunidades no se vea afectada o se pierda con la explotación forestal concesionada por el Estado.

En todo caso, si el Estado tiene reservada la titularidad de los recursos, por mandato constitucional o legal, como es el caso peruano, este puede otorgar derechos a terceros particulares para la explotación de los mismos, posibilidad que La Corte IDH no niega. Sin embargo, en la medida en que el otorgamiento de autorizaciones o derechos para la explotación de recursos en tierras de las comunidades se constituirían como restricciones a la propiedad sobre los territorios y los recursos naturales que se hallan en el mismo, la Corte IDH ha reconocido una serie de garantías para admitir dichas limitaciones como acordes a la CADH. En dicho sentido, ha sostenido que:

> (…) [L]a protección del derecho a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención no es absoluta y, por lo tanto, no permite una interpretación así de estricta. Aunque la Corte reconoce la interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras y el derecho a esos recursos necesarios para su supervivencia, dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos

reconocidos en la Convención, están sujetos a ciertos límites y restricciones. En este sentido, el artículo 21 de la Convención establece que "la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses de la sociedad". Por ello, la Corte ha sostenido en otras ocasiones que, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. En consonancia con esta disposición, el Estado podrá restringir, bajo ciertas condiciones, los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad, incluidos sus derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en el territorio.

Adicionalmente, respecto de las restricciones sobre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en especial al uso y goce de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, un factor crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes. Es decir, conforme al artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el derecho al uso y goce de los Saramaka respecto de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y los recursos naturales que se encuentren en éstas, únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos señalados anteriormente y, además,

> cuando no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal[114].

Es por eso que, si el Estado peruano va a otorgar derechos de exploración o explotación sobre los recursos naturales existentes en las tierras de las comunidades o algún proyecto de inversión pública que de alguna manera pueda afectar directamente el derecho de propiedad colectiva, surge la obligación de consultar de manera previa e informada, de buena fe, mediante procedimientos adecuados, respetando los mecanismos de adopción de decisiones de la propia comunidad y con la finalidad de lograr un acuerdo entre los pueblos interesaos y el Estado[115]. Estos procedimientos de consulta deberán desarrollarse conforme a los estándares establecidos por la Corte IDH en casos como el de Kichwa de Sarayaku contra Ecuador.

En igual sentido, si los Estados otorgan derechos para que terceros exploten recursos naturales de manera directa dentro de los territorios de los pueblos indígenas, habida cuenta de que ningún derecho es absoluto, deben cumplirse una serie de garantías:

> [P]rimero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con

114 OEA. Corte IDH. Caso Pueblo Saramaka versus Surinam, sentencia del 28 de noviembre del 2007, párrafos 127-128.

115 OEA. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku versus Ecuador, sentencia del 27 de junio del 2012.

> sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante "plan de desarrollo o inversión") que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal[116].

Cabe agregar que en la jurisprudencia interamericana se ha precisado que si los pueblos son afectados por actividades extractivas de los recursos naturales ubicados en sus tierras, tienen el derecho a participar en los beneficios que dicha explotación reporte como una forma de justa indemnización, según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación acorde con sus costumbres y tradiciones[117].

---

116 OEA. Corte IDH. Caso Pueblo Saramaka versus Surinam, sentencia del 28 de noviembre del 2007, párrafo 129.

117 OEA. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku versus Ecuador, sentencia del 27 de junio del 2012, párrafo 157.

Asimismo, los pueblos indígenas ejercen los derechos de uso y goce sobre los recursos naturales que existen en sus territorios ancestrales, es decir, sobre aquellos recursos que tradicionalmente usan en el desarrollo de sus actividades de subsistencia para mantener su modo de vida y cultura, como la pesca, la agricultura, la recolección o, en ciertos casos, las prácticas medicinales, entre otros.

Una interpretación extensiva del derecho a la propiedad nos hace suponer que la utilización, por ejemplo, medicinal de sus recursos naturales, enmarcados en su determinación cultural, dan lugar a conocimientos tradicionales que los pueblos indígenas tienen derecho a preservar en tanto que forman parte de su identidad o legado cultural. Para ello se debe asegurar la continuidad de sus conocimientos tradicionales mediante su transmisión de generación en generación:

> (…) la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras 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 de la Convención Americana[118].

No obstante lo señalado, no debe perderse de vista que los derechos no son absolutos, sino que deben compatibilizarse con

118 OEA. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa versus Paraguay, sentencia del 29 de marzo del 2006, párrafo 121.

otros derechos, principios o fines constitucionalmente legítimos. Para ello, los Estados deben cumplir una serie de garantías que permitan a los pueblos interesados participar en los procesos de toma de decisiones que podrían afectar sus territorios o los recursos naturales que tradicionalmente usan.

3.6. Protección del derecho de propiedad de los pueblos indígenas a través de las comunidades campesinas y nativas y el denominado "territorio integral"

A partir de lo desarrollado, podemos abordar una cuestión que surge en el análisis del derecho de la propiedad comunal, como producto de los diversos regímenes jurídicos en torno al reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas y sus derechos, específicamente relacionados con el derecho de propiedad sobre sus tierras y territorios, que tienen amparo tanto en el Convenio 169 como, de forma complementaria e interpretativa, en las declaraciones de las Naciones Unidas y de la convención americana sobre los derechos de los pueblos indígenas. Esto es: si en el ordenamiento jurídico peruano es constitucional que el derecho de propiedad

de los pueblos indígenas sea protegido bajo el reconocimiento y titulación de las comunidades campesinas y nativas.

Al respecto, cabe destacar que en el constitucionalismo latinoamericano comparado, los recursos naturales son propiedad de la nación, lo que no es óbice para que a las poblaciones indígenas se les reconozca determinados derechos:

> El reconocimiento del estatus de comunidad lleva implícito tanto la personalidad como la propiedad sobre la tierra y un régimen de protección especial a las tierras comunales que las hace inalienables, imprescriptibles e inembargables (…). De igual manera, el uso o aprovechamiento de aguas y recursos naturales corresponde a los ejidos y/o comunidades indígenas. Establece limitaciones absolutas para parcelar tierras que contengan bosques o selvas tropicales, para cambiar los usos y urbanizar en áreas naturales protegidas y por utilidad pública[119].

En consecuencia, debemos recordar que en un modelo constitucional comparado de propiedad de los recursos naturales, se presenta un régimen de concurrencia entre normas internacionales y nacionales, frente a lo cual se debe tomar cuenta, en primer lugar, el principio pro homine, esto es, preferir aquella norma o interpretación que sea la más beneficiosa para los derechos humanos involucrados. Si bien

119 Gutiérrez Nájera, Raquel. "La Propiedad de los Recursos Naturales en el contexto de la Protección, y usufructo de los servicios ambientales en México". Foro Jurídico, n.° 16. Lima: Asociación Civil Foro Académico de la Facultad de Derecho de la PUCP, 2017, pp. 138-162. Ver en: bit.ly/2SvlcAs.

esta es una posición de principio, que se recoge en el ordenamiento constitucional interno, el propio legislador y el juez están vinculados por los mandatos constitucionales, habida cuenta que la Constitución es una norma suprema formal y material, según se desprende de su artículo 51, que consagra el principio de supremacía constitucional y, de su artículo 1, que postula la primacía de la persona humana en tanto fin supremo de la sociedad y del Estado.

De ahí que consideramos que cuando la Constitución reconoce en sus artículos 88 y 89 el derecho de propiedad colectiva o comunal para las comunidades, la misma puede ser extendida, mutatis mutandis, a los pueblos indígenas. A esto se le suma que las normas internacionales disponen que el Estado debe reconocer las formas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas respetando sus usos y tradiciones ancestrales, conforme a las instituciones y procedimientos establecidos en el derecho interno. Ello no impide que, en el derecho interno, en vía de integración de los estándares nacionales e internacionales, se establezca un régimen de protección más amplio para el derecho de propiedad colectiva, que no afecte el ordenamiento constitucional ni al Convenio 169.

Así, la protección de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas pueda canalizarse a través del régimen previsto para las comunidades campesinas y nativas, como una primera etapa, dado que ello no impide que el Estado, como ya se indicó, introduzca mejores garantías, en atención al derecho internacional y el derecho constitucional –bloque de constitucionalidad–. No obstante, tales mejoras deberán ser canalizadas a través del legislador nacional, dado que, en virtud al principio de legitimidad democrática y a la

luz el principio de subsidiariedad señalado en el primer capítulo del presente documento, el Congreso es el habilitado para establecer por ley un mejor sistema de protección al que se depara para las comunidades campesinas y nativas, en base al principio de progresividad.

De esta manera, el derecho de propiedad comunal reconocido constitucionalmente puede ser ampliado en su protección por vía legislativa o subsidiariamente por la vía interpretativa (como de hecho lo ha realizado el Tribunal Constitucional)120. A partir del Convenio 169 de la OIT se incorporaría el reconocimiento de la propiedad y de la posesión sobre las tierras y territorios que poseen tradicionalmente; además, en los casos apropiados deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar territorios que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, como los bosques y zonas de pastoreo, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia; asimismo, en caso de disputas, deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras y territorios formuladas por los pueblos interesados.

120 Se hace referencia a las sentencias del Tribunal Constitucional del expediente N° 03343-2007-PA/TC, donde se desarrolla el derecho a la consulta a partir del Convenio 169 y los estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y del expediente N° 1126-2011-PHC/TC, donde se plantea la garantía del territorio comunal.

No debe perderse de vista que el Convenio 169 de la OIT también señala que en caso la propiedad de los minerales y recursos del subsuelo pertenezcan al Estado, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras –como sucede en el ordenamiento constitucional peruano–, 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 estas.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, por su parte, establece que los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídica de esas tierras, territorios y recursos. Tal reconocimiento deberá respetar las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

Mientras que la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas por un lado, reconoce que estos tienen derecho a tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido; y a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma; por otro lado, dispone que los Estados aseguraren el

reconocimiento y la protección jurídica de esas tierras, territorios y recursos; dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

Más aún, esta declaración señala que los pueblos indígenas tienen el derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de propiedad, posesión o dominio de sus tierras, territorios y recursos, de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada Estado y los instrumentos internacionales pertinentes. En este sentido, los Estados establecerán los regímenes especiales apropiados para este reconocimiento y su efectiva demarcación, titulación o protección.

En todo caso, no sería extraño que, en el marco de una decisión soberana que sea debatida en el Congreso, el Estado peruano implemente, a través de una ley, un régimen especial particular que reconozca la propiedad indígena, según los estándares internacionales antes comentados, dado que la Constitución de 1993 no lo prohíbe y reconoce, como un principio de su régimen económico, el pluralismo económico en los términos siguientes: "El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa" (artículo 60).

En lo que respecta al denominado "territorio integral", este es un concepto que se ha construido erróneamente a partir de una interpretación del artículo 208 de la derogada Constitución de 1933, según el cual: "El Estado garantiza la integridad de la propiedad

de las comunidades. La ley organizará el catastro correspondiente". Sin perjuicio de que dicha norma constitucional ya no esté vigente, como puede verse, allí se establecía una garantía de integridad, esto es de unidad o continuidad de la propiedad de las comunidades, no de parcelar la tierra comunal, lo que es diferente al sentido de soberanía territorial que se le pretende otorgar al territorio integral, que comprendería la propiedad sobre todos los recursos existentes del suelo y subsuelo de los territorios comunales, y no únicamente sobre los que tradicionalmente han sido necesario para su subsistencia, como el agua y los bosques, y/o para el desarrollo de sus actividades agrícolas, de caza y pesca.

Por el contrario, la propia Constitución de 1933 estableció que:

> Las minas, tierras, bosques, aguas y, en general, todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos. La ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares (artículo 37).

Asimismo, dicha Constitución también dispuso que: "No son objeto de propiedad privada las cosas públicas, cuyo uso es de todos, como los ríos, lagos y caminos públicos" (artículo 33). De esto se colige que una cosa es que el Estado garantice la integridad de la propiedad de las comunidades y, otra, que se hubiera consagrado el "territorio integral" de las comunidades incluida la propiedad sobre los recursos naturales, lo que hubiera sido contradictorio con el principio de soberanía estatal sobre las fuentes o recursos naturales. Ello era así, en la medida en que en todo Estado de derecho:

> La soberanía territorial tiene un lado positivo y uno negativo. Positivamente, significa que todo el que se encuentre en el territorio estatal, está sujeto al poder del estado. Negativamente, implica que no puede ejercerse dentro del territorio estatal, autoridad soberana alguna que no se derive del poder de regulación del propio Estado[121].

Por su parte el artículo 162 de la Constitución de 1979 establecía que el Estado tenía el deber de promover el desarrollo integral de las comunidades campesinas y nativas, pero no consagró un derecho a un territorio integral. En tanto que el artículo 163 establecía otras garantías (inembargabilidad e imprescriptibilidad) a favor de las tierras (no territorios) de las comunidades, y además preveía la posibilidad de expropiación:

> 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.

En la Constitución de 1993 se establece que el Estado "garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal

121 ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoría general del Estado*. México D.F.: Editorial Porrúa, 1989, p. 82.

o en cualquiera otra forma asociativa", pero de esta norma no se puede interpretar que exista un mandato de concebir el territorio integral como una institución jurídica constitucional, entendida como el derecho de propiedad no solo sobre el suelo sino también sobre los recursos naturales existentes en el subsuelo.

En la misma línea de lo establecido en la Constitución de 1933, antes citada, la Constitución de 1993, vigente, establece en su artículo 66 que "los recursos naturales, renovables y no renovables son patrimonio de la Nación". En ese sentido, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre los límites del derecho de propiedad de las comunidades nativas y campesinas sobre la tierra, donde señala que "como cualquier otro derecho en el marco del Estado Democrático y Social de Derecho, [este] se encuentra limitado por otros bienes constitucionales, como lo son los establecidos en los artículos 66°, 67°, 70° y 72°, entre otros"122.

En consecuencia, el concepto de territorio integral no se encuentra comprendido en una interpretación razonable bajo los principios de unidad de la Constitución y de la concordancia práctica, establecidos por el Tribunal Constitucional.

Ahora, a partir de las normas internacionales revisadas a lo largo del presente estudio, no se advierte que se emplee de alguna manera el concepto de derecho al "territorio integral". Todas estas fuentes

122 Tribunal Constitucional. Sentencia del expediente N° 1126-2011-PHC, caso Tres Islas, fundamento 25.

internacionales aluden a tierra, territorio y recursos naturales, con las precisiones ya anotadas que, en todo caso, no suponen derechos absolutos. Si bien el Estado peruano tiene la obligación de reconocer dichos derechos, los mismos no significan la negación de la soberanía territorial del Estado, ni la propiedad exclusiva sobre los recursos existentes en dichas tierras y territorios.

No debe perderse de vista que los recursos naturales a que tienen derechos los pueblos indígenas u originarios son todos los necesarios que han venido usando ancestralmente para el desarrollo de sus actividades y para el mantenimiento de su modo vida. Lo que no impide tampoco, conforme se señaló anteriormente, que el Estado peruano, en el marco de una decisión soberana, pueda incorporar ese concepto y dotarlo del contenido que sea compatible con los estándares internacionales y constitucionales que resulten aplicables.

Foto: Diego Pérez

Reflexiones finales

En virtud a lo desarrollado en el presente documento, se puede arribar a las siguientes consideraciones:

a) Los tratados de derechos humanos se interpretan a la luz del principio pro homine, que implica preferir aquellas interpretaciones que optimizan o favorecen el reconocimiento y ejercicio de los derechos, y a su vez determina que se interprete de manera restrictiva las limitaciones a los derechos humanos. Una de las expresiones del principio pro homine es el de progresividad o de interpretación evolutiva o extensiva, según el cual deberá procurarse un sentido amplio a las disposiciones de un tratado de derechos humanos a fin de que la misma pueda comprender situaciones no previstas originalmente en el texto. Un ejemplo de ello es el de la propiedad comunal que encuentra sustento en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

b) El valor vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) puede entenderse desde dos perspectivas e intensidades. Desde el caso concreto, por mandato del artículo 68 de la CADH, los Estados que son partes están comprometidos a acatar el fallo de la Corte IDH –cosa juzgada internacional–. Desde una perspectiva más general, la Corte IDH ha señalado que sus interpretaciones sobre los derechos reconocidos en la CADH contenidas en sus sentencias tienen eficacia

vinculante para los Estados a través del control de convencionalidad –cosa interpretada–.

Indudablemente, la cosa juzgada internacional vincula en un sentido fuerte al Estado que ha sido parte en el caso contencioso. Pero la cosa interpretada tiene un grado de vinculación débil respecto de los otros Estados; en otras palabras, su no adopción no acarrea per se responsabilidad internacional.

No obstante, en virtud al artículo 2 de la CADH, de manera progresiva, los Estados deberían adecuar su derecho interno, con la finalidad de evitar, en el marco de un caso contencioso, una eventual condena por parte de la Corte IDH por incumplimiento de la CADH u otros instrumentos que resulten vinculantes dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Esta adecuación, en base al principio del margen de apreciación nacional, puede ser realizada por los propios Estados, ya sea mediante las modificaciones normativas que resulten necesarias o mediante el control de convencionalidad que podrían aplicar prima facie las autoridades judiciales.

En buena cuenta, la cosa interpretada, en relación con los Estados que no han sido parte del caso contencioso, juega un rol preventivo, a efectos de indicar a los Estados que integran el SIDH por donde deben transitar para que así su derecho interno resulte compatible con los estándares interamericanos.

Sin perjuicio de lo señalado, no han sido ajenas a la práctica situaciones de resistencia de algunos Estados a cumplir las

decisiones del tribunal interamericano. En dichas circunstancias, quizá resulte oportuno que la Corte IDH traslade el criterio del margen de apreciación nacional que se emplea en Europa y que otorga cierto margen de flexibilidad o apertura para que los Estados, conforme a sus procedimientos internos y posibilidades, puedan implementar sus decisiones.

El margen de apreciación nacional, en el marco de un caso contencioso, supone que la Corte IDH dejaría en manos del Estado, dentro de ciertos márgenes, la forma de implementación de los diversos extremos de su fallo que tiene autoridad de cosa juzgada internacional. En cambio, en el marco de la cosa juzgada interpretada, los Estados tienen un mayor margen de discrecionalidad para adecuar o no su derecho y prácticas, judiciales y administrativas, internas. Cabe agregar que este margen de apreciación no solo podría ser solventado por el derecho estatal, sino que, en el caso de los pueblos indígenas, podrían apelar al derecho consuetudinario.

En todo caso, el espacio de actuación discrecional de los Estados, en función del margen de apreciación para implementar las decisiones del tribunal interamericano, lo debería establecer la propia Corte IDH.

c) Dado que los Estados están obligados al cumplimiento de buena fe de las obligaciones contenidas en los tratados de derechos humanos, siendo las principales aquellas consistentes en no lesionar o violar los

derechos123, así como de adoptar disposiciones de derecho interno para lograr la efectividad de los derechos humanos124, los Estados incurren en responsabilidad internacional cuando incumplen estas obligaciones generales en relación con alguno de los derechos reconocidos en la CADH o en algún otro tratado que conforma el corpus iuris del SIDH.

Esta responsabilidad se traduce en el marco de una sentencia de la Corte IDH en la imposición de una serie de medidas que buscan reparar la violación al derecho: medidas de restitución, reparación, satisfacción, de rehabilitación y garantías de no repetición.

d) En relación con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, reconocido como tal en el artículo 3 de la CADH, la Corte IDH ha señalado que el mismo se constituye en una garantía para el ejercicio efectivo de los derechos y obligaciones que le corresponden a la persona en cuanto sujeto de derecho. Por ello, en el caso de los pueblos indígenas, que no necesariamente tienen que constituirse como personas jurídicas bajo las formas del derecho estatal, el mismo es esencial, no para reconocerle derechos, que los pueblos tienen per se, sino para posibilitar

123 OEA. CADH, artículo 1.

124 OEA. CADH, artículo 2.

su ejercicio efectivo ante las autoridades estatales y frente a otros particulares.

En el caso específico del reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas u originarios por el Estado peruano, este ha reconocido a las comunidades campesinas y nativas. Y si bien estas tienen un reconocimiento especial en la Constitución, ello no es impedimento para que puedan ser reconocidas como pueblos indígenas, acreditando para ello los requisitos establecidos en el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT.

e) La obligación del Estado es una obligación de fines, no de medios; esto debido a que la garantía de la protección de los derechos de los pueblos indígenas es la finalidad de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derecho de los Pueblos Indígenas, como del Convenio 169. En este entendido, el reconocimiento histórico que ha realizado el Estado de los pueblos indígenas estaba de alguna manera plasmado en normas nacionales que existían previamente a la aprobación y/o entrada en vigencia de los instrumentos internacionales firmados por el Perú, como por ejemplo en la Constitución de 1920, como comunidades indígenas, así como en las Constituciones de 1979 y 1993, como comunidades campesinas y nativas, motivo por el cual, el Estado peruano no estaría incumpliendo sus obligaciones internacionales en relación al reconocimiento de estos pueblos desde antes.

No obstante, el Estado peruano ha dado un primer paso con el Decreto Legislativo N° 1360, promulgado el 2018, al establecer ahí el reconocimiento de las comunidades campesinas y nativas como pueblos indígenas, considerándose este un mecanismo para garantizar específicamente la identificación y reconocimiento de sus derechos. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha resuelto jurisprudencialmente en dos casos que las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios.

En consecuencia, es posible afirmar que la figura de las comunidades campesinas y nativas es una forma constitucional del Estado de reconocer la personería jurídica de los pueblos indígenas, con la finalidad de garantizar sus derechos, entre ellos sus derechos territoriales.

f) El reconocimiento de la propiedad comunal implica reconocer que existe una especial vinculación de la comunidad con el territorio que ocupan, dado que el mismo no solo tiene una significación económica o patrimonial para sus miembros sino, fundamentalmente, una connotación inmaterial, pues en él no solo desarrollan actividades para su subsistencia económica, sino también para su permanencia como pueblo ancestral (costumbres, tradiciones, ritos).

En esa medida, a la propiedad comunal se le reconoce como un derecho complejo y de titularidad y ejercicio colectivo. Por ello, si el Estado otorgara autorizaciones o derechos para la explotación de recursos naturales en dichos territorios que afectan directamente sus derechos colectivos, corresponde implementar procesos de consulta previa, libre e informada, desarrollada de buena fe y mediante procedimientos adecuados, respetando los mecanismos de adopción de decisiones de la comunidad, y con la finalidad de lograr acuerdos. Asimismo, el derecho de propiedad comunal implica el derecho al acceso a los recursos necesarios para su subsistencia y el derecho a participar en los beneficios de la explotación de los recursos que existen sus territorios.

De hecho, los Estados deberían implementar, previa consulta, un marco legal que permita proteger el uso tradicional de sus recursos naturales y conocimientos tradicionales. En el caso peruano, tempranamente, mediante el Decreto Ley N° 22175, se estableció que a las comunidades nativas se les garantizaba la integridad de la propiedad territorial (artículo 10), pero que la parte del territorio que correspondiera a tierras con aptitud forestal, aunque les fue cedida en uso (artículo 11), quedaba regida por la legislación sobre la materia. Asimismo, el Estado promulgó la Ley N° 27811, Ley que establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos, donde a estos recursos se les trata de igual manera, con permiso de uso, pero bajo dicha ley.

En buena cuenta, desde lo establecido en la CADH, la regulación que corresponda debe ser implementada por el legislador mediante

una ley previamente consultada con los pueblos que podrían verse afectados. Su reglamentación correspondería al Poder Ejecutivo a través de la rama ministerial que, por la especialidad, resulte a fin a la materia.

Por ello, no es posible procurar una reforma legislativa por vía administrativa, lo que no es óbice para reconocer en el marco de la jurisprudencia de la Corte IDH que, el control de convencionalidad, esto es preferir la norma y/o decisión convencional en tanto la norma o resolución interna no este conforme con la primera, es un postulado que órganos jurisdiccionales ordinarios y constitucionales apenas han empezado a darle efectividad. Lo cual no es impedimento para que los tribunales administrativos, no un funcionario público, sino los órganos del Poder Ejecutivo que realizan funciones jurisdiccionales en un sentido material, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, se encuentren habilitados para realizar el control de convencionalidad.

g) Respecto del territorio, se ha reconocido su importancia dado que en función del mismo los pueblos indígenas pueden desarrollar su identidad cultural, lo que también les asegura su unidad y supervivencia.

Para ello, debe distinguirse el territorio de la tierra y el derecho de propiedad comunal que se ejerce sobre ambos. La tierra se entiende como un espacio físico que habitan las comunidades de manera directa, en tanto que el territorio sería un espacio más amplio donde los pueblos ejercen derechos políticos que les

reconoce la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169.

El derecho de propiedad comunal, por su parte, reconocido por la Corte IDH a partir de la interpretación extensiva del artículo 21 de la CADH, debe entenderse como la forma de protección jurídica que se tiene desde los instrumentos internacionales para proteger la tierra y el territorio de los pueblos indígenas, que como tal no se circunscribe solo a elementos tangibles o materiales, sino que también abarca los bienes intangibles y elementos espirituales derivados de ellos (como los conocimientos tradicionales).

Por otro lado, los pueblos indígenas se asientan sobre un espacio determinado y específico –la tierra– que las comunidades poseen de manera directa. En cambio, el territorio, que incluye la tierra, supone, además, todos aquellos espacios que la comunidad, si bien no posee de manera directa e inmediata, por motivos tradicionales sí le pertenecen (lugares ceremoniales, por ejemplo, cementerios, entre otros). Precisamente, es el territorio, más que la tierra, la que les da su signo de identidad, pues es dentro de todo ese espacio en el que se desarrollan las comunidades conforme a sus formas tradicionales, usos y costumbres.

El concepto de territorio también abarca los recursos naturales que son patrimonio de la nación, sobre los que los pueblos indígenas ejercen los derechos de goce y uso, dado que reciben preferentemente del Estado en cesión los bosques y campos de pastoreo, utilizándolos tradicionalmente en forma comunal, siendo

necesarios para su existencia, desarrollo y continuidad de su modo de vida.

Indudablemente los derechos antes mencionados no son absolutos, sino que tienen límites, los cuales están constituidos por otros bienes, derechos y principios tales como la conservación del medioambiente, la protección de especies de flora y fauna en peligro de extinción o el desarrollo sostenible en la explotación de los recursos naturales, tanto por parte de los pueblos como del Estado, u otros agentes privados.

h) Especial significación tiene el derecho al uso, administración y conservación de los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas. Al respecto, se debe tener presente que el derecho a los recursos naturales está vinculado a los derechos que son necesarios para la subsistencia, desarrollo y conservación del estilo de vida de los pueblos indígenas. Por ello, las facultades de usar, administrar y conservar los recursos recaen sobre aquellos que son necesarios para la subsistencia de la comunidad.

Cabe recalcar en este punto que si los recursos naturales son patrimonio de la nación y el poder constituyente le ha reservado al Estado el dominio sobre los mismos, para decidir otorgar derechos o autorizaciones para su explotación a terceros, le corresponde a este implementar procesos de consulta previa a efectos de que los intereses de los pueblos indígenas afectados deban ser tomados

en cuenta. Además, desde el Convenio 169 se reconoce a los pueblos indígenas el derecho a participar en los beneficios de la explotación de los recursos naturales o, en todo caso, a una justa compensación.

i) Finalmente, en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de los principios interpretativos de progresividad y complementariedad, se puede reconocer que, mutatis mutandis, el derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas u originarios puede ser implementado a través de las disposiciones aplicables a las comunidades campesinas y nativas; y que tal régimen, por decisión soberana del Estado, puede ser mejorado y ampliado en virtud al principio pro homine, ya sea reconociendo un régimen especial de la propiedad comunal de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios, o incluso a través de la incorporación del denominado territorio integral, cuyo contenido, conforme a los estándares internacionales y la Constitución de 1993, corresponderá ser regulado por el legislador democrático.

PERÚ | Ministerio de Cultura

www.gob.pe/cultura